

Luis María Miranda Serrano
Universidad de Córdoba

-

Sumario

-

La Directiva (UE) 2019/2161 regula por vez primera en la Unión Europea las reseñas de consumidores y usuarios, con referencia a toda expresión sobre un bien o servicio dirigida al público, ya se trate de las más elaboradas críticas positivas o negativas, de los escuetos «me gusta» o «recomienda» o de las valoraciones a través de puntuaciones, estrellas u otros indicadores. Dicha regulación se ha incorporado al ordenamiento español a través del Real Decreto-Ley 24/2021, que con tal fin ha modificado la Ley de Competencia Desleal y el Texto Refundido de Consumidores. Este trabajo analiza las principales medidas que conforman esta nueva disciplina legal: 1) una obligación de información a cargo de los empresarios que facilitan el acceso de la clientela a reseñas y valoraciones, cuya infracción se considera una omisión engañosa, y 2) la tipificación de dos prácticas sobre reseñas reputadas per se desleales. Además, se estudian algunas cuestiones relativas a reseñas no reguladas por la referida Directiva, como las llamadas cláusulas mordaza o de no descrédito. Lo anterior se completa con una valoración de esta intervención legislativa y con la formulación de unas consideraciones finales sobre la materia.

Abstract

-

Directive (EU) 2019/2161 regulates for the first time at European Union the consumer and user reviews, with reference any expression about a good or service addressed to the public, whether they are the more elaborate positive or negative ratings, the simple "likes" or "recommends" or the ratings in the form of points, stars or other indicators. This regulation has been incorporated into Spanish law through of Royal Decree-Law 24/2021, which has amended the Unfair Competition Act and the Consolidated Text of Consumers. This paper analyses the main measures that make up this new legal discipline: 1) an information obligation on the part of businessmen who provide customers with access to reviews and ratings, the infringement of which is considered a misleading omission, and 2) of the classification of two practices on reviews considered per se unfair. In addition, a study is made of some issues on reviews not regulated by the aforementioned Directive, such as the so-called gag or non-disparagement clauses. The above is completed with an assessment of this legislative intervention and with the formulation of some final considerations on the matter.

Title: *Unfair practices regarding online reviews of goods and services*

-

Palabras clave: reseñas y valoraciones online de consumidores y usuarios, reseñas falsas y engañosas, prácticas desleales con consumidores, Directiva 2019/2161, Ley de Competencia Desleal, cláusulas mordaza o de no descrédito

Keywords: *online reviews and ratings from consumers and users, fake and misleading reviews, unfair business-to-consumer practices, Directive 2019/2161, Unfair Competition Act, gag or non-disparagement clauses*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.04

2.2023

Recepción
01/02/2023

-

Aceptación
12/04/2023

-

Índice

-

1. Consideraciones preliminares, propósito y plan

- 1.1. Las reseñas de bienes y servicios: su influencia en la toma de decisiones de los consumidores y función procompetitiva
- 1.2. Disfunciones o irregularidades del sistema de reseñas de bienes y servicios
- 1.3. Respuesta del regulador frente a las disfunciones o irregularidades descritas: presentación
- 1.4. Propósito perseguido y plan a seguir: análisis de las nuevas normas sobre reseñas introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161 (y de alguna cuestión más)

2. El contexto normativo en el que se inserta la nueva regulación de las prácticas desleales sobre reseñas de bienes y servicios

- 2.1. La Ley de Competencia Desleal
- 2.2. El Texto Refundido de Consumidores y Usuarios

3. La normativa reguladora de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios

- 3.1. Consideraciones introductorias, noción de reseña y de sitio de reseñas y ámbito de aplicación personal o subjetivo de esta normativa
 - a. Noción de reseña y de sitios de reseñas
 - b. Ámbito de aplicación personal o subjetivo de estas disposiciones
- 3.2. La obligación de informar sobre la garantía de autenticidad de las reseñas y la consideración de su incumplimiento como práctica engañosa por omisión
- 3.3. La tipificación de dos prácticas sobre reseñas reputadas *per se* desleales
 - a. La afirmación de que las reseñas proceden de consumidores reales sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobarlo
 - b. La adición de reseñas falsas o la distorsión de reseñas existentes con el fin de promocionar bienes y servicios

4. Otras cuestiones sobre reseñas de bienes y servicios no abordadas por la Directiva (UE) 2019/2161: las cláusulas mordaza o de no descrédito


- 4.1. Problemática, surgimiento y reacción legislativa frente a las cláusulas mordaza o de no descrédito: el derecho a la libertad de expresión de los consumidores y sus límites
- 4.2. Enjuiciamiento de estas estipulaciones a través del Derecho de obligaciones y contratos
- 4.3. Enjuiciamiento de estas cláusulas mediante el Derecho de la competencia desleal

5. A modo de epílogo: valoración de esta regulación y de su incorporación al ordenamiento español

- 5.1. Juicio global positivo de esta regulación pero crítico con algunos de sus extremos
- 5.2. Incorporación de esta normativa al ordenamiento español: persistencia de la desafortunada fragmentación del Derecho de la competencia desleal

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Consideraciones preliminares, propósito y plan*

1.1. Las reseñas de bienes y servicios: su influencia en la toma de decisiones de los consumidores y función procompetitiva

No parece necesario insistir demasiado en la relevancia que revisten las reseñas de bienes y servicios en el tráfico mercantil contemporáneo, especialmente en el desarrollado en el entorno digital o electrónico (*e-commerce*). Así lo confirma la amplísima difusión que en las últimas décadas han experimentado los *sitios de reseñas*, que abarcan los mercados en línea, los motores de búsqueda, las herramientas comparativas, las redes sociales y los espacios web especializados en la valoración de viajes y otras prestaciones empresariales. Además, un considerable número de estudios realizados por consultoras de marketing y grupos de investigación independientes, así como por autoridades oficiales tales como, por ejemplo, la Oficina Federal de Cárteles alemana (el *Bundeskartellamt*), ponen de manifiesto la importante influencia de las reseñas en las decisiones de mercado de los consumidores y usuarios¹.

Efectivamente, la experiencia demuestra que es frecuente consultarlas antes de contratar, con vistas a conocer qué opiniones merecen a otras personas los bienes y servicios ofertados. Una práctica que se ha intensificado notablemente tras la pandemia del Covid-19, cuya irrupción obligó a un relevante número de consumidores a realizar buena parte de sus compras a través de Internet, para lo cual se apoyaron en las reseñas de bienes y servicios disponibles en la red². De modo que en no pocos casos la decisión negocial que finalmente se adopta está influenciada por ellas. Esto explica la existencia de una *communis opinio* favorable a entender que las reseñas inciden en los comportamientos económicos de los clientes, incitándoles a contratar cuando son positivas, o a no hacerlo si poseen carácter negativo³.

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba. Correo de contacto: lmiranda@uco.es. Este trabajo se inserta en los siguientes Proyectos de investigación: 1) Proyecto PID2020-117872RB-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ); 2) Proyecto P20_00002, financiado por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (IP: L. MIRANDA SERRANO); y 3) Proyecto 1380525-R, financiado por la Universidad de Córdoba (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ).

¹ V. *ad ex.*, el informe del *Bundeskartellamt* sobre medidas (de Derecho de consumo) a adoptar en materia de reseñas, donde se concluye que un porcentaje muy elevado de consumidores se guía por ellas al adoptar sus decisiones de compra, sobre todo cuando se trata de bienes y servicios nuevos ofertados por proveedores poco conocidos (BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf bei Nutzerbewertungen*, Schriftenreihe «Wettbewerb und Verbraucher- schutz in der digitalen Wirtschaft», Bonn, 2020, especialmente, pp. 6 y 7, en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_8.pdf?__blob=publicationFile&v=4; consulta: 3 enero 2023). Esta conclusión es confirmada por otros estudios elaborados por investigadores en relación con sectores económicos concretos; *ad ex.*: YE, Q. *et al.*, «The impact of online user reviews on hotel room sales», *International Journal of Hospitality Management*, 28, 2009, pp. 180 y ss., en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0278431908000546> (consulta: 2 de febrero 2022); PARK, S. y NICOLAU, J. L. «Asymmetric effects of online consumer reviews», *Annals of Tourism Research*, 2015, 50, pp. 67 y ss., en <https://core.ac.uk/download/pdf/32325955.pdf> (consulta: 2 febrero 2023).

² Entre otros: MCCLUSKEY, M., «Inside the war on fake consumer reviews», en <https://time.com/6192933/fake-reviews-regulation/> (consulta: 9 enero 2023); LATINI, S., «Perché le aziende devono prestare attenzione alle recensioni dei clienti?», en <https://www.ipsoa.it/magazine/perche-aziende-devono-prestare-attenzione-recensioni-clienti> (consulta: 9 enero 2023).

³ En este sentido, *ad ex.*, DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more: the regulation of online reviews», *Law, Innovation and Technology*, vol. 14, n. 1, pp. 138 y ss., disponible en <https://doi.org/10.1080/17579961.2022.2047523> (consulta: 2 febrero 2023); VON HELVERSEN, B. *et al.*, «Influence of consumer reviews on online purchasing decisions in older and younger adults», *Decision Support Systems*, vol. 113, 2018, en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923618300861> (consulta: 8 enero 2023),

Al mismo tiempo, las reseñas se presentan como un instrumento de marketing fundamental para lo que ha dado en conocerse como el *empoderamiento de los consumidores y usuarios*, al permitir a quienes han participado en el mercado en condición consumidora formular quejas públicas acerca de las experiencias poco satisfactorias que han vivido al adquirir ciertos bienes o contratar determinados servicios⁴. En este sentido, cabe imputarles un papel destacado en el llamado cambio de paradigma del marketing y del comportamiento del consumidor en la era digital⁵. Sobre todo, porque gracias a ellas se hace posible la comunicación boca-boca (*word of mouth*), considerada hoy como una de las mayores influencias en el comportamiento de mercado de los consumidores y usuarios en Internet⁶.

Como es natural, a consecuencia de la referida función de empoderamiento, las reseñas influyen sobre los empresarios y profesionales para que se esmeren en ofrecer al mercado bienes y servicios de calidad. Por ello no es erróneo imputarles una función *procompetitiva*⁷. En otras palabras, podría decirse que mediante el sistema de reseñas y valoraciones de las prestaciones empresariales en manos de los consumidores y usuarios (conocido como *reputational feedback system*) se generan los incentivos necesarios para que los operadores económicos que lo utilizan se esfuercen en obtener la mejor reputación posible⁸. Y es que en la era digital adquiere plena

pp. 1 y ss.; PASRK, D. *et al.*, «The effect of on-line consumer reviews on consumer purchasing intention: the moderating role of involvement», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 11, 2007, pp. 125 y ss., en <https://doi.org/10.2753/IEC1086-4415110405> (consulta: 2 febrero 2023); FLAQUERT RIUTORT, J., «Los retos legales de las *fake reviews* en el ordenamiento jurídico español», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 56, 2021, pp. 1 y ss. (en la versión electrónica de la base de datos de Aranzadi); GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital, reseñas falsas de consumidores y competencia desleal», en MADRID PARRA y ALVARADO HERRERA (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Ed. Aranzadi, 2022, pp. 541 y ss.; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal de los sitios de reseñas y de las reseñas en línea de consumidores», *Revista Lex Mercatoria*, vol. 22, 2022, pp. 61 y ss., en <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria> (consulta: 2 febrero 2023); RUBIO GIL, A., JIMÉNEZ BARANDILLA, I. y MERCADO, C., «Reputación corporativa online en la hotelería: el caso Tripadvisor», *Esic Market Economics and Business Journal*, vol. 48, núm. 3, 2017, p. 598, disponible para consulta en la dirección web <https://revistasinvestigacion.esic.edu/esicmarket/index.php/esicm/article/view/227> (consulta: 2 febrero 2023); MELLINAS, J. *et al.*, «El control de irregularidades y Tripadvisor», *Revista Turismo y Desarrollo*, núm. 18, 2015, en https://www.researchgate.net/publication/279973979_El_control_de_las_irregularidades_y_TripAdvisor (consulta: 15 diciembre 2022); WINNER, M., «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo», en <https://almacendederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo> (consulta: 17 de diciembre de 2022); CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales contra los consumidores en el mercado digital. A propósito de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, 2023, pp. 23 y ss.

⁴ A esta función de empoderamiento se refirió la Comisión en su Comunicación sobre Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa: Bruselas, 25 de mayo de 2016 COM(2016) 288 final; también al respecto: SCHLOTTCHAUER, L., *Cambios en el comportamiento del consumidor y el rol de los review-sites*, Universidad de San Andrés, 2014, p. 26, en <https://repositorio.udesa.edu.ar> (consulta: 7 enero 2023); VENTRE, I., «El empoderamiento de los consumidores a través de las redes sociales», en <https://egade.tec.mx/es/egade-ideas/opinion/el-empoderamiento-de-los-consumidores-traves-del-uso-de-las-redes-sociales> (consulta: 7 enero 2023), entre otros.

⁵ *Ad ex.*, entre otros muchos: CEJMER, Z., «The shift of the marketing paradigm and its implications for brand-consumer communication», en GARCÍA MEDINA, I. (Coord.), *Diálogos bilaterales entre investigadores de la Glasgow Caledonian University (Reino Unido) y la Universidad de Alicante (España)*, Colección Mundo Digital, Alicante, 2017, pp. 69 y ss.; TORRES MONTESINOS, M.M. *et al.*, «Cambio de paradigma en el marketing de destinos turísticos», en *CULTUR. Revista de Cultura e Turismo*, núm. 2, junio de 2013, pp. 4 y ss.; GONZÁLEZ, M.B., «Las comunicaciones en el nuevo paradigma de marketing», *Icono 14*, volumen 15 (2), pp. 1 y ss.

⁶ VIERA MURILLO, L.E. y MORENO-GAVILANES, K.A., «Comunicación de boca en boca como factor de influencia interpersonal del consumidor: un análisis de revisión sistemática», *Digital Publisher CEIT*, vol. 5, n. 6, 2002, pp. 47 y ss., en <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.6-1.379> (consulta: 2 febrero 2023).

⁷ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 63.

⁸ SCHLOTTCHAUER, L., *Cambios en el comportamiento del consumidor...*, *cit.*, pp. 24 y 25.

vigencia y actualidad la conocida aseveración plautina según la cual «si puedo preservar la reputación, será suficiente riqueza», al existir un estrecho vínculo entre reputación y eficiencia empresarial⁹. Ahora bien, para que la incidencia que las reseñas ejercen sobre las decisiones de mercado de los consumidores y usuarios pueda ser protegida por el ordenamiento jurídico es necesario que sean fiables. Así acontece cuando no presentan disfunciones o irregularidades, al incumplir las exigencias derivadas del principio de veracidad. De ahí la conveniencia de prestar atención a este asunto.

1.2. Disfunciones o irregularidades del sistema de reseñas de bienes y servicios

Las anomalías de las reseñas online de bienes y servicios se han ido agudizando a medida que la actividad comercial ha ido ganando terreno e importancia en Internet. Al respecto, 2013 se presenta como una fecha de especial interés. En dicho año, el Fiscal General Eric T. Schneiderman dio a conocer en los Estados Unidos, a través de una nota de prensa, que 19 empresas habían alcanzado un acuerdo con un doble contenido: 1º) poner fin a sus prácticas consistentes en publicar reseñas falsas de bienes y servicios en Internet, y 2º) abonar en concepto de sanción económica una cuantía superior a 350000 dólares. Este acuerdo fue resultado de la llamada *Operation Clean Turf*, una investigación de un año de duración que puso de manifiesto cómo un grupo de empresas había inundado Internet con reseñas falsas en sitios web tales como *Yelp*, *Google Local* y *CitySearch*¹⁰. En el curso de la investigación, la Fiscalía General descubrió que muchas de estas empresas utilizaban técnicas para ocultar su identidad, como la creación de perfiles falsos mediante diferentes direcciones de IP, así como el pago de entre 1 y 10 dólares por reseña a personas de lugares tan lejanos como Filipinas, Bangladesh o Europa del Este¹¹. También en 2013 la autoridad australiana encargada de la competencia y el consumo (la *Australian Consumer and Competition Commission*) publicó una Guía para las empresas y plataformas de reseñas online, que contenía recomendaciones basadas en tres principios rectores: 1º) exigir transparencia en cuanto a las relaciones comerciales entre las plataformas de reseñas, las empresas reseñadas y/o los reseñadores; 2º) prohibir la publicación de reseñas falsas; y 3º) advertir de que la eliminación o edición selectiva de reseñas negativas puede provocar engaño en los consumidores¹². Igualmente, 2013 reviste un significado especial para la Unión Europea,

⁹ ZARRO, M., «Online unfair commercial practices: a european overview», *The Italian Law Journal*, vol. 7, núm. 1, 2021, p. 213, en <https://www.theitalianlawjournal.it/zarro/> (consulta: 2 febrero 2023).

¹⁰ OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, «A.G. Schneiderman announces agreement with 19 companies to stop writing fake online reviews and pay more than \$350,000 in fines», en <https://ag.ny.gov/press-release/2013/ag-schneiderman-announces-groundbreaking-1025-million-dollar-settlement-profit> (consulta: 30 enero 2023); también al respecto: RUSHE, D., «Fake online reviews crackdown in New York sees 19 companies fined», *The Guardian*, 24 September 2013, en <https://www.theguardian.com/world/2013/sep/23/new-york-fake-online-reviews-yoghurt> y MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Fake reviews on online platforms: perspectives from the US, UK and EU legislations», *SN Soc Sci*, 1, 181, 2021, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s43545-021-00193-8>, p 19. Señala el último autor que, aunque el caso *Lifestyle Lift* (al que se refiere en pp. 18 y 19) fue el primer intento de sancionar prácticas de *astroturfing* online en los EE.UU., la investigación *Clean Turf* fue, en rigor, la primera operación a gran escala contra las reseñas falsas en contextos digitales.

¹¹ *Ibidem*; en concreto, las empresas implicadas buscaban colaboradores a través de páginas web de anuncios por palabras. «Hola (...) Necesitamos a alguien que publique una o dos reseñas al día en páginas como *Yelp*, *Google reviews*, *Citysearch* o similares», decían dichos anuncios. Y añadían: «Nosotros proveeremos el texto/reseña. Tienes que ser capaz de publicarlos sin llamar la atención», indicaba uno de estos anuncios (traducción propia).

¹² Más información en HUN, K. M., «Gaming the system: Fake online reviews v. consumer law», *Computer Law & Security Review*, vol. 31, 2015, pp. 10 y 11, disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364914001824> (consulta: 2 febrero 2023). La guía, denominada *Online reviews — a guide for business & review platforms* (de 3 diciembre 2013) está accesible en <https://www.accc.gov.au/publications/online-reviews-a-guide-for-business-review-platforms> (consulta: 2 febrero 2023).

pues fue en dicho año cuando la Comisión se refirió por vez primera a la problemática de las reseñas online de bienes y servicios, como así lo corrobora su «Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE»¹³. Por último, fue también en 2013 cuando se publicó en Francia la norma NF Z-74-501 para la gestión de reseñas online, que propició la elaboración de la norma ISO 20488:2018 de ámbito internacional¹⁴.

Dentro de las reseñas que presentan disfunciones o irregularidades, hay quienes diferencian las *falsas* de las *engañosas*¹⁵. Desde este punto de vista, se consideran integrantes del segundo grupo (*misleading reviews*) las reseñas *incentivadas*, realizadas por sujetos a los que se les confieren como contrapartida determinadas ventajas o recompensas de carácter patrimonial. Las primeras (*fake reviews*), por su parte, se definen como aquellas que no expresan las opiniones genuinas de los consumidores y usuarios¹⁶, o, si se prefiere, que son generadas sin la existencia de experiencias previas de consumo por parte de quienes las emiten¹⁷. Esta distinción, sin embargo, no me convence. Las reseñas engañosas no pueden limitarse únicamente a las incentivadas. De hecho, cabe hablar de reseñas incentivadas que no merecen el calificativo de engañosas, como serían todas aquellas que, pese a ser emitidas como consecuencia de la concesión de un incentivo (descuento en el precio, recompensa económica, etc.), son publicadas informando debidamente de esta circunstancia a la clientela. En rigor, no existe diferencia alguna entre las nociones de falsedad y engaño desde un punto de vista etimológico. El término falsedad proviene del verbo latín *fallere* que significa precisamente engaño, que no es otra cosa que actuar de manera contraria a la verdad. Se explica así que, en mi opinión, sea procedente hablar de forma indistinta de reseñas falsas y engañosas con referencia a todas aquellas que presentan las disfunciones o irregularidades a las que aquí me referiré. Como ha declarado el regulador de la competencia británico (la *Competition and Markets Authority*: CMA), estas reseñas anómalas pueden revestir dos modalidades, en la medida en que su contenido puede ser tanto negativo (encaminado a desprestigiar profesionalmente al destinatario) como positivo (dirigido a mejorar de modo artificial la posición en el mercado de quien la recibe)¹⁸.

En cuanto a su procedencia, la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que las reseñas irregulares pueden provenir de cuatro fuentes distintas: 1ª) los consumidores y usuarios, que las elaboran de forma intencionada, en beneficio propio, o por error, al tener expectativas poco realistas acerca los bienes o servicios reseñados; 2ª) los operadores de servicios como, por ejemplo, hoteles o tiendas, que para contrarrestar las reseñas negativas actúan directamente, mediante información engañosa, o indirectamente, a través de agencias de reputación o asociando las reseñas falsas a incentivos tales como descuentos, vales o regalos; 3ª) los operadores de sitios de reseñas, mediante la eliminación sistemática de reseñas negativas o su sesgada manipulación; y, por último, 4ª) los servicios de reputación electrónica o digital, que

¹³ COM/2013/0139 final, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52013DC0139>

¹⁴ A ambas normas me refiero *infra*, en el epígrafe 1.3.

¹⁵ VALANT, J., «Online consumer reviews. The case of misleading or fake reviews», p. 1, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI\(2015\)571301_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI(2015)571301_EN.pdf) (consulta: 30 enero 2023); MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 66.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ SALMINEN, J. *et al.*, «Creating and detecting fake reviews of online products», *Journal of Retailing and Consumer Services*, vol. 64, 2022, p. 2, en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698921003374> (consulta: 2 febrero 2023).

¹⁸ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 5; CARILLO, S., *Le recensioni online nell'industria della ristorazione: la creazione di un Dizionario di content analysis e l'applicazione a un caso aziendale*, Università de Pisa, 2017, en <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-01302018-114209/> (consulta: 10 enero 2023), p. 24.

colaboran con las empresas ayudándolas a gestionar su reputación en línea¹⁹. De forma más simplificada, pero atendiendo también a sus fuentes de procedencia, se habla de tres tipos de reseñas: 1^a) las provenientes de personas incentivadas que cobran por ello; 2^a) las que derivan de robots que las realizan de forma automática; y 3^a) las efectuadas por personas que a través de ellas comparten sus experiencias reales de consumo. Como es natural, sólo las terceras son fiables por responder al principio de veracidad. Las dos primeras no, al poseer evidentes irregularidades²⁰. En todo caso, de esta clasificación se infiere que una reseña anómala puede ser creada manualmente, mediante un escrito humano, o automáticamente, a través de un robot o programa informático. En este sentido, se ha de tener en cuenta que los importantes avances logrados en la generación de lenguaje natural ofrecen grandes posibilidades para la producción a gran escala de reseñas falsas. De hecho, la tecnología puede haber alcanzado ya plenamente el objetivo de hacer casi imposible que un lector humano detecte si un texto determinado está escrito por una persona real o no. Por otra parte, las plataformas electrónicas se presentan como un canal de distribución privilegiado para la difusión a gran escala de reseñas irregulares²¹.

Sólo si las reseñas no presentan disfunciones, los consumidores y usuarios pueden confiar en ellas y, por tanto, en la integridad del sistema²². Sin embargo, la práctica pone de manifiesto que las cosas no siempre transcurren como deberían y que en no pocas ocasiones el sistema de reseñas se ve aquejado de numerosas irregularidades²³. La experiencia habla por sí misma. En ocasiones, son los propios empresarios o profesionales quienes, aparentando actuar como consumidores o usuarios, emiten reseñas con vistas a menoscabar el crédito y la reputación comercial de otros competidores. En otros supuestos, el engaño proviene de sujetos que, habiendo encontrado una atractiva oportunidad de negocio en este campo, ofrecen —a cambio de un precio— valoraciones positivas a las empresas que se las demandan, que obtienen con ello (artificialmente) una mejor posición en el mercado²⁴. Y tampoco faltan situaciones en las que las anomalías de las reseñas obedecen a que provienen de trabajadores o clientes despechados, o de consumidores y usuarios a los que se les prometen determinadas recompensas, como viajes, cenas o estancias de hotel gratuitas, a cambio de emitir comentarios positivos²⁵.

¹⁹ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 5.

²⁰ V. esta clasificación en COMUNIDAD DE MADRID, «Reseñas online. Cuidado con las reseñas falsas», disponible en <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/resenas-online-cuidado-resenas-falsas> (consulta: 3 enero 2023).

²¹ SALMINEN, J. *et al.*, «Creating and detecting fake reviews...», *cit.*, p. 2.

²² En expresión de WINNER, M., «La regulación jurídica...», *cit. supra*.

²³ Sirvan de ejemplo los dos estudios siguientes: 1) El realizado en 2019 en España por la OCU, que analizó casi 6500000 reseñas relativas a 47000 productos comercializados por Amazon en España, Italia y Francia, así como hoteles de TripAdvisor y Booking, llegando a la siguiente conclusión: el 8,38% de los productos tenían una valoración alterada; en cuanto a TripAdvisor, ese porcentaje alcanzaba al 6,20%; y respecto a Booking, al 2,10% (MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 64 y ss.). 2) El efectuado en 2013 en Francia por la DGCCRF, que detectó un 45% de anomalías en las reseñas examinadas (POUILLARD, N., «L'avis consommateur: un atout pour votre réputation et vos ventes?», v. en <https://www.appvizer.fr/magazine/marketing/gestion-feedback/avis-consommateur> (consulta: 2 enero 2023).

²⁴ V. *ad ex.*, el relato de hechos que realiza MAKAROV, A., «Me pagan por hacer reviews falsas: así es el negocio que pone en duda la fiabilidad de las puntuaciones online», en <https://www.xataka.com/especiales/me-pagan-hacer-reviews-falsas-asi-negocio-que-pone-duda-fiabilidad-puntuaciones-online> (consulta: 19 diciembre 2022).

²⁵ *Ad ex.*, MALDONADO MOLINA, J., Las reseñas online de los consumidores: régimen aplicable», disponible en <https://www.hispanicolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/las-resenas-online-de-los-consumidores-regimen-aplicable/> (consulta: 19 diciembre 2022); DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 131 y ss.; MCCLUSKEY, M., «Inside the war on fake...», *cit. supra*; MORA ASTABURUAGA, A. y PRADO SEOAONE, J. A., «Sistemas de reputación online (Reputational Feedback Systems), opiniones falsas y

De estas malas prácticas en materia de reseñas se hace eco la norma ISO 20488:2018 a la que más adelante me referiré con mayor detenimiento²⁶. En concreto, en ella se identifican las siguientes irregularidades en este ámbito: 1ª) falsas reseñas positivas escritas por los propios empresarios o profesionales con la intención de engañar a los consumidores y usuarios; 2ª) falsas reseñas negativas emitidas por los competidores de un empresario o profesional con la finalidad de alejar a los consumidores de la empresa o el establecimiento del que provienen los bienes o servicios reseñados; 3ª) ofrecimiento por parte de empresas gestoras de reputación en línea de servicios a otras empresas de comercio electrónico para mejorar sus reseñas en la red; 4ª) consumidores que se valen de su condición de críticos públicos para obtener condiciones de contratación más favorables u otro tipo de beneficios por parte de empresarios o profesionales que actúan en Internet; 5ª) falta de confianza sobre la veracidad de las reseñas y dudas acerca de si las empresas seleccionan sólo las mejores reseñas y eliminan las negativas; y, por último, 6ª) empresarios o profesionales que solicitan a consumidores que escriban reseñas positivas o los penalizan por emitir las con contenidos negativos²⁷.

Igualmente se refiere a esta cuestión la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en lo sucesivo, Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales o, simplemente, Guía)²⁸. Como en ella se afirma, los comportamientos desleales que tienen lugar en este ámbito obedecen a que los operadores económicos «utilizan diferentes técnicas para aumentar el número de reseñas positivas de sus productos en las plataformas o para reducir o restar importancia al número de reseñas negativas»²⁹. En concreto —añade la Guía—, algunos de estos operadores «organizan la publicación de reseñas positivas falsas mediante, por ejemplo, la participación de empresas especializadas que contratan a consumidores reales a través de redes sociales u otros medios. A continuación, estos consumidores compran los productos de los respectivos comerciantes en plataformas en línea y dejan calificaciones de cinco estrellas a cambio de beneficios específicos». Otros, por su parte, «incentivan a los consumidores para probar sus productos a cambio de publicar sus reseñas (reseñas patrocinadas) sin desvelar el patrocinio»³⁰.

En una dirección muy similar se pronuncia el *Bundeskartellamt* en su informe relativo a la «Necesidad de adoptar medidas a través de la legislación de consumidores en relación con las reseñas de los usuarios» (*Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf bei Nutzerbewertungen*)³¹. Entre otras consideraciones de interés sobre la materia, la autoridad alemana de la competencia pone de manifiesto en este documento cómo algunos empresarios y profesionales intentan aumentar el número de sus reseñas positivas, para lo cual pagan a proveedores que reclutan usuarios para

competencia desleal», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 16, 2018, pp. 160 y ss.; WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen vor dem Aus?», en <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/uwg-unlauterer-wettbewerb-novelle-online-shopping-portale-betreiber-transparenz-verbraucherschutz-fake-bewertungen/> (consulta: 7 enero 2023).

²⁶ *Infra*, epígrafe 1.3.

²⁷ El texto de esta norma ISO puede consultarse en <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:20488:ed-1:v1:fr>, o en <https://cdn.standards.iteh.ai/samples/68193/47ddb2b99c84434f838c7f7eaca1cb4e/ISO-20488-2018.pdf>

²⁸ DOUE, C 526/1, de 29 de diciembre 2021.

²⁹ Apartado 4.2.4. de la Guía.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Cit. supra*.

que las realicen³². Y algo similar hace la autoridad francesa en materia de competencia y consumo (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*: DGCCRF), que ha detectado un considerable número de prácticas irregulares en este ámbito. Entre otras, cabe mencionar aquí la eliminación (total o parcial) de las reseñas negativas en favor de las positivas. O la publicación inmediata de las reseñas positivas con el subsiguiente aplazamiento de la publicación de las negativas, lo que hace que la mayor parte de las reseñas positivas aparezcan siempre entre las más recientes. Y tampoco han faltado los casos en los que ha quedado claramente demostrado que las reseñas publicadas eran falsas, en no pocas ocasiones por haber sido adquiridas a proveedores especializados en la venta de reseñas³³.

A la vista de las consideraciones precedentes, no sorprende que el negocio de la compraventa de reseñas se haya convertido en un mercado independiente al de los propios bienes y servicios reseñados³⁴. De hecho, quien quiera adquirir reseñas positivas para su negocio sólo tiene que insertar en un buscador la expresión «compra de reseñas». Inmediatamente, el motor de búsqueda ofrecerá como resultados varias empresas que ofrecen sus servicios para diferentes plataformas. Algunas de estas empresas se defienden de las críticas que reciben con el argumento de que sólo se valen de consumidores con experiencias reales de consumo. Sin embargo, las empresas que llevan ya algún tiempo tratando de luchar contra las reseñas falsas en Internet ponen en tela de juicio que ésa sea la manera de actuar de dichos operadores digitales³⁵.

³² BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf...*, cit., p. 7; también al respecto, entre otros: BECKER, C., «Entscheidungshilfe Nutzerbewertung: Lösungsvorschläge zum Schutz vor Fake-Bewertungen», en <https://online.ruw.de/suche/pdf/wrp/wrp-12-2020-i-04d59e957db20b946292e45b448f9138.pdf> (consulta: 3 enero 2023); ZENKE, I., HEYMANN, T. y HOCH, H., «Sektorunter-suchung Nutzerbewertungen des Bundeskartellamtes: das Fauchen des zahnlosen Tigers», disponible en <https://www.bbh-blog.de/alle-themen/wettbewerbs-und-kartellrecht/sectoruntersuchung-nutzerbewertungen-des-bundeskartellamtes-das-fauchen-des-zahnlosen-tigers/> (consulta: 3 enero 2023).

³³ DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES, «Avis en ligne: Attention aux faux commentaires!», en <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/faux-avis-consommateurs-sur-internet> (fecha de consulta: 30 enero 2023).

³⁴ En este sentido, demandando que el control de este mercado quede en manos del Derecho de la competencia: Mark PATTERSON en *Antitrust Summer*: v. DE LA CALLE RESTREPO, J.M., «Entre la libre competencia y la protección del consumidor», en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/entre-la-libre-competencia-y-la-proteccion-al-consumidor (consulta: 16 diciembre 2022).

³⁵ Así, LINDENFELD, D., «Wie sehr kann man online-rezensionen noch trauen?», en <https://www.msn.com/de/finanzen/top-stories/wie-sehr-kann-man-online-rezensionen-noch-trauen/ar-AA12WFO6?ocid=FinanceShimLayer> (consulta: 4 enero 2023). En relación con este asunto, Sherry HE y Brett HOLLENBECK (de la *Anderson School of Management* de la UCLA) y Davide PROSERPIO (de la *Marshall School of Business* de la Universidad del Sur de California) en su estudio «The Market for Fake Reviews», publicado en *INFORMS Marketing Science*, ponen de manifiesto que pudieron corroborar la existencia de grandes y activos mercados *online* de reseñas falsas. Según este estudio, dichos mercados funcionan así: Los vendedores publican en grupos privados online para promocionar sus productos. Seguidamente, pagan a los clientes para que compren determinados productos y dejen reseñas positivas. Su investigación se centró en *Amazon* por tratarse del mercado más grande y desarrollado. Para ello recopilaban datos con la finalidad de constatar qué vendedores de productos compraban reseñas falsas y cuándo lo hacían. Descubrieron que cierta manipulación de las reseñas tenía un efecto causal sobre las ventas. Y que después de que las empresas dejaran de comprar reseñas falsas, la valoración media de sus productos descendía (al tiempo que la proporción de reseñas de una estrella tendía a aumentar). Observaron también que en torno a la mitad de las reseñas falsas fueron finalmente eliminadas, pero que las eliminaciones se efectuaron con un retraso medio de más de 100 días, lo que permitió a los vendedores beneficiarse a corto plazo de dichas reseñas. Además, el informe insiste en que casi ninguno de los vendedores que compraron reseñas falsas lo hicieron para marcas conocidas, lo que es coherente con otras investigaciones que han demostrado que las reseñas *online* son más eficaces para las marcas más pequeñas y poco conocidas: SMITH, A., «Study examines the impact of fake online reviews on sales», en <https://www.eurekaalert.org/news-releases/964346> (consulta: 4 enero 2023); TOTTY, M., «To

1.3.Respuesta del regulador frente a las disfunciones o irregularidades descritas: presentación

Ante situaciones como las referidas, cabe preguntarse si nuestra Ley de Competencia Desleal de 1991 (en adelante, LCD)⁵⁶, ampliamente reformada en 2009⁵⁷ para incorporar las exigencias de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores⁵⁸, cuenta con instrumentos jurídicos adecuados para hacer frente a estas malas prácticas en materia de reseñas. A mi juicio, esta pregunta merece una respuesta indubitadamente afirmativa a la vista de la idoneidad de sus normas reguladoras de los *actos de engaño* para accionar jurídicamente contra este tipo de conductas distorsionadoras del derecho de los consumidores y usuarios a elegir libremente los bienes y servicios que desean contratar. De hecho, la prohibición de dichos actos persigue especialmente la protección de la *libertad de saber* de quienes contratan bienes y servicios en el mercado, es decir, que sepan realmente qué es lo que están contratando en cada caso, lo que puede no acontecer cuando las reseñas consultadas presentan irregularidades como las descritas⁵⁹.

A favor de esta respuesta afirmativa cabe invocar la Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE⁴⁰. De hecho, en este documento la Comisión ponía ya claramente de manifiesto en 2016 cómo determinadas prácticas sobre reseñas merecían considerarse desleales (*ex* Directiva 2005/29/CE) por su carácter engañoso; a saber: 1ª) la eliminación de reseñas por parte de las plataformas sin informar a la clientela de que sólo presentan una selección; 2ª) el ofrecimiento al autor de la reseña de una contraprestación si no se indica que en ese caso la reseña es incentivada; 3ª) el veto de ciertos empresarios a consumidores o a plataformas para que no publiquen reseñas relativas a sus prestaciones empresariales; 4ª) el hacer creer a la clientela que las reseñas provienen de consumidores y usuarios reales sin garantizar que efectivamente así es; 5ª) la publicación de reseñas falsas por el propio empresario o por terceros a los que contrata con ese fin; y, por último, 6ª) no revelar la relación existente entre el empresario sobre cuyas prestaciones versan las reseñas y el operador digital que actúa como mecanismo de reputación en línea⁴¹.

En el Derecho comparado, esa misma respuesta es confirmada, por ejemplo, por la experiencia alemana. En ella, los problemas derivados de las reseñas falsas se han venido resolviendo

spot fake online reviews, target the reviewers», en <https://anderson-review.ucla.edu/to-spot-fake-online-reviews-target-the-reviewers/> (consulta: 4 enero 2023).

⁵⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: BOE núm. 10, de 11 enero 1991.

⁵⁷ 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: BOE núm. 315, de 31 diciembre 2009.

⁵⁸ 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo: DOUE de 11 de junio de 2005, L 149/22.

⁵⁹ Conformes, *ad ex.*, entre nosotros, GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, pp. 549 y 550, y, a propósito de la Directiva 2005/29/CE y el Derecho italiano, respectivamente: NARCISO, M., «The regulation of online reviews in European Consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 27, 3, 2019, pp. 557 y ss., disponible en <https://doi.org/10.54648/erpl2019028> (consulta: 2 febrero 2023) y BLASCO, B., «Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews, The italian perspective and comparatives profiles», *Comparative Law Review*, 24, 2018, pp. 148 y ss. disponible en <https://apcz.umk.pl/CLR/article/view/CLR.2018.004> (consulta: 3 febrero 2023).

⁴⁰ COM(2016) 320 final, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52016SC0163>

⁴¹ Apartado 5.2.8 de la Guía, cuya rúbrica es «Herramientas de valoración de los usuarios».

directamente a través del § 5a de la Ley contra la competencia desleal (*Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb*: UWG), relativo al engaño por omisión (*Irreführung durch Unterlassen*). En concreto, los tribunales germanos han considerado que existe una práctica engañosa por omisión cuando los empresarios no indican de modo expreso la presencia en sus sitios de reseñas de valoraciones incentivadas⁴², o llevan a cabo procesos de filtración dirigidos a publicar únicamente las reseñas positivas⁴³. Y algo similar puede afirmarse del Derecho francés. Su autoridad en materia de competencia y consumo (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*: DGCCRF) se ha valido de la figura de las prácticas engañosas para prohibir la publicación de reseñas positivas falsas⁴⁴.

Pese a lo expuesto, nuestro Derecho (así como el resto de los ordenamientos de los Estados que conforman la Unión Europea) se ha visto recientemente reformado para incorporar una nueva disciplina legal relativa a esta materia. Es cierto que la decisión de elaborarla no ha partido *motu proprio* del legislador español, sino que le ha sido exigida desde Bruselas. En concreto, su origen hay que residenciarlo en la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (también conocida como «Directiva Ómnibus sobre Comercio Electrónico» o como «Segunda Directiva de Modernización»)⁴⁵. Esta Directiva es resultado del «Nuevo marco para los Consumidores» que fue presentado por la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo a través de su Comunicación de 11 de abril de 2018. Con él se pretendía dar un nuevo impulso a la política de protección de los consumidores de la Unión frente a los nuevos retos que plantean las políticas de consumo, así como garantizar un mercado único justo para los consumidores y las empresas⁴⁶. A su vez, esta Comunicación enlazaba con otra previa, intitulada «Una Estrategia para el Mercado Único Digital en Europa», fechada el 6 de mayo de 2015 y orientada a la elaboración de nuevas normas adecuadas para contribuir a un mercado único digital para Europa, propiciando la confianza de los consumidores y usuarios en el *e-commerce* transfronterizo⁴⁷.

Al margen de estas dos Comunicaciones directamente conectadas con la Directiva (UE) 2019/216, lo cierto es que (como ya adelanté) fue en 2013 cuando por vez primera la Unión Europea empezó a mostrar una cierta preocupación por la problemática de las reseñas de bienes y servicios. Así lo refleja el «Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE». En él, la Comisión puso de manifiesto que «los sitios web que alojan opiniones de los usuarios han sido en diversas ocasiones objeto de críticas por lo que respecta a las opiniones que parecen ser imparciales y de los consumidores, pero en realidad son publicidad encubierta»⁴⁸. Esta preocupación por las reseñas se acrecentó en 2014, como se infiere de la publicación en dicho año por la Comisión Europea del «Estudio sobre las Reseñas en línea de los Consumidores en el sector Hotelero»

⁴² WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen...», *cit. supra*.

⁴³ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 141 y ss.

⁴⁴ BRUNELLET, «Publication de faux avis: première condamnation par la DGCCRF», disponible en <https://www.relationclientmag.fr/Thematique/customer-marketing-1251/veille-tribune-2152/Breves/Tribune-Publication-faux-avis-premiere-condamnation-DGCCRF-365448.htm> (consulta: 8 enero 2022).

⁴⁵ DOUE núm. 328, de 18 de diciembre 2019.

⁴⁶ Bruselas, 11 de abril de 2018, COM(2018) 183 final.

⁴⁷ Bruselas, 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192 final.

⁴⁸ COM/2013/0139 final.

(*Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*)⁴⁹. En este documento, el Ejecutivo europeo aludió expresamente al reto de encontrar un cierto equilibrio entre un sistema eficaz de recogida de reseñas de los usuarios y un mecanismo de control efectivo que evitase los abusos que venían cometiéndose en este campo⁵⁰. Varios años después, la preocupación por este asunto se hizo también presente en la Comunicación de 2016 sobre «Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa». No en vano, en este nuevo texto la Comisión fue clara al expresar que «la evaluación y calificación en línea de los productos y servicios ayuda y empodera a los consumidores, siempre que sea fiable y esté exenta de todo sesgo o manipulación», añadiendo que «las reseñas y comentarios falsos causan una pérdida de confianza que puede minar el modelo de negocio de la propia plataforma y llegar a generar una desconfianza generalizada»⁵¹.

Como se desprende de su propio nombre, la Directiva (UE) 2019/2161 trata principalmente de mejorar y modernizar las normas que protegen a los consumidores y usuarios en la Unión Europea. Con tal fin, pone muy especialmente la atención en la regulación de las nuevas técnicas de comercialización y marketing que han encontrado desarrollo en el mercado digital. Entre ellas, se encuentran precisamente las que aquí interesan, esto es, las reseñas online de bienes y servicios, para las que dicta algunas reglas que conforman el principal objeto de estudio de este trabajo. Es verdad que esta Directiva no ha sido la primera reacción jurídica en el ámbito de la Unión Europea dirigida a luchar contra las reseñas que no respetan el principio de veracidad. En 2012, la Federación Alemana de Organizaciones de Consumidores (*Verbraucherzentrale Bundesverband*: VZBV) publicó algunas recomendaciones para los sitios de reseñas y elaboró un documento dirigido a ayudar a los consumidores y usuarios a reconocer las reseñas falsas y engañosas. Un año después, en 2013, la Asociación Francesa de Normalización (*Association française de Normalisation*: AFNOR) publicó una norma *opt-in* para la gestión de las reseñas online (la NF Z-74-501), destinada a hacer más fiable la recopilación y el tratamiento de las reseñas de bienes y servicios en Internet⁵². Al mismo tiempo, la legislación gala sobre consumidores reputó práctica comercial fraudulenta (sancionable económicamente) el uso indebido de la referida norma AFNOR⁵³. Y en 2016 el legislador francés terminó promulgando

⁴⁹ En <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7d0b5993-7a88-43ef-bfb5-7997101db6d5>

⁵⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, p. 7.

⁵¹ COM/2016/0288 final.

⁵² Sobre la norma NF Z74-501, que fue derogada por la norma ISO 20488:2018 (a la que hago expresa referencia seguidamente en el texto) v., *ad ex.*, FROCHOT, D., «Faux avis de consommateurs: à propos de la norme Afnor Z74-501», en <https://www.les-infostrateges.com/actu/faux-avis-de-consommateurs-a-propos-de-la-norme-afnor-z74-501> (consulta: 30 de junio de 2023). Aunque esta norma NF Z74-501 definía los principios y requisitos para gestionar las reseñas de los consumidores y usuarios en Internet y prohibía expresamente la compra de reseñas, lo cierto es que, dado su carácter voluntario, tras su aprobación, no pocos profesionales continuaron recurriendo a malas prácticas en la materia, lo que motivó que estas conductas fueran denunciadas ante la Asamblea Nacional: ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE, «Question 7945 de M. Benjamin Dirx relatif aux Avis sur internet et e-réputation», en <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-7945QE.htm> (consulta: 30 enero 2023).

⁵³ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 6. Actualmente el Centro de protección de consumidores de Francia pone de manifiesto que un profesional puede exhibir en su sitio web la certificación "norma AFNOR" NF.ISO 20488, lo que ha de interpretarse en el sentido de que cumple los requisitos y recomendaciones de la Asociación Francesa de Normalización (AFNOR) relativa a la gestión de reseñas. De modo que este proceder puede constituir una garantía de confianza. Ahora bien, al mismo tiempo que señala lo anterior, advierte de la conveniencia de comprobar siempre en la página web de la AFNOR que el profesional de que se trate figura en la lista de profesionales certificados: CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet: comment leur faire confiance?», en <https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-avis-en-ligne.html> (consulta: 30 enero 2023).

una regulación de las reseñas online de bienes y servicios contenida en los artículos L.111-7 y siguientes del *Code de la Consommation* y normas que los desarrollan⁵⁴.

Por otra parte, la Organización Internacional de Normalización (*International Organization for Standardization*: ISO), con sede en Ginebra, comenzó a trabajar en 2014 sobre esta materia⁵⁵. Sus esfuerzos dieron como resultado la norma ISO: 20488:2018, inspirada en la norma gala NF Z-74-501 e intitulada (en su versión francesa) *Avis en ligne de consommateurs: Principes et exigences portant sur les processus de collecte, modération et publication des avis*. Se trata de una norma aplicable a cualquier organización que publique reseñas de consumidores en línea, incluidos los proveedores de bienes y servicios que recogen reseñas de sus propios clientes, de terceros que operan en nombre del proveedor o de terceros independientes. De su propia denominación se infiere que proporciona recomendaciones y requisitos en relación con los principios y métodos que deben aplicar los gestores de reseñas online al recopilarlas, moderarlas y publicarlas⁵⁶. Como se afirma en su introducción, «dado que las reseñas en línea influyen cada vez más en las decisiones de compra de los clientes, es esencial que tanto consumidores como proveedores gestionen los sitios de manera eficaz para aumentar la confianza de los usuarios en la calidad, integridad, exactitud y transparencia de las reseñas»⁵⁷.

Al margen de estas reacciones jurídicas en materia de reseñas, y centrando la atención en la Directiva (UE) 2019/2161, interesa especialmente dejar constancia de que su incorporación a nuestro ordenamiento ha tenido lugar a través del Libro Sexto del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, aprobado *in extemis* por el Gobierno español para no incumplir el plazo límite de transposición de la norma comunitaria fijado el 28 de noviembre de 2021⁵⁸. Con este Real Decreto-Ley se introducen varias modificaciones en los articulados tanto de la LCD como del Texto Refundido de Consumidores⁵⁹ (en lo sucesivo, TRLGDCU)⁶⁰. Como podrá comprobarse,

⁵⁴ Sobre esta normativa, previa a la Directiva (UE) 2019/2161, v., ad ex., MARIQUE, E. y TROWEL A., «La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes», *Revue Internationale de Droit Économique*, 2019, 3, t. XXXIII, pp. 394 y ss., en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-3-page-383.htm> (consulta: 2 febrero 2023). El texto del *Code de la Consommation* francés está disponible para consulta en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/

⁵⁵ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 6.

⁵⁶ En <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:20488:ed-1:v1:fr> (consulta: 30 enero 2023).

⁵⁷ Ahora bien —añade esta norma ISO—, «tanto los consumidores como los proveedores han denunciado problemas relacionados con las reseñas en línea», constituyendo dichos problemas «la base de los principios de este documento, que ha sido concebido para resolverlos» (traducción propia).

⁵⁸ 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: BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

⁵⁹ 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: BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁶⁰ Sobre el Real Decreto-Ley 24/2021, en lo que aquí interesa: GARCÍA VIDAL, A., «Nuevas prácticas comerciales prohibidas», en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevas_practicas_comerciales_prohibidas.pdf (consulta: 19 diciembre 2022); BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el Real Decreto-ley 24/2021», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, *passim.*, en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2897>; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021», *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021, *passim*; TAPIA HERMIDA, A.J.,

buena parte del presente trabajo está destinado a su estudio⁶¹, aunque también merecerán atención otras cuestiones no abordadas ni por la Directiva (UE) 2019/2161 ni por el Real Decreto-Ley 24/2021, como las denominadas cláusulas mordaza, de no descrédito o antirreseñas⁶².

Por último, ha de tenerse en cuenta que, junto a las respuestas ofrecidas por el regulador a la problemática de las reseñas anómalas (entre las que sobresale la Directiva UE 2019/2161), tampoco han faltado propuestas académicas sobre la materia. En este sentido, es de destacar la realizada por el *Research Group on the Law of Digital Services* y plasmada en el artículo 8 de su *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*⁶³. Más tarde, este documento fue retomado por el *European Law Institute*, dando lugar a las *Model Rules on Online Platforms*, que dedican a esta materia sus artículos 5 a 7⁶⁴. Las diferencias entre el artículo 8 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* y los artículos 5 a 7 de las referidas *Model Rules* son escasas, limitándose estos últimos preceptos a aclarar y desarrollar lo dispuesto en el primero.

La opción elegida en el artículo 8 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* para paliar las disfunciones que aquejan al sistema de reseñas se sustenta en las siguientes medidas: 1ª) El apartado 2 del referido artículo 8 exige al sistema de reseñas online que respete los criterios de la diligencia profesional (la *professional diligence*), lo que evoca la cláusula general de la deslealtad de la Directiva 2005/29/CE. 2ª) El apartado 3 de esa misma norma establece la presunción de que dichos criterios de actuación profesionalmente diligente son respetados cuando el sistema de reseñas cumple los estándares nacionales que, a su vez, se acomodan a los estándares europeos, o, en su caso, cuando se cumplen los estándares que aparecen fijados en su apartado 4, donde se dispone lo que sigue: «a) Si el operador de la plataforma afirma que las reseñas proceden de clientes reales, deberá tomar medidas razonables y proporcionadas para verificar que las opiniones se basan en una transacción confirmada. b) Si se ha solicitado una reseña a cambio de algún beneficio, deberá indicarse. c) Si se rechaza una reseña, su autor debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y los motivos a los que obedece. d) Las reseñas deben publicarse sin demora injustificada. e) El orden de presentación por defecto de las reseñas no debe inducir a error. Los usuarios de la plataforma deben poder ver las reseñas en orden cronológico. f) Si el sistema de evaluación de la reputación excluye las reseñas más antiguas, deberá indicarse a los usuarios de la plataforma. El período de exclusión debe ser razonable, pero no inferior a 12 meses. g) Si las reseñas son expresadas en una calificación global, deberá indicarse el número total de reseñas en que se basa la calificación. h) El operador de la plataforma debe proporcionar un mecanismo de reclamación gratuito que permita a un usuario de la plataforma presentar una notificación motivada si tiene dudas sobre la autenticidad de una reseña»⁶⁵. 3ª) Por último, el apartado 5 del artículo 8, inspirado en el artículo 20 del Reglamento de protección de datos, termina reconociendo un derecho a la portabilidad de las reseñas y valoraciones, tanto a favor de los consumidores y usuarios como de

«Síntesis de la reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24 en materia de transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *Diario La Ley*, núm. 9991, 2022, *passim*.

⁶¹ *Infra*, epígrafes 3 y 5.

⁶² *Infra*, epígrafe 4.

⁶³ Publicado en *Journal of European Consumer and Market Law*, 4/2016, pp. 164 y ss., y disponible en https://www.academia.edu/29297239/Research_Group_on_the_Law_of_Digital_ServicesDiscussion_Draft_of_a_Directive_online_Intermediary_Platforms_EuCML_2016_164-169 (consulta: 20 febrero 2022).

⁶⁴ https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (consulta: 20 febrero 2022).

⁶⁵ Traducción propia.

los proveedores, ejercitable en el momento en que expire el contrato celebrado entre ellos y la plataforma. Por otra parte, entre los aspectos novedosos que presentan las *Model Rules* cabe destacar: 1º) la alusión expresa que realizan al cumplimiento de estándares internacionales para que se presuma cumplido el criterio de la diligencia profesional, mencionando expresamente la norma ISO 20488:2018 (artículo 5); y 2º) la regla relativa a que, cuando el operador de la plataforma afirma que las reseñas se basan en una efectiva transacción, ha de garantizar que la reseña procede de alguno de los sujetos que la llevaron a cabo (artículo 6).

1.4. Propósito perseguido y plan a seguir: análisis de las nuevas normas sobre reseñas introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161 (y de alguna cuestión más)

El propósito de este trabajo estriba en analizar la nueva disciplina legal de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios que ha sido incorporada a nuestro Derecho (LCD y TRLGDCU) por exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 28 de mayo de 2022. Aunque, como acabo de señalar, también se abrirá un hueco al estudio de otros extremos sobre reseñas a los que no han prestado atención ni el legislador comunitario ni el nacional. Me refiero, en particular, a las conocidas como cláusulas mordaza, de no descrédito o antirreseñas que, dada su proliferación en la práctica contractual estadounidense, cuentan con una regulación al otro lado del Atlántico dirigida a mitigar sus efectos sobre los consumidores y el mercado en general.

Para la consecución de este propósito, el plan propuesto es básicamente el que sigue: 1º) En primer lugar, se aludirá brevemente al contexto normativo en el que se inserta la reforma, lo que requerirá realizar algunas consideraciones generales acerca de la LCD y el TRLGDCU. Especial interés habrá de prestarse a la relación que el legislador español ha establecido entre ambos cuerpos legislativos en materia de deslealtad. Se trata, como habrá ocasión de comprobar, de una conexión de doble recorrido, en el sentido de que se advierte tanto del lado del TRLGDCU como del de la LCD [*infra*, 2]. 2º) Seguidamente, se centrará la atención en las principales medidas que conforman la nueva disciplina legal de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios. Como se verá, éstas consisten, por un lado, en una obligación de información a cargo de los empresarios y profesionales que facilitan el acceso de la clientela a sus reseñas (cuyo incumplimiento se considera una omisión engañosa) y, por otro, en la tipificación de dos prácticas sobre reseñas consideradas *per se* desleales [*infra*, 3]. 3º) A continuación, se abordarán otras cuestiones relativas a esta materia que no han sido reguladas ni por la Directiva (UE) 2019/2161 ni por el legislador español. Me refiero, en concreto, a las anunciadas cláusulas mordaza, de no descrédito o antirreseñas, que suscitan la problemática de su licitud o ilicitud con arreglo tanto al Derecho de obligaciones y contratos como a la normativa represora de la deslealtad concurrencial [*infra*, 4]. 4º) Por último —y a modo de epílogo—, se llevará a cabo una valoración global y crítica de esta intervención legislativa en materia de reseñas y de cómo se ha llevado a cabo su incorporación a nuestro ordenamiento, lo que ha supuesto un paso al frente en la opción por la fragmentación o dispersión normativa del Derecho de la competencia desleal por la que viene decantándose el legislador español desde hace ya algunos años, especialmente a partir de la gran reforma de 2009 exigida por la Directiva 2005/29/CE [*infra*, 5].

La relevancia del asunto objeto de análisis no debe menospreciarse. De hecho, a los pocos meses de que entrase en vigor la normativa sobre reseñas en nuestro ordenamiento (lo que aconteció el 28 de mayo de 2022), los medios de comunicación se hicieron eco de que uno de los principales operadores económicos del mercado digital, como es *Amazon*, estaba decidido a interponer, contra la página de compraventa de reseñas *Agencia Reviews*, la primera demanda en nuestro país

con fundamento en las nuevas normas sobre reseñas que el referido Real Decreto-Ley 24/2021 había incorporado a la LCD y al TRLGDCU⁶⁶. Además, en enero de 2022, la Comisión Europea y las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de los consumidores y usuarios hicieron públicos, a través de una nota de prensa, los resultados de una amplia investigación desarrollada mediante el cribado de un número considerable de sitios de reseñas en Internet. Los resultados obtenidos reflejan por sí mismos que nos encontramos ante un problema de cierta magnitud que es necesario afrontar para tratar de paliarlo en lo posible. En efecto, bajo la coordinación de la Comisión, las autoridades de 26 Estados miembros, Islandia y Noruega analizaron 223 sitios de reseñas online, con la finalidad de detectar reseñas falsas y engañosas. La conclusión a la que llegaron fue clara: casi dos tercios de los sitios web analizados (tiendas en línea, lugares de reserva, motores de búsqueda y servicios de comparación, principalmente) suscitaban dudas sobre la fiabilidad de las reseñas publicadas⁶⁷.

En concreto, en 144 de los 223 sitios web examinados, las autoridades no pudieron confirmar que los empresarios y/o profesionales habían hecho todo lo que estaba en sus manos para garantizar la autenticidad de las reseñas, esto es, que provenían de consumidores que realmente habían adquirido los bienes o contratado los servicios reseñados. En 104 de los 223 sitios web analizados, no se informaba a los consumidores de cómo se recopilaban y procesaban las reseñas. De hecho, sólo 84 sitios web ponían esta información a disposición de los consumidores y usuarios, mientras que el resto lo mencionaba en letra pequeña y dentro de las condiciones legales. Además, 118 sitios web no contenían información sobre cómo se evitaban las reseñas falsas y 176 no mencionaban que las reseñas incentivadas (por ejemplo, a través de recompensas monetarias) estaban prohibidas por sus propios reglamentos internos o, en caso contrario, debían ser marcadas como incentivadas. Como reza en el propio título de la nota de prensa, la conclusión que se alcanzó fue que al menos el 55% de los sitios web examinados podían estar conculcando la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, que exige proporcionar a los consumidores y usuarios información veraz que les permita elegir con verdadero conocimiento de causa⁶⁸.

Los resultados de este estudio no sorprenden ya que, aunque algunos sitios de reseñas utilizan métodos que les permiten detectar abusos e irregularidades —mediante la combinación de medidas de control o filtrado tanto manuales como automáticas—, muchos de ellos aún no aprovechan las posibilidades técnicas de comprobación y cribado de reseñas que existen en la actualidad⁶⁹. De ahí que esté justificada una intervención legislativa en la materia como la llevada

⁶⁶ *Ad ex*: GASCÓN, M., «Amazon presenta la primera denuncia en España contra una web de reseñas falsas», disponible en <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/amazon-presenta-la-primer-denuncia-en-espana-contra-una-web-de-resenas-falsas-5070150/> (consulta: 19 diciembre 2022); MEHTA, D., «Amazon anuncia nuevas acciones legales para proteger a los consumidores de las reseñas falsas», accesible en <https://www.aboutamazon.es/noticias/innovacion/amazon-anuncia-nuevas-acciones-legales-para-proteger-a-los-consumidores-de-las-resenas-falsas> (consulta: 19 diciembre 2022); SEARA, F., «No hay sitio para las reseñas falsas en Amazon: la plataforma toma medidas contras las páginas de compraventa de reseñas», en <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/amazon-se-enfrenta-a-las-paginas-de-compraventa-de-resenas> (consulta: 19 diciembre 2022).

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION, «Press release: Protecting consumers from misleading reviews: 55% of screened websites violate EU law», 20 January, 2022, Brussels, en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_394 (consulta: 2 febrero 2023).

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf...*, cit., pp. 5 y 6.

a cabo por la Directiva UE 2019/2161. Y de ahí también que el estudio de esta novedosa normativa no esté privado de relevancia e interés.

2. El contexto normativo en el que se inserta la nueva regulación de las prácticas desleales sobre reseñas de bienes y servicios

2.1. La Ley de Competencia Desleal

Según acabo de señalar, el contexto legal en el que se insertan las nuevas normas que aquí se abordan está constituido por la LCD y el TRLGDCU. En cuanto a la LCD, se trata, como se sabe, de un texto de 1991 que periclitó el llamado *modelo corporativo o profesional* de la deslealtad concurrencial, según el cual la competencia desleal se concebía como un asunto concerniente sólo a los empresarios y profesionales, de modo que eran ellos los únicos legitimados para determinar qué comportamientos habían de reputarse desleales. Con la LCD, en efecto, se dio paso a un nuevo modelo, el *social o institucional*, en el que pasa a ocupar un lugar destacado la protección del derecho de los consumidores y usuarios a decidir libremente (con *libertad de saber y de querer*) los bienes y servicios que desean contratar⁷⁰.

Para comprender bien este cambio de modelo podemos poner como ejemplo la regulación de los *actos de comparación y de denigración*. En el modelo corporativo, anterior a la LCD, tales actos no estaban permitidos, ya que la clase empresarial no toleraba que pudiesen compararse públicamente sus productos y servicios, ni que un empresario menospreciara las prestaciones empresariales de un competidor. En cambio, bajo el nuevo modelo social o institucional que ve la luz en 1991, dichos actos se toleran, al considerarse beneficiosos para los consumidores y usuarios, en la medida en que les ayudan a tomar decisiones de mercado con mejor conocimiento de causa. Bien es cierto que su admisión está condicionada al cumplimiento de determinadas exigencias. En el caso de los actos de comparación, se requiere que los productos o servicios comparados sean altamente sustituibles entre sí y que las circunstancias sobre las que verse la comparación sean esenciales, pertinentes y verificables (artículo 10 LCD)⁷¹. En cuanto a los actos de denigración, se exige que las manifestaciones sobre las que verse el menosprecio sean exactas, verdaderas y pertinentes (siendo excluidas —por impertinentes— las relativas a la nacionalidad, las creencias, la ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias de carácter personal) [artículo 9 LCD]⁷².

Es sabido que la LCD se modificó en 2009 para incorporar los mandatos de la Directiva 2005/29/CE. Dicha reforma alteró de modo considerable la estructura de la ley, que quedó bastante desfigurada. En este sentido, se ha afirmado —con razón— que el juicio «altamente positivo sin reservas» de que se hace acreedora la LCD desde su promulgación en 1991, «palidece,

⁷⁰ Así, haciéndose eco del magnífico estudio del Profesor Aurelio MENÉNDEZ publicado monográficamente con el título *La competencia desleal* (Ed., Civitas, Madrid, 1988) v. FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, *passim*; también al respecto: MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 64 y ss.

⁷¹ *Ad ex.*, más información en GÓMEZ LOZANO, M.M., «Comentario del Artículo 10. Actos de comparación», en BERCOVITZ, A., GALÁN CORONA, E., QUINTANA CARLO, I. y GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dirs.) *Comentarios a la ley de competencia desleal*, 2011, Ed. Aranzadi (colección Grandes Tratados), 2011, pp. 241 y ss.

⁷² Entre otros, ÁVILA DE LA TORRE, A., «Actos de denigración y actos de comparación» en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1303 y ss.; LARA GONZÁLEZ, R., *La denigración en el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, *passim*.

sin embargo, si se atiende a los cambios incorporados a su texto por la mayoría de sus reformas»; en especial, a partir de la llevada a cabo en 2009⁷³. Pese a todo, no puede desconocerse que dicha modificación legislativa supuso un reforzamiento de la protección de los consumidores y usuarios a través de la disciplina de la competencia desleal⁷⁴. Bien entendido que, con anterioridad a ella, nuestra LCD cumplía, al menos en lo esencial, las exigencias derivadas de la Directiva 2005/29/CE. De hecho, así lo sostuvo y argumentó el Reino de España en el procedimiento que la Comisión Europea incoó contra él por haber incumplido el deber de incorporar dicha Directiva al ordenamiento interno en el plazo legalmente establecido⁷⁵.

Aquí interesa sobre todo poner de manifiesto cómo la nueva regulación incorporada a la LCD en 2009 introduce una *cláusula general de actos de competencia desleal contrarios a los intereses de los consumidores*. De conformidad con ella, se considera desleal el comportamiento de un empresario contrario a la diligencia profesional «que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio», definiéndose dicho comportamiento como toda decisión por la cual un sujeto opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con la selección de una oferta, la contratación de un bien o servicio, el pago del precio, etc. Junto a esto, se dispone también que entra dentro del concepto de distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor medio, «utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una *decisión con pleno conocimiento de causa*, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado» (artículo 4.1 *in fine* LCD)⁷⁶. A los fines que nos ocupan,

⁷³ MASSAGUER FUENTES, J., «Treinta años de Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 55, 2021, p. 72, trabajo que se encuentra disponible para consulta en la siguiente dirección electrónica: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7434/documento/art03.pdf?id=12262&forceDownload=true> (consulta: 2 febrero 2023).

⁷⁴ En concreto, conllevó el tránsito de «un modelo social acabado, que determinaba una protección de los consumidores y usuarios en el mismo nivel y a través de los mismos instrumentos que la de los operadores económicos» a un renovado régimen jurídico dotado de un «mayor protagonismo de las normas que persiguen como finalidad específica la protección de los intereses económicos de los consumidores»: MARTÍN ARESTI, P., «Artículo 27. Otras prácticas engañosas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, 2011, p. 746. Sobre el calado de la reforma de 2009, entre otros: MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, *passim*; GARCÍA PÉREZ, R., «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta Jurídica*, núm. 242, mayo de 2006, pp. 60 y ss.; GARCÍA VIDAL, A., «La reforma de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 29/2009», accesible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-reforma-de-la-lcd-por-la-ley-29-2009/> (consulta: 27 diciembre 2022); DE FÉLIX PARRONDO, E., «Principales modificaciones de la Ley de Competencia desleal», accesible en <https://studylib.es/doc/7454479> (consulta: 28 diciembre 2022); TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2010, *passim*; RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, *passim*.

⁷⁵ STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-321/08 *Comisión c. Reino de España*: ECLI: EU:C:2009:265, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008C10321>

⁷⁶ Cursiva propia; más información, *ad ex*, en GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «La nueva cláusula general en la LCD», en GÓMEZ SEGADÉ y GARCÍA VIDAL (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 331 y ss.; GARCÍA PÉREZ, R., «La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?», en GÓMEZ SEGADÉ y GARCÍA VIDAL (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral...*, *cit.*, pp. 323 y ss.; RUIZ PERIS, J.I., «Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en GÓMEZ SEGADÉ y GARCÍA VIDAL (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral...*, *cit.*, pp. 379 y ss.; PUJOL, P., «La buena fe en la competencia desleal», en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1860-la-buena-fe-en-la-ley-de-competencia-desleal-0-5418047397786796> (consulta: 28 diciembre 2022); ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica leve», *Derecho de los Negocios*, núm. 240, 2010, pp. 5 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección ...», *cit.*, pp. 72 y ss.

quiero poner especial énfasis en esta última definición legal de distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor. Sobre todo, porque describe bastante bien lo que, emulando la técnica del Derecho penal, podríamos designar como el bien jurídico protegido por la disciplina legal de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios. Éste no es otro que *el derecho del consumidor a decidir con pleno conocimiento de causa qué bienes o servicios desea contratar*. En concreto, la nueva regulación de la deslealtad de las reseñas conecta directamente con las *prácticas engañosas*, que tratan de salvaguardar la *libertad de saber* de los consumidores y usuarios. De ahí su estrecha conexión con los vicios del consentimiento negocial que tutelan esa misma libertad de saber, como ocurre con el *error* y el *dolo*⁷⁷.

Además de la cláusula general de la deslealtad frente a los consumidores, se ha de tener también en cuenta el artículo 19 LCD. En él se dispone: 1º) Por un lado, que, junto a lo establecido en los artículos 19 y 20 TRLGDCU, «únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley», con referencia a la cláusula general (artículo 4), las prácticas engañosas por acción (artículo 5) y omisión (artículo 7) y las prácticas agresivas (artículo 8). 2º) Por otro lado, que «las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son *en todo caso y en cualquier circunstancia*, prácticas comerciales desleales con los consumidores»⁷⁸. Al abordar (como aquí se hace) el contexto normativo de la novedosa regulación de las reseñas de bienes y servicios incorporada a nuestro ordenamiento por la Directiva (UE) 2019/2161, interesa realizar una referencia expresa a las normas de la LCD a las que me acabo de referir por ser precisamente en su seno (en concreto, en el artículo 27 LCD) donde el legislador introduce las dos prácticas reputadas *per se* desleales por la aludida Directiva. Más adelante se comprobará la veracidad de esta afirmación⁷⁹.

2.2. El Texto Refundido de Consumidores y Usuarios

Además de la LCD, hemos de mencionar el TRLGDCU de 2007. Especialmente aquí interesa poner de manifiesto la relación que el legislador español ha establecido entre él y la LCD. A mi juicio, se trata de una conexión doble, en el sentido de que se advierte tanto del lado del TRLGDCU como del de la LCD. En concreto, del lado del TRLGDCU, cobra especial relevancia su artículo 47 que, bajo la rúbrica «infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios», reputa infracción en este ámbito «(e)l uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios» (artículo 47.1, letra m TRLGDCU)⁸⁰. Del lado de la LCD, merece ser destacado su

⁷⁷ Como se pone de manifiesto en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos», *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, *passim*; también de interés: CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo de 2022, pp. 116 y ss., disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/6680> (consulta: 16 enero 2023); IDEM, *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, 2023, *passim* (en especial, pp. 117 y ss., y pp. 130 y ss.); DE ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva 2019/2161 de modernización del Derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2021, pp. 52 y ss., disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/734-3554-1-PB-4.pdf> (consulta: 3 enero 2023).

⁷⁸ Cursiva propia.

⁷⁹ *Infra*, epígrafe 3.

⁸⁰ De *metanorma* califica esta disposición CARRASCO PERERA, A., «Más allá de la venta a pérdida: las prácticas comerciales desleales en el Derecho sancionador de consumo», p. 2, en <https://www.ga-p.com/publicaciones/mas-alla-de-la-venta-a-perdida-las-practicas-comerciales-desleales-en-el-derecho-sancionador-de-consumo/> (consulta: 22 diciembre 2022).

artículo 15, relativo a la infracción o violación de normas, tanto en su apartado 1 (sobre violación de normas sin finalidad concurrencial) como en el 2 (referente a la infracción de normas concurrenciales).

A la vista de estos dos preceptos, cabe concluir (en lo que aquí interesa) lo siguiente: 1º) Que la comisión de una práctica desleal contraria a los intereses de los consumidores y usuarios (como alguna de las conductas sobre reseñas de bienes y servicios incorporadas a nuestro Derecho a instancias de la Directiva UE 2019/2161) se considera una infracción de consumo a la que ha de imponérsele su correspondiente sanción administrativa (artículo 47.1 letra m TRLGDCU). 2º) Que la infracción de ciertos deberes que el TRLGDCU impone a los empresarios en favor de los consumidores puede merecer la consideración de práctica desleal, bien por aplicación del artículo 15.1 LCD, en cuyo caso han de cumplirse la totalidad de las exigencias establecidas por esta norma, o del artículo 15.2 LCD, en cuyo supuesto el deber en cuestión ha de merecer la consideración de norma concurrencial y su mera infracción se considera *per se* merecedora del reproche de deslealtad.

Por ahora me limito a apuntar estas ideas. Más adelante volveré sobre ellas. En concreto, al valorar el modo en el que el legislador español ha incorporado a nuestro ordenamiento las normas relativas a las prácticas comerciales desleales en materia de reseñas provenientes de la Directiva (UE) 2019/2161⁸¹. Aunque, junto a lo expuesto, se ha tener también en cuenta el artículo 19.1 TRLGDCU, según el cual las prácticas comerciales contrarias a los intereses de los consumidores y usuarios están reguladas en la LCD, en el TRLGDCU y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM)⁸². Como se comprueba con facilidad, este último precepto pone muy bien de manifiesto la disgregación normativa que afecta al Derecho español de la competencia desleal, cuyas reglas no sólo se contienen en la LCD (que es, sin duda, el texto principal), sino también en el TRLGDCU y en la LOCM.

3. La normativa reguladora de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios

3.1. Consideraciones introductorias, noción de reseña y de sitio de reseñas y ámbito de aplicación personal o subjetivo de esta normativa

Como apunté más arriba, la nueva regulación sobre la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios tiene un doble contenido. Por un lado, impone al empresario que facilita el acceso de la clientela a sus reseñas la obligación de informar acerca de si garantiza o no que las mismas provienen de consumidores y usuarios reales, considerándose la infracción de dicha obligación como una práctica engañosa por omisión (*infra*, 3.2). Por otro lado, reputa *per se* desleales dos conductas sobre reseñas contrarias a las exigencias de la buena fe y perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y la siempre necesaria transparencia del mercado (*infra*, 3.3). A continuación, me ocupo de ambos asuntos, anunciados por los Considerandos 47 y 49 de la Directiva (UE) 2019/2161. Aunque previamente a ello realizaré unas precisiones terminológicas acerca de lo que ha de entenderse por *reseña* y por *sitios de reseñas* a los efectos que aquí interesan (*infra*, a). Además, dichas consideraciones irán seguidas de otras relativas al

⁸¹ *Infra*, epígrafe 5.

⁸² Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista: BOE núm. 15, de 17 de enero 1996.

ámbito de aplicación personal o subjetivo de las nuevas disposiciones incorporadas a la LCD y al TRLGDCU a requerimiento de la Directiva (UE) 2019/ 2161 (*infra*, b).

a. Noción de reseña y de sitios de reseñas

1º.- *Reseña*: Según el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, por reseña se entiende, en su cuarta acepción, «una nota que se toma de los rasgos distintivos de algo o de alguien para su identificación»⁸³. Ahora bien, en el ámbito comercial se habla de reseña (*review*, *avis*, *bewertung* o *recensione*) con referencia a la valoración, opinión o crítica que se hace de un bien o servicio. Ésta puede expresarse tanto de forma escrita (en documento papel o electrónico) como multimedia (a través de vídeos o audios) y puede consistir en una valoración más completa y desarrollada o en una simple puntuación⁸⁴. La amplitud con la que ha de concebirse este término ha sido puesta de manifiesto por la Comisión Europea. En su opinión, el vocablo reseña abarca cualesquiera prácticas relacionadas con las calificaciones de bienes y servicios por parte de la clientela. Así lo recoge la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, tras destacar la importancia que actualmente revisten las reseñas en las decisiones de compra de los consumidores y usuarios⁸⁵. También la mejor doctrina propugna una noción amplia de reseña. A su juicio, este término «comprende toda expresión de una opinión dirigida al público acerca de un producto o servicio, cualquiera que sea su grado de elaboración», lo que lleva a insertar dentro de él «desde los sencillos y escuetos *me gusta* o *recomienda*, frecuentemente empleados en las redes sociales (que seguramente son el caso arquetípico de las *aprobaciones* a las que en este contexto se refieren la LCD y la Directiva UE 2019/2161), hasta las críticas (positivas o negativas) más o menos formales en su tono y estructura, pero siempre más elaboradas que la sola aprobación que expresan las aprobaciones»⁸⁶. No hay duda, por tanto, de que encajan dentro de la noción (amplia) de reseña las valoraciones de bienes y servicios efectuadas mediante puntuaciones (por ejemplo, de 0 a 5 o de 0 a 10 puntos) o a través de estrellas, corazones u otros indicadores, que posibilitan a los consumidores y usuarios expresar sus opiniones usando escalas visuales con alguno de estos elementos⁸⁷. Y lo mismo puede afirmarse de los llamados *vídeos unboxig*, bastante frecuentes en la red, que muestran a personas extrayendo productos de sus cajas o embalajes y expresando sus primeras opiniones sobre ellos. Si los empresarios o profesionales publican este tipo de vídeos en sus sitios web, redes sociales o plataformas de vídeo, todo apunta a que habrán de considerarse reseñas online y, por tanto, sujetas a las exigencias que se contienen en su normativa reguladora⁸⁸.

⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (actualizada a 2022), en <https://dle.rae.es/> (consulta: 29 diciembre 2022).

⁸⁴ CALVIÑO, F., «¿Qué es una reseña y cómo benefician a tu *e-commerce*?», disponible en <https://www.shopify.com/es/blog/15375945-por-que-los-duenos-de-tiendas-virtuales-deben-aprovechar-las-resenas-en-linea> (consulta: 2 enero 2023).

⁸⁵ Apartado 4.2.4 de la *Guía*.

⁸⁶ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con los consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, p. 23 (de la versión digital en la base de datos de Aranzadi); también en la misma dirección, *ad ex*, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, p. 66; DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 130.

⁸⁷ NEVEU, S., «Avis Client. Introduction», en <https://www.wizville.com/ressources/lexique/avis-client-sollicite/> (consulta: 2 enero 2023); CLEMENT, «Avis consommateur: améliorez votre image et votre visibilité!», en <https://www.guest-suite.com/blog/avis-consommateurs> (consulta: 2 enero 2023); DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 130.

⁸⁸ CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet...», *cit. supra*.

En el Derecho español no existe una definición legal de reseña. No ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos de nuestro entorno. Éste es el caso, por ejemplo, del Derecho francés. En él, el Decreto núm. 2017-1436, de 29 de septiembre de 2017, relativo a las obligaciones de información sobre las reseñas en línea de consumidores, define la reseña online en su artículo 1 como «la expresión de la opinión de un consumidor sobre su experiencia de consumo mediante cualquier elemento de valoración, ya sea cualitativo o cuantitativo». A renglón seguido, esta norma establece que existe experiencia de consumo a pesar de que el consumidor no haya adquirido el bien o el servicio sobre el cual emite una reseña («l'expérience de consommation s'entend que le consommateur ait ou non acheté le bien ou le service pour lequel il dépose un avis»)⁸⁹. De modo que, aunque un usuario no se haya alojado en un hotel, está facultado para emitir una reseña sobre dicho establecimiento⁹⁰. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que dicho sujeto hubiese realizado una reserva que, sin embargo, el establecimiento no llegó a ejecutar por falta de diligencia de su personal. En este supuesto, aunque dicha persona no llegó a pernoctar en el hotel, está legitimada —con toda razón— para emitir una reseña, expresando que el establecimiento con el que contactó no es formal o serio en lo que atañe a las reservas y relatando, si lo desea, su experiencia personal al respecto (que merece la consideración de experiencia de consumo en toda regla). Por otra parte, también cuenta con una definición de reseña la norma ISO 20488:2018 a la que más arriba me referí. En ella se establece que el término reseña abarca «las informaciones registradas y hechas públicas por un consumidor (considerado como autor de la reseña) sobre un producto o servicio específico ofrecido o vendido por un proveedor». Además, esta norma ofrece una definición del autor de la reseña, refiriéndose con estos términos al «consumidor que escribe una reseña para publicarla en el sitio de reseña»⁹¹.

Junto a lo anterior, es importante poner de manifiesto que, según se infiere de la normativa comunitaria reguladora de las reseñas, éstas no son definidas por los medios a través de los cuales se difunden. De ahí que no hayan de considerarse vinculadas inexorablemente a los servicios de la sociedad de la información⁹². En este sentido, tan reseña es la opinión de un usuario sobre un servicio hotelero expresada en un libro de reseñas (en formato papel) puesto a disposición de la clientela en dicho establecimiento, como la realizada por ese mismo usuario pero a través de la red, utilizando para ello alguno de los muchos sitios de reseñas que ofrece el entorno digital. Esta idea es confirmada por la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, donde se pone de manifiesto que la Directiva 2005/29/CE posee un extenso ámbito de aplicación, al alcanzar a «la totalidad de las transacciones entre empresas y consumidores, tanto en línea como fuera de ella». A lo que seguidamente se añade que se trata de una Directiva «neutra desde el punto de vista tecnológico», dada su aplicación con independencia del medio, canal o dispositivo empleado para la comisión de las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores⁹³. No obstante, aquí hablamos de *reseñas online* por ser el ámbito digital o electrónico (*e-commerce*) aquél en el que las reseñas y valoraciones de bienes y servicios han

⁸⁹ Traducción propia; según esta normativa, quedan fuera el concepto de reseña las opiniones de expertos, las recomendaciones de otras evaluaciones que hacen los propios usuarios y el apadrinamiento de un usuario por otro.

⁹⁰ CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet...», *cit. supra*.

⁹¹ Traducción propia; señala la utilidad de la noción de reseña de la norma ISO, dada la ausencia de una definición de este término en el ámbito de la Unión Europea: NARCISO, M., «The unreliability of online review mechanisms», *Journal of Consumer Policy*, 45, 2022, p. 361, en <https://doi.org/10.1007/s10603-022-09514-7> (consulta: 2 febrero 2023).

⁹² MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 23 (de la versión digital).

⁹³ Apartado 4.2.4 de la *Guía*.

alcanzado una mayor difusión, muy superior a la lograda fuera de él. De hecho, esta idea es muy probablemente la que ha llevado al legislador francés a ofrecer una noción legal de *reseña en línea* como la anteriormente aludida. Y lo mismo puede decirse del redactor de la norma internacional ISO 20488:2018 que, como he tenido oportunidad de matizar *supra*, restringe también su ámbito de aplicación a las *reseñas online*.

Dentro de las clasificaciones de reseñas existentes suele diferenciarse entre: 1º) las reseñas *solicitadas*, en las que las empresas invitan a los consumidores y usuarios a que emitan sus opiniones mediante, por ejemplo, la cumplimentación de cuestionarios de satisfacción; y 2º) las reseñas *espontáneas*, en las que los consumidores y usuarios expresan *motu proprio* sus opiniones acerca de determinados bienes o servicios, generalmente en plataformas gratuitas destinadas a almacenar valoraciones de clientes⁹⁴. Además, como mencioné más arriba, también se habla de reseñas *incentivadas*, con referencia a aquellas que son emitidas a cambio de una determinada contraprestación, tales como un descuento en el precio del bien o servicio, un regalo o cualquier otra ventaja de carácter patrimonial. Ciertamente es que no existe consenso en cuanto a su valoración. Mientras que para algunos autores son negativas y deben prohibirse, otros, en cambio, las consideran positivas, sobre la base de que los incentivos han demostrado ser útiles para aumentar la disposición de los consumidores y usuarios a emitir reseñas (en esta dirección se apunta, a modo de ejemplo, cómo *AirBnB* ofreció un vale de 25 \$ a cambio de reseñas y observó un aumento del 6,4% en el volumen de las emitidas). No obstante, la doctrina favorable a este tipo de reseñas condiciona su admisión al cumplimiento de ciertos requisitos: 1º) que los incentivos no superen el 5% del valor de la transacción, y 2º) que las reseñas sean publicadas con información relativa a que han sido emitidas a cambio de un incentivo (lo que, en opinión de estos autores, podría hacerse, por ejemplo, colocando junto a cada una de ellas un icono con forma de dólar)⁹⁵. Por último, debe quedar constancia de que las reseñas relevantes para la disciplina de la deslealtad concurrencial (*ex* Directiva 2005/29/CE y LCD) son únicamente las que expresan opiniones o valoraciones de consumidores y usuarios. Así acontece no sólo cuando sus autores son consumidores y usuarios reales. También cuando se trata de terceros que dan a entender, erróneamente, que emiten las reseñas actuando en condición consumidora, sin ser realmente así⁹⁶. Ahora bien, en el segundo supuesto referido, si los sujetos que se hacen pasar por consumidores o usuarios son en verdad empresarios o profesionales, estarían cometiendo una práctica desleal de las tipificadas en el artículo 27.5 LCD, que considera desleal por engañosa la conducta consistente en «presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario».

2º.- *Sitios de reseñas*: La expresión sitio de reseñas (*review sites, sites d'avis, bewertungsportale, siti di recension*) ha de interpretarse también de forma extensiva. Con ella ha de entenderse que se alude a «cualquier sitio web que aloje reseñas de clientes, sea o no éste su objetivo principal, y sea cual sea la forma en que se articule, ya sea un sitio web, una plataforma, una aplicación o incluso una red social»⁹⁷. Como se aprecia, esta definición se refiere al sitio de reseñas online. Ello obedece a la relevancia cuantitativa y cualitativa que poseen estos lugares en el entorno digital. Pero cabe admitir sin problemas otros sitios de reseñas extraños a dicho ámbito⁹⁸. No se olvide,

⁹⁴ NEVEU, S., «Avis Client...», *cit. supra*; la norma ISO20488:2018 contiene una definición de *reseña solicitada* y de *reseña espontánea*.

⁹⁵ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 153 y 154.

⁹⁶ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 23.

⁹⁷ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 66 y 67.

⁹⁸ Como sería el caso, por ejemplo, de un libro o cuaderno de valoraciones puesto a disposición de la clientela en un determinado establecimiento.

en el sentido que acabo de señalar al abordar la noción de reseña, que las reseñas reguladas en la normativa comunitaria no han de considerarse vinculadas inexorablemente a los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (*e-commerce*). En todo caso, dada la importancia de las reseñas en el entorno digital, la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales se refiere expresamente a los sitios de reseñas online, enumerando como tales los mercados en línea, los motores de búsqueda, las herramientas comparativas, las redes sociales y los espacios web especializados en la valoración de viajes⁹⁹.

Se suelen diferenciar dos categorías principales de sitios de reseñas: 1^a) los que se presentan como *sistemas abiertos*, a los que pueden acceder y publicar reseñas los consumidores y usuarios sin necesidad de estar vinculados a experiencias previas de consumo; y 2^a) los que se configuran como *sistemas cerrados*, en los que solo los adquirentes de bienes o contratantes de servicios están facultados para formular las oportunas reseñas acerca de cuáles han sido sus experiencias de mercado¹⁰⁰. En rigor, los *sistemas abiertos* suelen ser puros portales de reseñas en los que no se lleva a cabo ninguna transacción, lo que dificulta la verificación de que el reseñador haya tenido una experiencia previa de consumo acerca del bien o servicio reseñado (por ejemplo, *TripAdvisor*). En cambio, los *sistemas cerrados* suelen ser mercados en línea en los que el proceso de verificación es más sencillo, ya que la transacción efectuada y su correspondiente reseña tienen lugar en el mismo foro (por ejemplo, *AirBnB*). En los casos en que el proveedor digital no exige regularmente una verificación para emitir una reseña, se considera que el sistema es *abierto*¹⁰¹.

Existen, no obstante, otras clasificaciones. Por ejemplo, el documento del organismo británico *Consumer Focus* clasifica los sitios de reseñas del modo siguiente: 1º) Sitios cuyo objetivo fundamental consiste en vender, pero que también incluyen una función de reseña, por lo que la reseña online forma parte del proceso de compra (por ejemplo, *Amazon*). 2º) Sitios que ofrecen enlaces o incorporan plataformas de opinión de terceros (como *Expedia*). 3º) sitios cuyo objetivo principal es ofrecer reseñas de consumidores y usuarios sobre bienes o servicios en lugar de venderlos (por ejemplo, *TripAdvisor*). 4º) Plataformas cuya principal finalidad estriba en proporcionar asesoramiento e información en foros de opinión y debate (por ejemplo, *Money Saving Expert*). 5º) Sitios bilaterales en los que las personas compran y venden entre sí, basados en reseñas de persona a persona en las que vendedor y comprador interactúan emitiendo comentarios (por ejemplo, *eBay*). 6º) Sitios de servicios de terceros de segunda generación en los que únicamente los compradores están facultados para publicar reseñas (por ejemplo, *Reevo*).

⁹⁹ Apartado 4.2.4 de la Guía; entre los sitios de reseñas más conocidos cabe mencionar, por ejemplo, *Google* (líder entre todos los motores de búsqueda), *Amazon* (líder mundial en el comercio electrónico), *Yelp* (plataforma que ayuda a los usuarios a encontrar negocios locales), *Better Business Bureau* (organización sin fines lucrativos orientada a mejorar la confianza entre empresarios y consumidores), *Páginas amarillas* (directorío de Internet en línea que ayuda a los clientes a encontrar negocios en su área), *Facebook* (plataforma de redes sociales en la que los usuarios pueden crear perfiles, subir fotos y vídeos, enviar mensajes y mantener contacto con familiares o amigos), *TripAdvisor* (sitio web de viajes por todos conocido), *Angie* (sitio web de listados y reseñas de servicios), *Foursquare* (aplicación móvil de búsqueda y descubrimiento local) y *Manta* (directorío y motor de búsqueda de servicios para pequeñas empresas en línea). Esta Información se encuentra en <https://gigonway.com/gestion-de-sitios-de-revision-de-clientes/> (consulta: 28 diciembre 2022); también al respecto: ORTEGA, C., «Sitios de reseñas de clientes», en <https://www.questionpro.com/blog/es/sitios-de-resenas-de-clientes/> (consulta: 29 diciembre 2022).

¹⁰⁰ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 3; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 66 y 67.

¹⁰¹ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive–bad advice even more...», *cit.*, p. 130.

7º) Finalmente, las redes sociales y los blogs, que generalmente no proporcionan reseñas de consumidores, pero sí pueden servir de vehículos de publicidad de ciertos bienes o servicios¹⁰².

También se habla de sitios de reseñas organizados por operadores diversos de los vendedores de los bienes o los prestadores de los servicios sobre los que versan las reseñas, y de otros cuya organización corre a cargo de los mismos sujetos que venden los bienes o prestan los servicios reseñados. En el primer grupo se suele garantizar un grado de imparcialidad de las reseñas considerablemente mayor que en el segundo (a él pertenecen, por ejemplo, *Trustpilot*, *Feedback Company*, *eKomi* o *Data Comunicación*¹⁰³)¹⁰⁴. La menor imparcialidad (y fiabilidad) predicable del segundo grupo obedece a que normalmente en estos otros sitios de reseñas no suelen utilizarse las medidas internas de control o cribado dirigidas a la detección de prácticas irregulares¹⁰⁵.

b. Ámbito de aplicación personal o subjetivo de estas disposiciones

Una vez realizadas las precisiones terminológicas precedentes, conviene efectuar ciertas consideraciones acerca del *ámbito de aplicación personal o subjetivo* de estas nuevas disposiciones. Para tal fin, procede diferenciar entre quienes actúan en el mercado como *empresarios y profesionales* (*infra*, 1º) y quienes lo hacen como *consumidores y usuarios* (*infra*, 2º).

1º.- *Empresarios y profesionales*: Si los sujetos que realizan las prácticas sobre reseñas reguladas por la Directiva (UE) 2019/2161 tienen la condición de empresarios o profesionales (esto es, actúan en el marco de una actividad comercial, industrial o profesional)¹⁰⁶, no parecen existir dudas acerca de que les alcanzan las obligaciones o prohibiciones previstas en esta normativa, con independencia de que su actuación se realice con la finalidad de promocionar sus propios bienes o servicios o se dirija a la promoción de prestaciones empresariales ajenas¹⁰⁷.

En concreto, las plataformas electrónicas que realicen un *papel activo* podrán ser declaradas responsables de las prácticas comerciales desleales de forma conjunta con los autores de las reseñas. En este sentido, habrá de entenderse que asumen dicho papel activo cuando, por ejemplo, imponen reglas de comportamiento a sus usuarios, u optimizan las búsquedas o sus sistemas de reputación en línea¹⁰⁸. Por el contrario, quedarán eximidas de responsabilidad las plataformas digitales que se limiten a desarrollar una actividad meramente *técnica y pasiva*, sin tener conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada, y sin haber participado en la elaboración del contenido de los datos transmitidos. Así resulta de aplicar a esta materia el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre los servicios de la sociedad de la

¹⁰² VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 3.

¹⁰³ *Ad ex.*, más información en AXINTE, M., «33 plataformas de puntuaciones de vendedor y reseñas de productos de Google», en <https://www.datafeedwatch.es/blog/plataformas-de-puntuaciones-google-shopping> (consulta: 30 diciembre 2022).

¹⁰⁴ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 66 y 67.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ La Directiva 2005/29/CE habla de *comerciante* al que define en su artículo 2.b) como «cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste». En rigor, es más adecuado utilizar los términos *empresario y profesional*.

¹⁰⁷ Apartado 4.2.4. de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*.

¹⁰⁸ CUENA CASAS, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 315 y ss., en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612> (consulta: 3 enero 2023).

información y el comercio electrónico, que conecta directamente con el Considerando 42 de su Exposición de Motivos¹⁰⁹.

Según dispone el Considerando 42: «Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

En apoyo de la solución apuntada, cabe citar en el plano jurisprudencial la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, *Google France y Google*)¹¹⁰. En ella, este órgano jurisdiccional declara que «del cuadragésimo segundo Considerando de la Directiva 2000/31 [se deduce] que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza *meramente técnica, automática y pasiva*, lo que implica que el prestador *no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada*»¹¹¹. Por consiguiente (continúa el Alto Tribunal europeo), «para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro (...), lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena». Lo anterior lleva al Tribunal de Justicia a concluir que «el artículo 14 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet *cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados*. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, *a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible*»¹¹².

La apuntada obligación de retirar los datos, tan pronto sea posible, tras tener conocimiento de su ilicitud, conecta directamente con establecido en el Considerando 46 de la Directiva 2000/31, donde se afirma que « para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas».

En nuestro país, la doctrina jurisprudencial expuesta es seguida, por ejemplo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2019. En ella, el Ato Tribunal español, tras citar y reproducir varios párrafos de la sentencia del caso *Google France y Google* a la que acabo de referirme, declara expresamente que «para determinar si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza *meramente técnica, automática y pasiva*, es

¹⁰⁹ DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

¹¹⁰ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0236>

¹¹¹ Cursiva propia.

¹¹² *Ibidem*.

necesario establecer que la empresa que explota este dominio ni tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»¹¹³. En particular, en lo que atañe al conocimiento efectivo, nuestra jurisprudencia entiende que éste existe cuando el proveedor de servicios de la sociedad de la información puede inferir, de las circunstancias concretas del caso y de la propia información de la que dispone, que una determinada conducta es ilícita, por ser ello patente y evidente. En concreto, para el Tribunal Supremo es conocimiento efectivo «aquél que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate»¹¹⁴.

Como indica la sentencia del asunto *Google France y Google* del Alto Tribunal Europeo, cuando las plataformas posean conocimiento efectivo de la ilicitud no serán, sin embargo, responsables si retiran las reseñas con rapidez o impiden que se pueda acceder a ellas. Ahora bien, si no actúan de este modo, se entiende que incumplen su deber de diligencia, siendo responsables de los daños y perjuicios causados en concepto de culpa por omisión. En apoyo de esta solución cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2022, relativa a la responsabilidad del titular de una cuenta de *Facebook* por los comentarios publicados por terceros¹¹⁵. Aunque el control de los comentarios por un titular de este tipo de cuentas es diverso y superior al que corresponde a un sitio de reseñas, parece procedente trasladar la solución dada a este asunto al ámbito de las reseñas. En concreto, en esta sentencia el Alto Tribunal declara la responsabilidad de dicho titular «porque permitió que los comentarios publicados por los terceros en su perfil público (...) permanecieran en él, en vez de eliminarlos, que es lo que debía haber hecho al tener no solo un cabal y completo conocimiento de su contenido, manifiestamente atentatorio contra el honor de los recurridos, sino también un poder de control y decisión sobre su perfil que le legitimaba, igual que había hecho con otros, para borrarlos».

Por último, se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia alemana ha sostenido que el privilegio de la responsabilidad prevalece incluso cuando el proveedor procesa las declaraciones de los usuarios estadísticamente o aplica filtros de palabras y examina manualmente las reseñas para garantizar el cumplimiento de sus condiciones generales. Ahora bien, aunque se aceptase esta interpretación, ha de admitirse que la mayor parte de las plataformas realizan actividades que exceden de las referidas, como —por ejemplo— efectuar valoraciones medias basadas en cálculos complejos y presentar dichas valoraciones del modo más fácil posible. Y se estará de acuerdo en la dificultad que entraña argumentar que dichas actividades poseen «naturaleza meramente técnica, automática y pasiva»¹¹⁶.

2º.- *Consumidores y usuarios*: Cuando los sujetos actúan en condición consumidora, esto es, al margen de una actividad empresarial o profesional¹¹⁷, con vistas a facilitar información sobre sus

¹¹³ STS 2105/2019 (Sala 3ª), de 27 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Excmo. Sr D. Diego CÓRDOBA; en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19630bf29a864dc48771ee14c022853a1bb>

¹¹⁴ STS 297/2016 (Sala 1ª), de 5 de mayo de 2016. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA; en <https://vlex.es/vid/638418345>

¹¹⁵ STS 747/2022 (Sala 1ª), de 3 de noviembre de 2022. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GARCÍA MARTÍNEZ; en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5698d0da6ebf88d1a0a8778d75e36f0d>

¹¹⁶ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

¹¹⁷ O, si se prefiere (y más fielmente al modo en que definió en sentido negativo al consumidor la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984: LGDCU), sin finalidad de integrar el bien adquirido o el servicio contratado en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional. Al respecto, v. las

experiencias de mercado relativas a la adquisición de ciertos bienes o a la contratación de determinados servicios, quedan fuera del campo de aplicación de estas disposiciones. Ciertamente con una salvedad: que, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, pueda entenderse que dichos sujetos *actúan en nombre o por cuenta de un empresario o profesional* (lo que acontecería, por ejemplo, en el caso de los denominados líderes de opinión o *influencers*, siempre que se considere que sus actuaciones son realizadas en nombre o por cuenta de empresarios o profesionales)¹¹⁸. Este criterio, formulado por la Comisión Europea en la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, no parece encajar del todo bien con la interpretación que un sector de la doctrina mercantilista realiza del ámbito de aplicación personal o subjetivo de nuestra LCD, según la cual ésta resulta aplicable a los consumidores aun cuando no actúen en nombre o por cuenta de ningún empresario o profesional.

Esta interpretación doctrinal cuenta, en cierto sentido, con refrendo jurisprudencial. Al respecto, cabría citar —por ejemplo— la sentencia del Tribunal Supremo 720/2010, de 22 de noviembre¹¹⁹. En ella se discutía el carácter desleal o no de la crítica a una empresa de alquiler de embarcaciones de recreo realizada por un patrón de yate y publicada en varias webs especializadas¹²⁰. A juicio del Alto Tribunal, en dicha crítica (que no era sino una reseña negativa en toda regla) cabía advertir finalidad concurrencial, entendida como «una incidencia, real o potencial, en el tráfico económico», pues «tanto su función objetiva como la voluntad del autor fue la de afectar a la empresa arrendadora, influyendo en potenciales clientes en beneficio de las empresas de la competencia en el sector»¹²¹. Es cierto que en este caso el autor de la crítica o reseña negativa,

consideraciones que realizo en «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en MIRANDA SERRANO, L.M., VELA TORRES, P. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, 2006, pp. 179 y ss.; también: CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 3 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 102 y ss.

¹¹⁸ Apartados 4.2.4. y 4.2.6. de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*; conforme, *ad ex*: BLASCO, B., «Unfair commercial practices...», *cit.*, p. 152. Como se sabe, la figura del *influencer* no se caracteriza por su claridad. Podría asemejarse a un *medio de publicidad*, definido en la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad* (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988; en adelante: LGP) como la persona que, de manera habitual y organizada, se dedica a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenta (artículo 8 LGP): OTERO COBOS, M.T., «El patrocinio publicitario con influencers: ¿publicidad encubierta?», en MADRID PARRA, AGUSTÍN, A. (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 812. Aunque también sería posible aproximarlo a la figura de la *agencia de publicidad*, definida por la LGP como la persona que se dedica de modo profesional y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante (artículo 8). En general, cabría atribuirle la condición de *colaborador empresarial*, en la medida en que difunde un mensaje publicitario dirigido a promocionar las prestaciones empresariales de un anunciante. Por ello las acciones legales que puedan interponerse sobre la base de la LCD habrán de dirigirse contra el anunciante y no contra el *influencer* (artículo 34.2 LCD), a no ser que éste haya actuado contraviniendo las indicaciones dadas por aquél (*arg. ex artículo 34.2 LCD*): TATO PLAZA, A., «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales: influencers», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019, pp. 71 y 72; CASADO NAVARRO, A., «Publicidad encubierta a través de influencers: normativa aplicable y régimen de responsabilidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 31, 2022, *passim*.

¹¹⁹ Sala 1ª. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ; en <https://vlex.es/vid/-231505950> (comentada por IRÁCULIS ARREGUI, N., «Comentario a la STS de 22 de noviembre de 2010», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 86, 2011, pp. 1325 y ss.).

¹²⁰ Como recoge esta STS, dicha crítica comenzaba diciendo: ‘Mi opinión de que si queréis alquilar un velero en alguna ocasión no lo hagáis en Sitges con la empresa *Surcandomares*, yo tuve una mala experiencia con esta gente (...)»; y la finalizaba señalando: ‘El año pasado alquilé un velero en *Ronáutica* me salió algo más caro, pero esos sí que son unos profesionales. Espero que esa mala experiencia que pasé con esa gente evite que otro se encuentre en la misma situación, un saludo».

¹²¹ Esta decisión judicial contrasta con otra en sentido contrario dictada para un caso similar por el Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*: BGH), de la que da cuenta GARCÍA PÉREZ, R., «El ámbito objetivo de

en su condición de patrón de yate, participaba en el mercado ofreciendo sus servicios a través de Internet. Pero ¿y si el autor de la reseña hubiese sido un consumidor o usuario? Aunque se trata de una cuestión abierta, me inclino por responderla de forma negativa¹²². En realidad, mi opinión coincide con la expresada por la Comisión Europea en la Guía antes referida, según la cual esta normativa sólo alcanzaría a los consumidores y usuarios que, al elaborar reseñas de bienes y servicios, actuaran por cuenta de empresarios o profesionales.

He de explicarme: 1º) De conformidad con el modo en que un sector de la doctrina mercantilista interpreta el ámbito de aplicación subjetivo de la LCD, parecen quedar sujetos a esta normativa los comportamientos de mercado de los consumidores y usuarios, con el argumento de que así se infiere de la amplitud de términos con los que se delimita personalmente el ámbito de aplicación de la LCD. 2º) Como representativo de la interpretación doctrinal amplia a la que acabo de aludir cabría mencionar, *ad ex.*, al Profesor Alberto Bercovitz para quien no hay duda del sometimiento a la LCD de actuaciones de mercado realizadas por particulares. Éste sería el caso, por ejemplo —añade Bervovitz—, del acto por el que una persona no empresaria que ha heredado unas alfombras de un familiar fallecido hace pública la oferta de venta de dichas alfombras, engañando sobre su procedencia o calidad¹²³. 3º) Esta tesis no llega a convencerme. Es claro que la prohibición de actuar deslealmente alcanza a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, ya sea un empresario, un profesional e incluso una persona privada de la condición empresarial o profesional (como un consumidor). Pero para que a este último sujeto se le aplique la LCD, ha de tratarse de un particular que se inmiscuye en la acción de mercado de un empresario o profesional con el fin de promover o asegurar la difusión de sus prestaciones. 4º) En mi opinión, por tanto, la amplitud de los términos con los que aparece delimitado el ámbito de aplicación personal o subjetivo de la LCD no debe conducir a entender que la *profesionalidad* es una exigencia extraña a ella. Antes bien, dicho requisito está presente en su articulado, lo que ocurre es que no se proyecta sobre el sujeto agente del comportamiento desleal, sino sobre el propio comportamiento. 5º) Todo lo anterior me lleva a concluir que es irrelevante que el autor de la conducta desleal tenga o no la condición legal de empresario o profesional. Lo realmente relevante, a efectos de activar la LCD, es que la conducta por él realizada contribuya a asegurar o promover las prestaciones de un empresario o profesional o, si se prefiere, que se manifieste idónea para influir (de forma real o potencial) en las relaciones económicas del mercado. 6º) Pues bien, en lo que aquí especialmente interesa, la situación descrita (idoneidad —real o potencial— de la práctica para influir en las relaciones económicas del mercado) se entenderá acaecida cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes, pueda entenderse que el consumidor o usuario que emite la reseña actúa en nombre o por cuenta de un

aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 18, 2007, pp. 10 y ss. En concreto, la cuestión a la que se enfrentó el BGH, en sentencia de 20 de marzo de 1986, consistió (en lo que aquí interesa) en determinar si estaba o no sometida al ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb: UWG*) la conducta consistente en la emisión, por parte de un crítico culinario, de una crítica negativa dirigida a un local de vinos, en la medida en que dicha crítica podía provocar que los lectores se inclinaban por acudir a otras vinaterías, en cuyo caso podría hablarse de un efecto promotor de prestaciones empresariales ajenas anudado a ella. Empero, a diferencia de lo sostenido por nuestro TS en la sentencia en el texto, el BGH no advirtió en este caso presencia de finalidad concurrencial en el comentario crítico, al considerar que la motivación del crítico culinario a la hora de redactarlo podía ser diferente de la necesaria para activar el campo de aplicación de la UWG.

¹²² Conforme, al parecer, GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 547,

¹²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 3. Ámbito subjetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 87 y 89; IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 420.

empresario o profesional, en el sentido apuntado por la Comisión Europea en la Guía antes referida¹²⁴.

3.2.La obligación de informar sobre la garantía de autenticidad de las reseñas y la consideración de su incumplimiento como práctica engañosa por omisión

La Directiva (UE) 2019/2161 fija la obligación de información a la que ahora me refiero en un nuevo apartado (el 6) que añade al artículo 7 (sobre omisiones engañosas) de la Directiva de prácticas comerciales desleales. Los destinatarios de esta nueva disposición son los empresarios que proporcionan acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios, incluidos los que promocionan en su interfaz en línea las reseñas facilitadas por otros empresarios o profesionales, como una herramienta de valoración especializada¹²⁵. En concreto, el texto de este novedoso apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE es el que sigue: «Cuando un comerciante facilite el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, se considerará esencial la información acerca de si el comerciante garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan (*sic*) a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto».

No parece difícil interpretar el sentido de esta nueva norma a la vista del contexto en el que se inserta. Como se sabe, de conformidad con el artículo 7 de la Directiva de prácticas comerciales desleales, para que un comportamiento concurrencial encaje dentro de la noción de omisión engañosa, es necesario que la información omitida merezca considerarse *sustancial*. Razón por la cual se ha de colegir que el nuevo apartado 6 del referido artículo 7 no viene sino a establecer que, a juicio del legislador comunitario, se reputa *sustancial* la *información sobre la garantía de autenticidad* de las reseñas de productos y servicios. Dicho de otro modo: merece el reproche de deslealtad (*ex* apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE) la omisión de la información acerca de si se garantiza o no la veracidad del origen de las reseñas, esto es, que efectivamente provienen de consumidores reales que han utilizado o adquirido los bienes o servicios.

Esta norma de la Directiva (UE) 2019/2161 no se ha incorporado al articulado de la LCD, como habría sido lo deseable, sino al del TRLGDCU. Afirmo que habría sido lo deseable, aunque no lo esperable, porque procediendo de este modo el legislador español no ha hecho sino continuar por la senda por la que comenzó a transitar a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2005/29/CE a través de la Ley 29/2009. Dicha senda, como se sabe, consistió básicamente en disgregar el Derecho de la competencia desleal, al insertar fuera de la LCD y, en concreto, dentro del TRLGDCU, las obligaciones de información que han de cumplir los empresarios en sus relaciones con los consumidores, así como el régimen sancionador correspondiente. Y esto es precisamente lo que hace de nuevo el legislador español de 2021, al incluir la obligación de información relativa a la garantía de autenticidad de las reseñas en el artículo 20 TRLGDCU¹²⁶. Bien es verdad, como se verá a continuación, que en dicho precepto del TRLGDCU se efectúa una remisión a la LCD (en concreto, a su artículo 7 sobre omisiones engañosas), para cumplir con ello las exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161 que, como hemos precisado más arriba, configura esta práctica comercial como una omisión engañosa. Parece claro que, a través de esta remisión, el legislador español trata de salvar la fragmentación normativa

¹²⁴ En este sentido ya tuve oportunidad de expresarme en «Economía colaborativa y competencia desleal», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 219 y 220, en <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/28427> (consulta: 3 enero 2023).

¹²⁵ Apartado 4.2.4. de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*.

¹²⁶ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 77.

del régimen de la competencia desleal predicable de nuestro ordenamiento¹²⁷. En concreto, la imposición a los empresarios de la obligación de información a la que me refiero se ha llevado a cabo en el apartado 4 del artículo 20 TRLGDCU. En él se dispone expresamente lo siguiente: «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».

A pesar de la lógica similitud apreciable entre la redacción de ambas normas [la comunitaria (artículo 7.6 Directiva 2005/29/CE) y la nacional (artículo 20.4 TRLGDCU)], si se efectúa una comparación entre ellas no es difícil detectar algunas diferencias. A ellas me refiero seguidamente, aunque he de precisar que la segunda tiene mayor trascendencia que la primera, que reviste un carácter puramente terminológico.

1ª.- *Primera diferencia*: Mientras que la norma europea se refiere solo a *consumidores* y a *reseñas de productos*, la interna, en cambio, alude a *consumidores y usuarios* y a *reseñas de bienes y servicios*. Es verdad que la omisión de los usuarios y de los servicios por parte de la Directiva (UE) 2019/2161 no obedece a un olvido o descuido del legislador comunitario. Antes bien, es fruto de una decisión consciente y deliberada. No otra cosa se infiere del artículo 3 de la referida Directiva que, al dotar de una nueva redacción al artículo 2 Directiva 2005/29/CE, ofrece una definición expresa de *producto*, de conformidad con la cual se entiende por él «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, los servicios digitales y el contenido digital, así como los derechos y obligaciones». Pese a todo, el proceder del legislador europeo no llega a convencerme. La distinción entre bienes y servicios está tan asentada en el sistema jurídico continental que no me parece aceptable utilizar el vocablo *producto* para aludir con él a ambas modalidades de prestaciones empresariales (bienes y servicios). Esto explica que, aun tratándose de una cuestión terminológica que puede salvarse sin dificultad por la vía de la interpretación jurídica, valore más positivamente la redacción de la norma interna, toda vez que en ella se diferencia claramente entre bienes y servicios, por un lado, y entre consumidores y usuarios, por otro. En todo caso, la función que en el Derecho de la Unión Europea desempeña el término *producto* es asumida en nuestra LCD por el vocablo *prestación*, aunque existen en su articulado disposiciones que no son consecuentes con dicha opción terminológica¹²⁸.

2ª.- *Segunda diferencia*: Mas las divergencias entre los preceptos europeo y español a los que me refiero no acaban con lo señalado. La norma nacional (artículo 20.4 TRLGDCU) aclara en alguna medida el alcance de la información que ha de proporcionarse a los consumidores, al especificar que habrá de informarse sobre «la manera en que se procesan las reseñas». También en esto el legislador español parece estar más acertado que su homónimo comunitario, pues incluye en la propia disposición una regla relativa al ámbito de la información que el empresario está obligado a suministrar a los consumidores y usuarios, lo que —sin embargo— no hace el apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE, que omite toda referencia a este asunto¹²⁹. En realidad, en la

¹²⁷ GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 553; CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 28 (de la versión manuscrita).

¹²⁸ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 7 (en versión electrónica).

¹²⁹ Probablemente la mayor concreción que en esta materia se aprecia en la norma española (en contraste con la comunitaria) obedezca a la recomendación que hizo en su día la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU*, disponible en

Directiva (UE) 2019/2161 el alcance de la información que ha de ofrecerse a los consumidores y usuarios no aparece en una disposición legal, como sería lo lógico y procedente¹³⁰, sino en un Considerando de su Exposición de Motivos. En concreto, en el número 47, cuyo tenor —en lo que aquí interesa— es el que sigue: «los comerciantes deben facilitar información sobre cómo se realizan las comprobaciones, así como proporcionar información clara a los consumidores sobre la manera en que se procesan las reseñas, por ejemplo, si todas las reseñas, positivas y negativas, se publican o si estas reseñas han sido patrocinadas o influidas por una relación contractual con un comerciante». Como aclara la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, este Considerando se ha de interpretar en el sentido de que exige al empresario informar acerca de «si todas las reseñas se publican, cómo se obtienen, cómo se calculan las puntuaciones medias de las reseñas y si se ven influidas por reseñas patrocinadas o por relaciones contractuales con los comerciantes alojados en la plataforma»¹³¹.

De todos modos, aunque es cierto que el legislador español dicta en el artículo 20.4 TRLGDCU una norma más completa que la comunitaria en el sentido indicado, no es menos verdad que se queda corto al fijar la información que el empresario ha de suministrar al consumidor, pues sólo alude a la manera en que se procesan las reseñas, omitiendo la referencia a los controles de verificación aplicados, a los que, en cambio, sí se refiere expresamente el Considerando 47 de la Directiva¹³². Esta idea se refuerza si se compara la norma española con las disposiciones análogas que se han introducido en los ordenamientos de otros Estados miembros de la Unión. En efecto, de dicha comparación se infiere que la redacción que el legislador comparado ha dado a esta disposición diverge de la dada por el español. En gran medida, ello obedece a que en este extremo la versión en otras lenguas de la Directiva (UE) 2019/2161 difiere de la española. Al respecto, puede servir de ejemplo la versión francesa (aunque lo mismo cabría afirmar de la alemana o de la inglesa), que considera sustancial la información que permita determinar si el profesional garantiza, y *cómo lo hace*, que las reseñas publicadas proceden de consumidores reales que han utilizado o comprado el producto¹³³.

Se explica así que no cause sorpresa que el tenor de las normas internas que incorporan esta disposición comunitaria a sus respectivos ordenamientos difiera del de la norma española. En Francia, por ejemplo, se reproduce literalmente el texto de la Directiva. Por ello, a diferencia de lo que dispone nuestro artículo 20.4 TRLGDCU, la norma gala establece una exigencia mayor, al requerir que la información sobre las reseñas ofrecida por el comerciante permita determinar si garantiza que proceden efectivamente de consumidores reales y *cómo lo garantiza*: «Lorsqu'un professionnel donne accès à des avis de consommateurs sur des produits, les informations permettant d'établir si et comment le professionnel garantit que les avis publiés émanent de consommateurs ayant effectivement utilisé ou acheté le produit sont réputées substantielles»¹³⁴.

<https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02721> (consulta: 20 diciembre 2022). No en vano, en dicho informe la CNMC es clara al señalar que «debería concretarse en mayor medida en qué debe consistir la comprobación, así como los compromisos que el empresario debe asumir, dado que el proceso de verificación puede ser difícilmente demostrable, por ser ambigua e indeterminada la metodología para llevarla a cabo» (p. 13).

¹³⁰ WINNER, M., «La regulación jurídica de los contratos ...», *cit. supra*.

¹³¹ Apartado 4.2.4.

¹³² MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 75 y 76.

¹³³ «Lorsqu'un professionnel donne accès à des avis de consommateurs sur les produits, les informations permettant d'établir *si et comment* le professionnel garantit que les avis publiés émanent de consommateurs ayant effectivement utilisé ou acheté le produit sont réputées substantielles» (cursiva propia).

¹³⁴ Artículo L. 121-3 del *Code de la Consommation*, tras la reforma acometida por la *Ordonnance n.º 2021-1734 du 22 décembre 2021 transposant la Directive 2019/2161*, que se encuentra disponible en <https://www.vogel->

Y lo mismo ocurre en Alemania, como lo corrobora el precepto de la Ley de Competencia desleal desleal (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*: UWG) que regula esta materia, cuyo tenor es el siguiente: «Macht ein unternehmer bewertungen zugänglich, die verbraucher im hinhlick auf waren oder dienstleistungen vorgenommen haben, so gelten als wesentlich informationen darüber, ob und wie der unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten bewertungen von solchen verbrauchern stammen, die die waren oder dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben»¹⁵⁵. De ambas normas (francesa y alemana) se infiere la imposición al empresario y/o profesional de una obligación de transparencia a dos niveles. Si no garantiza que las reseñas publicadas proceden de consumidores o usuarios reales, sólo tiene el deber de informar de dicha circunstancia. Ahora bien, si garantiza que las reseñas proceden de consumidores o usuarios auténticos, está obligado a informar a la clientela sobre los procesos y procedimientos que ha adoptado con vistas a comprobar o verificar dicha autenticidad¹⁵⁶. Más en concreto, de conformidad con la interpretación que se realiza de estas disposiciones, se considera que el empresario o profesional resulta obligado a facilitar información clara sobre cómo se tratan las reseñas en el contexto del proceso de verificación; por ejemplo, ofreciendo datos acerca de los criterios utilizados para clasificarlas, o sobre si se publican o no la totalidad de las emitidas, tanto si son positivas como negativas¹⁵⁷.

A la vista de lo expuesto, ha de postularse una interpretación del artículo 20.4 TRLGDCU que sea conforme con el contenido del Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/2161¹⁵⁸ y, además, sitúe al Derecho español en la misma senda que otros ordenamientos de la Unión Europea, como el francés o el alemán, más precisos y completos en lo que atañe a la concreción de la información que los empresarios y profesionales están obligados a suministrar. Según esta interpretación, el empresario o profesional que garantice la autenticidad de las reseñas no sólo estaría obligado a informar sobre el modo en que procesa las reseñas (que es lo que dice el artículo 20.4 TRLGDCU), sino también sobre las medidas que ha puesto en marcha para garantizar que dichas reseñas son auténticas (como establece el Considerando 47 de la Directiva UE 2019/2161 y las normas francesa y alemana antes aludidas)¹⁵⁹. En rigor, esta forma de entender el artículo 20.4 TRLGDCU viene exigida por el carácter de norma armonizadora de máximos que es predicable de la

[vogel.com/PDF/ARTICLES/2022/Ordonnance_2021-1734_22122021.pdf](https://www.vogel.com/PDF/ARTICLES/2022/Ordonnance_2021-1734_22122021.pdf) (consulta: 7 enero 2023). Tras la entrada en vigor la normativa comunitaria sobre reseñas, se ha de indicar si existen procedimientos para controlar las reseñas publicadas (por ejemplo, comprobar si el autor de la reseña es un consumidor que ha comprado el producto), cómo se controla la información, así como informar sobre la política de gestión de reseñas (por ejemplo, todas las reseñas, tanto positivas como negativas, se publican; esta reseña está patrocinada, etc.): INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, «Les avis en ligne: comment leur faire confiance?», disponible en <https://www.inc-conso.fr/content/les-avis-en-ligne-comment-leur-faire-confiance> (consulta: 2 enero 2023).

¹⁵⁵ Artículo 5b (3) UWG.

¹⁵⁶ Así, a propósito del Derecho alemán (pero igualmente válido para el ordenamiento jurídico francés), v. WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022 – die wichtigsten Änderungen im Überblick - Teil II: Kundenbewertungen, belästigende Werbung, Blacklist Tatbestände und neue Rechtsfolgen", disponible en https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_news/?id=3569 (consulta: 3 enero 2023); WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen...», *cit. supra*; REHAAG, C., PUTH, A. y GOLDSTEIN, C., «Digitalisierung und Lauterkeitsrecht – das neue UWG», disponible en <https://www.dentons.com/de/insights/articles/2022/may/16/revised-law-against-unfair-competition-in-germany> (consulta: 4 enero 2023).

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive–bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

¹⁵⁹ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 76.

Directiva, que no permite a los legisladores de los Estados miembros rebajar el nivel de protección que en ella se confiere al consumidor¹⁴⁰.

En cuanto a su efectividad práctica, esta obligación de información (interpretada del modo que acabo de exponer) merece ser valorada en un doble sentido. Por un lado, la información relativa a los mecanismos de procesamiento de las reseñas incluirá normalmente conceptos técnicos que poco aportarán a los consumidores y usuarios. Sin embargo, la información sobre las medidas puestas en práctica para garantizar que las reseñas no presentan irregularidades quizá pueda ser de mayor utilidad para la clientela¹⁴¹.

Por otra parte, al margen de las diferencias comentadas, ha de constatarse que tanto la norma comunitaria como la nacional que se analizan aluden al comerciante o empresario que «facilite el acceso a las reseñas de los consumidores». El empleo de esta expresión plantea al intérprete la cuestión de determinar en qué supuestos se da dicha circunstancia ¿Cabe entender que se facilita el acceso a las reseñas cuando una determinada empresa en su página de inicio ofrece un enlace a un proveedor de servicios de reseñas que se las proporciona? A este asunto se ha referido la autoridad autorreguladora de la competencia en Alemania (la *Wettbewerbszentrale*). A su juicio, se trata de una cuestión abierta que necesariamente habrá de ser aclarada por la jurisprudencia. Aunque lo cierto es que hoy por hoy el legislador alemán considera que un mero enlace, en el sentido indicado, no supone hacer accesibles las reseñas. De modo que si se consolidara esta interpretación de cara al futuro, el ámbito de aplicación de la obligación de información impuesta por el apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE únicamente alcanzaría a las empresas que poseen y ofrecen sus propios sistemas de reseñas y calificación (normalmente grandes tiendas online y ciertos mercados en línea), así como a los operadores de las plataformas de calificación¹⁴². En favor de esta solución interpretativa se ha pronunciado también el borrador gubernamental de la enmienda que introdujo esta norma en la Ley de competencia desleal alemana (UWG). Efectivamente, en dicho documento, además de ofrecerse algunas ideas acerca de cómo el empresario o profesional podría gestionar las reseñas de bienes y servicios cuyo acceso facilita a la clientela (por ejemplo, publicando sólo aquellas en las que haya comprobado que su autor ha adquirido el bien o contratado el servicio reseñado), se sostiene que la aparición de un simple enlace a un sitio de reseñas gestionado por un tercero no significa que las reseñas sean accesibles en el sentido requerido por el apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE y su correlativo artículo 5b (3) UWG¹⁴³.

Hechas las observaciones precedentes, se ha de tener en cuenta que el artículo 20.4 TRLGDCU se completa con lo establecido en los apartados 5 y 6 de ese mismo precepto. Éstos añaden lo siguiente: 1º) El apartado 5 fija una regla probatoria, merced a la cual atribuye al empresario la carga de demostrar el cumplimiento de los deberes de información a los que acabo de referirme: «La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario». 2º) El apartado 6, por su parte, remite al artículo 7 LCD para reputar desleal (por constituir una omisión engañosa) toda aquella práctica

¹⁴⁰ EBERS, M., «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret*, núm. 2 de 2010, pp. 10 y ss., accesible en <https://indret.com/de-la-armonizacion-minima-a-la-armonizacion-plena/>; ARROYO AMAYUELAS, E., *La armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización*, disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/148858>, pp. 10 y ss.

¹⁴¹ DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 148.

¹⁴² WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022...", *cit. supra*; al parecer, también conformes: DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

¹⁴³ WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen...», *cit. supra*.

que incumpla lo previsto en el artículo 20.4 TRLGDCU: «El incumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores será considerado una práctica desleal por engañosa en el sentido del artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal». La regla probatoria referida (artículo 20.5 TRLGDCU) no merece ningún comentario. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la remisión que el artículo 20.6 TRLGDCU realiza a la LCD; en concreto, a su artículo 7 regulador de las omisiones engañosas. Al respecto, ha de constatarse que, de conformidad con el tenor del precepto remisorio, el incumplimiento por el empresario del deber de informar sobre si garantiza o no que las reseñas corresponden a consumidores y usuarios reales constituye *ex lege* una práctica engañosa por omisión en el sentido del artículo 7 LCD. Como señalé más arriba, parece claro que mediante esta remisión al artículo 7 LCD el legislador español trata de cumplir los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161 que incorpora esta obligación de información al artículo 7 Directiva 2005/29/CE relativo a las omisiones engañosas.

Desde mi punto de vista, son dos las posibles interpretaciones que pueden realizarse del artículo 20.6 TRLDDCU: 1ª) La primera consiste en entender que si el empresario incumple el deber que le impone el artículo 20.4 TRLGDCU está *ipso iure* cometiendo una práctica engañosa por omisión *ex artículo 7 LCD*. 2ª) La segunda, en cambio, no conferiría de forma automática a dicho incumplimiento la consideración de engaño por omisión. Antes bien, exigiría analizarlo a la luz de las exigencias que tipifica el artículo 7 LCD, según el cual una conducta es considerada desleal cuando omita u oculte la información *necesaria* para que el consumidor pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con pleno conocimiento de causa, a la vista del contexto fáctico en el que se producen los hechos y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias (de modo que la expresión *información necesaria ex LCD* viene a ser coincidente con la de *información sustancial ex Directiva 2005/29/CE*¹⁴⁴)¹⁴⁵. De estas dos posibles interpretaciones me decanto por la segunda. Razón por la cual no puede concluirse que el incumplimiento por el empresario de la obligación de información que se analiza constituye siempre y en todo caso una omisión engañosa. Antes bien, merecerá dicha consideración cuando, tras la valoración del supuesto concreto, pudiera considerarse que la omisión de dicha información es susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor medio¹⁴⁶.

Por último, antes de dar paso al análisis de las prácticas comerciales sobre reseñas reputadas *per se* desleales, parece oportuno concluir que el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 20.4 TRLGDCU constituye una infracción de consumo [*ex artículo 47.1 (letra u) TRLGDCU*] y además un acto de engaño por omisión en el sentido indicado [*ex artículo 20.6 TRLGDCU*], que a su vez es una práctica desleal con los consumidores [*ex artículo 19.1 TRLGDCU*] y, al mismo tiempo, un ilícito administrativo en materia de consumo [*ex artículo 47.1 (letra m) TRLGDCU*]¹⁴⁷. Esto no es sino resultado de la «invencible pulsión disgregadora» (Massaguer)¹⁴⁸ apreciable en el tratamiento legal de la competencia desleal en nuestro país; sobre todo, a partir de la reforma

¹⁴⁴ Sobre la exigencia de que la información sea *sustancial* (*ex artículo 7 Directiva 2005/29/CE*) se ha pronunciado expresamente la STJUE de 25 de julio de 2019 en el asunto C-632/16 *Dyson Ltd, Dyson BV/BSH Home Appliances NV* (en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1180103); v., en particular, su apartado 42.

¹⁴⁵ *Ad ex.*, acerca de la analogía apreciable entre los términos *sustancial* y *necesario*: PATIÑO ALVÉS, B., «El engaño en la publicidad», en <https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf>, p. 23 (consulta: 29 diciembre 2022).

¹⁴⁶ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 27 (de la versión manuscrita).

¹⁴⁷ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, pp. 24 y 25 (en versión electrónica).

¹⁴⁸ MASSAGUER FUENTES, J., «Treinta años...», *cit.*, p. 88.

acometida en 2009 para incorporar a nuestro Derecho los mandatos de la Directiva 2005/29/CE. En especial, porque dicha Ley introdujo la categoría de prácticas comerciales desleales con consumidores para ciertos actos de competencia desleal. Además, hizo de estas prácticas ilícitos de consumo sometidos tanto a las potestades de vigilancia y control de las autoridades consumeristas como al procedimiento administrativo sancionador (artículos 19, 47.3 y 49.1 letra l TRLGDCU). Y ello sin privarles de su condición de actos de competencia desleal sujetos a la LCD¹⁴⁹.

3.3. La tipificación de dos prácticas sobre reseñas reputadas *per se* desleales

Junto con la obligación de información a la que me acabo de referir, la Directiva (UE) 2019/2161 introduce en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CEE dos conductas sobre reseñas de bienes y servicios que se consideran *per se* desleales. Se trata de dos comportamientos concurrenciales reputados nocivos para los intereses económicos de quienes actúan en el mercado en condición consumidora. Como se apreciará con relativa facilidad, la nocividad (y subsiguiente ilicitud) de estas prácticas radica en su aptitud para distorsionar la libre decisión negocial de los consumidores y usuarios. En particular, por afectar a su *libertad de saber*, al ser susceptibles de conducirles a tomar decisiones de mercado que no habrían adoptado de no haberse producido este tipo de conductas¹⁵⁰. Aunque, como es natural, su tipificación legal también proporciona una protección indirecta a los empresarios y profesionales que basan en la buena fe sus actuaciones de mercado en materia de reseñas¹⁵¹. Y desde luego, como es propio de todos los actos de engaño, dicha tipificación coadyuva a lograr el objetivo de la transparencia en el mercado, que es uno de los principales fines a cuya consecución obedece la represión de la competencia desleal¹⁵². Seguidamente, presto atención a ambas prácticas reputadas *per se* desleales, aunque con anterioridad a ello conviene precisar que su deslealtad *per se* o automática comporta que la valoración de su ilicitud ha de fundamentarse en criterios objetivos. De modo que, en lo que a ellas atañe, no será necesario acreditar la concurrencia de las condiciones que determinan el carácter engañoso del comportamiento de mercado, como son la susceptibilidad para inducir a error y para alterar el comportamiento económico del consumidor medio¹⁵³.

a. La afirmación de que las reseñas proceden de consumidores reales sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobarlo

Tras la reforma llevada a cabo por la Directiva (UE) 2019/2161, el apartado 23 *ter* del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE tipifica este ilícito de deslealtad (*per se*) en los siguientes términos: constituye una práctica comercial engañosa en cualquier circunstancia «afirmar que las reseñas de un producto son añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente el producto, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores». Al leer esta norma, lo primero que se aprecia es su similitud

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

¹⁵⁰ Entre otros muchos: MALBON, J., «Taking fake online consumer reviews seriously», *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, pp. 139 y ss., en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238889 (consulta: 2 febrero 2023); BLASCO, B., «Unfair commercial practices...», *cit.*, pp. 148 y ss.

¹⁵¹ MARTÍN ARESTI, P., «Artículo 27. Otras prácticas engañosas», *cit.*, p. 748.

¹⁵² MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 7. Actos de engaño», MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 217.

¹⁵³ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, pp. 103 y ss.; TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la Ley*, *cit.*, pp. 107 y ss.; CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 28 (de la versión manuscrita); IDEM, *Consecuencias negociales de las prácticas desleales...*, *cit.*, p. 112.

con una de las reglas que el *Research Group on the Law of Digital Services* fija en el artículo 8.4 de su *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*¹⁵⁴; en concreto, con la que establece que «(s)i el operador de la plataforma afirma que las reseñas proceden de clientes reales, deberá tomar medidas razonables y proporcionadas para verificar que las opiniones se basan en una transacción confirmada»¹⁵⁵. E idéntica similitud es predicable respecto del artículo 6 de las *Model Rules on Online Platforms* elaboradas por el *European Law Institute*. Como expuse más arriba, este documento recoge con escasas diferencias lo dispuesto en el artículo 8.4 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*¹⁵⁶. De ahí que no cause sorpresa la referencia expresa que las *Model Rules* realizan a la obligación del operador de la plataforma de que, cuando indique que sus reseñas proceden de consumidores reales, adopte medidas razonables y proporcionadas para corroborar que ello es así¹⁵⁷.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que, con anterioridad a la inclusión de esta norma en la Directiva (UE) 2019/2161, habían tenido lugar algunos conflictos jurídicos dentro de la Unión Europea en los que las autoridades competentes de los Estados miembros tuvieron la oportunidad de pronunciarse a favor de considerar desleales comportamientos de esta naturaleza. Razón por la cual cabría considerarlos antecedentes de la norma que se analiza. Entre ellos, ocupa un primer lugar en orden cronológico el asunto sobre *Tripadvisor* del que conoció, a comienzos de 2012, la autoridad inglesa en materia de publicidad (la *Advertising Standards Authority: ASA*), en su condición de institución autorreguladora de la industria publicitaria en el Reino Unido¹⁵⁸. Tras su oportuno análisis, la solución que se dio a este conflicto consistió en la prohibición a *Tripadvisor* de la utilización de los eslóganes «*Reviews you can trust*» («Reseñas en las que puedes confiar») y «*Trusted advice from real travellers*» («Consejos fiables de viajeros reales»). La resolución que puso fin al expediente, fechada el 1 de febrero de 2012 y propiciada por una queja presentada por la compañía de investigaciones en línea *KwikChex* junto con dos empresas hoteleras, se basó fundamentalmente en que dichos eslóganes no se correspondían con la realidad, en la medida en que *Tripadvisor* no garantizaba la autenticidad de las reseñas publicadas en sus páginas web¹⁵⁹. En concreto, en opinión de la autoridad británica referida, los mecanismos utilizados por *TripAdvisor* para tratar de evitar las reseñas fraudulentas o irregulares no eran suficientes para que la compañía afirmase (a través de los eslóganes aludidos) que todas sus reseñas eran reales¹⁶⁰. Pese a que la compañía retiró dichos eslóganes poco después de que

¹⁵⁴ *Cit. supra*.

¹⁵⁵ Traducción propia.

¹⁵⁶ *Cit. supra*.

¹⁵⁷ «Article 6 (Criteria of Professional Diligence for Reputation Systems): The criteria in the meaning of paragraph (3) (b) of Article 5 are: a) The platform operator must take reasonable and proportionate steps to ensure that the review is based on a genuine experience of its object. b) If the platform operator claims that reviews are based on a verified transaction, it must ensure that the review originates from a party to that transaction (...).»

¹⁵⁸ Sobre las características de la ASA y su funcionamiento: FUERTES, C., «Autoridad de normas de publicidad: Reino Unido», en [https://hmong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_\(United_Kingdom\)](https://hmong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_(United_Kingdom)) (consulta: 7 enero 2023).

¹⁵⁹ Los denunciantes alegaron que habían estado durante ocho meses estudiando a *Tripadvisor*. Y ello les permitió constatar que una sola persona había publicado 127 críticas falsas para comprobar la fiabilidad del sistema. También advirtieron que, de los 50 millones de reseñas publicadas, la mitad tenía más de un año, lo que las dejaba desfasadas. Además, de esos 25 millones, aseguraban que hasta el 20 por ciento podrían ser falsas: «Tripadvisor cede y retira el eslogan *Críticas en las que puedes confiar*», disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.preferente.com/marketing/tripadvisor-cede-retira-de-su-web-%E2%80%99Ccriticas-en-las-que-puedes-confiar%E2%80%9D-75752.html> (consulta: 7 e- nero 2023).

¹⁶⁰ En palabras de la ASA, *TripAdvisor* "no debe afirmar ni dar a entender que todas sus reseñas provienen de viajeros reales o que son honestas, reales o de confianza": FUERTES, C., «Autoridad de normas de publicidad...»,

se iniciara la oportuna investigación (sustituyéndolos por uno nuevo: «*Reviews from our community*»: «Reseñas de nuestra comunidad»), su primera reacción fue de frontal rechazo a la resolución, al considerar que, además de ir en contra del sentido común, no guardaba sintonía con los millones de personas reales que cada día usaban y confiaban en sus páginas web de reseñas relativas al sector turístico (hoteles, restaurantes, bares, cruceros, etc.)¹⁶¹.

En una dirección muy similar, es necesario mencionar también otro conflicto jurídico acontecido en Italia en 2014. En él estuvo implicado el mismo operador turístico que el afectado por el caso británico al que acabo de referirme, esto es, la plataforma online *Tripadvisor*. Este nuevo asunto llevó a la autoridad italiana de la competencia (la denominada *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) a imponer a dicho operador del mercado digital (el 19 de diciembre de 2014) una multa de 500000 euros por entender que su conducta era contraria a los artículos 20, 21 y 22 del *Codice del consumo* italiano (actuación contraria a la diligencia profesional y prácticas engañosas por acción y omisión)¹⁶². A su juicio, cuando *Tripadvisor* ofrecía a la clientela sus servicios de comparación de establecimientos turísticos, transmitía la idea de que podían fiarse plenamente de las reseñas y valoraciones publicadas, pues eran auténticas y se correspondían con las opiniones reales de millones de viajeros¹⁶³. Sin embargo, según la autoridad italiana de la competencia (que se mostró coincidente con el pronunciamiento emitido varios años antes por la *Advertising Standards Authority* británica), dicha idea no era cierta, en la medida en que *Tripadvisor* no estaba en condiciones de garantizar de forma efectiva el sentido genuino de las reseñas y valoraciones alojadas en sus páginas webs¹⁶⁴. Es verdad que esta resolución administrativa fue posteriormente anulada por el Tribunal Administrativo Regional del Lazio, al entender, contrariamente al criterio de la autoridad de la competencia, que las reseñas y valoraciones eran sometidas a sistemas de control eficaces y, además, que la declaración efectuada por *Tripadvisor* en su página web, en el sentido de que resulta imposible verificar la veracidad de las opiniones de todos sus clientes¹⁶⁵, debería ser suficiente para advertir al

cit., supra; entre otros, aluden también a este caso: MARIQUE, E. y TROWEL A., «La régulation des fake news...», *cit.*, p. 394; MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Fake reviews on online...», *cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁶¹ VARGAS, A., «Un eslogan de *TripAdvisor* incumplía el código británico sobre publicidad», disponible en https://www.hosteltur.com/162260_eslogan-tripadvisor-incumplia-codigo-britanico-publicidad.html (consulta: 6 enero 2023). En concreto, *TripAdvisor* se defendió alegando, entre otras cosas, que ellos «no afirmaban estar 100% libres de fraude... [pero que]... utilizaban sistemas de detección de fraudes avanzados y muy eficaces, y dedicaban importantes recursos a identificar y minimizar los contenidos no auténticos». Además, argumentaron que el efecto práctico derivado de un pequeño número de reseñas falsas era "insignificante", ya que los datos de la investigación mostraron que los consumidores leían docenas de reseñas antes de reservar, tenían un "escepticismo" respecto de las reseñas de otros usuarios y tendían a descartar las opiniones incoherentes: HUN, K. M., «Gaming the system: Fake online reviews...», *cit.*, pp. 13 y 14.

¹⁶² V. el texto de este Código en <https://www.codicedelconsumo.it/>

¹⁶³ Entre las afirmaciones realizadas por *Triadvisor* podía leerse, entre otras cosas, lo que sigue: «Non importa se preferisci le catene alberghiere o gli hotel di nicchia: su *Tripadvisor* puoi trovare tante recensioni vere e autentiche, di cui ti puoi fidare. Milioni di viaggiatori hanno pubblicato on-line le proprie opinioni più sincere su hotel, bed & breakfast, pensioni e molto altro»; y en la misma dirección: «*TripAdvisor* offre consigli di viaggio affidabili, pubblicati da veri viaggiatori».

¹⁶⁴ Al respecto, más información, *ad ex*, en BIFFARO, L., «Unfair commercial practices and online consumer reviews: the italian Triadvisor case», *Rivista italiana di Antitrust*, número 1, 2015, pp. 181 y ss., disponible en https://web.archive.org/web/20180410114039id_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/11387/10565 (consulta: 2 febrero 2023); MARTÍNEZ NADAL, A., «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015, pp. 17 y ss. (de la versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

¹⁶⁵ El tenor de esta declaración era el siguiente: «Non eseguiamo controlli sui fatti riportati nelle recensioni. Con oltre 100 milioni di recensioni e oltre 1,5 milioni di hotel, ristoranti e attrazioni sarebbe impossibile per noi verificare ogni singolo dettaglio. Riteniamo che l'elevato numero di recensioni (ne pubblichiamo in media 60 al

consumidor medio acerca de la improcedencia de hacer uso de dicha información con vistas a adoptar sus decisiones de mercado¹⁶⁶. No obstante, el Consejo de Estado italiano, en respuesta al recurso de casación planteado, confirmó finalmente (el 15 de julio de 2019) la sanción inicialmente impuesta por la autoridad de la competencia, aunque rebajando su importe a 100000 euros. Esta rebaja se fundamentó, por un lado, en que hasta la fecha *Tripadvisor* no había incurrido en conductas de violación de normas protectoras de los consumidores y, por otro, en que la actividad que dicho operador turístico venía desarrollando comportaba relevantes beneficios económicos para el mercado¹⁶⁷.

También en nuestro país encontramos algún litigio similar a los conflictos a los que acabo de aludir. Sin embargo, no merece la consideración de antecedente de la práctica *per se* desleal que analizo por haber tenido lugar en 2019, cuando la Directiva (UE) 2019/2161 ya estaba elaborada. A diferencia de los casos italiano y británico, en este otro asunto la autoridad judicial entendió que la entidad demandada, que era también *Tripadvisor*, no cometía acto alguno de competencia desleal y, por consiguiente, no debía ser sancionada. En concreto, la controversia giró en torno a la formulación de una demanda (ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona) contra *Tripadvisor* por parte de una mercantil valenciana (*Recaba Inversiones Turísticas S.L.*) titular de varios restaurantes, sobre la base de los comentarios críticos sobre dichos establecimientos emitidos por los usuarios de la referida plataforma. En particular, la demandante había pedido a *Tripadvisor* no aparecer en su sitio de reseñas, invocando la inaplicación por la plataforma de un adecuado control o cribado que evitase la presencia de reseñas falsas, lesivas para su imagen empresarial¹⁶⁸. En concreto, entre otros extremos en los que ahora no puedo detenerme, la autoridad judicial tuvo que plantearse si el hecho de que la plataforma no dejase que los restaurantes pudieran «escapar de su web», según expresión empleada por la propia demandante, constituía o no un acto de competencia desleal contrario a la cláusula general (artículo 4 LCD). Tras el análisis realizado, la sentencia se decanta por una solución negativa expresada en los siguientes términos: «el enjuiciamiento en este caso (...) se debe limitar a si *Triadvisor* ha traspasado los límites de la buena fe objetiva al negar a *Recaba* que sus restaurantes no aparezcan en la web. La respuesta ha de ser negativa al valorarse que esta conducta, asentada en la libre empresa, en este caso, respecto de la demandante, no traspasa los límites de la buena fe objetiva

minuto) consenta ai viaggiatori di individuare le tendenze e di stabilire se una struttura è adatta alle proprie esigenze».

¹⁶⁶ MAZZONETTO, M., «Esistono delle tutele contro il problema delle false recensioni on-line?», disponible en <https://www.dirittodellinformatica.it/consumatori/consumatori-focus/esistono-delle-tutele-problema-delle-false-recensioni-line.html/> (consulta: 9 enero 2023); ZARRO, M., «Online unfair commercial practices...», *cit.*, pp. 214 a 216; FLAQUERT RIUTORT, J., «Los retos legales de las *fake reviews*...», *cit.*, pp. 15 y 16 (en versión electrónica); MORA ASTABURUAGA, A. y PRADO SEOAONE, J. A., «Sistemas de reputación online...», *cit.*, p. 161; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, p. 102; MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Fake reviews on online...», *cit.*, p. 25.

¹⁶⁷ FLAQUERT RIUTORT, J., «Los retos legales de las *fake reviews*...», *cit.*, pp. 15 y 16 (en versión electrónica); MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, pp. 102 y 103.

¹⁶⁸ Según refleja el relato de los hechos de la sentencia, entre estas reseñas falsas estarían las siguientes: 1) "Estafa a la Seguridad Social, personal enchufado mal cualificado, una chapuza de gestión de negocio". 2) "El tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante". 3) "Es una empresa sin derechos laborales", indicándose además que "El dueño es un sinvergüenza que no paga horas extra, se queda un 30% de las propinas cuando factura millonadas y no da de alta a los trabajadores las horas que hacen. Es una empresa sin derechos laborales. Cómo va a funcionar con los trabajadores malpagados y agotados (...). Lo mejor (*sic*) de todo es que solo se acerca allí para maltratar y humillar gritando a los empleados delante de toda la gente".

porque [Triadvisor] ha efectuado un control adecuado de las opiniones sobre los restaurantes de la actora»¹⁶⁹.

Expuestos estos litigios como posibles antecedentes de la disposición de la Directiva (UE) 2019/2161 que comento, interesa ahora dejar constancia de que su incorporación a nuestro ordenamiento se ha llevado a cabo mediante la adición al artículo 27 LCD (rotulado «otras prácticas engañosas») de un nuevo apartado 7. A través de él, se reputan engañosas las prácticas que «(a)firmen 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 (*sic*) a tales consumidores y usuarios». Contrastada la norma europea (apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29/CE) con la nacional (apartado 7 del artículo 27 LCD), se comprueba con facilidad que ambas tienen redacciones prácticamente coincidentes, con la única salvedad de que la comunitaria habla de *reseñas de productos* añadidas por *consumidores*, mientras que la interna alude a *reseñas de bienes y servicios* añadidas por *consumidores y usuarios*. Por la razón que tuve ocasión de explicar más arriba (que me exime aquí de mayores comentarios al respecto), la redacción proveniente de nuestro legislador me parece más plausible que la contenida en la norma comunitaria¹⁷⁰.

El bien jurídico protegido por esta nueva conducta reputada *per se* desleal puede fijarse en el *principio de veracidad*, prohibitivo de todos aquellos comportamientos de mercado susceptibles de producir engaño en los consumidores y usuarios. Este principio cuenta con una doble formulación en nuestro ordenamiento. De un lado, a él se refiere expresamente el artículo 61 TRLGDCU que lo fija (junto con la relevante regla de la *integración publicitaria del contrato*) en los siguientes términos: «La oferta, promoción y publicidad de los bienes y servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas y económicas de la contratación». De otro lado —y de modo fundamental—, se trata de un principio latente en todas las normas de la LCD reguladoras de los actos de engaño; más específicamente, en sus artículos 5 (engaño por acción), 7 (engaño por omisión) y 20 a 27 (otras prácticas engañosas para los consumidores). En concreto, en la singular conducta a la que aquí me refiero, el engaño reside en afirmar que las reseñas accesibles a la clientela son realizadas por consumidores y usuarios reales sin tomar medidas razonables y adecuadas para garantizar que efectivamente lo son. De modo que la exigencia de veracidad se refiere en este caso única y exclusivamente a la *garantía de autenticidad*, pues de lo que se trata es de garantizar el origen de las reseñas, esto es, su procedencia de consumidores y usuarios no ficticios sino auténticos o reales¹⁷¹.

En rigor, esta conducta desleal se compone de dos elementos diversos¹⁷². El primero tiene carácter objetivo. Consiste en la afirmación por parte del empresario y/o profesional de que las reseñas y valoraciones provienen de consumidores y usuarios reales. Como es natural, la verificación de la concurrencia de este primer elemento no requiere una declaración del

¹⁶⁹ Sentencia, de 18 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona (Ponente: GARCÍA OREJUDO, Raúl), *Diario La Ley*, núm. 9519, Sección: La Sentencia del día, 15 de noviembre de 2019, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMTM1NzNUK0stKs7Mz7Mty0xPzStlBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSO4sybUOKSIMBLVB8uUUAAAA=WKE>

¹⁷⁰ *Supra*, epígrafe 3.2.

¹⁷¹ Muy clara al respecto la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*, cuando indica que el «nuevo punto 23 *ter* del anexo I impide que los comerciantes induzcan a error a sus usuarios en cuanto al origen de las reseñas» (apartado 4.2.4; cursiva propia).

¹⁷² CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», cit., pp. 29 y ss. (de la versión manuscrita).

empresario en la que manifieste de modo expreso lo que indica la norma. Antes bien, basta con el empleo de expresiones que den a entender a un consumidor medio que a través de ellas el empresario está aseverando que las reseñas y valoraciones publicadas corresponden a consumidores y usuarios reales. Así ocurre, por ejemplo, cuando los operadores económicos sitúan en el encabezamiento o al lado de sus reseñas y valoraciones fórmulas tales como las siguientes: «¿Está usted satisfecho con nuestro producto (o servicio)?»; «Opiniones basadas en experiencias previas»; «Valore su experiencia con nuestros servicios»; «Reseñas y valoraciones de nuestros clientes»; «Los consumidores opinan sobre nuestros productos»; «Valoraciones de nuestra clientela»; «Comentarios de huéspedes (en caso de un hotel)»; «Nuestros clientes hablan»; «Reseñas de nuestra comunidad»; «Compruebe el grado de satisfacción de nuestra clientela»; etc. Y es que se estará de acuerdo en que el empleo de cualquiera de estas expresiones (o de otras análogas que podrían añadirse) suscita en el consumidor medio la razonable impresión de que los empresarios o profesionales están dando a entender que las reseñas y valoraciones disponibles en sus sitios web provienen de consumidores o usuarios que han tenido experiencias de consumo¹⁷³.

El segundo elemento constitutivo de este ilícito de deslealtad posee naturaleza circunstancial. Estriba en que el empresario o profesional no adopte «medidas razonables y proporcionadas» para garantizar que las reseñas de bienes o servicios accesibles a la clientela responden al principio de veracidad o autenticidad, en el sentido de que proceden de consumidores y usuarios reales (la normativa francesa habla de medidas necesarias: *mesures nécessaires* —artículo L121-4 27º *Code de la Consommation*—). Las preguntas que surgen en torno a este segundo elemento no se hacen esperar: ¿Cuándo las medidas adoptadas por el empresario o profesional pueden considerarse *razonables*? ¿En qué casos cabe calificarlas de *proporcionadas*? Parece claro que para dar adecuada respuesta a estas cuestiones se hace necesario llevar a cabo determinados juicios de valor¹⁷⁴. De ahí que pueda sostenerse que, contrariamente a lo pretendido por el legislador, esta conducta concurrencial no se hace acreedora de un reproche de deslealtad automático (deslealtad *per se*), sino que exige realizar un estudio detallado de las circunstancias concurrentes en cada caso, con vistas a dilucidar si efectivamente el empresario o profesional en cuestión ha adoptado medidas idóneas (razonables y proporcionadas) para evitar que las reseñas de sus bienes o servicios conculquen la exigencia de veracidad o autenticidad latente en la norma que tipifica esta conducta¹⁷⁵. En todo caso, parece que el empresario o profesional no resulta obligado

¹⁷³ Apartado 4.2.4 de la *Guía de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales*, donde se pone de manifiesto que «(e)l hecho de que la presentación de las reseñas por parte del comerciante equivalga a afirmar que «son añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente el producto» depende de cómo lo perciba el consumidor medio. Las reseñas no tienen que presentarse necesariamente en estos términos, sino que también las referencias más generales a reseñas de «consumidores» o «clientes/usuarios» pueden llevar al consumidor medio a percibir las como reseñas de otros consumidores que han utilizado o adquirido el producto» (cursiva propia).

¹⁷⁴ *Ad ex.*, destacan el carácter abierto de las medidas invocadas por la Directiva (UE) 2019/2161: DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 146; HANKEL, A., «Trustworthy versus fake reviews on online marketplaces and review platforms. Time for the EU to regulate transparency of review systems?», en <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/70126> (consulta: 2 febrero 2023), pp. 37 y 38.

¹⁷⁵ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 29 (de la versión manuscrita), con cita de otros autores que advierten la necesidad de realizar juicios de valor similares en relación con otras prácticas desleales reguladas en el Anexo I Directiva 2005/29/CE: MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, p. 119; TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma...*, *cit.*, p. 150.

a demostrar la autenticidad de las reseñas de forma procesalmente segura, sino sólo a aplicar medidas para tal fin que puedan considerarse razonables y proporcionadas¹⁷⁶.

De conformidad con la Guía sobre la Directiva de las prácticas desleales, la realización de este estudio deberá tomar en consideración varios factores. Entre ellos, se citan, por ejemplo, la dimensión y alcance de la actividad empresarial, el sector del público al que se dirige o el tipo o modelo de negocio de que se trate. En concreto, la Guía realiza las siguientes consideraciones que reproduzco por su interés: «Las medidas necesarias *razonables y proporcionadas* deben evaluarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, el modelo de negocio del comerciante: un mercado en línea que presenta las reseñas de sus propios clientes puede tener que aplicar medidas distintas a las de un servicio de valoración especializado que solicite las reseñas del público en general sin tener una relación contractual. También deben tenerse en cuenta la magnitud de la actividad del comerciante y el nivel de riesgo para determinar lo que es *razonable y proporcionado* para ese comerciante concreto. Por ejemplo, se espera que las grandes plataformas con un alto riesgo de actividad fraudulenta y mayores recursos desplieguen medios más significativos para combatir el fraude con las reseñas de los consumidores que los comerciantes más pequeños»¹⁷⁷.

En todo caso, no parece difícil concretar algunas medidas específicas susceptibles de adoptarse y de merecer los calificativos de razonables y proporcionadas. A ellas se refiere expresamente el Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/2161 cuando indica que tales medidas podrían incluir «medios técnicos para verificar la fiabilidad de la persona que publica la reseña, por ejemplo, solicitando información para comprobar que el consumidor ha adquirido o utilizado realmente el producto»¹⁷⁸. Con mayor precisión, la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE aquí repetidamente aludida señala que la información a la que se refiere el Considerando 47 podría derivar, por ejemplo, de los datos de un pedido o de una factura, o de un número de reserva. Además, entre las posibles medidas a adoptar, este documento menciona expresamente las siguientes: 1^a) exigir a las personas que publican las reseñas que se registren; 2^a) usar medios técnicos para comprobar que la persona que publica la reseña es realmente un consumidor (por ejemplo, comprobando la dirección IP o verificando el correo electrónico); 3^a) fijar normas claras para las personas que publican las reseñas que cierran el paso a las reseñas patrocinadas falsas y no divulgadas; 4^a) poner en marcha determinadas herramientas para detectar automáticamente las actividades fraudulentas; y, por último, 5^a) disponer de recursos apropiados para dar respuesta a las reclamaciones sobre reseñas sospechosas, incluso cuando el comerciante afectado por éstas aporte pruebas de que no son presentadas por consumidores que realmente adquirieron el bien o utilizaron el servicio¹⁷⁹.

Junto a lo expuesto, ha de ponerse de manifiesto la existencia de empresas dedicadas precisamente a ofrecer al mercado servicios de autenticación de reseñas y valoraciones de

¹⁷⁶ REHAGA, C., PUTH, A. y GOLDSTEIN, C., «Digitalisierung und Lauterkeitsrecht...», *cit. supra*.

¹⁷⁷ Apartado 4.2.4.

¹⁷⁸ *Ad ex*, insiste en que la obligación del comerciante de verificar la fiabilidad de las reseñas puede venir facilitada por los recientes avances tecnológicos: DUROVIC, M., «Adaptation of consumer law to the digital age: The case of the new European Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law», *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2020, p. 11, en https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/129494821/Anali_clanak_MD.pdf (consulta: 2 febrero 2023).

¹⁷⁹ Apartado 4.2.4.

clientes¹⁸⁰. Además, existen estudios que demuestran cómo la detección de reseñas anómalas o irregulares es una tarea que puede ser ejecutada de forma bastante más satisfactoria y eficaz por clasificadores automáticos que por evaluadores humanos. Como es natural, esto implica admitir que "las máquinas pueden luchar contra las máquinas" mejor que las personas en la batalla contra las reseñas anómalas que no respetan el principio de veracidad¹⁸¹.

b. La adición de reseñas falsas o la distorsión de reseñas existentes con el fin de promocionar bienes y servicios

Por exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161, el apartado 23 *quater* del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE tipifica otro comportamiento reputado *per se* desleal en el ámbito de las reseñas de bienes y servicios. Lo hace en los siguientes términos: se considera desleal en cualquier circunstancia «(a)ñadir o encargar a otra persona física o jurídica que añada reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promocionar productos». La incorporación de esta disposición a nuestro ordenamiento se ha llevado a cabo en el apartado 8 del artículo 27 LCD. En él se consideran desleales por engañosas las prácticas que «(a)ñadan 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». Como se observa con facilidad, esta norma es casi exacta a la comunitaria que incorpora, con la sola salvedad, por las razones ya explicadas más arriba, de que incluye el término *usuarios*, omitido en la norma europea (que solo habla de *consumidores*)¹⁸².

De entrada, la utilidad de la tipificación legal de estas conductas consideradas desleales en cualquier circunstancia reside en evitar a la autoridad que conozca de ellas demostrar si la práctica enjuiciada en cada caso altera o es susceptible de alterar de modo sustancial el comportamiento económico del consumidor. La experiencia comparada ofrece ejemplos claros en esta dirección. Así ocurre con el Derecho francés, en el sentido que seguidamente explico. Como expuse al principio de este trabajo, el país vecino contó con una regulación sobre reseñas de bienes y servicios previa a la Directiva (UE) 2019/2161. Ésta se estableció en los artículos L. 111-7 y siguientes del Código de Consumo (y sus normas de desarrollo) y entró en vigor en octubre de 2016. Pues bien, estando vigente esta normativa, la autoridad francesa sobre competencia y consumo (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*: DGCCRF) condenó a una empresa de restauración por la comisión de una práctica comercial engañosa consistente tanto en publicar reseñas positivas falsas como en comprar *me gusta*, *seguidores* y *likes* en las redes sociales. En concreto, a juicio de la DGCCRF, estos hechos eran constitutivos de una práctica comercial engañosa contra los consumidores por

¹⁸⁰ Este es el caso, por ejemplo, de la plataforma *eKomi* (v. <https://ekomi-es.feedback-company.com>; consulta: 16 diciembre 2022), a la pueden añadirse otras como, *ad ex.*, *TrustPilot*, *Revi.io*, *TrustProfile/E-valor*, *Trusted Shops*, etc. (v. <https://diegol.top/ecommerce/plataformas-de-valoraciones-externas-para-tiendas-online/>). En suma, cabe afirmar que están surgiendo páginas web concebidas como herramientas orientadas a la detección de reseñas sospechosas. Al margen de lo dicho con anterioridad, entre ellas, cabría citar, *ad ex.*, las siguientes: 1) *Review Meta*, aunque la aplicación avisa de que en ella sólo se «estima» que una opinión es falsa, pero no se «afirma» que esto sea así. 2) *Fakespost*, disponible de forma gratuita que realiza una búsqueda de posibles reseñas ficticias (en los Estados Unidos). 3) *The Reviewer Index*, accesible únicamente para artículos que se vendan en la página de *Amazon* en Canadá, EE.UU, India y Reino Unido (CORTÉS, I., «¿Qué son las fake reviews?: todo lo que debes saber sobre las reseñas fraudulentas», en <https://www.retailforum.es/fake-reviews-como-descubrir-su-autenticidad/>; consulta: 11 enero 2023).

¹⁸¹ SALMINEN, J. *et al.*, «Creating and detecting fake reviews...», *cit supra*, *passim*.

¹⁸² *Supra*, epígrafe 3.1.

ser "engañados sobre la reputación real de estos establecimientos"¹⁸³. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la normativa gala sobre reseñas referida no regulaba de modo expreso este tipo de comportamientos, por lo que su sanción por parte de la DGCCRF tenía que estar sujeta inexorablemente a la demostración en cada caso de que la práctica analizada alteraba o era susceptible de alterar de forma sustancial el comportamiento económico del consumidor¹⁸⁴. Sin embargo, dicha situación cambia cuando entra en vigor la normativa sobre reseñas proveniente de la Directiva (UE) 2019/2161. A partir de dicho momento, en efecto, el enjuiciamiento de este tipo de comportamientos se simplifica considerablemente, dada la prohibición legal, clara y terminante, de *añadir reseñas falsas*, debiéndose entender el término reseña en el sentido amplio antes analizado, comprensivo de las valoraciones positivas, los *likes*, los *me gusta* y los *seguidores*¹⁸⁵.

Por otro lado, si se compara la redacción de la conducta desleal que se comenta (*ex* apartado 23 *quater* del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE y artículo 27.8 LCD) con la que posee la analizada en el epígrafe anterior (*ex* apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29 y artículo 27.7 LCD), lo primero que llama la atención es que en la tipificación de la práctica que ahora se analiza no solo se alude a *reseñas* sino también a *aprobaciones de consumidores*. De ahí que interese conocer el sentido que ha de darse al término *aprobación*. La Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales a la que reiteradamente vengo refiriéndome ofrece luz sobre este extremo. En ella se dice expresamente que el término *aprobaciones* se ha de interpretar en sentido amplio, incluyendo las prácticas relacionadas con «los seguidores, las reacciones y las visualizaciones»¹⁸⁶. Algún autor deduce de estas precisiones de la Guía que el campo de aplicación de la norma del artículo 27.8 LCD es más amplio que el de la contenida en el artículo 27.7 LCD, al alcanzar a prácticas que tienen lugar en el ámbito de las redes sociales y, dentro de ellas, no sólo a las valoraciones o reseñas falsas, sino también a los *likes*, las visualizaciones o los seguidores¹⁸⁷. Y en esta misma dirección se manifiesta la autoridad alemana de autorregulación en materia de competencia (la *Wettbewerbszentrale*). En su opinión, el ámbito de aplicación de esta disposición es algo más extenso que el de las dos anteriores, dado que en ella no sólo se habla de reseñas sino también de aprobaciones, lo que abarca las valoraciones a través de estrellas y corazones o los «me gusta» de las redes sociales¹⁸⁸. Desde mi punto de vista, esta interpretación no es convincente. Sobre todo, porque el término *reseña*, tal como expliqué *supra* y acabo de recordar en este mismo epígrafe, es tan amplio que comprende también las llamadas *aprobaciones*. Esto explica que, a mi juicio, de la presencia de este último vocablo en el artículo 27.8 LCD no quepa colegir una mayor amplitud del ámbito de aplicación de esta norma en comparación con el de la contenida en el artículo 27.7 LCD. Téngase en cuenta, en el sentido que expuse más arriba, que dentro del concepto de reseña (*ex* Directiva UE 2019/2161) tienen cabida no sólo las *críticas* (positivas y negativas) sino también los *me gusta* o *recomienda* propios de las redes sociales, que son el prototipo de las *aprobaciones* a las que se refiere expresamente la norma que ahora analizo¹⁸⁹.

¹⁸³ BRUNELLET, «Publication de faux avis...», *cit. supra*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Supra*, epígrafe 3.1.

¹⁸⁶ Apartado 4.2.4.

¹⁸⁷ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales ...», *cit.*, p. 30 (de la versión manuscrita).

¹⁸⁸ WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022...", *cit. supra*.

¹⁸⁹ *V. supra*, epígrafe 3.1., donde sigo a MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 23.

Por otra parte, no es difícil constatar que la norma aquí comentada diferencia dos tipos distintos de conductas sobre las que recae el reproche de deslealtad: 1º) añadir reseñas o aprobaciones falsas y 2º) distorsionar reseñas o aprobaciones de consumidores o usuarios que previamente han sido incorporadas a un determinado sitio de reseñas. En ambos casos, el bien jurídico protegido y, en consecuencia, el fundamento último de la norma es el mismo: la salvaguarda del principio de veracidad. Bien entendido que lo que aquí trata de garantizarse no es la veracidad del origen de las reseñas (es decir, que provengan de consumidores y usuarios reales), como ocurre con la práctica desleal del apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29/CE y del artículo 27.7 LCD. En este supuesto la exigencia de veracidad va dirigida específicamente a los *contenidos de las reseñas y aprobaciones*, con vistas a evitar que sean falsos o hayan sido manipulados o distorsionados. Por consiguiente, lo que trata de evitarse a través de esta nueva previsión es que los consumidores y usuarios adopten decisiones de mercado basadas en informaciones falsas o erróneas, tanto si son añadidas por los propios comerciantes o por terceros que actúen por cuenta suya, como si resultan de una labor de distorsión o manipulación que desfigure su contenido originario. Aunque, al mismo tiempo, tampoco es ajena a esta disposición una función enderezada a dotar de mayor transparencia a los resultados de búsqueda en línea. No se pierda de vista, en este sentido, que las reseñas falsas o distorsionadas producen el efecto de lograr un mejor posicionamiento de los bienes o servicios reseñados dentro de dichos resultados¹⁹⁰. Además, ambas prácticas pueden considerarse manifestaciones de la técnica de marketing conocida como *astroturfing*. En general, con este término se alude a las actuaciones de apoyo o desprestigio relativas a una persona o marca que tienen la apariencia de nacer espontáneamente de la sociedad, pero sin ser realmente así, al provenir de identidades ficticias creadas para insertar matrices de opinión¹⁹¹. Esta afirmación se basa en que, como se verá, con los dos tipos de prácticas reputadas desleales en cualquier circunstancia por la Directiva (UE) 2019/2161 lo que se persigue, en suma, no es sino simular apoyo a determinadas prestaciones empresariales con el fin de promocionarlas (bien sea añadiendo reseñas falsas, eliminando las negativas o distorsionando las existentes para dotarlas de un contenido positivo)¹⁹².

Previamente a analizar las dos conductas tipificadas en la disposición que comento, interesa efectuar una precisión que afecta a ambas. Ésta gira en torno a la última parte de la norma, donde el legislador concreta la finalidad perseguida por el autor de los dos comportamientos desleales que en ella se tipifican. Dicha finalidad no es otra que «promocionar productos» (apartado 23 *quater* del Anexo I Directiva 2005/29/CE) o «promocionar bienes o servicios» (artículo 27.8 LCD). Al respecto, deseo hacer dos breves consideraciones:

1ª.- La primera emerge de la propia redacción de la norma. De su lectura [«(a)ñadir o encargar a otra persona física o jurídica que añada reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o

¹⁹⁰ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 30 (de la versión manuscrita).

¹⁹¹ ROMERO RODRÍGUEZ, L.M. y RODRÍGUEZ-HIDALGO, C., «Desinformación y posverdad en los medios digitales: del *astroturfing* al click-baiting», en ROMERO RODRÍGUEZ, L.M. y RIVERA ROGEL, D. E. (Coord.), *La comunicación en el escenario digital*, Ed. Pearson, 2019, p. 391; en parecidos términos: BELLATO, B., «Recensioni false o negative: quando è diffamazione», en <https://www.consulenzalegaleitalia.it/false-recensioni-online/> (consulta: 30 enero 2023). El término *astroturfing* deriva del nombre de una marca de césped artificial norteamericana llamada «Astroturf». La idea del césped artificial se presenta como una muy buena metáfora para simbolizar el concepto que está detrás del vocablo *astroturfing*, que no es otro que la creación de corrientes de opinión *desde abajo y de forma artificial*: VÁZQUEZ, J., «Astroturfing: una nueva forma de manipulación en las redes sociales», disponible en <https://www.materiagrís.es/astroturfing-manipulacion-redes-sociales/> (consulta: 30 enero 2023).

¹⁹² MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 81; con anterioridad a la Directiva (UE) 2019/2161, pero conectando la problemática de las reseñas falsas con el *astroturfing*, *v. ad ex*, BLASCO, B., «Unfair commercial practices...», *cit.*, p. 151.

distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promocionar productos»] podría suscitarse la duda razonable de si la finalidad promocional (de bienes o servicios) se refiere sólo a la segunda conducta tipificada en el precepto (distorsionar reseñas) o alcanza también a la primera (añadir reseñas falsas). A mi juicio, hay que decantarse por la última solución. El argumento no parece difícil de explicar. La finalidad promotora de la contratación de prestaciones empresariales (finalidad concurrencial) es un elemento inherente a la noción de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (LCD) y, por tanto, un requisito necesario para que se active el ámbito de aplicación material u objetivo de la normativa reguladora de la competencia desleal.

En efecto, la idea precedente se infiere sin dificultad de la definición de práctica comercial que ofrece el artículo 4, apartado d), de la Directiva 2005/29/CE, que la define como «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y *directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*»¹⁹³. Y lo mismo se desprende de la noción de acto de competencia que proporciona el artículo 2, apartados 1 y 2, LCD. No en vano, este último precepto se refiere a los *actos de competencia* en los siguientes términos: «1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y *con fines concurrenciales*. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, *se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero*»¹⁹⁴.

Por consiguiente, se ha de concluir que la finalidad promocional ha de hacerse presente en las dos conductas comprendidas dentro del artículo 27.8 LCD para que sea posible el reproche de deslealtad. Bien entendido que, de conformidad con los criterios utilizados al respecto por los tribunales de justicia, la finalidad concurrencial o, si se prefiere, promocional, no exige atender a la intención del sujeto agente. Para considerarla existente es suficiente constatar que la conducta objeto de análisis es idónea para influir en los procesos de mercado¹⁹⁵.

2ª.- La segunda duda que podría derivarse de esta disposición se desvanece casi de inmediato a la vista de las consideraciones que acabo de realizar. Me refiero a que cabría pensar que la finalidad promocional a la que expresamente alude la norma incorpora un elemento intencional que impide que esta conducta merezca *per se* el reproche de deslealtad, pues habría que analizar caso por caso para determinar en qué supuestos concurre dicho elemento intencional y, por tanto, cabe hablar de una práctica de competencia desleal, y en cuáles otros el referido elemento es inexistente. En mi opinión, se trata de un falso problema. Si, como acabo de sostener, el elemento promocional es necesario para hablar de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (LCD), pues se considera inherente al requisito de la finalidad concurrencial de la conducta, se habrá de concluir que poseen dicho elemento la totalidad de las reseñas o aprobaciones falsas o distorsionadas a las que se refiere la norma aquí analizada. Y es que, difícilmente podríamos hallar reseñas falsas o distorsionadas, añadidas o encargadas por

¹⁹³ Cursiva propia.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Así: STS núm. 59/2019 de 29 de enero (ECLI: ES:TS:2019:140). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO; en <https://vlex.es/vid/761574453>. Sobre ella y otras SSTs que siguen el mismo criterio: GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal: STS 59/2019, de 29 de enero», disponible en <https://webs.uab.cat/dretmercantil/2019/03/05/ambito-de-aplicacion-de-la-lcd-sts-59-2019-de-29-de-enero/> (consulta: 30 diciembre 2022); GARCÍA PÉREZ, R., «El ámbito objetivo...», *cit.*, pp. 10 y ss.

empresarios o profesionales, que posean una finalidad diversa de la promocional de prestaciones empresariales (de bienes o servicios)¹⁹⁶.

La forma de solucionar ambas dudas en el sentido que acabo de exponer es consecuente con el modo en que se fija el *ámbito de aplicación material u objetivo* de la Directiva 2005/29/CE. Como se sabe, ésta se aplica a las prácticas comerciales directamente relacionadas con la promoción, la venta o el suministro de productos (bienes y servicios) a consumidores. *De ahí que se sometan a ella las prácticas consistentes en la publicación de reseñas relativas tanto a bienes o servicios como a las cualidades de los empresarios al ofrecer o vender sus prestaciones* (por ejemplo, las referidas a la rapidez del comerciante al entregar los bienes o prestar los servicios o, en general, a su diligencia a la hora de cumplir sus obligaciones contractuales). En cambio, quedan al margen de la Directiva 2005/29/CE, las reseñas que versen sobre aspectos alejados del contexto propio de las relaciones de consumo, como así ocurre con las relativas a la responsabilidad social, las condiciones laborales, la fiscalidad o los aspectos éticos¹⁹⁷. Así las cosas, parece claro que la finalidad promocional está presente en el primer grupo de reseñas sometidas a la Directiva 2005/29/CE (y a la LDC), es decir, las que versan sobre bienes y servicios o sobre las cualidades de los empresarios al ofertarlos o venderlos. En cambio, no puede decirse lo mismo del segundo grupo, comprensivo de aquellas reseñas que giran en torno a cuestiones tales como las condiciones laborales, la responsabilidad social, la fiscalidad o los aspectos éticos. Bien entendido que las reseñas falsas sobre estos últimos extremos son susceptibles de constituir actos de denigración, siempre —como es natural— que reúnan las exigencias necesarias para ello (ex artículo 9 LCD)¹⁹⁸.

Hechas las observaciones precedentes, es el momento de prestar atención a las dos conductas que tienen cabida en el apartado 23 *quater* del Anexo I Directiva 2005/29/CE y en el artículo 27.8 LCD:

1ª.- *Primera: Añadir reseñas o aprobaciones falsas con la finalidad de promocionar bienes o servicios.* Según la redacción legal, dicha conducta puede ser realizada por el propio empresario o por un tercero. En el primer supuesto, estaríamos ante un comportamiento encajable también dentro del ilícito de deslealtad tipificado en el apartado 22 del referido Anexo I Directiva 2005/29/CE, así como en el artículo 27.5 LCD, donde se reputa desleal que un empresario o profesional se presente «de forma fraudulenta como un consumidor o usuario». La razón es sencilla: si el autor de la reseña o aprobación falsa es el propio empresario o profesional, su actuación sólo ha podido ser realizada aparentando actuar (fraudulentamente) en condición de consumidor o usuario¹⁹⁹. Es cierto que existe una diferencia entre ambas disposiciones, en la medida en que el artículo 27.5 LCD (y su correlativo apartado 22 del Anexo I Directiva 2005/29/CE) requiere la concurrencia

¹⁹⁶ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 31 (de la versión manuscrita)

¹⁹⁷ Apartado 4.2.4 de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*: «cuando las reseñas evalúen al comerciante sobre parámetros como la calidad, la fiabilidad o la rapidez de entrega de los productos, dichas reseñas pueden tener por objeto la promoción de los productos del comerciante o estar interrelacionadas con ella. Por consiguiente, las nuevas disposiciones de la DPCD pueden aplicarse a dichas reseñas. En cambio, las reseñas que evalúen las cualidades del comerciante fuera del contexto de las relaciones entre empresas y consumidores, como la responsabilidad social, las condiciones laborales, la fiscalidad, el liderazgo en el mercado, los aspectos éticos, etc., probablemente quedarán fuera del ámbito de aplicación de la DPCD, incluidas las nuevas disposiciones sobre las reseñas de los consumidores».

¹⁹⁸ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 25 (de la versión manuscrita).

¹⁹⁹ GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 549; MARTÍNEZ OTERO, J., «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019, pp. 13 y ss.; CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales...», cit.*, p. 26 (de la versión manuscrita).

de un requisito intencional, al exigir una actuación fraudulenta del empresario o profesional encaminada a inducir a error al consumidor. En cambio, el artículo 27.8 LCD (y su correlativo apartado 23 *quater* Anexo I de la Directiva 2005/29/CE) prescinde de la intencionalidad del sujeto agente, al reputar desleal *en cualquier circunstancia* (esto es, *per se*) la conducta que tipifica²⁰⁰. La apuntada diferencia es, no obstante, más teórica que práctica. Parece claro que el empresario o profesional que se hace pasar por un consumidor o usuario para elaborar una reseña sobre un bien o un servicio lo hace con la finalidad última de engañar a los destinatarios de la reseña, que no son sino los consumidores y usuarios. Razón por la cual cabría entender existente una intencionalidad fraudulenta en toda actuación por la que un empresario o profesional emite una reseña aparentando actuar como consumidor o usuario.

Ahora bien, la norma que se analiza no es aplicable al comerciante que se limita a albergar y dar acceso a las reseñas de consumidores y usuarios sin participar en su publicación ni controlar su presentación. De ahí que no alcance a las plataformas digitales o electrónicas que únicamente almacenan y dan acceso a reseñas y aprobaciones de consumidores y usuarios, sin tomar parte activa en su presentación y publicación²⁰¹. Al respecto, se han de tener en cuenta (y a ellas me remito) las consideraciones sobre el ámbito de aplicación personal o subjetivo de estas disposiciones que hice más arriba²⁰². Sin embargo, cuando el empresario o profesional encarga a un tercero (persona física o jurídica) que añada reseñas o aprobaciones falsas, podemos encontrarnos ante dos tipos de supuestos posibles: 1º) la compraventa a ciertas empresas (por ejemplo, a las conocidas en el argot digital como «fábricas de me gusta») de reseñas, *likes*, o valoraciones, y 2º) la concesión de regalos, premios o ventajas a consumidores o usuarios con la finalidad de que, a cambio de ello, inserten reseñas o aprobaciones positivas en los lugares correspondientes (esto es, las llamadas reseñas incentivadas a las que tuve oportunidad de referirme al abordar las irregularidades de las reseñas)²⁰³.

Empero, la norma comentada no alcanza a las empresas de gestión de reputación online que venden reseñas positivas falsas, pues dicha conducta no encaja con la tipificada como desleal por el precepto. Téngase en cuenta que el artículo 27.8 LCD se limita a reputar desleal (en cualquier circunstancia) la adición de reseñas falsas, pero no su venta²⁰⁴. Ello sin perjuicio de que las conductas de dichas empresas merezcan ser sancionadas en aplicación de otras normas. Estoy pensando, por ejemplo, en las cláusulas especiales de deslealtad prohibitivas de los actos de engaño, pues la elaboración y venta de reseñas falsas no tiene otra finalidad que causar error en los destinatarios, afectando a su comportamiento económico. Aunque cabría también el recurso a otros preceptos de naturaleza penal. De hecho, esto último aconteció, por ejemplo, en Italia, en junio de 2018, en el asunto *PromoSalento-TripAdvisor*, a propósito del cual el Tribunal penal de *Lecce* condenó a una pena de prisión de ocho meses al propietario de la empresa *PromoSalento* por la venta de más de mil reseñas manipuladas a *TripAdvisor* en relación con determinados establecimientos de hospedaje²⁰⁵. Naturalmente, sí será desleal (*ex* artículos 23 *quater* Anexo I

²⁰⁰ CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales...*, *cit.*, p. 31 (en versión manuscrita).

²⁰¹ Apartado 4.2.4 de la *Guía*.

²⁰² *Supra*, epígrafe 3.1.b.

²⁰³ *Supra*, epígrafe 3.1.a.

²⁰⁴ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, p. 82.

²⁰⁵ A juicio del referido Tribunal, con la actuación realizada por *PromoSalento* se habrían cometido dos delitos: la estafa y la suplantación de identidad. Además, condenó a dicho empresario a indemnizar a *TripAdvisor* con aproximadamente 8000 euros; más información en: ZAMBONI, G., «Sentenza storica contro le recensioni false su

Directiva 2005/29/CE y 27.8 LCD), en los términos que acabo de expresar hace un momento, el comportamiento de quien adquiere reseñas falsas a las empresas de gestión de reputación online para añadirlas a su sitio de reseñas con la finalidad de mejorar sustancialmente la valoración de las prestaciones empresariales que oferta al mercado²⁰⁶.

Supuestos similares a éste han sido denunciados por las autoridades encargadas de velar por las buenas prácticas en el mercado. En 2019, por ejemplo, la *Federal Trade Commission* (FTC) estadounidense adoptó medidas contra *Cure Encapsulations Inc.*, un comercializador de suplementos para adelgazar, por haber pagado por reseñas falsas a *amazonverifiedreviews.com* para que creara y publicara reseñas de su producto en *Amazon* con el fin de mantener una calificación media no inferior a 4,3 estrellas. Como se describe en la denuncia de la FTC, las reseñas adquiridas se publicaron en *Amazon.com* y dieron al producto una calificación de cinco estrellas. En la denuncia se acusa a los demandados de afirmar que las reseñas compradas eran veraces, al haber sido escritas por compradores reales, cuando en realidad eran falsas²⁰⁷.

Por otra parte, como apunta la Guía relativa a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, esta norma alcanza tanto a los empresarios y profesionales como a los consumidores y usuarios que participan en esta clase de actividades engañosas. Ahora bien, en el caso de los últimos, siempre que pueda considerarse que actúan en nombre o por cuenta de determinados empresarios o profesionales²⁰⁸; asunto sobre el que no es necesario que me detenga por haber sido abordado más arriba, al analizar el ámbito de aplicación personal o subjetivo de las normas sobre reseñas incorporadas por la Directiva (UE) 2019/2161²⁰⁹. En todo caso, en lo que atañe singularmente al Derecho español, será necesario dilucidar, a la vista de la totalidad de circunstancias concurrentes, si la participación del consumidor (que actúa en nombre o por cuenta de un empresario o profesional) o del tercero se corresponde con la realización, como *autor*, de la conducta desleal, o si, por el contrario, encaja en el concepto de *cooperador* según lo establecido por el artículo 34.1 LCD, o se trata más bien de un *colaborador* en el desempeño de sus funciones y deberes contractuales *ex* artículo 34.2 LCD²¹⁰.

No se pierda de vista, en este sentido, que la LCD dispone que las acciones procesales que pone en manos de los afectados para luchar contra la deslealtad concurrencial pueden ejercitarse «contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización» (artículo 34.1). A lo que añade que cuando el comportamiento desleal «se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales», las acciones habrán de dirigirse «contra el principal» (artículo 34.2).

Sin perjuicio de lo que acabo de indicar, he de dar la razón a la doctrina que considera innecesaria la referencia que (siguiendo a la norma comunitaria) se hace en nuestro Derecho (artículo 27.8 LCD) a la conducta consistente en *encargar a otra persona* (física o jurídica) que incluya reseñas falsas o distorsione las existentes. La innecesariedad de esta precisión se explica porque, como

TripAdvisor», disponible en <https://www.ilgiornaledelcibo.it/sentenza-recensioni-false-tripadvisor/> (consulta: 20 enero 2023); también: MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Fake reviews on online...», *cit.*, p. 25.

²⁰⁶ DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

²⁰⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION, «Brings first case challenging fake paid reviews on an independent retail website», accesible en <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftc-brings-first-case-challenging-fake-paid-reviews-independent-retail-website> (consulta: 2 febrero 2023).

²⁰⁸ Apartado 4.2.4 de la Guía.

²⁰⁹ *Supra*, epígrafe 3.3.1.

²¹⁰ CASADO NAVARRO, A., Prácticas desleales..., *cit. supra*, p. 31 (en versión manuscrita).

acabo de recordar, según nuestra LCD, el sujeto legitimado pasivamente para soportar la acción de competencia desleal no sólo es el autor material de la conducta ilícita, sino también quien instruye a otro para que la realice o, más en general, el sujeto al que le sea imputable la conducta desleal de otro (artículo 34 LCD)²¹¹. Es más, la precisión legal *de realizar a otro el encargo* merece calificarse no sólo de innecesaria sino también de perturbadora, en la medida en que obliga al intérprete a preguntarse si comete una práctica desleal *per se* el sujeto que encarga a otra persona (física o jurídica) aseverar que las reseñas son incorporadas por consumidores y usuarios en condiciones que originan su deslealtad (artículo 27.7 LCD). Sobre todo, si se tiene en cuenta que únicamente quedan sujetas a un reproche de deslealtad automático las prácticas comerciales relacionadas en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE. Es verdad, no obstante, que la contradicción sustantiva que derivaría de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión se podría superar gracias a la extensión subjetiva de la legitimación pasiva, a los efectos de la acción de competencia desleal, por la que opta nuestra LCD en los términos a los que acabo de referirme²¹².

2ª.- *Segunda: Distorsionar reseñas o aprobaciones sociales con la finalidad de promocionar bienes o servicios.* De conformidad con el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, el término *distorsión* en su primera acepción aparece definido como «(d)eformación de un sonido, una imagen, una señal, etc., producida durante su transmisión o reproducción»²¹³. En principio, por tanto, lo que resulta aquí prohibido parece ser la deformación de una reseña o aprobación, con vistas a dotarla de un sentido positivo del que carecía (en todo o en parte). Ahora bien, presupuesto lo anterior, parece razonable preguntarse si dentro del concepto de distorsión tendría o no encaje la *supresión de reseñas negativas*. A mi juicio, esta cuestión merece una respuesta afirmativa. Si un empresario o profesional elimina una reseña negativa, el efecto final resultante de dicha acción es, aunque no idéntico, sí bastante similar al derivado de manipular y deformar el contenido de un comentario o reseña para conferirle un sesgo positivo del que originariamente carecía²¹⁴. Esta conclusión resulta confirmada por el Considerando 49 de la Directiva (UE) 2019/2161, que menciona la eliminación de las reseñas negativas entre las prácticas de distorsión o manipulación de reseñas expresamente prohibidas por la norma comunitaria. En concreto, en él se alude a las dos conductas siguientes: 1ª) publicar sólo las reseñas positivas y *eliminar las negativas*, y 2ª) vincular las aprobaciones de los consumidores a contenidos diferentes a los previstos pero relacionados, al generarse la impresión de que el usuario también tiene una opinión positiva del contenido relacionado. Además, en la misma dirección parece pronunciarse la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE, al afirmar que «los comerciantes que ofrecen reseñas, pero *suprimen las reseñas negativas de los consumidores sin una razón válida*, también pueden provocar que los consumidores medios que leen las reseñas en línea sigan utilizando los servicios del comerciante o, en el caso de las plataformas, decidan ponerse en contacto con un comerciante, algo que no habrían hecho si hubieran sabido que se habían suprimido las reseñas negativas»²¹⁵. También se muestra partidaria de esta interpretación amplia del término distorsión la autoridad de autocontrol alemana en materia de competencia (la *Wettbewerbszentrale*). En su opinión, cuando la Directiva (UE) 2019/2161 tipifica como conducta *per se* desleal la acción consistente en distorsionar reseñas o aprobaciones sociales, lo hace con

²¹¹ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 24 (de la versión digital en la base de datos de Aranzadi).

²¹² *Ibidem*.

²¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (actualizada a 2022), en <https://dle.rae.es/> (consulta: 7 enero 2022).

²¹⁴ Conformes, *ad ex*, DUROVIC, M., «Adaptation of consumer law to the digital age...», *cit.*, pp. 11 y 12; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 83.

²¹⁵ Apartado 4.2.4.

la finalidad de impedir que un empresario o profesional *suprime deliberadamente las reseñas negativas*, falsifique reseñas en cuanto a su contenido o utilice reseñas relativas a un determinado bien o servicio (el A) para otro bien o servicio diferente (el B)²¹⁶. La misma solución se defiende para el Derecho francés, al sostenerse que la distorsión de las reseñas de la que habla la nueva normativa emanada de Bruselas abarca cualquier manipulación que de ellas se realice, como, por ejemplo, la *eliminación de las negativas* para que queden sólo las positivas²¹⁷. Existe, no obstante, un caso en el que la eliminación de las reseñas no caería bajo el ámbito de aplicación de la norma que se comenta. Me refiero a aquél en el que dicha acción forme parte de las *medidas razonables y proporcionadas* adoptadas por un empresario o profesional para garantizar que sus reseñas pertenecen a consumidores y usuarios reales²¹⁸.

Por otra parte, la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE menciona expresamente, como otros posibles supuestos de manipulación o distorsión de reseñas, los siguientes, todos ellos llevados a cabo por empresarios o profesionales: 1º) facilitar a los consumidores y/o usuarios plantillas de reseñas positivas precumplimentadas; 2º) animar a los consumidores y/o usuarios a modificar sus reseñas o a retirar las negativas; y, por último, 3º) presentar las calificaciones de reseñas consolidadas sobre la base de criterios opacos o no divulgados²¹⁹. Además, otra conducta que, a mi juicio, tendría cabida dentro del concepto de manipulación de reseñas sería la consistente en *publicar las reseñas positivas de forma inmediata, pero las negativas o neutras sólo después de un cierto tiempo*, lo que hace que la mayor parte de las reseñas positivas aparezcan siempre entre las más recientes²²⁰. Aunque en esta práctica no existe una distorsión propiamente dicha de las reseñas, sí cabe hablar de una manipulación ilícita. En concreto, la ilicitud radica aquí en que la realización de esta conducta se traduce en una mayor ponderación de los comentarios positivos, al estar expuestos durante un período más largo que los negativos, con el consiguiente beneficio para los empresarios y profesionales que proceden de este modo y el correlativo perjuicio para los consumidores y usuarios y, en general, para los competidores que no cometen irregularidades en materia de reseñas²²¹. Junto a la anterior, merecería también el reproche de deslealtad por aplicación de la norma que comento la conducta consistente en *alterar el orden de presentación de las reseñas*, impidiendo a los consumidores y usuarios que puedan verlas por el orden

²¹⁶ WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022 ...", *cit. supra*.

²¹⁷ BRUNET, J., «Publication de faux avis...», *cit. supra*.

²¹⁸ Apartado 4.2.4 de la Guía: «La prohibición de distorsión de las reseñas de los consumidores se entiende sin perjuicio de los derechos y la obligación del comerciante que las pone a disposición de suprimir las reseñas negativas falsas como parte de las medidas para garantizar que las reseñas pertenecen a consumidores que realmente adquirieron o utilizaron el producto».

²¹⁹ Apartado 4.2.4

²²⁰ Se trata de una práctica irregular detectada, *ad ex.*, por la autoridad francesa en materia de competencia y consumo: DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES, «Avis en ligne: Attention...», *cit. supra*. La preocupación por evitar que los operadores recurran a esta práctica se pone de manifiesto de forma clara, por ejemplo, en la legislación italiana, donde se dispone, por un lado, que «las reseñas deben publicarse sin retrasos indebidos» y, por otro, que «las reseñas deben indicar la fecha en la que han sido escritas». Además, se establece que el orden en el que las reseñas se presentan y la importancia que se les atribuye no deben ser engañosos y, en suma, que «la plataforma deberá proporcionar a los usuarios información fácilmente accesible sobre los principales parámetros que determinan el orden de presentación de las reseñas o la importancia relativa atribuida, así como ofrecer la posibilidad de visualizar las reseñas en orden cronológico» (más información en MARTINELLI, S., «Contratto e mercato ai tempi dell' algoritmo: reputational feedback system e ranking nella platform economy», disponible en <https://iris.unito.it/handle/2318/1793816> (consulta: 2 febrero 2023)).

²²¹ Sobre esta práctica realizada por eKomi: OMSELS, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), en <https://www.omsels.info/> (consulta: 9 enero 2023).

cronológico en el que han sido emitidas. No parece complicado aceptar que en este caso nos encontramos ante una manipulación ilícita (por desleal) del sistema de reseñas. Se explica así que me parezca plenamente justificado que el *Research Group on the Law of Digital Services* haya dispuesto en el artículo 8.4 de su *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*²²² que (l)os usuarios de la plataforma deben poder ver las reseñas en orden cronológico y que «si el sistema de evaluación de la reputación excluye las reseñas más antiguas, deberá indicarse a los usuarios» para que tengan una cabal información de este asunto²²³. Y lo mismo ha hecho el *European Law Institute* en sus *Model Rules on Online Platforms*²²⁴, como lo corrobora su artículo 6²²⁵. Por último, dentro de las conductas que se analizan, consistentes en distorsionar o manipular reseñas, cabría tal vez insertar (aunque tengo mis dudas al respecto) las prácticas dimanantes de las llamadas cláusulas mordaza o antirseñas. Aquí me limito simplemente a apuntar esta idea. Su desarrollo lo llevaré a cabo en el epígrafe siguiente, destinado a enjuiciar este tipo de estipulaciones muy frecuentes en la práctica contractual estadounidense.

4. Otras cuestiones sobre reseñas de bienes y servicios no abordadas por la Directiva (UE) 2019/2161: las cláusulas mordaza o de no descrédito

4.1. Problemática, surgimiento y reacción legislativa frente a las cláusulas mordaza o de no descrédito: el derecho a la libertad de expresión de los consumidores y sus límites

Algunos extremos relativos a las reseñas han quedado fuera de la Directiva (UE) 2019/2161. Así ha ocurrido con las llamadas cláusulas de no descrédito o antirseñas (*non-disparagement* or *anti-review clauses*), también conocidas como cláusulas mordaza (*gag clauses*). En general, cabría definir las cláusulas de no descrédito como estipulaciones contractuales que incorporan ciertos operadores económicos a sus contratos para tratar de controlar las opiniones de sus clientes, prohibiéndoles la emisión de reseñas relativas a los bienes o servicios que ofertan al mercado, normalmente con la imposición de determinadas sanciones económicas a los incumplidores²²⁶. Para una mejor comprensión de esta noción interesa realizar algunas precisiones²²⁷: 1ª) La prohibición inherente a este tipo de estipulaciones suele abarcar la publicación de comentarios negativos en prensa o en cualquier otro medio de comunicación, tanto en formato escrito (documento papel o electrónico) como audiovisual (audios y vídeos). Se trata, en suma, de obligar al cliente que celebra el contrato a abstenerse de hablar públicamente de forma negativa sobre el empresario en lo que atañe tanto a sus empleados como a sus prestaciones empresariales (bienes y servicios). 2ª) Los términos más

²²² *Cit. supra*.

²²³ Traducción propia.

²²⁴ *Cit. supra*.

²²⁵ «f) The order or relative prominence in which reviews are presented by default must not be misleading. Platform operators must provide users with easily accessible information about the main parameters determining the order or relative prominence in which reviews are presented. Reviews must indicate their submission date. Platform users must be able to view reviews in chronological order. g) If the reputation system displays reviews for a fixed period of time only, the duration of this period must be indicated to platform users. This period must be reasonable, but not shorter than 12 months»

²²⁶ Entre otros, pueden verse en esta dirección: GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016», *Michigan Telecommunications & Technology Law Review*, vol. 24, 2017, p. 1, accesible en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=mttlr> (consulta: 12 enero 2023); BARNES, W. R., «The good, the bad, and the ugly of online reviews: The trouble with trolls and a role for contract law after the Consumer Review Fairness Act», *Georgia Law Review*, vol. 53, n. 2, article 4, 2019, disponible en <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=glr> (consulta: 2 febrero 2023).

²²⁷ A propósito de estas precisiones: GROS-DUBOIS, E., «Are *non-disparagement* clauses enforceable?», disponible en <https://www.epgdllaw.com/are-non-disparagement-clauses-enforceable/> (consulta: 14 enero 2023).

arraigados en la tradición jurídica estadounidense para denominar a estas cláusulas negociales son, probablemente, los de *non-disparagement clauses*. Al respecto, conviene saber que, según los tribunales americanos, el vocablo *disparage* se utiliza como equivalente a desacreditar, deshonorar, desprestigiar, rebajar el crédito o la estima y depreciar por medios indirectos (*bringing discredit or reproach upon, to dishonour, discredit; to lower in credit or esteem, to depreciate by indirect means*).^{3ª}) En relación con la precisión anterior, se hace necesario diferenciar los términos descrédito (*disparage*) y difamación (*defamation*). El primero se refiere a expresiones o manifestaciones ciertas que, en lo que aquí interesa, encuentran su origen en experiencias de consumo no satisfactorias. La difamación, en cambio, gira en torno a declaraciones falsas y carentes de todo fundamento, lo que explica que puedan hacerse acreedoras de un doble reproche de ilicitud: uno en aplicación de la normativa protectora del derecho al honor y otro sobre la base de la legislación penal.

De la última precisión efectuada cabe colegir que las empresas están facultadas para incluir en los contratos que celebran con su clientela cláusulas que prohíban a los clientes emitir públicamente opiniones difamatorias o inapropiadas, no relacionadas con los productos o servicios de la empresa o con las cualidades del empresario a la hora de suministrarlos, o que merezcan considerarse falsas o engañosas por incumplir las exigencias derivadas del principio de veracidad. De hecho, la inclusión en los documentos contractuales de este tipo de estipulaciones no es realmente necesaria para reputarlas ilícitas. Su ilicitud deriva de aplicar la normativa protectora del derecho al honor y, en su caso, la legislación penal. En cambio, cabe cuestionar, por ser atentatorio contra el derecho a la libertad de expresión, la facultad de las empresas de insertar en sus contratos cláusulas negociales que prohíban a su clientela la emisión pública de juicios de valor relativos a sus experiencias de consumo²²⁸.

Un ejemplo real de este tipo de cláusulas fue la utilizada por las mercantiles *Roca Labs, Inc., Roca Labs Nutraceutical USA, Inc.* [en adelante, RL] en relación con sus productos de pérdida de peso, comercializados por estas compañías como alternativas seguras y efectivas a la cirugía de bypass gástrico. El tenor de la estipulación es el siguiente: «Usted acepta que, independientemente de su experiencia personal con RL, no desacreditará a RL ni a ninguno de sus empleados, productos o servicios. Esto significa que no hablará, publicará, hará que se publique, imprimirá, reseñará, se pronunciará en un blog ni de ninguna otra forma escribirá negativamente sobre RL, sus productos o empleados. Esto abarca todos los medios de comunicación, incluido en especial Internet. Este párrafo tiene por objeto proteger a RL y a sus clientes actuales y futuros de los perjuicios derivados de contenidos difamatorios o calumniosos en cualquiera de sus formas y, por tanto, la aceptación por su parte de estas [Condiciones] le prohíbe realizar cualquier actuación que repercuta negativamente en la reputación de los productos, servicios, directivos o empleados de RL. Dejamos claro que RL y su Régimen pueden no ser aptos para todo el mundo, y en ese sentido, la cláusula anterior pretende evitar que *una persona cause una ruina para todos*. En caso de que algún cliente infrinja esta disposición, según determine RL a su entera discreción, se le concederán setenta y dos (72) horas para retractarse del contenido en cuestión. Si el contenido permanece, RL se verá obligada a buscar todos los recursos legales para proteger su nombre, productos y clientes actuales y futuros. Si incumple el presente Acuerdo, según determine RL a su entera discreción, se entenderá que usted renuncia a todos los descuentos y quedará obligado a pagar el precio íntegro de su producto. Además, conservamos todos los

²²⁸ *Ibidem*.

derechos y recursos legales contra el cliente infractor por incumplimiento de contrato y cualesquiera otras acciones que sean apropiadas»²²⁹.

En algunos casos, estas estipulaciones revisten la forma de «cláusulas de confidencialidad» (*confidentiality provisions*), cuya peculiaridad reside en exigir a los consumidores que cuenten con una aprobación empresarial previa por escrito para poder emitir cualquier valoración sobre sus experiencias de consumo, lo que faculta a las empresas a vetar las reseñas negativas y a poder demandar al consumidor que incumpla dicha exigencia²³⁰.

No es difícil comprender que a este tipo de estipulaciones (mordazas y de confidencialidad) se anudan efectos negativos no sólo para los consumidores y usuarios afectados, sino también para los empresarios competidores y el funcionamiento eficiente de los mercados. En este sentido, se ha afirmado que contribuyen a ayudar a los operadores económicos menos eficientes a mantenerse de modo artificial en el mercado, disminuyendo los beneficios que de forma merecida habrían de obtener aquellos que ofrecen prestaciones empresariales de mayor solvencia y calidad²³¹. En parecidos términos, se ha puesto de manifiesto que estas cláusulas son perjudiciales para la economía en general, pues una forma de dotar de mayor eficiencia a los mercados consiste, precisamente, en permitir que la información se difunda de forma pública de consumidor a consumidor²³². Los empresarios deben considerar las reseñas de su clientela como una parte más de su negocio y ser conscientes de que las empresas que las poseen cuentan, a la postre, con un mayor grado de credibilidad frente a los consumidores que las que carecen de ellas²³³. Además, las reseñas negativas, cuando responden al principio de autenticidad por provenir de experiencias de consumo no satisfactorias para quienes las emiten, constituyen una

²²⁹ Traducción propia; el texto de esta cláusula ha sido extraído de la demanda presentada por la *Federal Trade Commission* (FTC) ante la Corte Federal de Florida (*United States District Court Middle District of Florida*) y puede consultarse en <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/150928rocalabscompt.pdf>. Al respecto, puede verse más información, *ad ex.*, en COMISIÓN GENERAL DE COMERCIO, «La FTC demanda a comercializadores que usaron cláusulas mordaza, amenazas monetarias y demandas judiciales para impedir que los consumidores publicaran comentarios negativos sobre productos para perder peso de eficacia no comprobada», disponible en <https://www.ftc.gov/es/noticias/la-ftc-demanda-comercializadores-que-usaron-clausulas-mordaza-amenazas-monetarias-y-demandas> (consulta: 13 enero 2023), así como en CALVERT, C., «Gag clauses ...», *cit.*, pp. 212 y ss. Otros ejemplos de este tipo de estipulaciones pueden consultarse en BARNES, W. R., «The good,...», *cit.*, pp. 579 y 580, quien reproduce la cláusula de un establecimiento hotelero del norte del Estado de Nueva York (el *Union Street Guest House*) en la que se dice: «Si se aloja aquí para asistir a una boda en cualquier lugar de la zona y nos deja una crítica negativa en algún sitio de Internet, acepta una multa de 500 \$ por cada reseña negativa" (p. 580; traducción propia; a continuación, con reproducción de otras cláusulas similares). Además, este último autor (BARNES) ofrece más ejemplos de esta clase de cláusulas en «Confidentiality clauses in settlement agreements after the Consumer Review Fairness Act», *Florida State University Law Review*, January 1, 2022, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4016779 (consulta: 2 febrero 2023). En palabras de CALVERT (*op. ult. cit.*), un ejemplo bastante común de cláusula mordaza o de no descrédito es el de un propietario de una casa de alquiler vacacional que estipula en la letra pequeña de un contrato que está facultado para quedarse con el depósito entregado por el huésped si éste, tras la estancia, deja una crítica poco halagadora (p. 209).

²³⁰ PONTE, L. M., «A glass half full? Enduring small business frustrations under the consumer», *Review Fairness Act of 2016*, May 15, 2017, p. 4, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2968569 y en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2968569> (consulta: 11 enero 2023).

²³¹ GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review...», *cit.*, p. 1; GROS-DUBOIS, E., «Are non-disparagement clauses...», *cit. supra*; FEDERAL TRADE COMMISSION, «Consumer Review Fairness Act: What businesses need to know», en <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/consumer-review-fairness-act-what-businesses-need-know> (consulta: 16 enero 2023).

²³² CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, p. 211.

²³³ STERLING, G., «FTC smacks down anti-review 'non-disparagement clauses' in form contracts», disponible en <https://searchengineland.com/ftc-smacks-down-anti-review-non-disparagement-clauses-in-form-contracts-320826> (consulta: 14 enero 2023).

experiencia de aprendizaje para las empresas en la medida en que las estimulan a ser más eficientes²³⁴. No se olvide, en este sentido, la *función procompetitiva* que es predicable de las reseñas, a la que expresamente me referí al inicio de este trabajo²³⁵.

El origen de estas cláusulas suele fecharse en la primera década de la presente centuria. Y situarse en los Estados Unidos, en concreto, en el sector sanitario²³⁶. Efectivamente, fue en ese momento y lugar cuando una empresa denominada *Medical Justice* animó a médicos, dentistas y otros profesionales de la sanidad a utilizar este tipo de estipulaciones. Para ello se valió de un argumento principal: dado que por el deber de confidencialidad el personal sanitario no podía contestar a las posibles reseñas negativas de las que fuese objeto, parecía lógico prohibir a los clientes (pacientes, en este caso) la emisión de comentarios o valoraciones sobre los servicios contratados²³⁷. Seguidamente, estas estipulaciones contractuales ganaron terreno en otros sectores como, por ejemplo, las vacaciones, los hoteles, los cuidadores de mascotas y el comercio minorista. En no pocos casos, iban acompañadas de sus correspondientes sanciones penales, aplicables en caso de incumplimiento. Además, su propagación fue acusada. En general, una vez que estas cláusulas arraigan en un concreto sector, no es difícil que se extiendan por él con cierta celeridad. Sobre todo, por el efecto imitador que suele darse entre los profesionales que operan en un mismo ámbito económico²³⁸.

Dados los efectos negativos derivados de estas estipulaciones negociales, el legislador reaccionó frente a ellas. El camino lo abrió en 2014 la conocida como Ley *Yelp* de California que modificó el Código civil californiano para prohibir por vez primera este tipo de cláusulas en los siguientes términos: «Un contrato o propuesta de contrato de venta o arrendamiento de bienes o servicios no podrá incluir una cláusula por la que el consumidor renuncia a hacer cualquier declaración relativa al vendedor o arrendador, a sus empleados o agentes, o concerniente a los bienes o servicios»²³⁹. A partir de la entrada en vigor de esta regulación, las cláusulas de no-des crédito en contratos B2C son susceptibles de anulación por ser contrarias a Derecho. Además, las empresas que recurren a ellas pueden ser sancionadas económicamente con multas que van desde 2500 dólares (por la primera infracción) hasta 5000 dólares (por cada infracción posterior)²⁴⁰. Algunos meses más tarde, en octubre de 2016, el Estado de Maryland, siguiendo el ejemplo de la legislación californiana, promulgó la segunda ley estadounidense en la materia. En ella, junto a la prohibición expresa de las cláusulas mordaza en la dirección de la Ley *Yelp*, se confieren acciones legales de defensa a los particulares y empresas que se consideren difamados por

²³⁴ GARFINKLE, J., «The importance of anti defamation/negative review clauses in business contracts», accesible en <https://www.linkedin.com/pulse/importance-anti-defamationnegative-review-clauses-joshua-garfinkle> (consulta: 14 enero 2023).

²³⁵ *Supra*, epígrafe 1.1.

²³⁶ Aunque, al parecer, hubo algún caso anterior de utilización de este tipo de cláusulas por empresas de software: BARNES, W. R., «The good,...», *cit.*, pp. 577 y ss.

²³⁷ GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review...», *cit.*, p. 2; a quien sigue MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 91; como apunta GOLDMAN, unos 2000 profesionales de la sanidad adoptaron los formularios recomendados por *Medical Justice* y aproximadamente un millón de estadounidenses los firmaron (p. 3).

²³⁸ GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review...», *cit.*, p. 4.

²³⁹ Traducción propia.

²⁴⁰ MYERS, C., «Online reviews and organizational reputation: U.S. legal issues in combating and removing negative online content», *PRism*, 16 (1), 2020, en <https://www.prismjournal.org/uploads/1/2/5/6/125661607/v16-no1-a1.pdf>, pp. 4 y 5 (consulta: 2 febrero 2023); CALVERT, C., «Gag clauses and the right to gripe: The Consumer Review Fairness Act of 2016 & State efforts to protect online reviews from contractual censorship», 24 *Widener Law Review*, 203, 2018, en <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1929&context=facultypub> (consulta: 2 febrero 2023), pp. 225 y 226; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, pp. 6 y ss.

reseñas publicadas por consumidores²⁴¹. Pero, sin duda, mayor relevancia tiene por su carácter federal la aprobación en diciembre de 2016 de la denominada Ley de Equidad de las Reseñas de los Consumidores (*The Consumer Review Fairness Act*)²⁴², a la que en adelante me referiré por sus siglas en inglés: CRFA. Su punto de partida puede fijarse en la audiencia celebrada por el Comité de Comercio del Senado el 4 de noviembre de 2015, con vistas a analizar el impacto de las cláusulas de no descrédito en los contratos tipo, lo que permitió a dicho Comité escuchar el testimonio de Jennifer Palmer, demandante en el caso *Palmer contra Kleargear.com*, por el cual un comerciante minorista del entorno digital exigió a la Sra. Palmer que retirara una reseña negativa online de la que era autora y abonara 3500 dólares en concepto de daños y perjuicios causados, toda vez que en las condiciones del sitio web figuraba una cláusula mordaza o de no descrédito. Jennifer Palmer explicó todo lo que le sucedió a partir de ese momento; en especial, la imposibilidad de acceder al mercado del crédito y la angustia emocional que todo ello le provocó. Y concluyó que su historia demostraba «lo que puede ocurrir cuando se permite a las empresas utilizar cláusulas de no descrédito en sus contratos para intimidar a los consumidores»; razón por la cual entendía que «el Congreso debería tomar medidas para prohibir el uso de estas cláusulas en los contratos de consumo»²⁴³.

Según explica el Informe de la Cámara que elaboró la CRFA, se trata de un cuerpo legislativo dirigido a "preservar la credibilidad y el valor de las reseñas de los consumidores en línea, prohibiendo las cláusulas de no descrédito que restringen las opiniones negativas, aunque veraces, de productos y servicios por parte de los consumidores"²⁴⁴. Dentro de su articulado, destaca su Sección 2ª, intitulada «Protección de la reseña del consumidor» (*Consumer review protection*), que decreta la nulidad (desde el inicio) de las disposiciones contractuales que prohíben o restringen a los consumidores y usuarios la facultad de formular reseñas, así como las que les imponen determinadas sanciones para el caso de que las emitan. En relación con esta Sección 2ª conviene hacer dos precisiones. La primera es que la CRFA habla de «covered communication» con referencia a una reseña escrita, oral o pictórica, o una valoración del rendimiento o análisis similar (incluido el efectuado por medios electrónicos) realizado por un particular en relación con un bien, un servicio o una conducta de una persona que sea parte de un «form contract» (*sic*) del que también forme parte el autor de la reseña. De modo que se permite a los consumidores publicar reseñas compuestas tanto de palabras como de imágenes; por ejemplo, si una persona cree que un instalador de armarios de cocina ha realizado mal su trabajo, no sólo puede describir, mediante un texto escrito, las razones por las que considera que el trabajo fue de mala calidad, sino que también tiene la posibilidad de publicar fotografías o vídeos que ofrezcan pruebas más objetivas de esa realidad²⁴⁵. La segunda precisión estriba en que la CRFA exige que la disposición contractual forme parte de un «form contract», con referencia a un contrato tipo o estándar, esto es, celebrado a través de clausulados predispuestos e impuestos, que privan al cliente de la posibilidad de negociar las condiciones contractuales²⁴⁶.

²⁴¹ CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, pp. 226 a 228.

²⁴² En <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/5111/text/> (consulta: 11 enero 2023).

²⁴³ Traducción propia; al respecto: CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, pp. 215 a 217; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, pp. 9 y 10.

²⁴⁴ Traducción propia.

²⁴⁵ CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, p. 222; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, p. 8; MYERS, C., «Online reviews...», *cit.*, p. 5; BARNES, W., «Confidentiality clauses...», *cit.*, p. 23.

²⁴⁶ Esta última exigencia (que separa la CRFA de la Ley *Yelp* californiana, aplicable a toda cláusula contractual sea o no presdispuesta: CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, p. 223) ha llevado a algún autor a proponer que la CRFA no

En atención a su contenido, la CRFA protege una amplia variedad de valoraciones verdaderas y honestas provenientes de consumidores y usuarios, y no sólo referidas a las prestaciones empresariales contratadas, sino también a los servicios de atención a los clientes de las empresas²⁴⁷. Además, dispone que las infracciones de sus normas constituyen prácticas desleales engañosas frente a los consumidores, estatuyendo a la *Federal Trade Commission* (FTC) en la principal autoridad responsable de su aplicación²⁴⁸. De hecho, la experiencia práctica pone de manifiesto que la CRFA ha permitido a la FTC entablar reclamaciones administrativas ante empresas que venían utilizando estas cláusulas ilegales en sus contratos; caso, por ejemplo, de las mercantiles *A Waldron HVAC, National Floors Direct, LVTR LLC, Shore to Please Vacations y Staffordshire Property Management*. En concreto, en el año 2019, obligó a estas compañías a notificar a todos sus clientes que los contratos con ellos celebrados contenían una estipulación nula y, por ende, inaplicable. Algunas de estas empresas, por su parte, habían interpuesto demandas por incumplimiento de contrato contra clientes que habían emitido reseñas negativas. Evidentemente, a la luz de la CRFA, dichas demandas carecían de base legal alguna, por lo que debían ser inadmitidas²⁴⁹.

Como es natural, la CRFA no deja desamparados a los empresarios frente a los contenidos inapropiados que puedan ser emitidos por la clientela mediante sus reseñas y valoraciones. Por ello les reconoce el derecho a prohibir o eliminar aquellas reseñas que encajen en alguno de los siguientes supuestos: 1º) contengan información confidencial o privada, por ejemplo, de carácter financiero, médico o relativa a los secretos comerciales de la compañía; 2º) sean difamatorias, acosadoras, abusivas, obscenas, vulgares, sexualmente explícitas o inapropiadas con respecto a la raza, el sexo, la sexualidad, el origen étnico u otra característica similar; 3º) no guarden relación con los bienes y servicios de la empresa; y, por último, 4º) merezcan la consideración de claramente falsas o engañosas²⁵⁰. Como he apuntado más arriba, en caso de que se emitan reseñas con estos contenidos, el empresario o profesional que se viera afectado por ellas contaría con dos instrumentos de defensa principales: 1º) la normativa protectora del derecho al honor (en España, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁵¹) y 2º) la normativa penal (en el

se opone a que un empresario pueda incluir una cláusula mordaza o de no descrédito (o de confidencialidad) en un acuerdo transaccional encaminado a resolver de forma definitiva cualquier litigio que pueda surgir entre las partes del contrato de consumo (empresario y consumidor). Se distingue, de este modo, entre los contratos de consumo iniciales (a cuyas cláusulas se aplicaría la prohibición de la CRFA) y los acuerdos de transacción (que quedarían al margen de la prohibición de la CRFA). Y esta interpretación se apoya en varias razones, entre las que sobresale el amplio uso que se da a las cláusulas de no descrédito y confidencialidad en el ámbito de la resolución de litigios y en que la CRFA sólo se aplica a cláusulas predispuestas incluidas en contratos tipo, pero no a acuerdos negociados por las partes, como es el caso de los transaccionales: BARNES, W., «Confidentiality clauses...», *cit.*, p. 24 y, en especial, pp. 27 y ss.

²⁴⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION, «Consumer Review Fairness Act...», *cit. supra*.

²⁴⁸ PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, pp. 10 y 11.

²⁴⁹ STERLING, G., «FTC smacks down anti-review 'non-disparagement...», *cit. supra*; *ad ex.*, más información sobre la persecución de reseñas falsas por la FTC en MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Fake reviews on online...», *cit.*, pp. 19-23.

²⁵⁰ *Ibidem*; también, *ad ex.*, BARNES, W. R., «The good...», *cit.*, pp. 588 y ss.; MYERS, C., «Online reviews...», *cit.*, pp. 6 y ss.; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, p. 9.

²⁵¹ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982; al respecto (con especial atención al ámbito digital), *ad ex.*, GAMELLA CARBALLO, S., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Editorial Sepin, Madrid, 2018, *passim*; MARTÍNEZ NADAL, A., «Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews)», en MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, P. y PORFIRIO CARPIO, L., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 461 y ss.

ordenamiento español, los delitos de injurias y, en su caso, de amenazas regulados en el Código Penal²⁵²).

La experiencia judicial española ofrece algún ejemplo que ilustra muy bien acerca de lo que acabo de indicar. Me refiero, en concreto, al siguiente conflicto jurídico²⁵³: Una clínica veterinaria erró al emitir el diagnóstico relativo a la mascota de un cliente. Razón por la cual éste le solicitó la devolución de la cuantía abonada en concepto de precio o minuta (pese a que el Colegio de veterinarios entendió que no hubo negligencia profesional por parte de la entidad veterinaria). Ante la negativa de la clínica a la devolución del precio, el cliente emitió la siguiente declaración: «os vais a enterar, os voy a hundir, os voy a machacar en las redes sociales». Tras ello, la clínica fue objeto de 33 reseñas muy negativas (expresadas todas ellas en la página web de *Google My Business*), habiendo quedado demostrada la falsedad de muchos de los perfiles de quienes las habían emitido. Ante estos hechos, la clínica veterinaria consideró vulnerados sus derechos y articuló su defensa por una doble vía: 1ª) De un parte, por la vía penal, lo que se tradujo en una condena al cliente en atención a las amenazas que había proferido²⁵⁴. 2ª) De otra parte, por la vía civil, lo que supuso la imposición al demandado de una sanción económica por daños morales y por las pérdidas experimentadas por la clínica veterinaria durante el tiempo que duró la campaña de desprestigio²⁵⁵. En el ámbito civil, que es el que aquí interesa, la autoridad judicial fundó su decisión en argumentar que las actuaciones llevadas a cabo por el cliente del establecimiento veterinario se habían excedido claramente del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Razón por la cual no eran merecedoras de amparo y protección por el Derecho²⁵⁶. Esta decisión ha sido posteriormente refrendada por la Audiencia Provincial de Cantabria²⁵⁷.

Ahora bien, en lo que respecta singularmente a la protección del derecho al honor, no ha de perderse de vista lo que dispone el artículo 2 de la antecitada Ley Orgánica 1/1982, que

²⁵² Código Penal: artículo 108 (delito de injurias: *v. ad ex.*, BERNAL DEL CASTILLO, J., «El delito de injurias», *Diario La Ley*, núm. 2, 1996, pp. 1436 y ss.) y artículos 169 y 171 (delito de amenazas: *v. ad ex.*, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., «El delito de amenazas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 1996, pp. 269 y ss.).

²⁵³ Al que alude, *ad ex.*, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 98 y 99, y al que se refieren también tanto la prensa como algunos blogs digitales: *ad ex.*, CASANUEVA, I., «Condenado a indemnizar con 35000 euros a una clínica veterinaria por «orquestar una campaña de descrédito» en internet», disponible en <https://confilegal.com/20210330-condenado-a-indemnizar-con-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-orquestar-una-campana-descredito-en-internet/> (consulta: 16 enero 2023); AREA TORRES, J.F., «Un particular deberá indemnizar con casi 35.000 Euros a una clínica veterinaria por una campaña de descrédito contra la misma en internet», accesible en https://www.abogadopenalistapontevedra.es/un-particular-debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-una-campana-de-descredito-contra-la-misma-en-internet_fb44253.html (consulta: 16 enero 2023); PODER JUDICIAL, «Deberá indemnizar con casi 35000 euros a una clínica veterinaria por orquestar una campaña descrédito en internet», disponible en la siguiente dirección web: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/Debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-orquestar-una-campana-descredito-en-internet> (consulta: 2 febrero 2023).

²⁵⁴ Decretada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª) en sentencia núm. 22/2019, de 9 enero: JUR\2020\299112.

²⁵⁵ Impuesta por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander, en sentencia núm. 86/2021, de 23 de marzo, cuyo texto está accesible, *ad ex.*, accesible en <https://plazaguerreroabogados.com/files/caso-clinica-veterinaria-abogado-solicitor-lawyer-fuengirola.pdf>

²⁵⁶ En concreto, a juicio del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander (*v. supra*, nota precedente), la amenaza probada, junto al posterior comentario negativo y el resto de reseñas posteriores, también negativas, realizadas por personas del entorno del demandante, "sobrepasan los límites constitucionales de su libertad de expresión" y suponen un "ataque intencionado a su prestigio profesional".

²⁵⁷ *Ad ex.*, ALONSO, M., «Ratifican la indemnización de 35000 euros al dueño de una clínica veterinaria por injurias en Internet», disponible en <https://www.ifomo.es/articulo/cantabria/cantabria-ratifican-indemnizacion-35000-euros-dueno-clinica-veterinaria-injurias-internet/20220125191427214713.html> (consulta: 16 enero 2023).

circunscribe dicha protección a lo dispuesto en las leyes y «usos sociales». Especial interés posee aquí la expresión «usos sociales». Sobre todo, a la vista de cómo la viene interpretando nuestro Tribunal Supremo. Según sus palabras, «la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1982 se remite a los *usos sociales* como delimitadores de la protección civil del honor)»²⁵⁸. Pues bien, se estará de acuerdo en que si estas consideraciones del Alto Tribunal se trasladan al ámbito concreto de las reseñas, habrá de concluirse que el análisis dirigido a determinar si atentan o no contra el derecho al honor ha de hacerse de conformidad con la percepción que de ellas tenga el consumidor medio del sector al que se refieran²⁵⁹. Una idea que no es desconocida por el legislador comunitario, como lo demuestra la advertencia que realiza la Directiva (UE) 2019/2161 en cuanto a que sus normas «relativas a las reseñas y aprobaciones de los consumidores deben entenderse sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal»²⁶⁰. De hecho, esto explica que los tribunales de justicia hayan declarado que no vulneran el derecho al honor de un establecimiento los comentarios siguientes, todos ellos publicados en *Tripadvisor*:

1) «Cena pésima y muy cara. Nos estafaron con una ensalada y bacalao, para nada lo que parecía en la foto de la carta, la ensalada 95% de lechuga y el resto, los ingredientes que supuestamente llevaba la ensalada (algunos brillaban por su ausencia)»; 2) «Estafadores. Vergonzoso, son unos timadores y muy caro. Te vuelven a servir la copa de vino sin que lo solicites y, por supuesto, te cobran. Las raciones son más escasas y mucho más caro»; 3) «Estafa. Estafadores, embaucadores. Te prometen una cosa y luego la cuenta es otra. No lo recomiendo. Odio que me engañen de esta manera».

Estas valoraciones llevaron al dueño del establecimiento reseñado a interponer una demanda contra el operador turístico *Tripadvisor* en defensa de su derecho al honor. En palabras de la Audiencia que conoció del asunto en segunda instancia, se trata de reseñas que «no se han realizado con la intención de imputar un hecho delictivo a la entidad actora, sino de expresar una opinión, una crítica mostrando su descontento en relación a la calidad-precio del servicio prestado y visto el contexto en el que se pronuncian referidas a un establecimiento público y por ello sometido a crítica, con un nivel más débil de protección en relación al honor de las personas físicas»²⁶¹. En la misma dirección se había pronunciado, unos meses antes, la Audiencia

²⁵⁸ STS núm. 601/2011 (Sala 1ª), de 19 diciembre de 2011 (cursiva propia). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RIOS; accesible en <https://vlex.es/vid/352558286>.

²⁵⁹ Sobre la noción de *consumidor medio* son de interés las consideraciones que, haciéndose eco del modo en que interpreta estos términos el TJUE, se contienen en el apartado II del Preámbulo de la Ley 29/2009 de modificación de la LCD (*cit. supra*).

²⁶⁰ Considerando 48.

²⁶¹ Sentencia Audiencia Provincial de Mérida (Badajoz), Sección 3ª, de 30 marzo de 2021, accesible en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dd4a59dc5f7e7eb6/20210524/que_es_comentada_entre_nosotros_por_MALDONADO_MOLINA,_F.J.,_«Las_reseñas_online...»,_cit.,_supra;_IDEM,_«El_marco_legal...»,_cit.,_p._98. Añade esta SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL que «en este supuesto las expresiones no pueden ser tenidas como inequívocamente injuriosas o vejatorias, con un contenido claramente ofensivo o difamatorio que muestren claramente innecesarias para expresar la opinión o valoración de que se trate, pues dichas expresiones muestran el descontento sufrido ante unos servicios que estiman no han sido los adecuados y se tratan de unos comentarios

Provincial de Cáceres (Sección 1ª) en un caso similar²⁶². En este supuesto la resolución judicial pone de manifiesto que, aunque en la calificación de los hechos por parte del cliente éste habla de «estafa o timo», ha de considerarse que se trata de «excesos verbales» que «no permiten revertir la prevalencia de la libertad de expresión de acuerdo con el uso social del lenguaje». Y a lo anterior añade que «de ello se deriva que cualquier usuario de la página podrá percibir que los hechos narrados y su calificación responden exclusivamente a la opinión personal de su autor, en un escenario previo de altercado o disputa, que queda perfectamente reflejado al final del texto, por lo que las expresiones consideradas ofensivas no pueden revestir la gravedad que se pretende, encontrándose plenamente amparadas por la libertad de expresión»²⁶³.

Cosa distinta es que la respuesta del consumidor exceda ampliamente de los usos sociales en atención a las circunstancias concurrentes. Como es lógico, en dicho supuesto ha de prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión. Para ello, según se infiere de la jurisprudencia existente sobre la materia, se ha de llevar a cabo una labor de ponderación de los intereses en conflicto con vistas a delimitar, caso por caso, el derecho al que ha de conferirse prevalencia. No obstante, pese a ser cierto lo anterior, nuestro Tribunal Supremo se inclina por considerar que ha de respetarse la posición prevalente que poseen los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor; sobre todo, por su esencialidad para garantizar la formación de una opinión pública libre, que es indispensable para el pluralismo político requerido por el principio democrático²⁶⁴.

directamente relacionados con ello, que reflejan la opinión personal de la persona anónima, que *se siente* estafada o engañada o que *les parece* caro o escaso lo ofrecido en dicho establecimiento».

²⁶² La reseña objeto de controversia en este caso tenía la siguiente redacción «Estafa premeditada. Hemos ido a comer en familia, llevábamos ya un menú programado y telefónicamente se nos habían descrito y propuesto determinadas cosas que luego allí resultaron ser inciertas, el cochinitillo que en el menú aparece como: *1/4 cochinitillo (mínimo dos personas)*, resultó que no era un cuarto de cochinitillo por persona (como acordaron días antes al concertar el menú) no, resultó ser 1/4 para cada dos personas, cuando pides explicaciones, te dicen que como es imposible que una persona coma 1/4, te ponen menos... Aunque claro pagar, pagar vas a pagar 1/4, después de insistir y de generar un mal ambiente en la mesa puesto que ellos te rebaten de mil maneras diferentes, nos dan la razón sobre que la carta está mal expresada, efectivamente no deberían poner 1/4 por persona, pero ellos mismos dicen que de poner la verdad, la gente no cogería esa opción porque parece poca cantidad, toma ya! Al final pagas el menú de 30 euros por 1/4 de cochinitillo y *te vas con cara de tonto sabiendo que te han timado*, sabes que no van a cambiar nada porque así les está funcionando, también a tener en cuenta el ofrecimiento del parking gratis, ojo! Sólo son dos horas! Si vas a comer con tranquilidad, sabed que hay que pagar, no pasa nada, pero igual que con el cochinitillo la información que dan es engañosa. Por lo demás la mesa estuvo bien atendida y el local es amplio y bonito, es una pena que el cliente marche insatisfecho por el afán recaudador y la sensación de estafa con la que uno marcha. Por mi parte no volveré, seguro q hay más timos en carta. Por cierto, el jefecillo que atiende las reclamaciones luego se ríe con los empleados de la situación, si lo lee, que sepa q es de muy mala educación. Nos dimos cuenta».

²⁶³ Sentencia Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2020, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b4e759f778e5f98/20201118> que es comentada, entre nosotros, por MALDONADO MOLINA, F.J., «Las reseñas online...», *cit., supra*; IDEM, «El marco legal ...», *cit.*, p. 98. Entre otras consideraciones, esta SAP pone de manifiesto: «La recurrente atribuye un carácter vejatorio y difamatorio a las expresiones *estafa premeditada*, *te vas con cara de tonto sabiendo que te han timado*, *la información que dan es engañosa*, *estafa*, *seguro q hay más timos en carta* y *el jefecillo que atiende las reclamaciones*; ahora bien, dichas expresiones, en la medida en que están directa y estrechamente vinculadas a la queja o crítica que constituye la esencia del comentario vertido solo pueden ser ponderadas con arreglo al canon propio de la libertad de expresión, y no con sujeción al requisito de la veracidad, en los términos que se exige constitucionalmente respecto del derecho de comunicar y recibir información».

²⁶⁴ En esta dirección, v., *ad ex.*, la STS 170/2009, de 11 de marzo, donde puede leerse lo que sigue: «La delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso (...) sin perjuicio de que esa tarea de ponderación tenga en cuenta 'la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española ostentan los derechos a la libertad de expresión e información', en la

Como casos en los que un sujeto se extralimita de lo que puede considerarse amparado por la libertad de expresión, cabe traer a colación, por ejemplo, el asunto de la clínica veterinaria al que me referí con anterioridad. Y a él puede añadirse un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo. Se trata de una controversia jurídica relativa a la compra de una vivienda a la que le salen grietas, lo que lleva al comprador a ejecutar, durante un periodo prolongado de tiempo, una campaña de desprestigio contra la empresa constructora, consistente en difundir información dirigida a minar su prestigio profesional. Pero silenciando en todo momento que dicha empresa había cumplido las obligaciones que le habían sido impuestas por varias sentencias en relación con las grietas referidas. El Alto Tribunal entiende que en este supuesto ha de prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión, al considerar que la respuesta del consumidor es desproporcionada. Según sus palabras: «La actuación del recurrente atribuyendo a la recurrida, en una localidad de dimensión reducida, de forma pública y prolongada en el tiempo, la responsabilidad por las grietas de su vivienda, aun habiendo cumplido ésta en su integridad las dos sentencias judiciales que la condenaron por su existencia, circunstancia que silenció, y ello con el propósito de obtener por su propia mano lo que considera debido y de fastidiarla, presentándola ante el público como una empresa que construye mal para que la gente no le compre, *no se puede considerar una crítica legítima y de interés para los consumidores en general y para los potenciales compradores de vivienda en especial*, sino que constituye un injustificado y desproporcionado intento de satisfacer sus intereses particulares a voluntad, al margen del Derecho y fuera de los cauces legales correspondientes, presionando a la recurrida con una campaña directamente dirigida a dañar su imagen y menoscabar su reputación profesional, perjudicando su actividad empresarial»²⁶⁵.

4.2. Enjuiciamiento de estas estipulaciones a través del Derecho de obligaciones y contratos

El hecho de que el legislador comunitario no haya prestado atención a estas cláusulas en la Directiva (UE) 2019/2161 probablemente obedece a que en la Unión Europea no han tenido la

medida en que estos últimos resultan esenciales como garantía de una opinión pública libre, la que a su vez es indispensable para el pluralismo político que exige un Estado social y democrático de derecho» ([STS 170/2009, de 11 de marzo, ECLI:ES:TS:2009: 938](https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4932/TS.%20DERECHO%20AL%20HONOR.pdf). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUEST; accesible en <https://vlex.es/vid/derechos-fundamentales-57207052>

²⁶⁵ STS 4398/2022 (Sala 1ª), de 25 de noviembre de 2022 (cursiva propia), cuyo texto está disponible en <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4932/TS.%20DERECHO%20AL%20HONOR.pdf> (Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GARCÍA MARTÍNEZ); En una dirección similar cabe citar la STS 747/2022 (Sala 1ª), de 3 de noviembre de 2022 (cuyo Magistrado Ponente es también el Excmo. Sr. D. Antonio GARCÍA MARTÍNEZ); accesible en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5698d0da6ebf88d1a0a8778d75e36f0d>. Esta última STS aborda la responsabilidad del titular de una cuenta de *Facebook* por los comentarios publicados por terceros. En ella, el Alto Tribunal es claro al entender que no son triviales y suponen un claro atentado al derecho al honor expresiones tales como «gentuza, sinvergüenzas, incultos, basura, garrulos, moscas cojoneras, garrapatas hambrientas, asquerosos». Entre otras consideraciones, esta STS pone de manifiesto que «el requisito de la proporcionalidad supone que ninguna idea, opinión o información puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas y que lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida (por todas, sentencias 252/2019, de 7 de mayo y 338/2018, de 6 de junio). E, igualmente, que las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que, expresiones ofensivas por su significado si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica; siendo numerosos los casos en los que hemos reconocido, atendidas las circunstancias, la utilización de un lenguaje hiperbólico, efectista, sarcástico, jocoso o mordaz (por todas, sentencias 158/2020, de 10 de marzo y 540/2018, de 28 de septiembre)».

repercusión que sí han logrado al otro lado del Atlántico²⁶⁶. En todo caso, el silencio del legislador no puede interpretarse en sentido favorable a la licitud de este tipo de estipulaciones. Es verdad que en Derecho privado rige la máxima de Kelsen según la cual «lo que no está expresamente prohibido, está permitido» (*permissum videtur id omne quod non prohibitum*). Ahora bien, en esta materia la cuestión se complica por cuanto que tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el español está expresamente reconocido el derecho a la libertad de expresión que, en rigor, es el que se ve afectado cuando se fijan cláusulas mordaza o de no descrédito en los contratos. En efecto:

1º) En el Derecho supranacional europeo, ha de tenerse en cuenta el artículo 6 del Tratado de la Unión, cuyo apartado 1 establece que «(l)a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»²⁶⁷. Como se comprueba, el precepto transcrito remite a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 11 reconoce la libertad de expresión en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»²⁶⁸.

2º) En el ordenamiento interno español, se han de tomar en consideración los siguientes materiales normativos: 1) el artículo 20 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción»; y 2) el artículo 85.1 de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que atribuye a toda persona el «derecho a la libertad de expresión en Internet»²⁶⁹. Como se apunta en el Preámbulo de esta Ley, entre los derechos digitales que en ella se reconocen a los ciudadanos de conformidad con el mandato constitucional, «resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales»²⁷⁰.

Una primera interpretación de esta normativa en relación con el asunto que se analiza llevaría a concluir que carece de validez toda estipulación contractual que niegue el derecho de los consumidores y usuarios a emitir reseñas acerca de los bienes adquiridos, los servicios contratados o el modo en que los empresarios cumplen sus obligaciones contractuales (rapidez en la entrega, diligencia en atender una eventual reclamación por falta de conformidad u otra causa, etc.). Esta solución se fundamentaría en el carácter irrenunciable de la libertad de expresión, dada su naturaleza de derecho fundamental²⁷¹, lo que permitiría invocar los siguientes preceptos de nuestro Derecho privado en favor de la ilicitud de este tipo de cláusulas: 1º) Por un

²⁶⁶ Aunque no puede desconocerse que en Europa se ha dado algún que otro caso de utilización de estas estipulaciones que ha terminado resolviéndose en los tribunales de justicia: caso, por ejemplo, del Tribunal Regional de Coblenza que, al enjuiciar determinadas cláusulas que restringían el derecho de los consumidores y usuarios a emitir reseñas, dictaminó que eran ilícitas por interferir negativamente en la libertad de expresión de la clientela: DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 143.

²⁶⁷ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas: DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

²⁶⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: DOCE núm. 364, de 18 diciembre 2000.

²⁶⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: BOE núm. 294, de 6 de diciembre 2018.

²⁷⁰ Apartado V.

²⁷¹ Así, por ejemplo, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 93.

lado, el artículo 6.3 del Código Civil, según el cual «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho». Dado que las normas sobre derechos humanos son imperativas (como se infiere del carácter no sólo irrenunciable sino también inviolable de este tipo de derechos), de su infracción derivaría (en aplicación del artículo 6.3) la invalidez de toda estipulación negocial que cercene la capacidad de los clientes (consumidores y usuarios) de elaborar reseñas con la finalidad de valorar sus experiencias de consumo. 2º) Por otro lado, el artículo 1255 del Código Civil que, como se sabe, fija como límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad la ley, la moral y el orden público. Como es natural, para aplicar este precepto habría que entender que dentro del término ley que en él se invoca tienen encaje la normativa constitucional reconocedora del derecho a la libertad de expresión²⁷². Es más, cabría incluso postular que las *non-disparagement clauses* atentan contra el orden público (ex artículo 1255), si éste se concibe como una noción directamente relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas²⁷³.

Ahora bien, las cosas no son tan sencillas, como lo prueba la experiencia estadounidense a la que me acabo de referir. Como se ha visto, en ella la ilicitud de las cláusulas mordaza o de no descrédito no deriva de considerar infringida la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, toda vez que existe consenso en considerar que ésta preserva la libertad de expresión frente a ataques normativos que la conculquen provenientes de los poderes públicos, pero no a través de cláusulas insertas en contratos celebrados entre particulares. En efecto, en expresión de la Corte Suprema estadounidense, "la garantía constitucional de la libertad de expresión es una garantía sólo contra la restricción [de dicha libertad] por parte del Gobierno, federal o estatal"²⁷⁴. Esto obedece a la vigencia en los Estados Unidos de la llamada doctrina de la *state action*, según la cual las garantías constitucionales de los derechos fundamentales sólo establecen límites a la actuación del Estado, quedando al margen de ellas las conductas y relaciones entre particulares²⁷⁵. Por ello no ha bastado con la Primera Enmienda de la Constitución, sino que ha sido necesaria la promulgación de una normativa específica (la CRFA y otras leyes de diversos Estados como California o Meryland) dirigida a concretar la sanción de Derecho privado aplicable a este tipo de estipulaciones. En rigor, este asunto nos introduce en el interesante y arduo problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, al que suele hacerse referencia con el término alemán *Drittwirkung*. Aquí no se trata de realizar una completa exposición de esta compleja cuestión, aunque al menos sí interesa exponer cuáles son las principales tesis que la doctrina mantiene al respecto, como presupuesto para ofrecer una propuesta de solución al problema. En síntesis, cabría diferenciar tres posiciones distintas: 1ª) la de la *Drittwirkung mediata* de los derechos fundamentales; 2ª) la de la *Drittwirkung inmediata* de tales derechos; y 3ª) las tesis *intermedias*, que abogan por una *eficacia atenuada* de los derechos

²⁷² En esta dirección, *ad ex.*, CASTILLO-CÓRDOVA, L., «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales», *Actualidad Jurídica*, 155, 2006, en <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1942>; especialmente, pp. 12 y ss.

²⁷³ Según la concepción postulada en su momento por el Tribunal Constitucional y secundada con posterioridad por un sector de la doctrina: al respecto, *ad ex.*, ACEDO PENCO, A., «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núms. 14-15, 1996-1997, pp. 323 y ss.

²⁷⁴ Traducción propia; al respecto, *ad ex.*, CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, pp. 217 y ss.

²⁷⁵ Entre nosotros: BILBAO UBILLOS, J.M., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*, Ed. McGraw-Hill, 1997, *passim*.

fundamentales en las relaciones *inter privados* o por la llamada concepción de los derechos fundamentales como *mandatos de protección*²⁷⁶:

1ª) De conformidad con la primera tesis, la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución carece de fundamento normativo. Cuando la Constitución reconoce estos derechos, lo hace dirigiendo dos mandatos a sus destinatarios, que son los poderes públicos (como lo corrobora el artículo 53 del texto constitucional): 1) que se abstengan de llevar a cabo cualquier comportamiento que sea lesivo para dichos derechos, y 2) que desarrollen medidas adecuadas para protegerlos cuando resulten conculcados por otros particulares. Por tanto, la operatividad de estos derechos fundamentales en la esfera privada queda condicionada a la intervención de un órgano estatal, que sí está directamente vinculado por ellos. En concreto, se requiere la actuación del legislador o del juez. Al primero le correspondería concretar legislativamente el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la promulgación de las correspondientes normas jurídicas (como, por ejemplo, la CRFA estadounidense). A los jueces, por su parte, les competiría interpretar las normas que rigen las relaciones entre particulares, tomando en consideración estos derechos fundamentales para llenar con ellos de contenido las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados del Derecho privado, tales como el orden público o la buena fe²⁷⁷.

2ª) En cambio, la tesis de la *Drittwirkung inmediata* de los derechos fundamentales (también conocida como *Horizontalwirkung*), cuya formulación originaria corresponde a Nipperdey, sostiene que los particulares no sólo son portadores de derechos fundamentales, sino también destinatarios de ellos (invocando como fundamento de esta idea el artículo 9.1 de la Constitución). De ahí que dichos derechos se conciban como derechos subjetivos cualificados, caracterizados por su especial resistencia frente a los poderes públicos. Desde este otro punto de vista, se subraya el carácter normativo de la Constitución para sostener, en coherencia con él, que ha de ser la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental la directamente aplicada para solucionar los conflictos *inter privados*, con independencia de que exista o no una legislación de desarrollo, lo que, a la postre, conduce a admitir de forma prácticamente inevitable la eficacia *inter privados* de la mayor parte de los derechos fundamentales. En rigor, los partidarios de esta tesis admiten que, aunque lo más conveniente es que sea el legislador quien intervenga para concretar el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas,

²⁷⁶ Junto a la doctrina que se cita en las notas siguientes, una panorámica reciente de la cuestión en la dogmática alemana puede verse en BOROWSKI, M., «La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 45, 2020, p. 3 y ss., disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6327> (consulta: 20 febrero 2023).

²⁷⁷ Entre nosotros, se manifiesta partidario de esta tesis, por todos: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 57 y ss., texto disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122. En todo caso, no se oculta que esta solución trata de evitar un sacrificio excesivamente alto de la autonomía de la voluntad, que ha de ser la pieza central del Derecho privado de obligaciones y contratos, para lo cual se erige al Código civil en la verdadera Constitución de los particulares, sustentada en los relevantes principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual (BILBAO UBILLOS, J.M., «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, fascículo 1, 2017, accesible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-A-2017-10004100074, p. 56; ÍDEM, «La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares», disponible en https://alojamientos.uva.es/guia_docente/uploads/2013/482/46375/1/Documento32.pdf, p. 3.

no hay obstáculo alguno para que, en ausencia de legislación, se apliquen de forma directa las normas de la Constitución²⁷⁸.

3ª) Ambas tesis cuentan con argumentos a favor y en contra. Quizá por ello han surgido soluciones intermedias, como la que aboga por una *eficacia atenuada* de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* o la que concibe los derechos fundamentales como *mandatos de protección* (aunque la segunda se inscribe propiamente dentro de la tesis de la *eficacia mediata*). La primera, esto es, la de la *eficacia atenuada*, sigue básicamente la siguiente argumentación: a) Por un lado, admite la eficacia —incluso directa— de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero con un alcance que habrá de ser modulado en cada caso en atención a la relevancia de los derechos o intereses con los que dichos derechos fundamentales entran en colisión. b) Por otro lado, formula dos criterios que podrían ser útiles para valorar la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado: 1) la dignidad de la persona humana, toda vez que la incidencia habrá de considerarse mayor en la medida en que dicha dignidad resulte directamente afectada, y 2) la presencia de una relación asimétrica en la que una de las partes ostente una posición de superioridad frente a la otra. Sobre la base de lo anterior, concluye que la cuestión a resolver no estriba en determinar si existe o no eficacia (en abstracto) de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino en concretar la medida o intensidad de esa eficacia (cuánta eficacia). Para ello el procedimiento que se propone consta de dos fases: a) averiguar si en una concreta relación jurídica de Derecho privado rige un determinado derecho y b) una vez dilucidada la cuestión anterior, concretar hasta qué punto dicho derecho merece ser respetado por un particular²⁷⁹. Por su parte, la doctrina de los derechos fundamentales como *mandatos de protección* concibe la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas como «una expresión de la obligación del Estado de proteger los derechos de los ciudadanos». Dado que es imposible que el legislador pueda prever y regular a través de normas jurídicas todas las relaciones entre particulares y los conflictos que de ellas deriven, se hace necesario el recurso a la formulación de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, que serán llenados de contenido por la jurisprudencia «sobre la base de las valoraciones inducidas de los derechos fundamentales y a la luz de las circunstancias del caso». Bien entendido que, al concretar el contenido de las cláusulas generales y conceptos indeterminados de Derecho privado, el intérprete habrá de tener muy

²⁷⁸ A favor de esta tesis, *ad ex.*: CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., «Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico-privadas: la doctrina de la *Drittwirkung*», *Revista Cortes Generales*, 61, 2004, p. 155 y ss., disponible en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/259>; BELADÍEZ ROJO, M., «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2021, accesible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/686460>. Una de las principales objeciones que formulan a esta tesis quienes no la comparten es su falta de conciliación con valoraciones esenciales de la Constitución, en la medida en que limita indebidamente el derecho de los particulares al ejercicio de su autonomía de la voluntad. En este sentido, se reconoce a los particulares la posibilidad de asumir limitaciones voluntarias a sus derechos en función de otros intereses. Y a ello se añade que dichas limitaciones merecen considerarse no solo constitucionales, sino resultado del libre desarrollo de la personalidad, que es un ámbito en el que el Estado no puede interferir de modo injustificado (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada...», *cit.*, pp. 61 y 62).

²⁷⁹ Entre nosotros, aboga por una eficacia atenuada de los derechos fundamentales en las relaciones privadas: BILBAO UBILLOS, J.M., «La consolidación dogmática...», *cit.*, pp. 60 y ss.; ÍDEM, «La eficacia de los derechos...», *cit.*, pp. 6 y ss.; aunque, como reconoce este autor (v. «La consolidación dogmática...», *cit.*, p. 63), al formular los dos criterios que podrían ser útiles para valorar la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado sigue expresamente a ALFARO («Autonomía privada...», *cit.*, pp. 93 y ss.) con quien coincide. También parece pronunciarse a favor de la eficacia atenuada: VIVAS TESÓN, I., «El derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672 y ss., en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5976> (consulta: 20 febrero 2023).

presente la protección que resulte necesaria para los derechos fundamentales de los sujetos concernidos²⁸⁰.

Expuestas —muy sintéticamente— las principales soluciones que la comunidad jurídica ofrece al problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, interesa ahora enjuiciar las cláusulas mordaza o de no descrédito desde el prisma que proporciona el Derecho de contratos. Con tal fin, parece apropiado tener en cuenta una serie de datos extraíbles de la situación jurídica actual: 1º) En primer lugar, se ha de constatar que el derecho a la libertad de expresión no sólo está reconocido en la Constitución, sino también en la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en cuyo Preámbulo se subraya que en la parte de esta ley dedicada a los derechos digitales «resulta destacable la garantía de la libertad de expresión». En particular, en el articulado de esta Ley resulta de especial interés el artículo 85.1, que menciona expresamente el derecho a la libertad de expresión entre los derechos atribuidos a los sujetos que actúan en Internet (entre quienes han de incluirse los que lo hacen en condición consumidora), así como el artículo 79, que impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y a los proveedores de Internet el deber de contribuir a garantizar la aplicación del derecho a la libertad de expresión en el ámbito digital. 2º) En segundo lugar, no debe perderse de vista que el artículo 14.4 del Reglamento de Servicios Digitales²⁸¹ impone a los prestadores de servicios intermediarios el deber de actuar de forma diligente, objetiva y proporcionada en lo que atañe a cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio, pero con la debida consideración de los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, incluidos los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, entre los que menciona expresamente la libertad de expresión. 3º) En tercer lugar, parece procedente considerar que de la nueva normativa sobre deslealtad de las reseñas contenida en la Directiva (UE) 2019/2161 podría inferirse el reconocimiento al consumidor de un derecho a emitir públicamente reseñas sobre sus experiencias de consumo y a que su ejecución no se vea obstaculizada por empresarios o profesionales mediante actuaciones contrarias a la buena fe, tales como la distorsión de las reseñas emitidas (alterando su contenido) o su manipulación (publicando solo las positivas o postergando la publicación de las negativas).

A la vista de los datos expuestos, la solución al problema que se aborda derivará de la eficacia que se conceda al derecho a la libertad de expresión del consumidor (a través de la emisión de reseñas sobre sus experiencias de consumo) en el ámbito contractual. Si se aceptase la tesis de la *Drittwirkung inmediata* de los derechos fundamentales, la solución estaría clara: 1º) Por una parte, las cláusulas mordaza o de no descrédito que son resultado de un proceso de negociación individual habrían de reputarse nulas de pleno derecho en aplicación de los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil, de los que se infiere que los acuerdos alcanzados por las partes tienen para ellas valor de ley (*pacta sunt servanda*), pero siempre que sean adoptados de conformidad con las reglas que limitan la autonomía de la voluntad, lo que no acontece cuando la cláusula especialmente negociada contraviene normas imperativas, como la constitucional reconocedora del derecho a la libertad de expresión. 2º) Por otra parte, si las estipulaciones mordaza o antirreseñas

²⁸⁰ Partidario de esta tesis se pronuncia ALFARO a propósito de la obra *Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten*: v., en concreto: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un apunte sobre la Drittwirkung», en <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2019/10/un-apunte-sobre-la-drittwirkung.html> (consulta: 20 febrero 2023).

²⁸¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales): DOUE núm. 277, de 27 de octubre de 2022.

merecieran la consideración de condiciones generales o cláusulas predisuestas, que es lo habitual en el tráfico contemporáneo, también habrían de considerarse nulas de pleno derecho, pero quedarían fuera del control de contenido *ex* TRLGDCU, ya que, como señala la doctrina privatista, parece innecesario o superfluo y, además, incorrecto declarar la abusividad (y subsiguiente nulidad de pleno Derecho) de estipulaciones contrarias a normas de *ius cogens*, toda vez que estas cláusulas han de reputarse siempre nulas, independientemente de que hayan sido o no negociadas por las partes²⁸².

Sin embargo, la solución anterior no llega a convencerme. La Constitución española carece de una norma similar a la que contiene, por ejemplo, el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, según la cual «los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a los entes públicos y privados». De hecho, parece claro que los destinatarios de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución son sólo los poderes públicos. Así se infiere del artículo 53 del texto constitucional y nada en contra de lo que en él se establece cabe deducir del artículo 9.1 de la Constitución, que se limita a poner de manifiesto que todos los residentes en España están sometidos al Derecho español²⁸³. De modo que no es posible invocar el artículo 20 de la Constitución para fundamentar la nulidad de pleno derecho, por contravención de ley imperativa (*ex* artículos 6.3 y 1255), de las estipulaciones negociales que privan a los consumidores de la facultad de emitir reseñas acerca de sus experiencias de consumo, con independencia de que dichas estipulaciones sean especialmente negociadas por las partes o predisuestas e impuestas por los empresarios y/o profesionales. Bien entendido que esto no significa que en nuestro ordenamiento no pueda hablarse de un derecho a la libertad de expresión de quienes actúan en el mercado en condición consumidora susceptible de ser eficaz en la esfera de las relaciones privadas. Tal derecho existe. Como he señalado *supra*, está expresamente reconocido en el artículo 85.1 de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Además, es invocado, también de forma expresa, por el artículo 14.4 del Reglamento de Servicios Digitales. Y, en mi opinión, está implícito en la normativa sobre la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios que, proveniente de la Directiva (UE) 2019/2161, se contiene en la LCD y en el TRLGDCU, pues en el reverso de los deberes de diligencia que esta normativa impone a los empresarios y profesionales cabe vislumbrar el derecho de los consumidores a expresar libremente (a través de reseñas y valoraciones) sus opiniones relativas a sus experiencias de mercado. Ahora bien, el reconocimiento de este derecho en el plano jurídico privado no resuelve por sí solo el problema que se analiza, pues para ello se hace necesario determinar hasta qué punto dicho derecho merece ser respetado en todo caso por los particulares o, en cambio, cabe renunciar válidamente a él. Aunque la cuestión es opinable, me inclino por la siguiente solución:

1º) El consumidor está facultado para renunciar a su derecho a emitir reseñas y valoraciones de bienes y servicios (por ejemplo, a cambio de una rebaja en el precio) si así lo desea en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Por tanto, para que dicha renuncia pueda reputarse válida ha de ser *producto de una negociación individual*, es decir, venir fijada en una *cláusula especialmente*

²⁸² *Ad ex.*, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario del artículo 86 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 835; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario del Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 1114 y 1258.

²⁸³ Por todos: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada...», *cit.*, pp. 60 y ss.

negociada entre las partes (empresario y consumidor), lo que suele ser muy excepcional en nuestros días. En caso de discrepancia acerca de si el consumidor consintió expresamente dicha estipulación, corresponderá al empresario o profesional la prueba de dicha circunstancia²⁸⁴.

2º) Cosa distinta es que la cláusula mordaza o de no descrédito merezca considerarse una *estipulación predispuesta e impuesta*, propia de la *contratación estandarizada o celebrada a través de condiciones generales* que, como se sabe, es el modo usual de concluir contratos en el tráfico mercantil de nuestros días, dadas las relevantes ventajas de racionalización de la actividad comercial de las empresas que le son inherentes. En estos supuestos, soy de la opinión de que las cláusulas en cuestión merecerían reputarse ilícitas (*rectius*, nulas de pleno derecho) por no superar el control de contenido o abusividad previsto en la legislación de consumo (artículos 82 y siguientes TRLGDCU)²⁸⁵.

La referida ilicitud podría fundamentarse en el artículo 86.7 TRLGDCU que, tras declarar la abusividad en todo caso de «las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas», menciona, en especial, como estipulaciones acreedoras del juicio de abusividad, aquellas que imponen cualquier «renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario»²⁸⁶. Es verdad que un sector de la doctrina

²⁸⁴ No obstante, esta regla merecerá ser matizada caso por caso. Así, por ejemplo, la renuncia a emitir reseñas expresamente negociada y consentida por el consumidor sería *ineficaz* en caso de *incumplimiento del contrato* por la parte empresarial. *Ad ex.*, si tal renuncia se acuerda expresamente en un contrato de alquiler de un ático de 75 metros cuadrados con vistas al mar y el consumidor recibe un apartamento de menor dimensión situado en una segunda planta y sin vistas, dicho sujeto tiene luz verde para emitir las reseñas negativas que estime pertinentes, al tiempo que puede ejercitar las acciones legales correspondientes para exigir el cumplimiento contractual o la resolución por incumplimiento (porque él consintió expresamente no emitir reseñas acerca del ático contratado, pero no en relación con otro inmueble diferente).

²⁸⁵ Soy consciente de que en contra de esta forma de solucionar el problema cabría invocar la estrecha conexión apreciable entre el derecho a la libertad de expresión del consumidor y la noción de orden público, dada la existencia de una corriente legislativa y jurisprudencial que vincula el concepto de orden público con los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución. En el plano legislativo, así lo corrobora la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre: BOE núm. 309, de 26 de diciembre 2003) en cuya Exposición de Motivos, tras aludirse a la expresión orden público, se añade que este concepto habrá de ser interpretado teniendo en cuenta los principios contenidos en nuestra Constitución. En el ámbito judicial, ilustra muy bien esta tendencia la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1985, según la cual constituyen un componente esencial del orden público los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, de modo que han de reputarse nulas las estipulaciones contractuales que los vulneren (STC 19/1985, Sala 2ª. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo AROZAMENA SIERRA: BOE, núm. 955, de 5 de marzo de 1985; su texto puede consultarse en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/399>). Lógicamente, desde este punto de vista (que conecta con la doctrina de los derechos fundamentales como *mandatos de protección* a la que me referí *supra*), podría concluirse que las cláusulas negociales negadoras del derecho a la libertad de expresión del consumidor, incluso si son negociadas expresamente por las partes, son nulas de pleno derecho por su contrariedad con el orden público. Ahora bien, aun consciente del carácter abierto de la cuestión y de que puedo estar equivocado, esta solución no me parece convincente. A mi juicio, no existe impedimento a que el consumidor pueda renunciar expresamente a su derecho a la libertad de emitir reseñas y valoraciones de bienes y servicios, siempre que dicha renuncia sea resultado de su autonomía de la voluntad. De igual modo que puede renunciar, por ejemplo, a su derecho a la integración publicitaria del contrato que le reconoce el artículo 61 TRLGDCU, o de igual forma que puede renunciar a su derecho a la integridad física, autorizando que le perforen ampliamente un lóbulo de la oreja para la colocación de varios *piercings*. Al respecto, me parece plausible la precisión que hace la doctrina partidaria de los derechos fundamentales como *mandatos de protección*, cuando sostiene que, al concretar el contenido de las cláusulas generales de Derecho privado (como el orden público), el intérprete tiene que tener siempre muy presente la protección que resulte necesaria para los derechos fundamentales de los sujetos implicados (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un apunte sobre la Drittwirkung», *cit. supra*).

²⁸⁶ Conforme: MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 93 (a juicio de este autor, «en un futuro este derecho [con referencia al derecho del consumidor a emitir reseñas] debería recogerse expresamente entre los derechos de los consumidores»).

civilista sostiene que la finalidad del artículo 86.7 TRLGDCU no consiste en convertir la totalidad del Derecho privado en normas cuyo desplazamiento o alteración en contratos de consumo deba reputarse abusiva, ya que la renuncia o limitación de la que se habla en dicho precepto ha de entenderse referida exclusivamente a derechos reconocidos al consumidor y usuario como tal, esto es, previstos en la normativa de consumo²⁸⁷. Evidentemente, de aceptarse esta forma de entender el artículo 86.7 TRLGDCU cabría negar operatividad a dicho precepto para fundamentar la abusividad de las cláusulas mordaza o antirreseñas. Ahora bien, éste no parece un obstáculo insalvable. De un lado, porque no toda la doctrina comparte esa tesis acerca del artículo 87.6 TRLGDCU²⁸⁸. De otro lado, porque el derecho a la libertad de expresión implícito en la normativa reguladora de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios (LCD y TRLGDCU) merecería calificarse en toda regla como un derecho del consumidor. E incluso a la misma conclusión podría llegarse en lo que atañe a la Ley de protección de datos y derechos digitales (artículo 85.1) y al Reglamento de servicios digitales (artículo 14.4), dado que una parte muy relevante de los usuarios de Internet está formada por quienes actúan en condición consumidora.

En todo caso, si no llegase a convencer la invocación del artículo 86.7 TRLGDCU como base legal de la ilicitud (por no superación del control de abusividad) de estas estipulaciones, ha de tenerse en cuenta que el elenco de cláusulas abusivas que se contiene en el TRLGDCU constituye un *numerus apertus* y que lo relevante es determinar si la cláusula en cuestión es o no conforme con la buena fe en sentido objetivo. Sobre esto último, la Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE²⁸⁹ ofrece algunas ideas de interés, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia. En concreto, alude a que «la exigencia de «buena fe» está relacionada con la cuestión de si un profesional trata a un consumidor de manera justa y equitativa y tiene en cuenta sus intereses legítimos», para lo cual «es particularmente pertinente considerar si el profesional estimaría razonable que el consumidor aceptara la cláusula en negociaciones individuales»²⁹⁰. Con estos parámetros de valoración de la buena fe y a la vista de cómo se configuran habitualmente en la práctica las cláusulas mordaza o antirreseñas (esto es, aunando a la prohibición de emitir reseñas una determinada sanción económica para el caso de incumplimiento), parece claro que este tipo de estipulaciones no superarán el control de contenido o abusividad propio de la contratación de consumo. De ahí que merezcan reputarse nulas de pleno derecho en aplicación del artículo 83 TRLGDCU.

4.3. Enjuiciamiento de estas cláusulas mediante el Derecho de la competencia desleal

Analizado el asunto desde el punto de vista que ofrece el Derecho de obligaciones y contratos, interesa ahora estudiarlo desde la perspectiva que proporciona la normativa reguladora de la competencia desleal. Esta tarea nos introduce en el complejo y proceloso tema de las relaciones entre el Derecho de la contratación y el Derecho de la deslealtad concurrencial²⁹¹. Al respecto, la primera cuestión que es necesario despejar estriba en determinar si el contrato (o, si se prefiere,

²⁸⁷ QUICIOS MOLINA, M. S., «Comentario de la Disposición adicional 1ª, II, 14ª, LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 2000, pp. 1058 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario del Título II...», *cit.*, 2015, pp. 1259 y ss.

²⁸⁸ Pues hay quien defiende la contraria; caso, *ad ex.*, de CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario del artículo 86...», *cit.*, p. 836.

²⁸⁹ Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE: DOUE, C323/4, de 27 de septiembre de 2019.

²⁹⁰ Apartado 3.4.1. de la Comunicación.

²⁹¹ Ampliamente abordado, entre nosotros, por CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales...*, *cit.*, *passim*.

una determinada cláusula contractual) puede merecer la consideración de práctica comercial (*ex* Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (*ex* LCD), pues sólo una respuesta afirmativa podría conducir a aplicar la LCD a las cláusulas mordaza o antirreseñas²⁹². Se trata, en rigor, de una cuestión abierta sobre la que existen principalmente dos opiniones diversas en la doctrina, una negativa y otra afirmativa²⁹³:

1ª.- La opinión doctrinal más asentada es de signo negativo. Conforme a ella, el contrato no tiene encaje en la noción de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) ni de acto de competencia (LCD). Para los partidarios de esta solución, los argumentos que la apoyan se concretan básicamente en dos preceptos: 1º) el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE, según el cual esta Directiva se entiende sin perjuicio «del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos»; y 2º) el artículo 19.2 TRLGDCU, que niega la consideración de prácticas comerciales a «las relaciones de naturaleza contractual»²⁹⁴.

2ª.- Frente a la anterior, existe otra opinión (cierto es que más minoritaria) favorable a admitir el encaje de la noción de contrato (o de cláusula negocial) dentro de los conceptos de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) y de acto de competencia (LCD). Como base o fundamento de esta otra tesis, se invoca especialmente el artículo 2.3 LCD, en la medida en que en él se establece la aplicación del régimen represor de la deslealtad concurrencial a las prácticas comerciales realizadas antes, durante y después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue o no a celebrarse²⁹⁵.

Aun siendo consciente de que se trata de una cuestión abierta, me decanto por la segunda solución sobre la base del siguiente razonamiento:

1º) En primer lugar, en consideración a dos datos (uno normativo y otro fáctico) que, en mi opinión, han de tenerse muy presentes a la hora de resolver este asunto. Por un lado, el hecho de que la Directiva 2005/29/CE ha optado por ofrecer una noción amplia de práctica comercial que, además, ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la constatación de que en la realidad del actual tráfico mercantil los operadores económicos se valen en no pocas ocasiones de los clausulados contractuales para incorporar prácticas engañosas o agresivas en perjuicio de los intereses económicos de los consumidores y usuarios²⁹⁶. Además, todo parece apuntar a que cuando el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE

²⁹² Como puede comprobarse, utilizo conjuntamente los términos «práctica comercial» y «acto de competencia» por entender que son equivalentes [como mantienen, *ad ex.*, MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, p. 22 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 2. Ámbito objetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 80]. Bien entendido que esta opinión unánime, pues hay quienes entienden que se trata de conceptos disímiles, aunque no constatan que sus diferencias lleguen a introducir quiebras normativas y sistemáticas en el régimen de la LCD, al sostener que la «práctica comercial» es una especie del género «acto de competencia» (así, *ad ex.*, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios», *Revista de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 76).

²⁹³ Al respecto y con más referencias bibliográficas: CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negocials...*, *cit.*, pp. 52 y 53.

²⁹⁴ En esta dirección, *ad ex.*, como mercantilistas más significativos: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 2...», *cit.*, pp. 79 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J., «*El nuevo Derecho...*», *cit.*, p. 19; en la doctrina civilista, *ad ex.*: GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario del Título II...», *cit.*, p. 1109.

²⁹⁵ En este sentido, *ad ex.*, MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones...», *cit.*, p. 8; MARIMÓN DURÁ R., «Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1645 y ss.

²⁹⁶ CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negocials...*, *cit.*, p. 54.

dispone que sus preceptos se han de entender sin perjuicio «del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos», no está negando a un contrato (o, mejor, a una cláusula negocial determinada) la consideración de práctica comercial desleal, pues ello sería contrario al modo en que interpreta la noción de «práctica comercial» la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que más adelante me referiré (asuntos C-453/10, *Pereničová y Perenič*, y C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*). En rigor, el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE ha de interpretarse en el sentido de que la comprobación de que un empresario o profesional ha recurrido a una práctica comercial desleal no incide de modo directo en la cuestión de la validez o invalidez del contrato concluido sobre la base de dicha práctica, sin perjuicio de que puedan existir disposiciones nacionales que lo consideren nulo en su conjunto²⁹⁷. De hecho, esto es lo que acontece, por ejemplo, en el Derecho francés, a diferencia de otros ordenamientos que se decantan por la sanción de la anulabilidad, como el luxemburgués, el portugués, el holandés o el polaco²⁹⁸.

2º) En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que cuando el artículo 19.2 TRLGDCU, después de ofrecer una definición de práctica comercial muy similar a la de la Directiva 2005/29/CE²⁹⁹, dispone que «(n)o tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59», lo que pretende es incorporar a nuestro ordenamiento la regla del artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE. Ahora bien, lo hace con tan escaso acierto que parece negar a las cláusulas contractuales la condición de prácticas comerciales. Sin embargo, esta solución no es defendible. La interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas comunitarias (en concreto, en este caso, con la Directiva 2005/29/CE) exige conferir al artículo 19.2 TRLGDCU un sentido diferente³⁰⁰. En realidad, lo que parece establecer dicho precepto es que si llega a celebrarse un contrato de consumo sobre la base de una práctica comercial desleal, al mismo le serán de aplicación las normas del Derecho de contratos: en primer lugar, las contenidas en el TRLGDCU o en leyes especiales de consumo y, en su defecto, el resto de disposiciones civiles y mercantiles de naturaleza negocial. Por tanto, ha de darse la razón a la doctrina que interpreta el artículo 19.2 TRLGDCU en el sentido de que, dada la ausencia en la LCD de acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos negociales que sean consecuencia de un contrato influenciado por prácticas comerciales desleales³⁰¹, las acciones contractuales a ejercitar frente a dicho contrato (como, *ad ex.*, la nulidad, la anulabilidad o la resolución contractual) han de seguir el procedimiento común y sujetarse a la jurisdicción ordinaria³⁰².

²⁹⁷ Apartado 1.3.4 de la *Guía de prácticas comerciales desleales*; entre nosotros, *ad ex.*, ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva (UE) 2019/2161 de modernización...», *cit.*, p. 79

²⁹⁸ Más información en CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias...», *cit.*, pp. 125 y ss.; IDEM, *Consecuencias negociales...*, *cit.*, pp. 152 y ss.

²⁹⁹ En concreto, la define como «todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial».

³⁰⁰ Ampliamente, al respecto: FUENTESECA DEGENEFTE, C., *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato. El último inciso del artículo 19.2 TRLGDCU*, Ed. J.M. Bosch, 2021, pp. 19 y ss.

³⁰¹ Lo que es criticado acertadamente (a mi juicio) por CASADO NAVARRO, A., «Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores», *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022, *passim*.

³⁰² Así, *ad ex.*, BUSTO LAGO, J.M., «Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del TRLGDCU y otras Leyes complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 245; CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias...», *cit.*, p. 120.

3º) En tercer lugar, ha de invocarse el artículo 3.2 LCD antes referido, que trae causa del artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE, según el cual esta Directiva resulta aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que tengan lugar «antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto». El interés de esta norma reside en que de ella puede inferirse que la moderna normativa represora de la competencia desleal abandona la tutela preventiva típica que históricamente le fue propia, relativa a las fases precontractual y paracontractual, para dar entrada a los actos empresariales susceptibles de lesionar la libre decisión negocial de los consumidores y usuarios, con independencia de que se manifiesten en las fases precontractual, contractual o poscontractual³⁰³. Por consiguiente, cláusulas negociales referentes a toda la vida del contrato, que llevan anudadas sus correspondientes prácticas comerciales (pues, por ejemplo, una estipulación negocial sobre cómo ha de efectuarse el pago origina la práctica de pagar), quedan sometidas al Derecho de la competencia desleal. En este sentido, el Libro Verde de 2001 sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea³⁰⁴, que fijó las bases para la elaboración de la Directiva 2005/29CE, proporcionó algunos ejemplos de prácticas desleales estrechamente conectadas con el contrato (que posteriormente pasaron a la Directiva 2005/29/CE), como las relacionadas con el pago, el objeto del contrato, las estimaciones de precios, el cumplimiento, la ejecución, la entrega, la tramitación de reclamaciones o los servicios postventa. Pues bien, creo que no es complicado colegir que todos estos ejemplos de posibles prácticas desleales corroboran de forma clara la existencia de una relación muy estrecha entre práctica comercial y contrato o cláusula contractual³⁰⁵.

La experiencia legislativa alemana corrobora lo que acabo de indicar acerca del artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE y 3.2 LCD. En efecto, la incorporación de la Directiva 2005/29/CE al ordenamiento alemán conllevó, entre otras reformas, la sustitución del término «acto de competencia» (*Wettbewerbshandlung*) por el más amplio de «acto comercial» (*geschäftliche Verhandlung*). Obviamente, este cambio terminológico no obedeció a un capricho del legislador. Antes bien, respondió a la idea presente en el artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE (del que trae causa el 3.2 LCD): que, a partir de la Directiva 2005/29/CE, la disciplina de la competencia desleal se ocupa de comportamientos de mercado que tienen lugar antes, durante y después de la celebración de los contratos³⁰⁶. De hecho, a consecuencia de estos cambios legislativos, la

³⁰³ DUROVIC, M., *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, en <https://www.bloomsburycollections.com/book/european-law-on-unfair-commercial-practices-and-contract-law/> (consulta: 2 de febrero de 2023); IDEM *The impact of the unfair commercial practices directive (2005/29/EC) on contract law*, Florence: European University Institute, EUI PhD theses, 2014 (en especial, pp. 148 y 149), en <https://hdl.handle.net/1814/34559> (consulta: 2 febrero 2022); WHITTAKER, S., «The relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and national contract Laws», en WEATHERILL y BERNIZ (Dirs.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 155; MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones...», cit., *passim*;

³⁰⁴ Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>

³⁰⁵ DUROVIC, M., *European law on unfair...», cit., passim*; de hecho, la propia LCD tipifica algunas conductas típicas de ejecución contractual como ilícitos de deslealtad. Así ocurre, por ejemplo, con la práctica consistente en exigir al consumidor que reclama la indemnización relativa a un contrato de seguro la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños de él derivados, o la relativa a dejar sin responder de manera sistemática la correspondencia referente a esta materia con la finalidad de disuadir al consumidor del ejercicio de los derechos que la ley le reconoce (art. 31.1 LCD).

³⁰⁶ Más información en GARCÍA PÉREZ, R., «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones», *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009, pp. 719 y 720.

doctrina alemana estudiosa de la competencia desleal ya no se refiere a este sector del ordenamiento como Derecho de la competencia desleal, sino como «Derecho de la deslealtad comercial» o «de la lealtad comercial» (*Lauterkeitsrecht*), lo que además se ha traducido en una revitalización de los estudios doctrinales relativos a las relaciones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos³⁰⁷.

4º) En cuarto y último lugar, interesa dejar constancia de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece confirmar la interpretación que acabo de sostener y argumentar, favorable a aceptar el encaje de la noción de contrato (o cláusula negocial) dentro de los conceptos de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) y de acto de competencia (LCD). En concreto, así cabe inferirlo de dos sentencias de destacada relevancia en esta materia, en la medida en que atribuyen la condición de práctica comercial desleal a determinadas cláusulas negociales incluidas en contratos de consumo. Me refiero, por un lado, a la sentencia de 15 de marzo de 2010, dictada en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič*³⁰⁸, y, por otro, a la sentencia de 2 de febrero de 2023, que resuelve el asunto C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*³⁰⁹. En la primera de ellas (asunto C-453/10: *Pereničová y Perenič*), ante la cuestión planteada por el tribunal remitente en relación a «si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29», encajable —en particular— en las conductas engañosas, el Alto Tribunal europeo responde que «una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal (...), constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29». A lo que seguidamente añade que, dado que «la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, lo que corresponde verificar al juez nacional, esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva»³¹⁰. Y la misma dirección sigue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) en la sentencia del asunto C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*³¹¹. En ella el Alto Tribunal manifiesta con claridad su opinión favorable a entender que la firma por un sujeto que actúa en condición consumidora de un contrato de seguro que no cumple las exigencias del hoy conocido como control de transparencia material o cualificado (con referencia al control dirigido a garantizar que en el momento de la celebración del contrato el consumidor posea un cabal

³⁰⁷ GARCÍA PÉREZ, R., "La reforma contra el Derecho de la competencia desleal...", *cit.*, pp. 323 y ss.

³⁰⁸ En <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6DF380194888A48D7C06EDD487EA338C?text=&docid=120442&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=132127>

³⁰⁹ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0208>

³¹⁰ Sobre esta STJUE: KEIRSBILCK, B., «The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: *Pereničová and Perenič*», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 247 y ss., en <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/50.1/COLA2013012> (consulta: 2 de febrero de 2023); DUROVIC, M., *The impact of the unfair commercial practices...*, *cit.*, pp. 164 a 166; GARCÍA PÉREZ, R., «Unión Europea: Una cláusula contractual puede constituir una práctica comercial engañosa (Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Pereničová, Perenič y SOS financ*)», *Actas de Derecho Industrial*, t. 32, 2011-2012, pp. 800 y ss. También de interés las extensas consideraciones que sobre esta materia realiza la Abogada General, Sra. TRSTENJAK, en sus conclusiones presentadas a este mismo asunto (el C-453/10: *Pereničová y Perenič*). Dichas consideraciones le llevan a concluir que «la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento de un profesional que indica en el contrato una TAE inferior a la real, cumple los criterios para ser calificado de práctica comercial desleal» (apartado 108).

³¹¹ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0208>

conocimiento del objeto principal o parte económica del negocio³¹²) constituye una práctica comercial desleal en el sentido en que se define esta figura en la Directiva 2005/29/CE. Sostiene, en concreto, el Tribunal que en este caso podríamos estar ante una práctica engañosa del artículo 5.4 de la Directiva 2005/29/CE; aunque parece inclinarse más por considerarla una omisión engañosa del artículo 7 de esa misma Directiva. Sobre todo, porque a esta calificación conduce el hecho de que un contrato tipo omita, oculte o comunique de forma poco clara, ininteligible o ambigua información contractual esencial con el resultado final de no permitir al consumidor «comprender la naturaleza y la configuración del producto de seguro ofrecido ni los riesgos que conlleva, ni elegir, así, con conocimiento de causa el producto de seguro que mejor se ajuste a sus necesidades»³¹³.

³¹² Para más información remito a mi trabajo «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1 y ss., disponible en la dirección web: <https://indret.com/el-control-de-transparencia-de-condiciones-generales-y-clausulas-predispuestas-en-la-contratacion-bancaria/> (consulta: 2 febrero 2022).

³¹³ Al respecto v. mis reflexiones en «La condición de práctica comercial desleal atribuible a un clausulado predispuesto no transparente firmado por un consumidor», en <https://www.dr-a.es/consejo-academico> (consulta: 28 febrero 2023). En todo caso, ha de subrayarse que esta forma de razonar del TJUE no se concilia bien con otra línea jurisprudencial seguida por este mismo tribunal en el ámbito de los contratos de consumo celebrados a través de condiciones generales o clausulados predispuestos. Me explico: 1º) Según la STJUE de 2 febrero 2023, el clausulado contractual no transparente, analizado desde la perspectiva que ofrece la normativa reguladora de la competencia desleal a los consumidores, en la medida en que no permite al consumidor comprender la naturaleza y configuración del producto contratado (un seguro colectivo) y de los riesgos que a él se anudan, ha de considerarse una práctica desleal engañosa en el sentido de la Directiva 2005/29/CE. 2º) Sin embargo, cuando el TJUE analiza las cláusulas negociales no transparentes desde la perspectiva del Derecho contractual de consumo, la conclusión a la que llega puede ser distinta. Como se sabe, desde esta otra óptica, el TJUE ha optado por sostener que la no transparencia material de una cláusula predispuesta conlleva la reactivación del control de contenido o abusividad. Razón por la cual nada impide que una cláusula relativa al objeto principal o entramado económico del contrato merezca considerarse no transparente (en sentido material) y, sin embargo, se reputa finalmente lícita por superar el control de contenido o abusividad. Esta forma de enfocar el asunto no parece razonable. En los dos casos, esto es, tanto si el análisis se realiza desde el punto de vista que ofrece la Directiva 2005/29/CE como se si se hace desde el ángulo que proporciona la Directiva 93/13/CE, el bien jurídico protegido es el mismo: el derecho del consumidor a elegir con conocimiento de causa (libertad de saber) el bien o servicio que desea contratar. Por ello, si dicho bien jurídico resulta lesionado, las cláusulas causantes de la lesión, ya sea en su condición de prácticas comerciales o de estipulaciones negociales predispuestas, habrían de merecer la sanción de la ilicitud. No cabe perder de vista al respecto el carácter unitario del ordenamiento y su necesaria coherencia valorativa interna. Cierto es que en la Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (*cit. supra*) la Comisión realiza unas interesantes consideraciones acerca de la abusividad de una cláusula predispuesta por falta de transparencia; en concreto, en su apartado 3.4.6. intitulado «Pertinencia de la falta de transparencia para el carácter abusivo de las cláusulas contractuales» (pp. 34 y ss.). En él, tras exponerse (en la dirección seguida por el TJUE) que «[l]a falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva», se añade que «en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles (...), esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva (...), o incluso puede indicar su carácter abusivo». Y en esta misma dirección se afirma más adelante que, «dependiendo del contenido de la cláusula del contrato en cuestión y a la luz del efecto de la falta de transparencia, *el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionado con la falta de transparencia, o incluso indicar esta un carácter abusivo*» (la cursiva se corresponde con la letra en negrita que figura en la Comunicación). Y lo anterior se completa con la siguiente afirmación: «Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados. De hecho, cuando los consumidores se encuentran en una posición desventajosa a causa de cláusulas contractuales poco claras, ocultas o engañosas, o cuando no se proporcionan las explicaciones necesarias para comprender sus implicaciones, es poco probable que el profesional esté tratando de manera justa y equitativa al consumidor y tomando en cuenta sus legítimos intereses». Más información en mi trabajo «Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022, pp. 137 y ss., disponible para consulta en <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2022/11/RDSF-num.-4-2-2022-111-155.pdf> (consulta: 20 febrero 2023), y en ORLANDO, S., "The use of unfair contractual terms as an unfair

Una vez me he decantado por la posible aplicación de la LCD a las cláusulas que se analizan, es el momento de concretar si tienen encaje en alguna cláusula especial de deslealtad o, en su caso, en la cláusula general. Al respecto, hay quien se ha posicionado a favor de entender que este tipo de cláusulas (o, mejor, las prácticas mordaza o antirreseña que de ellas se derivan) merecerían considerarse actos de violación de normas de los regulados por el artículo 15.1 LCD que, como se sabe, reputa desleal «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes», exigiendo que la ventaja aludida sea «significativa»⁵¹⁴. Para defender esta solución se emplea básicamente la siguiente argumentación: 1º) Se parte de la existencia de consenso en nuestra comunidad jurídica a la hora de entender que las normas reguladoras de los derechos de la personalidad (entre las que hay que situar las que reconocen y garantizan el derecho a la libertad de expresión)⁵¹⁵ carecen de la consideración de normas jurídicas relevantes a los efectos del artículo 15.1 LCD. Y ello se fundamenta en el hecho de que sus posibles infracciones afectan únicamente a los titulares afectados, quienes pueden defenderse de ellas mediante el ejercicio de las oportunas acciones legales que el ordenamiento pone a su disposición⁵¹⁶. 2º) Pero se intenta superar la anterior objeción arguyendo que las estipulaciones mordaza o antirreseñas, dada su funcionalidad dirigida a cercenar la libertad de expresión de los consumidores y usuarios, no afectan exclusivamente a dichos sujetos, sino que poseen un alcance considerablemente más amplio. En concreto —se añade—, dichas cláusulas benefician a los operadores económicos que las imponen, al impedir que sus prestaciones empresariales puedan ser criticadas, y, subsiguientemente, perjudican a quienes no las utilizan, con la consecuente afectación de la *par condicio concurrentium*, que constituye la base y razón de ser del artículo 15 LCD⁵¹⁷.

commercial practice", artículo académico publicado en *European Review of Contract Law*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 25 y ss. y accesible en <https://doi.org/10.1515/ercl.2011.25> (consulta: 20 febrero 2023).

⁵¹⁴ En concreto, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 93 y 94.

⁵¹⁵ ENCABO VERA, M. A., *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 19 y ss. y, en especial, pp. 69 y ss.

⁵¹⁶ Así, entre otros: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991 pp. 673 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J. y SOLER MASOTA, P., «Artículo 15. Violación de normas», en MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 436 y 437.

⁵¹⁷ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 93 y 94. Que la *par condicio concurrentium* constituye el fundamento del artículo 15 LCD es un dato en relación con el cual existe un grado de consenso casi unánime en nuestra comunidad jurídica, si bien no total (pues hay quien sitúa el fundamento del precepto en una interpretación finalista de la norma: GARCÍA PÉREZ, R., «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 241 y ss.). Como se sabe, afirmar que la *par condicio concurrentium* está detrás del artículo 15 LCD significa que a través de este precepto no se trata de garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas, sino de evitar que los empresarios y profesionales obtengan ventajas competitivas del incumplimiento de la normativa que les resulta aplicable y basen en ellas sus estrategias y políticas empresariales: así, además de los clásicos trabajos de ALFARO y MASSAGUER citados *supra*, v., *ad ex.*: CARBAJO GASCÓN, F., «Artículo 15. Violación de normas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 411 y ss.; IDEM, «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir.) *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, t. II, 2014, pp. 1599 y ss.; EMPARANZA SOBEJANO, A., «Artículo 15. Violación de normas», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 255 y ss.; SOLER MASOTA, P., «Infracción de normas como acto de competencia desleal», en *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XI, CENDOJ, 2022, pp. 183 y ss.; PEÑAS MOYANO, B., «La violación de normas concurrenciales y o concurrenciales como actos de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 209 y ss.

A mi juicio, el encaje de las estipulaciones que analizamos en el artículo 15.1 LCD, aun cuando se admitiera, resulta de muy difícil o imposible aplicación práctica. Sobre todo, a la vista de los requisitos que han de cumplirse para ello, cuya concurrencia acumulativa ha de ser demostrada en cada caso por el denunciante del comportamiento desleal; a saber³¹⁸: 1º) Que tenga lugar la infracción de una norma jurídica (en el caso analizado las reconocedoras de la libertad de expresión a las que más arriba hubo ocasión de hacer referencia). 2º) Que de dicha infracción derive una ventaja competitiva para el infractor, entendiéndose ésta acaecida cuando el incumplidor mejora su posición de mercado respecto de sus competidores; sobre todo, cuando resulta habilitado para lanzar ofertas comerciales de forma más atractiva a cómo lo venía haciendo con anterioridad a la infracción³¹⁹. 3º) Que la ventaja competitiva obtenida sea significativa, lo que normalmente se producirá en casos de vulneración sistemática de una misma norma, pues no es normal que ventajas aisladas se traduzcan en ventajas competitivas relevantes³²⁰. 4º) Por último, que el infractor se prevalga de dicha ventaja en el mercado, esto es, que tenga repercusión en su posición competitiva o en la de un tercero, pues de lo contrario no se verá afectada la *par condicio concurrentium* y, consecuentemente, la infracción normativa no podrá hacerse acreedora del reproche de deslealtad previsto en el artículo 15.1 LCD.

A la vista de estas exigencias, no parece una labor sencilla para los posibles denunciante (por ejemplo, una asociación profesional o protectora de los intereses de los consumidores y usuarios) demostrar que, a través de la inserción de cláusulas mordaza en los contratos celebrados con su clientela, un determinado empresario o profesional está conculcando el artículo 15.1 LCD. Por ello podría resultar procedente recurrir a otra cláusula especial de la LCD que proporcione, con mayor simplicidad, cobertura a las prácticas derivadas de las cláusulas mordaza objeto de atención. Estoy pensando, en concreto, en el artículo 27.8 LCD. En especial, en el segundo tipo de conductas que en él se tipifican, relativas a la distorsión de las reseñas. La argumentación justificadora de esta solución podría ser la siguiente: 1º) Las prácticas derivadas de una estipulación mordaza o antirseña tienen un evidente carácter negativo, toda vez que consisten en un no hacer: no emitir juicios valor sobre los bienes adquiridos, los servicios contratados o las cualidades de los empresarios en el cumplimiento de sus obligaciones negociales. 2º) Con la imposición de tales cláusulas y, por ende, de esas obligaciones de no hacer, los empresarios y profesionales logran un efecto similar al que conseguirían a través de una manipulación de las reseñas: la no publicación de opiniones negativas relativas a sus prestaciones empresariales y servicios de atención a la clientela. 3º) En cierto sentido, el efecto aludido guarda alguna similitud (sin perjuicio de su mayor gravedad) con el que deriva de algunas conductas que, a mi juicio, han de entenderse comprendidas dentro del concepto de manipulación *ex* artículo 27.8 LCD: la publicación inmediata sólo de las reseñas positivas y el retraso sistemático en publicar las negativas, o la eliminación de las reseñas negativas. En suma, desde este punto de vista,

³¹⁸ V. la doctrina *cit. supra*, en nota precedente.

³¹⁹ Según la SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL de Zamora, de 21 de octubre de 2007, esta exigencia implica «que la violación de la norma jurídica permita al infractor un ahorro de costes de tiempo, o bien de inversión de recursos o elementos materiales, inmateriales, o de otra índole personal, con el consecuente margen comercial de beneficios».

³²⁰ A juicio del TS, la ventaja obtenida por el infractor es significativa cuando como consecuencia de la infracción «se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores» a favor del sujeto infractor: STS 512/2005 (Sala 1ª), de 24 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL; disponible en <https://vlex.es/vid/competencia-desleal-15-1-18040577>. Crítico con esta interpretación de los términos ventaja significativa se manifiesta BERCOVITZ, quien pone de manifiesto que «si hay que esperar a que se haya desviado la clientela, entonces el mal producido por la competencia desleal será ya irreparable en la mayoría de los casos»: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A, *Apuntes...*, *cit.*, p. 435.

habría que defender una noción amplia del término «distorsionar» ex artículo 27.8 LCD que abarcase también aquellos supuestos en los que se impone a los clientes (con sus correspondientes cláusulas penales en muchos casos) la obligación de no emitir reseñas. Lo que explicaría la aplicación del artículo 27.8 LCD a este tipo de estipulaciones o, más propiamente, a las prácticas mordaza o antirreseñas que de ellas traen causa.

Ahora bien, soy consciente de que insertar las prácticas analizadas en el artículo 27.8 LCD es, probablemente, demasiado forzado. Por ello sería tal vez más oportuno recurrir a la cláusula general de la deslealtad en su formulación relativa a las relaciones de consumo (artículo 4 LCD). Bien entendido que para proceder de este modo habría que admitir, por un lado, que la infracción de normas reconocedoras del derecho a la libertad de expresión, en su condición de reguladoras de un derecho de la personalidad, queda extramuros del artículo 15.1 LCD³²¹, y, por otro, que el artículo 27.8 LCD no es idóneo para aplicarse al asunto que se analiza, sobre la base de entender que una cosa es distorsionar reseñas y otra muy distinta impedir que éstas se emitan³²². La razón de lo que acabo de expresar tiene fácil explicación. Existe pleno consenso en nuestra comunidad jurídica acerca de la improcedencia de aplicar la cláusula general prohibitiva de la deslealtad concurrencial a conductas reguladas en otras cláusulas especiales, pero que no merecen la consideración de desleales por no cumplir los requisitos en ellas establecidos³²³. De donde resulta que en el caso analizado sólo será posible emplear la cláusula general de la deslealtad si se acredita la no subsunción de la conducta (cláusula/práctica mordaza o antirreseña) en ninguna cláusula especial y, en particular, en la cláusula relativa a la violación de normas del artículo 15.1 LCD y en la prohibitiva de la distorsión de reseñas del artículo 27.8 LCD. Por consiguiente, la ilicitud de las cláusulas mordaza o antirreseñas encontraría su fundamento en la contravención de la cláusula general de la buena fe objetiva.

³²¹ En la dirección que (siguiendo casi *ad pedem literae* a la doctrina citada más arriba; en concreto, a MASSAGUER), reproduce la Sentencia, de 18 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, *cit. supra*.

³²² Al parecer, ésta es la opinión de MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 93 y 94, que, al analizar esta materia, ve la posibilidad de aplicarle al artículo 15.1 LCD, en los términos expuestos en el texto, descartando el recurso al artículo 27.8 LCD. En todo caso, digo que, *al parecer*, es su opinión por cuanto que lo cierto es que dicho autor no se pronuncia de forma expresa sobre este asunto.

³²³ Al respeto, la doctrina jurisprudencial no deja lugar a dudas: Este precepto [con referencia al artículo que consagra la cláusula general] "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del artículo 5 LCD-, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre, y 720/2010, de 22 de noviembre). (...) como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica que tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta (STS 468/2013 -Sala 1ª-, de 15 de julio de 2013. ECLI:ES:TS:2013:4498. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO; disponible en <https://vlex.es/vid/464711062>).

5. A modo de epílogo: valoración de esta regulación y de su incorporación al ordenamiento español

Quiero finalizar con una valoración de la normativa que ha constituido el principal objeto de estudio de este trabajo. Para ello, empezaré realizando un juicio global que, pese a ser esencialmente positivo, irá acompañado de una crítica a algunos extremos susceptibles de mejora [*infra*, 5.1]. Seguidamente, centraré mi reflexión en cómo el legislador español ha incorporado la normativa analizada a nuestro ordenamiento [*infra*, 5.2].

5.1. Juicio global positivo de esta regulación pero crítico con algunos de sus extremos

En líneas generales, he de valorar positivamente la decisión del legislador comunitario de incluir en la Directiva (UE) 2019/2161 determinadas normas destinadas a evitar la realización de malas prácticas de mercado en relación con las reseñas de bienes y servicios y, en suma, a remediar (en la medida de lo posible) las disfunciones o irregularidades que afectan al sistema de reseñas, tan ampliamente difundido, sobre todo en el entorno digital o electrónico (*e-commerce*). Es verdad que, con anterioridad a la aprobación de la referida Directiva, la persecución de estos comportamientos contrarios al principio de la buena fe ya podía hacerse realidad a través de las normas sobre prácticas engañosas de la Directiva 2005/29/CE. Y no menos cierto es también que a ese mismo resultado podía llegarse en nuestro país desde la entrada en vigor de la LCD. No en vano, uno de sus objetivos principales, desde su originaria y plausible redacción de 1991, consistió en evitar la comisión de conductas susceptibles de ocasionar engaño a los consumidores y usuarios, afectando a su *libertad de saber*, dentro de las cuales tienen encaje las prácticas desleales sobre reseñas a las que ha prestado atención la Directiva (UE) 2019/2021³²⁴. Ahora bien, desde mi punto de vista, es loable que el legislador contemporáneo haya puesto el foco de atención, entre otras conductas propias del mercado digital, en las reseñas online de bienes y servicios. Sobre todo, porque es de esperar que dicha normativa contribuya a la transparencia en dicho ámbito. En este sentido, no puedo sino coincidir con quien, tras expresar que la regulación de las reseñas es un «objetivo legítimo del legislador europeo», sostiene que las medidas adoptadas al respecto por la Directiva (UE) 2019/2161 deben ser consideradas «importantes para mejorar la posición del consumidor»³²⁵. Empero, esta opinión positiva de la actuación legislativa en materia de reseñas impulsada desde Bruselas no me impide valorar críticamente (aunque con ánimo constructivo) algunos extremos de las nuevas normas sobre reseñas contenidas en la Directiva (UE) 2019/2161:

1ª.- En primer lugar, he de hacer constar, en la dirección en la que ya tuve ocasión de manifestarme *supra*, que no me parece acertada la opción del legislador comunitario de referirse

³²⁴ De hecho, el modelo social o institucional al que obedece la LCD se caracterizó, entre otros rasgos, por ubicar en un lugar destacado del sistema represor de la competencia desleal a los intereses de los consumidores y usuarios, lo que fue oportunamente anunciado por el Preámbulo de la LCD en los siguientes términos: «Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo (...)».

³²⁵ Así, expresamente: WINNER, M., «La regulación jurídica...», *cit. supra*; en similares términos, *ad ex.*, DUROVIC, M., «Adaptation of consumer law to the digital age...», *cit.*, p. 12; y GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 554 (cierto es que en otro trabajo DUROVIC, en coautoría con otro autor, ofrece más cautelas a una valoración positiva de la regulación de las reseñas en la Directiva UE 2019/2161, por entender que se queda corta en las medidas adoptadas: DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 148).

con el término «producto» tanto a bienes como a servicios. No creo necesario tener que añadir nada más al respecto. Más arriba ya tuve ocasión de exponer las razones que me llevan a pensar de este modo. Tan solo me limitaré a reiterar aquí que, en mi opinión, es preferible diferenciar entre bienes y servicios o, en todo caso, emplear el término «prestación», que es el elegido y utilizado de modo preferente por nuestra LCD.

2ª.- Por otra parte, no llego a comprender las razones por las que el legislador europeo se decanta por emplear en la normativa analizada el vocablo «reseña», salvo a la hora de redactar una de las conductas consideradas *per se* desleales, donde opta por añadir a dicho término el vocablo «aprobación». Como se ha podido comprobar con anterioridad, este dato lleva a un sector de la doctrina a preguntarse (a mi juicio, artificialmente) si el ámbito de aplicación de la norma que alude tanto a reseñas como a aprobaciones es más amplio que el de las restantes, que sólo hablan de reseñas. Aunque, a mi juicio, esta cuestión debe resolverse en sentido negativo, lo cierto es que la regulación estaría más clara si el legislador hubiese optado por emplear en todos los casos el término reseña.

3ª.- Además, en estrecha conexión con lo que acabo de indicar, considero conveniente e incluso necesario, con vistas a evitar equívocos, que esta normativa hubiese proporcionado una definición legal de «reseña», de forma similar a lo que hacen, por ejemplo, el legislador francés o la norma ISO 20488:2018, en los términos expuestos *supra*. Se me podrá objetar que el silencio legal en esta materia no es total, pues la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE realiza algunas interesantes precisiones al respecto. Ahora bien, no puede perderse de vista que una Guía es sólo un documento orientativo, como lo advierte la misma Guía relativa a la Directiva 2005/29/CE cuando afirma que «solamente el texto de la propia legislación de la Unión tiene validez jurídica»³²⁶.

4ª.- Por otro lado, y por las mismas razones que acabo de exponer, entiendo que habría sido también conveniente que la Directiva (UE) 2019/2161 ofreciera una noción de «sitio de reseñas». Es cierto que la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE se refiere a ellos, incluyendo como tales a los mercados en línea, los motores de búsqueda, las herramientas comparativas, las redes sociales y los espacios web especializados en la valoración de viajes. Pero, como acabo de expresar, la Guía carece de validez jurídica y posee sólo un valor meramente orientativo. Dado que el legislador comunitario tiene una acusada inclinación a ofrecer definiciones de los principales términos utilizados en sus normas, no habría estado mal que en este caso hubiera elaborado unas nociones de reseña y de sitios de reseñas relevantes a los efectos de esta regulación.

5ª.- Otra consideración crítica me merece la norma de la Directiva (UE) 2019/2161 que establece la obligación del empresario (que facilita el acceso de la clientela a las reseñas) de informar de un dato esencial, como es el relativo a si «garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan (*sic*) a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto» (*sic*). En concreto, en lo que atañe a esta obligación de información me parecen censurables dos asuntos:

³²⁶ En concreto, en la *Introducción* de la *Guía* se dice (en lo que aquí interesa) lo que sigue: «Esta Guía se ha concebido estrictamente como un documento de orientación; solamente el texto de la propia legislación de la Unión tiene validez jurídica. Las interpretaciones fidedignas del Derecho deben derivarse del texto de la Directiva y directamente de las resoluciones del Tribunal de Justicia. La presente Guía tiene en cuenta las resoluciones del Tribunal de Justicia publicadas hasta octubre de 2021 y no predetermina la evolución de la jurisprudencia de dicho Tribunal».

— El primero se refiere a su diferente redacción en las distintas versiones de la referida Directiva. Y es que mientras la española se limita a disponer que el comerciante ha de informar de si garantiza que las reseñas publicadas pertenecen a consumidores reales y de cómo se procesan las reseñas, la versión francesa, por ejemplo (pero lo mismo puede decirse de la alemana o la inglesa), exige además informar de *las medidas adoptadas para llevar a cabo dicha garantía* («*si et comment le professionnel garantit que les avis...*»). No parece de recibo esta divergencia de redacciones. Sobre todo, porque puede desembocar en normas con tenores diversos en los distintos Estados miembros de la Unión. De hecho, como se ha podido corroborar más arriba, esto es precisamente lo que ha acontecido en este caso. Aunque el principio de interpretación del Derecho interno conforme a las Directivas permite superar este problema, hubiese sido deseable que se hubiese solucionado de raíz.

— El segundo aspecto que me parece susceptible de crítica versa sobre el Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/2161. Como se sabe, el legislador europeo se refiere en él a la obligación de información del comerciante, incorporada al apartado 6 del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE. En concreto, indica que la información que el comerciante (*rectius*, empresario o profesional) está obligado a proporcionar a los consumidores habrá de aludir a los procesos de verificación o garantía de autenticidad de las reseñas que se han utilizado, con especificación de si dichos procesos se han aplicado o no a la totalidad de reseñas que son accesibles a la clientela. Al respecto, coincido con quien ha puesto de manifiesto que el contenido de este Considerando debería haberse incluido en el articulado de la Directiva (UE) 2019/2161, lo que contribuiría a la seguridad jurídica en la materia³²⁷. Dado que no ha sido así, lo más sensato es postular una interpretación de la norma que sea conforme con el contenido del referido Considerando.

6ª.- También ha de censurarse al legislador comunitario (y tras él al español) que tipifique algunas conductas como desleales en cualquier circunstancia (deslealtad automática o *per se*) cuando ello no es realmente así. Me refiero, en concreto, a la práctica tipificada en el apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29/CE y el artículo 27.7 LCD, consistente en afirmar que las reseñas son añadidas por consumidores reales sin tomar medidas razonables y proporcionadas para garantizarlo. Como ya tuve ocasión de expresar al analizar esta conducta, el carácter no automático de su deslealtad obedece a que obliga al intérprete y aplicador de la norma a realizar juicios de valor para determinar si las medidas adoptadas por el empresario o profesional merecen o no los calificativos de razonables y proporcionadas. Para lo cual se requiere llevar a cabo un análisis detenido de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Como se ve, todas estas críticas (de pura técnica jurídica) pueden superarse sin excesiva dificultad mediante un adecuado uso de la hermenéutica. Desde el plano de la política legislativa, reitero que, en general, me parece acertada la intervención en materia de reseñas propiciada desde Bruselas. Sobre todo, por poner el foco en este nuevo instrumento de marketing tan ampliamente desarrollado en el entorno digital. De todos modos, una cosa es valorar positivamente la Directiva (UE) 2019/2161 en estos términos y otra que las normas dispuestas para ese fin lleguen a tener la efectividad que sería necesaria para poner remedio a las disfunciones o irregularidades que el legislador comunitario se propone corregir. Se explica así que alguna doctrina estudiosa de la Directiva ponga de manifiesto que la misma no llega a proporcionar un nivel adecuado de protección a los consumidores y usuarios en materia de reseñas. Y que, en coherencia con esta opinión, sugiera la adopción de otras medidas con vistas

³²⁷ WINNER, M., «La regulación jurídica...», *cit. supra*.

a mejorar la regulación actual³²⁸. Además, se ha de tener en cuenta que legislar sobre un determinado asunto supone siempre elegir una opción de entre varias posibles. Por lo que queda la duda acerca de si la opción elegida ha sido o no la más satisfactoria. Desde mi punto de vista, si se comparan las normas sobre reseñas de la Directiva (UE) 2019/2161 con otras posibles regulaciones, tal vez se aprecien algunas carencias en las normas finalmente aprobadas. En concreto, eso creo que ocurre al contrastar las normas de la Directiva (UE) 2019/2161 con las propuestas por el *Research Group on the Law of Digital Services* y por el *European Law Institutem*, plasmadas en el artículo 8 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* y en los artículos 5 a 7 de las *Model Rules on Online Platforms*³²⁹, respectivamente. Por ello otra opción posible habría consistido en fijar en la Directiva unos estándares de actuación en materia de reseñas y disponer que actúan deslealmente (por contravenir las exigencias de la diligencia profesional) quienes los incumplan. Los estándares en cuestión (tomados de los documentos de origen académico a los que me acabo de referir) podrían ser los siguientes: 1º) cuando el empresario afirma que las reseñas accesibles a la clientela provienen de consumidores y usuarios reales ha de garantizarlo mediante la adopción de medidas razonables y proporcionadas; 2º) cuando la reseña es incentivada, por haber sido solicitada a cambio de algún tipo de beneficio, habrá de indicarse dicha circunstancia; 3º) cuando el empresario rechaza una reseña, su autor debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y los motivos a los que obedece; 4º) el empresario está obligado a publicar las reseñas sin demora injustificada y de tal modo que los usuarios puedan verlas en orden cronológico; 5º) cuando el sistema de reseñas excluya las más antiguas, deberá informarse de dicha circunstancia a los usuarios, no pudiendo ser el período de exclusión superior a 12 meses; 6º) cuando las reseñas se expresen mediante una calificación global, deberá indicarse el número total de reseñas en que se basa la calificación.

5.2. Incorporación de esta normativa al ordenamiento español: persistencia de la desafortunada fragmentación del Derecho de la competencia desleal

Se estará de acuerdo en que en los últimos tiempos el legislador español nos tiene acostumbrados a seguir casi miméticamente a su homónimo europeo a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento una determinada Directiva. Por eso podría causar una cierta sorpresa que en este caso no haya procedido de igual modo. Me refiero, en especial, a la forma en la que ha insertado en nuestra legislación la obligación del empresario o profesional de informar a la clientela acerca de si garantiza o no que las reseñas provienen de consumidores reales. Como ha podido comprobarse *supra*, el legislador europeo ha optado por insertar la regla a la que me refiero dentro de la regulación de las prácticas engañosas por omisión; en concreto, en un nuevo apartado (el 6) del artículo 7 Directiva 2005/29/CE. En cambio, el legislador español se ha decantado por introducir esta obligación de información en el artículo 20.4 TRLGDCU, si bien

³²⁸ V. DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 149 a 151. Entre las medidas que proponen destacan: 1ª) Exigir a los autores de las reseñas que se identifiquen. Es verdad que emitir las reseñas de forma anónima, como ocurre en la mayoría de los sitios de reseñas, resulta atractivo para quienes las formulan, pues se sienten más libres a la hora de expresar sus verdaderas impresiones acerca de sus experiencias de mercado. Pero exigir a los consumidores que se identifiquen podría evitar las reseñas poco serias y las realizadas por los propios empresarios en perjuicio de sus competidores. Precisamente, ello explica que la norma ISO 20488:2018 excluya las reseñas anónimas 2ª) Establecer formas sencillas de facilitar información al consumidor. Esto podría hacerse realidad a través de la utilización de pequeños iconos dispuestos junto a las reseñas. Por ejemplo, un icono con un signo de exclamación podría ser especialmente útil en los sitios de reseñas abiertos para advertir a los consumidores y usuarios del riesgo de una reseña manipulada. Y un icono con un signo de dólar podría servir para informar al consumidor de que se encuentra ante una reseña incentivada (pues esta doctrina es favorable a la admisión de esta clase de reseñas, aunque dentro de ciertos límites).

³²⁹ A ambos documentos me referí *supra*, en el epígrafe 1.3.

realizando una remisión expresa al artículo 7 LCD relativo a las omisiones engañosas, al disponer en el artículo 20.6 TRLGDCU que la infracción de la obligación establecida por el artículo 20.4 TRLGDCU constituye una práctica desleal en el sentido del artículo 7 LCD. En todo caso, la sorpresa a la que me refiero se desvanece tan pronto se conoce el modo en que viene actuando el legislador español, desde hace ya algunos años, a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento los mandatos de las Directivas europeas en materia de competencia desleal. Su proceder, como se sabe, ha consistido en partir la regulación de las prácticas comerciales entre la LCD y el TRLGDCU. Así ha acontecido, sobre todo, a partir de la Ley 29/2009, que ubicó en el TRLGDCU (en concreto, en su artículo 20) la información necesaria que los empresarios y profesionales han de suministrar a los consumidores y usuarios en lo que atañe a la oferta comercial de bienes y servicios. Por eso no sorprende que haya sido en el artículo 20.4 TRLGDCU en donde el legislador ha ubicado la obligación del empresario de informar a los consumidores y usuarios acerca de si garantiza o no que las reseñas accesibles a la clientela provienen de consumidores reales, aunque reenviando en el artículo 20.6 TRLGDCU al artículo 7 LCD con la finalidad de reputar omisión engañosa el incumplimiento de dicha obligación. Desde mi punto de vista, esta forma de legislar ocasiona algunas disfunciones que podían haberse evitado de no haberse optado por la fragmentación de la disciplina de la competencia desleal que la reforma de 2021 (*ex* Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre) ha venido a reforzar. Estas disfunciones podrían explicarse del modo siguiente:

1º) Por un lado, habrá de aceptarse que si el empresario o profesional omite la información sobre reseñas a la que resulta obligado por el artículo 20.4 TRLGDCU, dicha conducta no merecerá de forma automática el reproche de deslealtad en aplicación del artículo 7 LCD. Antes bien, para llegar a esa conclusión tendrá que valorarse si dicha omisión es susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor medio. No otra cosa se infiere del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE que, al exigir una valoración del impacto que la práctica comercial causa en la decisión de mercado del consumidor, opta por descartar un juicio automático de la deslealtad por omisión. Y lo mismo se deduce del artículo 7 LCD. Naturalmente, cosa distinta será que el empresario asevere garantizar la autenticidad de las reseñas sin adoptar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que tales reseñas provienen de consumidores reales. En este caso, como se sabe, incurrirá en la práctica desleal tipificada en el apartado 23 ter del Anexo I Directiva 2005/29/CE y en el artículo 27.7 LCD. Por cierto que, como hubo ocasión de señalar *supra*, dicha práctica se configura legalmente desleal *per se* cuando, sin embargo, exige realizar juicios de valor acerca de si las medidas adoptadas merecen considerarse o no razonables y proporcionadas en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

2º) Ahora bien, una vez sentada la idea anterior, cabría preguntarse si sería posible en nuestro Derecho reputar la conducta que se analiza (infracción de la obligación de información del artículo 20.4 TRLGDCU) como automáticamente desleal en aplicación de alguna otra norma jurídica. A mi juicio, esta pregunta merece una respuesta afirmativa. Entiendo (aunque puedo estar equivocado) que esa otra norma bien podría ser el artículo 15.2 LCD, que tipifica como desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». De su lectura (en contraste con lo dispuesto en el artículo 15.1 LCD) se deduce que quien solicita ante los tribunales una declaración de deslealtad con fundamento en esta norma sólo está obligado a demostrar que se ha producido la infracción de una norma concurrencial. A estos efectos, cabe considerar que son normas concurrenciales las que «prohíben, limitan o condicionan el desarrollo de actividades o estrategias para la captación,

configuración o mantenimiento de relaciones con proveedores, clientes o consumidores»³³⁰. Pues bien, desde mi punto de vista, el artículo 20.4 TRLGDCU, que obliga al empresario a informar sobre si garantiza o no la autenticidad de las reseñas, habría de recibir la consideración de norma concurrencial. Razón por la cual su infracción caería dentro de la red de deslealtad del artículo 15.2 LCD.

Las consideraciones precedentes conducen a constatar que nos encontramos aquí ante un concurso de normas: el artículo 7 LCD (*ex* remisión expresa proveniente del artículo 20.4 TRLGDCU) y el artículo 15.2 LCD (en el sentido que acabo de exponer). Dicho concurso debe resolverse por el principio de especialidad, esto es, de conformidad con el apotegma clásico según el cual la ley especial desplaza a la general (*lex ex specialis derogat generali*). Por consiguiente, siendo en este caso la norma especial el artículo 7 LCD, por reenviar expresamente a ella un precepto regulador de las reseñas de bienes y servicios, habrá de ser dicha norma la aplicable. Aunque no debe perderse de vista la disfunción que supone que para aplicar el artículo 7 LCD se tenga que analizar en cada caso cómo influye el incumplimiento de la obligación de informar en el comportamiento económico del consumidor medio, frente a lo que se infiere del artículo 15.2 LCD, donde el legislador hace acreedor del reproche de deslealtad al comportamiento consistente en la mera infracción de una norma concurrencial.

Por otra parte, pero como consecuencia también de la fragmentación o «pulsión disgregadora» (Massaguer)³³¹ del Derecho de la competencia desleal español, se ha de tener en cuenta que en nuestro ordenamiento constituye una infracción de consumo la realización de cualquier práctica comercial sobre reseñas proveniente de la Directiva (UE) 2019/2161. Así lo corrobora el artículo 47.1 letra m) del TRLGDCU. Su redacción no deja lugar a dudas, al tipificar expresamente como infracción en materia de consumo «el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios». De modo que las prácticas desleales contra los consumidores se hacen acreedoras de un doble reproche de ilicitud. Por un lado, constituyen un ilícito en el ámbito jurídico privado, perseguible (y, en su caso, condenable) a través de la normativa represora de la competencia desleal (LCD). Pero, al mismo tiempo, conforman un ilícito jurídico público de carácter administrativo, cuya persecución (y eventual sanción) ha de encauzarse a través de la normativa protectora de los consumidores y usuarios (TRLGDCU).

Cabe, por tanto, concluir que la reforma en materia de competencia desleal acometida por el legislador español en 2021 supone un reforzamiento de la tendencia disgregadora en la que vive inmerso el Derecho español de la deslealtad concurrencial, principalmente a partir de 2009. Desde ese momento se han ido dando pasos al frente que han supuesto un fortalecimiento de dicha tendencia. Primero, a través de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual³³², que prohibió y condicionó algunas formas de publicidad (como, *ad ex.*, el emplazamiento de producto). Después, mediante la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria³³³, que reguló ciertos actos de competencia desleal (como, *ad ex.*, la gestión de marcas). Finalmente (de momento), a través del Real Decreto-Ley 24/2021 que, en lo que aquí especialmente interesa, no ha insertado en el articulado de la LCD la totalidad de la normativa sobre reseñas proveniente de Bruselas, sino que se ha valido también del TRLGDCU; en concreto, de su artículo 20, apartados 4, 5 y 6, en los términos más

³³⁰ MASSAGUER FUENTES, J., «Treinta años...», *cit.*, p. 93.

³³¹ *Ibidem*, p. 88.

³³² BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010.

³³³ BOE núm. 185, de 3 de agosto de 2013.

arriba analizados. Obviamente esta fragmentación o disgregación de la disciplina de la competencia desleal es una cuestión opinable. Como suele decirse, «para gustos los colores» (*gustibus non disputadum*). A mí, en cualquier caso, no llega a convencerme³³⁴. Me hubiera parecido más plausible haber hecho lo necesario para que la deslealtad concurrencial esté regulada por entero en la LCD. Con una sola salvedad: el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)³³⁵ que, como se sabe, lleva a cabo una conexión del ilícito de deslealtad con el *antitrust* para perseguir aquellas prácticas concurrenciales que, no siendo colusorias ni abusivas de posiciones de dominio, afectan al interés público por poseer impacto de mercado³³⁶. Aunque la utilización por la autoridad *antitrust* española de este precepto ha sido limitada, siempre he creído en su potencialidad para coadyuvar a un orden concurrencial más saneado. Además, dicha norma reviste una significación especial en el plano dogmático relativo a la construcción del sistema de ilícitos del entero Derecho de la competencia, a cuya tarea está especialmente llamada la doctrina (Larenz)³³⁷. Sobre todo, porque coadyuva a clarificar las relaciones entre las dos grandes leyes que conforman el Derecho de la competencia en lo que atañe a las conductas de mercado: la LCD y la LDC³³⁸. En cualquier caso, este asunto se extralimita claramente del propósito aquí perseguido, por lo que es ya el momento de poner punto final a este trabajo.

6. Bibliografía

ACEDO PENCO, Ángel, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núms. 14-15, 1996-1997.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Un apunte sobre la Drittwirkung», entrada de blog disponible en: <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/2019/10/un-apunte-sobre-la-drittwirkung.html> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

— «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 57 a 122, artículo académico disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122 (última consulta: 20 de febrero de 2023).

— «Competencia desleal por infracción de normas», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991.

ALONSO, Marta, «Ratifican la indemnización de 35000 euros al dueño de una clínica veterinaria por injurias en Internet», noticia de prensa disponible en la siguiente dirección electrónica:

³³⁴ Como tampoco convence, *ad ex.*, a CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 33 (de la versión manuscrita).

³³⁵ BOE núm. 159, de 04 de julio de 2007.

³³⁶ *Ad ex.*, entre los trabajos más recientes que abordan el artículo 3 LDC: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., «Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J. *et al.*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017, pp. 47 y ss.; CASADO NAVARRO, A., «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018, pp. 1 y ss.

³³⁷ V. su magistral *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducida por RODRÍGUEZ MOLINERO), Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

³³⁸ Al respecto me remito a las consideraciones que, en coautoría con Juan Ignacio FONT GALÁN, realizo en *Competencia desleal y antitrust...*, *cit.*, pp. 39 y ss.

<https://www.ifomo.es/articulo/cantabria/cantabria-ratifican-indemnizacion-35000-euros-dueno-clinica-veterinaria-injurias-internet/20220125191427214713.html> (última consulta: 16 de enero de 2023).

AREA TORRES, José Fernando, «Un particular deberá indemnizar con casi 35000 euros a una clínica veterinaria por una campaña de descrédito contra la misma en Internet», entrada de blog en: https://www.abogadopenalistaspontevedra.es/un-particular-debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-una-campana-de-descredito-contra-la-misma-en-internet_fb44253.html (última consulta: 16 de enero de 2023)

ARROYO AMAYUELAS, Esther., *La armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización*, *Working Paper* disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/148858> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE, «Question 7945 de M. Benjamin Dirx relatif aux Avis sur Internet et e-réputation», disponible en <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-7945QE.htm> (consulta: 30 de enero de 2023).

AUSTRALIAN CONSUMER AND COMPETITION COMMISSION, *Online reviews - a guide for business & review platforms*, 2013, disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/online-reviews-a-guide-for-business-review-platforms> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, «Actos de denigración y actos de comparación» en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

AXINTE, Mónica, «33 plataformas de puntuaciones de vendedor y reseñas de productos de Google», entrada de blog que puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://www.datafeedwatch.es/blog/plataformas-de-puntuaciones-google-shopping> (última consulta: 30 de diciembre de 2022).

BARNES, Wayne R., «The good, the bad, and the ugly of online reviews: The trouble with trolls and a role for contract law after the Consumer Review Fairness Act», *Georgia Law Review*, vol. 53, number 2, article 4, 2019, artículo académico que se encuentra disponible en: <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2291&context=facscholar> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

— «Confidentiality clauses in settlement agreements after the Consumer Review Fairness Act», *Florida State University Law Review*, January 1, 2022, artículo académico disponible en <https://ssrn.com/abstract=4016779> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

BECKER, Carsten, «Entscheidungshilfe Nutzerbewertung: Lösungsvorschläge zum Schutz vor Fake-Bewertungen», editorial disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://online.ruw.de/suche/pdf/wrp/wrp-12-2020-i-04d59e957db20b946292e45b448f9138.pdf> (última consulta: 3 de enero de 2023).

BELLATO, Beatrice, «Recensioni false o negative: quando è diffamazione», entrada de blog disponible en: <https://www.consulenzalegaleitalia.it/false-recensioni-online/> (última consulta: 30 de enero de 2023).

BELADÍEZ ROJO, Margarita, «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de Derecho privado o de Derecho público», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2021, artículo académico disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/686460> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

– «Artículo 3. Ámbito subjetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2011.

– «Artículo 2. Ámbito objetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, artículo académico disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2897> (última consulta: 2 de febrero de 2023)

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, «El delito de injurias», *Diario La Ley*, núm. 2, 1996.

BIFFARO, Luca, «Unfair commercial practices and online consumer reviews: the italian Triadviser case», *Rivista italiana di Antitrust*, núm. 1, 2015, pp. 181 y ss., artículo académico disponible en: https://web.archive.org/web/20180410114039id_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/11387/10565 (última consulta 2 de febrero de 2023).

BILBAO UBILLOS, Juan María, «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 2017, artículo académico en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-A-2017-10004100074 (última consulta: 20 de febrero de 2023).

– «La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares», artículo académico en https://alojamientos.uva.es/guia_docente/uploads/2013/482/46375/1/Documento32.pdf (última consulta: 20 de febrero de 2023).

– *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*, Ed. McGraw-Hill, 1997.

BLASCO, Barbara, «Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews, The italian perspective and comparatives profiles», *Comparative Law Review*, 24, 2018, artículo académico en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/jkapelanska,+06.+Blasco_131-154%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/jkapelanska,+06.+Blasco_131-154%20(2).pdf) (última consulta: 2 de febrero de 2023)

BOROWSKI, Martin, «La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 45, 2020, p. 3 y ss., artículo académico en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6327> (última consulta: 28 de febrero de 2023).

BRUNELLET, Jacqueline, «Publication de faux avis: première condamnation par la DGCCRF», entrada de blog disponible en <https://www.relationclientmag.fr/Thematique/customer-marketing-1251/veille-tribune-2152/Breves/Tribune-Publicationfaux-avis-premiere-condamnation-DGCCRF-365448.htm> (última consulta: 8 de enero de 2022).

BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf bei Nutzerbewertungen* (Schriftenreihe: «Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft»), Bonn. Oktober 2020, informe que se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_8.pdf?__blob=publicationFile&v=4 ; (última consulta: 3 de enero de 2023).

BUSTO LAGO, José Manuel, «Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

CALVERT, Clay, «Gag clauses and the right to gripe: The Consumer Review Fairness Act of 2016 & State efforts to protect online reviews from contractual censorship», 24 *Widener Law Review*, 203, 2018, artículo académico que puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1929&context=facultypub> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

CALVIÑO, Frank, «¿Qué es una reseña y cómo benefician a tu *ecommerce*?», guest post disponible en: <https://www.shopify.com/es/blog/15375945-por-que-los-duenos-de-tiendas-virtuales-deben-aprovechar-las-resenas-en-linea> (última consulta: 2 de enero de 2023).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario del artículo 3 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011.

— «Comentario del artículo 86 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011.

CARBAJO GASCÓN, F., «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (Dir.) *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, t. II, 2014.

— «Artículo 15. Violación de normas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2011.

CARILLO, Sara, *Le recensioni online nell'industria della ristorazione: la creazione di un Dizionario di content analysis e l'applicazione a un caso aziendale*, Università de Pisa, 2017, tesis doctoral disponible en <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-01302018-114209/> (última consulta: 10 de enero de 2023).

CARRASCO PERERA, Ángel, «Más allá de la venta a pérdida: las prácticas comerciales desleales en el Derecho sancionador de consumo», artículo académico disponible en <https://www.gap.com/publicaciones/mas-alla-de-la-venta-a-perdida-las-practicas-comerciales-desleales-en-el-derecho-sancionador-de-consumo/> (última consulta: 22 diciembre 2022).

CASADO NAVARRO, Antonio, «Prácticas desleales contra los consumidores en el mercado digital. A propósito de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, 2023.

— *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, 2023.

— «Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo de 2022, artículo académico disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/6680> (última consulta: 16 de enero de 2023).

— «Publicidad encubierta a través de influencers: normativa aplicable y régimen de responsabilidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 31, 2022.

– «Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores», en *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022.

– «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018.

CASANUEVA, Irene, «Condenado a indemnizar con 35000 euros a una clínica veterinaria por «orquestrar una campaña de descrédito» en Internet», noticia de prensa disponible en <https://confilegal.com/20210330-condenado-a-indemnizar-con-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-orquestrar-una-campana-descredito-en-internet/> (última consulta: 16 de enero de 2023).

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales», en *Actualidad Jurídica*, 155, 2006, artículo académico en <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1942> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

CEJMER, Zuzanna, «The shift of the marketing paradigm and its implications for brand-consumer communication», en GARCÍA MEDINA, Irene (Coord.), *Diálogos bilaterales entre investigadores de la Glasgow Caledonian University (Reino Unido) y la Universidad de Alicante (España)*, Colección Mundo Digital, Alicante, 2017.

CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet: comment leur faire confiance?», en <https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-avis-en-ligne.html> (última consulta: 30 de enero de 2023).

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen, «Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la *Drittwirkung*», *Revista Cortes Generales*, 61, 2004, p. 155 y ss., artículo académico en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/259> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

CLEMENT, «Avis consommateur: améliorez votre image et votre visibilité!» entrada de blog disponible en <https://www.guest-suite.com/blog/avis-consommateurs> (última consulta: 2 de enero de 2023).

COMISIÓN GENERAL DE COMERCIO, «La FTC demanda a comercializadores que usaron cláusulas mordaza, amenazas monetarias y demandas judiciales para impedir que los consumidores publicaran comentarios negativos sobre productos para perder peso de eficacia no comprobada», en <https://www.ftc.gov/es/noticias/la-ftc-demanda-comercializadores-que-usaron-clausulas-mordaza-amenazas-monetarias-y-demandas> (última consulta: 13 de enero de 2023).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC), «Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU», informe disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02721> (última consulta: 20 de diciembre de 2022).

COMUNIDAD DE MADRID, «Reseñas online. Cuidado con las reseñas falsas», disponible en <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/resenas-online-cuidado-resenas-falsas> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

CORTÉS, Iván, «¿Qué son las fake reviews?: todo lo que debes saber sobre las reseñas fraudulentas», entrada de blog disponible en <https://www.retailforum.es/fake-reviews-como-descubrir-su-autenticidad/> (última consulta: 11 de enero de 2023).

CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, artículo académico disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612> (última consulta: 3 de enero de 2023).

DE ELIZALDE IBARBIA, Francisco, «La Directiva (UE) 2019/2161 de modernización del Derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2021, artículo académico disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/734-3554-1-PB-4.pdf> (última consulta: 3 enero 2023).

DE FÉLIX PARRONDO, Esther, «Principales modificaciones de la Ley de Competencia desleal», artículo académico disponible en <https://studylib.es/doc/7454479> (última consulta: 28 de diciembre de 2022).

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, «El delito de amenazas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 1996.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021», *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021.

DUROVIC, Mateja, «Adaptation of consumer law to the digital age: The case of the new European Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law», *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, number 68 (2) 2020, artículo académico disponible en https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/129494821/Anali_clanak_MD.pdf (última consulta: 2 de febrero de 2023).

— *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, monografía disponible en <http://dx.doi.org/10.5040/9781782258148.ch-003> (última consulta: 2 de febrero de 2023)

— *The impact of the unfair commercial practices directive (2005/29/EC) on contract law*, Florence: European University Institute, EUI PhD theses, 2014, pp. 148 y 149, tesis doctoral disponible en <https://hdl.handle.net/1814/34559> (última consulta: 2 febrero 2022).

DUROVIC, Mateja y KNIPEKAMP, Tim, «Good advice is expensive—bad advice even more: the regulation of online reviews», *Law, Innovation and Technology*, vol. 14, n. 1, pp. 128 y ss., artículo académico disponible en <https://doi.org/10.1080/17579961.2022.2047523> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

EBERS, Martin, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret*, núm. 2, 2010, artículo académico disponible en <https://indret.com/de-la-armonizacion-minima-a-la-armonizacion-plena/> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, «Artículo 15. Violación de normas», en MARTÍNEZ SANZ, Fernando (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Tecnos. Madrid, 2009.

— «Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios», en *Revista de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010.

ENCABO VERA, Miguel Ángel, *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.

EUROPEAN COMMISSION, «Press release: Protecting consumers from misleading reviews: 55% of screened websites violate EU law», 20 January 2022, Brussels, noticia de prensa disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_394 (consulta: 2 de febrero de 2022).

— *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, estudio disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7d0b5993-7a88-43ef-bfb5-7997101db6d5> (última consulta: 3 de enero de 2023).

FEDERAL TRADE COMMISSION, «Consumer Review Fairness Act: What businesses need to know», noticia disponible en <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/consumer-review-fairness-act-what-businesses-need-know> (última consulta: 16 de enero de 2023).

— «Brings first case challenging fake paid reviews on an independent retail website», noticia disponible en <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftc-brings-first-case-challenging-fake-paid-reviews-independent-retail-website> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

FLAQUER RIUTORT, Juan., «Los retos legales de las *fake reviews* en el ordenamiento jurídico español», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 56, 2021 (versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

FONT GALÁN, Juan Ignacio y MIRANDA SERRANO, Luis María, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

FROCHOT, Didier, «Faux avis de consommateurs: à propos de la norme Afnor Z74-501», entrada de blog en <https://www.les-infostrateges.com/actu/faux-avis-de-consommateurs-a-propos-de-la-norme-afnor-z74-501> (última consulta: 30 de enero de 2023).

FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato. El último inciso del artículo 19.2 TRLGDCU*, Ed. J.M. Bosch, 2021.

FUERTES, Cristina, «Autoridad de normas de publicidad: Reino Unido», recurso disponible en [https://hmgong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_\(United_Kingdom\)](https://hmgong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_(United_Kingdom)) (última consulta: 6 de enero de 2023).

GAMELLA CARBALLO, Sandra: *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Editorial Sepin, Madrid, 2018.

GARCÍA PÉREZ, Rafael, «Unión Europea: Una cláusula contractual puede constituir una práctica comercial engañosa (Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Perenicová, Perenic y SOS financ*)», *Actas de Derecho Industrial*, t. 32, 2011-2012.

— «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012.

— «La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?», en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

— «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 18, 2007.

– «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones», *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009.

– «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta Jurídica*, núm. 242, mayo de 2006.

GARCÍA VIDAL, Ángel, «Nuevas prácticas comerciales prohibidas», artículo académico accesible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevas_practicas_comerciales_prohibidas.pdf (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

– «La reforma de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 29/2009», artículo académico disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-reforma-de-la-lcd-por-la-ley-29-2009/> (última consulta: 27 de diciembre de 2022).

GARFINKLE, Joshua, «The importance of anti defamation/negative review clauses in business contracts», en <https://www.linkedin.com/pulse/importance-anti-defamationnegative-review-clauses-joshua-garfinkle> (última consulta: 14 de enero de 2023).

GASCÓN, Marta, «Amazon presenta la primera denuncia en España contra una web de reseñas falsas», noticia disponible en <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/amazon-presenta-la-primera-denuncia-en-espana-contra-una-web-de-resenas-falsas-5070150/> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

GOLDMAN, Eric., «Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016», en *Michigan Telecom munications & Technology Law Review*, vol. 24, 2017, artículo académico disponible en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=mttlr> (última consulta: 12 de enero de 2023).

GONZÁLEZ, María Belén, «Las comunicaciones en el nuevo paradigma de marketing», en *Icono 14*, volumen 15 (2), 2017.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario, «Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust», en TATO PLAZA, Anxo, COSTAS COMESAÑA, Julio *et al.*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017.

GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel, «Comentario del Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, 2015.

GÓMEZ LOZANO, María del Mar, «Comentario del Artículo 10. Actos de comparación», en BERCOVITZ, Alberto, GALÁN CORONA, Eduardo, QUINTANA CARLO, Ignacio, GRACÍA-CRUCES, José Antonio (Dirs.), *Comentarios a la ley de competencia desleal*, 2011, Ed. Aranzadi (colección Grandes Tratados), 2011.

GÓMEZ SEGADE, J.A., «La nueva cláusula general en la LCD», en GÓMEZ SEGADE, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ PONS, Elisabet, «Marketing digital, reseñas falsas de consumidores y competencia desleal», en MADRID PARRA, Agustín y ALVARADO HERRERA, Lucía (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, «Ámbito de aplicación de la LCD: STS 59/2019, de 29 de enero», entrada de blog disponible en <https://webs.uab.cat/dretmercantil> (última consulta: 30 de diciembre de 2022).

GROS-DUBOIS, Eric, «Are *non-disparagement* clauses enforceable?», entrada de blog disponible en <https://www.epgdlaw.com/are-non-disparagement-clauses-enforceable/> (consulta: 14 de enero de 2023).

HANKEL, Anna, «Trustworthy versus fake reviews on online marketplaces and review platforms. Time for the EU to regulate transparency of review systems?», tesis para la colación del grado de máster disponible en <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/70126> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

HUN, Kate Mathews, «Gaming the system: Fake online reviews v. consumer law», *Computer Law & Security Review*, [volume 31, issue 1](#), February 2015, artículo académico disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364914001824> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, «Les avis en ligne: comment leur faire confiance?», comunicado de prensa disponible en <https://www.inc-conso.fr/content/les-avis-en-ligne-comment-leur-faire-confiance> (última consulta: 2 de enero de 2023).

IRÁCULIS ARREGUI, Nerea, «Comentario a la STS de 22 de noviembre de 2010: Aplicación de la LCD: ámbito objetivo: acto de competencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 86, 2011.

KEIRSBILCK, Bert, «The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, artículo académico disponible en dirección: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/50.1/COLA2013012> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

LA CALLE RESTREPO, José Miguel, «Entre la libre competencia y la protección del consumidor», artículo profesional disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/entre-la-libre-competencia-y-la-proteccion-al-consumidor (última consulta: 16 de diciembre 2022).

LARA GONZÁLEZ, Rafael, *La denigración en el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 2007.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducida por RODRÍGUEZ MOLINERO, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

LATINI, Stefano, «Perché le aziende devono prestare attenzione alle recensioni dei clienti?», entrada de blog disponible en <https://www.ipsoa.it/magazine/perche-aziende-devono-prestare-attenzione-recensioni-clienti> (última consulta: 9 de enero de 2023).

LINDENFELD, David, «Wie sehr kann man Online-Rezensionen noch trauen?», artículo profesional disponible en <https://www.msn.com/de-de/finanzen/top-stories/wie-sehr-kann-man-online-rezensionen-noch-trauen/ar-AA12WFO6?o cid=FinanceShimLayer> (última consulta: 4 de enero de 2023).

MAKAROV, Alesya, «Me pagan por hacer reviews falsas: así es el negocio que pone en duda la fiabilidad de las puntuaciones online», entrada de blog disponible en la dirección web: <https://www.xataka.com/especiales/me-pagan-hacer-reviews-falsas-asi-negocio-que-pone-duda-fiabilidad-puntuaciones-online> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

MALBON, Justin, «Taking fake online consumer reviews seriously», *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, artículo académico en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238889 (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MALDONADO MOLINA, Francisco Javier, «Las reseñas online de los consumidores: régimen aplicable», artículo académico disponible en <https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/las-resenas-online-de-los-consumidores-regimen-aplicable/> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

– «El marco legal de los sitios de reseñas y de las reseñas en línea de consumidores», *Revista Lex Mercatoria*, vol. 22, 2022, artículo académico disponible en la siguiente dirección web: <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MARIQUE, Enguerrand y TROWEL Alain, «La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes», *Revue Internationale de Droit Économique*, 3, t. XXXIII, 2019, artículo académico en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-3-page-383.htm> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MARIMÓN DURÁ, R., «Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

MARTÍN ARESTI, Pilar, «Artículo 27. Otras prácticas engañosas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, 2011.

MARTINELLI, S., «Contratto e mercato ai tempi dell’algoritmo: reputational feedback system e ranking nella platform economy», ponencia escrita en <https://iris.unito.it/handle/2318/1793816> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MARTÍNEZ NADAL, Apollònia, «Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews)», en MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, Pilar y PORFIRIO CARPIO, Leopoldo, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

– «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015 (versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

[MARTÍNEZ OTERO, Juan María](#), «Fake reviews on online platforms: perspectives from the US, UK and EU legislations», *SN Social Sciences*, 1, article 181, 2021, artículo académico disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s43545-021-00193-8> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

MASSAGUER FUENTES, José, «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con los consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022 (versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

– «Treinta años de Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 55, año 2021, artículo académico disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7434/documento/art03.pdf?id=12262&forceDownload=true> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

– *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

– «Artículo 7. Actos de engaño», en MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

MASSAGUER FUENTES, José y SOLER MASOTA, Paz, «Artículo 15. Violación de normas», en MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

MAZZONETTO, Myriam, «Esistono delle tutele contro il problema delle false recensioni on-line?», entrada de blog disponible en <https://www.dirittodellinformatica.it/consumatori/consumatori-focus/esistono-delle-tutele-problema-delle-false-recensioni-line.html/> (última consulta: 9 de enero de 2023).

MCCCLUSKEY, Megan, «Inside the war on fake consumer reviews», entrada de blog disponible en <https://time.com/6192933/fake-reviews-regulation/> (última consulta: 9 de enero de 2023).

MELLINAS, Juan Pedro, *et al.*, «El control de irregularidades y Tripadvisor», *Revista Turismo y Desarrollo*, núm. 18, 2015, artículo académico disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.researchgate.net/publication/279973979_El_control_de_las_irregularidades_y_Trip_Advisor (última consulta: 15 de diciembre de 2022).

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

MEHTA, Dharmesh M., «Amazon anuncia nuevas acciones legales para proteger a los consumidores de las reseñas falsas», noticia disponible en la dirección electrónica <https://www.aboutamazon.es/noticias/innovacion/amazon-anuncia-nuevas-acciones-legales-para-proteger-a-los-consumidores-de-las-resenas-falsas> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

MIRANDA SERRANO, Luis María, «La condición de práctica comercial desleal atribuible a un clausulado predispuesto no transparente firmado por un consumidor», entrada blog académico disponible en <https://www.dr-a.es/consejo-academico> (última consulta: 28 de febrero de 2023).

– «Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2022/11/RDSF-num.-4-2-2022-111-155.pdf> (última consulta: 20 de febrero de 2023),

– «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, núm. 2, 2018, artículo académico disponible en <https://indret.com/el-control-de-transparencia-de-condiciones-generales-y-clausulas-predispuestas-en-la-contratacion-bancaria/> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

– «Economía colaborativa y competencia desleal ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios por plataformas digitales?», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre de 2017, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/28427> (última consulta: 3 de enero de 2023).

– «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en MIRANDA SERRANO, Luis María, VELA TORRES, Pedro y PRÍES PICARDO, Adolfo, *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, 2006.

MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier, «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos», *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015.

MIRANDA SERRANO, Luis María y PANIAGUA ZURERA, Manuel, «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

MORA ASTABURUAGA, Aitor y PRADO SEOAONE, J. Aitor, «Sistemas de reputación online (*Reputational Feedback Systems*), opiniones falsas y competencia desleal», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 16, 2018.

MYERS, Cayce «Online reviews and organizational reputation: U.S. legal issues in combating and removing negative online content», *PRism*, 16 (1), 2020, artículo académico disponible en <https://www.prismjournal.org/uploads/1/2/5/6/125661607/v16-no1-a1.pdf> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

NARCISO, Madalena, «The regulation of online reviews in European Consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 27, 3, 2019, pp. 557 y ss., artículo académico disponible en <https://doi.org/10.54648/erpl2019028> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

— «The unreliability of online review mechanisms» *Journal of Consumer Policy*, 45, 2022, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.1007/s10603-022-09514-7> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

NEVEU, Sébastien, «Avis Client. Introduction», entrada de blog disponible en la dirección <https://www.wizville.com/ressources/lexique/avis-client-sollicite/> (última consulta: 2 de enero de 2023).

OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, «A.G. Schneiderman announces agreement with 19 companies to stop writing fake online reviews and pay more than \$350,000 in fines», comunicado de prensa en <https://ag.ny.gov/press-release/2013/ag-schneiderman-announces-groundbreaking-1025-million-dollar-settlement-profit> (última consulta: 30 de enero de 2023).

OMSLS, Hermann-Josef, *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, comentario legal disponible en <https://www.omsels.info/> (última consulta: 9 de enero de 2023).

ORLANDO, Salvatore, "The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice", *European Review of Contract Law*, vol. 7, núm. 1, 2011, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.1515/ercl.2011.25> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

ORTEGA, Cristina, «Sitios de reseñas de clientes: Qué son y ejemplos de los más populares», entrada de blog disponible en <https://www.questionpro.com/blog/es/sitios-de-resenas-de-clientes/> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

OTERO COBOS, M.T., «El patrocinio publicitario con *influencers*: ¿Publicidad encubierta?», en MADRID PARRA, Agustín (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

PARDO, Álvaro, «Así funcionan las empresas de reseñas falsas online», entrada de blog disponible en <https://www.newtral.es/resenas-falsas-online/20221026/> (consulta: 15 de diciembre de 2022).

PARK, Sangwon y NICOLAU, Juan L. «Asymmetric effects of online consumer reviews», *Annals of Tourism Research*, 2015, 50, pp. 67 y ss., artículo académico disponible en la dirección <https://core.ac.uk/download/pdf/32325955.pdf> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

PASRK, D. *et al.*, «The effect of on-line consumer reviews on consumer purchasing intention: the moderating role of involvement», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 11, 2007, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.2753/IEC1086-4415110405> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

PATIÑO ALVÉS, Beatriz, «El engaño en la publicidad», artículo académico disponible en <https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

PEÑAS MOYANO, Benjamín, «La violación de normas concurrenciales y o concurrenciales como actos de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008.

PODER JUDICIAL, «Deberá indemnizar con casi 35000 euros a una clínica veterinaria por orquestar una campaña des crédito en internet», comunicación disponible en la dirección electrónica <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/Debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por--orquestar-una-campana-descredito--en-internet> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

PONTE, Lucille M., «A glass half full? Enduring small business frustrations under the consumer», *Review Fairness Act of 2016*, May 15, 2017, artículo académico disponible en la dirección <https://ssrn.com/abstract=2968569> (última consulta: 11 de enero de 2023).

POUILLARD, Nathalie, «L’avis consommateur: un atout pour votre réputation et vos ventes?», entrada de blog disponible en <https://www.appvizer.fr/magazine/marketing/gestion-feedback/avis-consommateur> (última consulta: 2 de enero de 2023).

PUJOL, Purificación, «La buena fe en la competencia desleal», disponible en la dirección <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1860-la-buena-fe-en-la-ley-de-competencia-desleal-0-5418047397786796> (consulta: 28 de diciembre de 2022).

QUICIOS MOLINA, María Susana, «Comentario de la Disposición adicional 1ª, II, 14ª, LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (actualizada a 2022), en <https://dle.rae.es> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

REHAAG, Constantin, PUTH, Anne-Kristin y GOLDSTEIN, Carsten, «Digitalisierung und Lauterkeitsrecht – das neue UWG», entrada de blog disponible en la dirección electrónica <https://www.dentons.com/de/insights/articles/2022/may/16/revised-law-against-unfair-competition-in-germany> (última consulta: 4 de enero de 2023).

ROMERO RODRÍGUEZ, Luis M. y RODRÍGUEZ-HIDALGO, Claudia, «Desinformación y posverdad en los medios digitales: del astroturfing al click-baiting», en ROMERO RODRÍGUEZ, Luis M. y RIVERA ROGEL, Diana E. (Coord.), *La comunicación en el escenario digital*, Ed. Pearson, 2019.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, «El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica leve», *Derecho de los Negocios*, núm. 240, 2010.

RUBIO GIL, Ángeles, JIMÉNEZ BARANDILLA, Iciar y MERCADO IDOETA, Carmelo, «Reputación corporativa online en la Hotelería: el caso Tripadvisor», *Esic Market Economics and Business Journal*, vol. 48, núm. 3, 2017, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://revistasinvestigacion.esic.edu/esicmarket/index.php/esicm/article/view/227/468> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

- RUIZ PERIS, Juan Ignacio (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- RUSHE, Dominic, «Fake online reviews crackdown in New York sees 19 companies fined», *The Guardian*, 24 Sept. 2013, noticia de prensa disponible en la dirección electrónica <https://www.theguardian.com/world/2013/sep/23/new-york-fake-online-reviews-yoghurt> (consulta: 2 de febrero de 2023).
- SALMINEN, Joni *et al.*, «Creating and detecting fake reviews of online products», *Journal of Retailing and Consumer Services*, vol. 64, 2022, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698921003374> (última consulta: 2 de febrero de 2023).
- SCHLOTCHAUER, Leandro, *Cambios en el comportamiento del consumidor y el rol de los review-sites. Caso TripAdvisor*, Universidad de San Andrés, 2014, en <https://repositorio.udesa.edu.ar> (última consulta: 7 de enero de 2023).
- SEARA, Fabiana, "No hay sitio para las reseñas falsas en Amazon: la plataforma toma medidas contras las páginas de compraventa de reseñas», entrada de blog disponible en la dirección <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/amazon-se-enfrenta-a-las-paginas-de-compraventa-de-resenas> (consulta: 19 de diciembre de 2022).
- SMITH, Ashley, «Study examines the impact of fake online reviews on sales», entrada de blog disponible en <https://www.eurekalert.org/news-releases/964346> (última consulta: 4 de enero de 2023).
- SOLER MASOTA, Paz, «Infracción de normas como acto de competencia desleal», en *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XI, CENDOJ, 2022.
- STERLING, Greg, «FTC smacks down anti-review ‘non-disparagement clauses’ in form contracts», noticia disponible en <https://searchengineland.com/ftc-smacks-down-anti-review-non-disparagement-clauses-in-form-contracts-320826> (última consulta: 14 de enero de 2023).
- TAPIA HERMIDA, Alberto J., «Síntesis de la reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24 en materia de transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *Diario La Ley*, núm. 9991, 2022.
- TATO PLAZA, Anxo, «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales: influencers», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019.
- TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2010.
- TORRES MONTESINOS, María del Mar *et al.*, «Cambio de paradigma en el marketing de destinos turísticos», *CULTUR. Revista de Cultura e Turismo*, núm. 2, junio de 2013.
- TOTTY, Michael, «To spot fake online reviews, Target the reviewers», disponible en <https://anderson-review.ucla.edu/to-spot-fake-online-reviews-target-the-reviewers/> (última consulta: 4 de enero de 2023).
- VALANT, Jana, «Online consumer reviews. The case of misleading or fake reviews», disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI\(2015\)571301_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI(2015)571301_EN.pdf) (última consulta: 10 de enero de 2023).

VARGAS, Ángeles, «Un eslogan de *TripAdvisor* incumplía el código británico sobre publicidad», en https://www.hosteltur.com/162260_eslogan-tripadvisor-incumplia-codigo-britanico-publicidad.html (última consulta: 7 de enero de 2023).

VÁZQUEZ, Jesús, «Astroturfing: una nueva forma de manipulación en las redes sociales», entrada de blog disponible en <https://www.materiagris.es/astroturfing-manipulacion-redes-sociales/> (última consulta: 30 de enero de 2023).

VENTRE, Iván, «El empoderamiento de los consumidores a través de las redes sociales», entrada de blog disponible en <https://egade.tec.mx/es/egade-ideas/opinion/el-empoderamiento-de-los-consumidores-traves-del-uso-de-las-redes-sociales> (última consulta: 7 de enero de 2023).

VIERA MURILLO, Lorena y MORENO-GAVILANES, Klever, «Comunicación de boca en boca como factor de influencia interpersonal del consumidor: un análisis de revisión sistemática», *Digital Publisher CEIT*, vol. 5, n. 6, 2002, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.6-1.379> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «El derecho contractual antidiscriminatorio: Drittwirkung y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672 y ss., artículo académico disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5976> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

VON HELVERSEN, Bettina *et al.*, «Influence of consumer reviews on online purchasing decisions in older and younger adults», *Decision Support Systems*, vol. 113, 2018, artículo académico disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923618300861> (última consulta: 8 de enero de 2023).

WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022 – die wichtigsten Änderungen im Überblick - Teil II: Kundenbewertungen, belästigende Werbung, Blacklist Tatbestände und neue Rechtsfolgen", disponible en <https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/news/?id=3569> (consulta: 3 de enero de 2023).

WINNER, Martin, «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo», entrada de blog disponible en <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo> (última consulta: 17 de diciembre de 2022).

WHITTAKER, Susan, «The relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and national contract Laws», en WEATHERILL y BERNIZ (Dirs.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Hart, Oxford, 2007.

WIPPER, Anna Kristine y GOFFIN, Marie Valentine, «Fake-Bewertungen vor dem Aus?», entrada de blog disponible en <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/uwg-unlauterer-wettbewerb-novelle-online-shopping-portale-betreiber-transparenz-verbraucherschutz-fake-bewertungen/> (última consulta: 7 de enero de 2023).

YE, Qiang *et al.*, «The impact of online user reviews on hotel room sales», *International Journal of Hospitality Management*, 28, 2009, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0278431908000546> (última consulta: 2 de febrero 2022).

ZAMBONI, Giulia, «Sentenza storica contro le recensioni false su *TripAdvisor*», entrada de blog disponible en <https://www.ilgiornaledelcibo.it/sentenza-recensioni-false-tripadvisor/> (última consulta: 20 de enero de 2023).

ZARRO, Mariacristina, «Online unfair commercial practices: a european overview», *The Italian Law Journal*, vol. 7, núm. 1, 2021, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://www.theitalianlawjournal.it/zarro/> (última consulta: 2 de febrero 2023).

ZENKE, Ines, HEYMANN, Tigran y HOCH, Holger, «Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen des Bundeskartellamtes: das Fauchen des zahnlosen Tigers», entrada de blog disponible en <https://www.bbh-blog.de/alle-themen/wettbewerbs-und-kartellrecht/sektoruntersuchung-nutzerbewertungen-des-bundeskartellamtes-das-fauchen-des-zahnlosen-tigers/> (última consulta: 3 de enero de 2023).