

**MODERNIZACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE
PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROTECCIÓN DE
LOS CONSUMIDORES EN EL ENTORNO DIGITAL
MEDIANTE EL REAL DECRETO-LEY 24/2021**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 98, diciembre 2021, pp. 1-23

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>

Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021

Modernization of the rules on intellectual property and consumer protection in the digital environment by Royal Decree-Law 24/2021

Pedro Alberto de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Primer análisis de los aspectos más relevantes para el mercado digital de la transposición mediante el Real Decreto-ley 24/2001 de las Directivas 2019/790 y 2019/2161. En materia de propiedad intelectual se aborda la nueva normativa sobre prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, así como los nuevos derechos sobre los usos en línea de las publicaciones de prensa. En el sector de la competencia desleal y la protección de los consumidores, se tratan cuestiones como la determinación de la Administración competente en materia de infracciones en línea; las prácticas desleales encubiertas en el ámbito de las redes sociales; las prácticas engañosas respecto del empleo de reseñas de productos por consumidores; las obligaciones de información en los contratos celebrados en mercados en línea; así como el derecho de desistimiento en el entorno digital.

PALABRAS CLAVE: Mercado Digital, Propiedad Intelectual, Competencia Desleal, Protección de los Consumidores

ABSTRACT: First analysis of the most relevant aspects for the digital market of the transposition by Royal Decree-Law 24/2001 of Directives 2019/790 and 2019/2161. In the area of intellectual property, the new regulations on online content sharing service providers are addressed, as well as the new rights on online uses of press publications. In the area of unfair competition and consumer protection, issues such as the determination of the competent authority concerning online infringements; the application of misleading unfair practices to the field of social networks and reviews of products; the information requirements for contracts concluded on online marketplaces; and the right of withdrawal are addressed.

KEYWORDS: Digital Market, Intellectual Property, Unfair Competition, Consumer Protection

I. Introducción

1. El Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de diversas directivas de la Unión Europea¹, presenta, desde la perspectiva de la regulación de las actividades en línea, singular interés en varias materias. Dejando a un lado la transposición de la Directiva (UE) 2019/1024 relativa

¹ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (*BOE*, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021).

a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, cabe destacar, por una parte, que el Libro Cuarto del Real Decreto-ley (que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE) incorpora en materia de propiedad intelectual la Directiva (UE) 2019/789² y la Directiva (UE) 2019/790³. Por otra, en el ámbito de las prácticas comerciales desleales y la protección de los consumidores, su Libro Sexto transpone la Directiva (UE) 2019/2161⁴. Por lo tanto, sus libros Cuarto y Sexto incorporan Directivas en materias dispares, pero que introducen normas de singular relevancia con respecto al régimen de ciertas actividades en línea. La presente contribución lleva a cabo una aproximación de conjunto a estas normas, con especial referencia a algunas de las novedades más destacadas.

2. Junto a una somera valoración de conjunto del enfoque adoptado en la trasposición de la Directiva 2019/790 (I, *infra*), será objeto de análisis el régimen de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (II) y las previsiones sobre los usos en línea de las publicaciones de prensa (IV). En lo relativo al Libro Sexto, tras una referencia a las implicaciones en el entorno digital de la evolución normativa con respecto a la determinación de la Administración competente en materia de infracciones de consumo (V); se reseñan las principales novedades que supone la trasposición de la Directiva 2019/2161 (VI) con referencia a las modificaciones que en relación con tales cuestiones introduce el Real Decreto-ley 24/2021 en el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD). En síntesis, tales medidas van referidas a: las prácticas desleales encubiertas, explicitando su aplicación al ámbito de las redes sociales así como en lo relativo a los sistemas de clasificación de los buscadores; la inclusión de nuevas prácticas engañosas, en particular, respecto del empleo de reseñas de un bien o servicio añadidas (supuestamente) por consumidores; obligaciones adicionales de facilitar información en las ofertas de bienes y servicios antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato, con especial referencia a los contratos celebrados en mercados en línea; y al derecho de desistimiento en el entorno digital.

II. La trasposición de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital

3. Dejando al margen lo criticable de (tener que) recurrir a un nuevo Real Decreto-ley como el reseñado para transponer un conjunto heterogéneo de Directivas de la Unión en materias dispares, una primera lectura del Libro Cuarto del Real Decreto-ley 24/2021 lleva, sin entrar a valorar el detalle de las normas adoptadas, a constatar que desde el punto de vista sistemático, la opción por incorporar las normas de las Directivas (UE) 2019/789 y la Directiva (UE) 2019/790 en parte por medio directamente del articulado del Real Decreto-ley 24/2021 –artículos 65 a 79- y solo en parte mediante la modificación de ciertos artículos del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado

² Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE, DO L 130, 17.5.2019, p. 82-91.

³ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DO L 130, 17.5.2019, p. 92-125.

⁴ Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, DO L 328, 18.12.2019, p. 7-28.

por el Real Decreto Legislativo 1/1996 (LPI), contenida en el artículo 80 del Real Decreto-ley 24/2021, presenta importantes carencias.⁵

4. Por ejemplo, la regulación al margen de la LPI de cuestiones objeto de las nuevas normas sobre “Límites a los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital y transfronterizo”, no solo distorsiona el ordenamiento jurídico preexistente sino que va unido a significativas deficiencias de las normas de transposición. En ese sentido, llama la atención el contenido del primer artículo del Libro Cuarto del Real Decreto-ley 24/2021, su artículo 65, dedicado a su “Objeto y ámbito de aplicación”. Lo cierto es que, frente a lo que se desprende de esta regulación al margen de la LPI y del contenido de una norma como este artículo 65, en principio lo dispuesto en el Libro Cuarto de la LPI (“Del ámbito de aplicación de la ley”) debe ser determinante en relación con el ámbito de aplicación de normas como las de los artículos 67 a 70 del Real Decreto-ley 24/2021.

5. Que la regulación de esas cuestiones al margen de la LPI resulta perturbadora parece evidente además si tomamos en consideración, por ejemplo, con respecto al artículo 67 del Real Decreto-ley relativo a la minería de textos y datos, el artículo 68 sobre actividades pedagógicas digitales y transfronterizas y el artículo 69 sobre patrimonio cultural, que, conforme a la Directiva objeto de transposición, las nuevas normas no deben afectar a la aplicación de las excepciones y limitaciones vigentes –contenidas en nuestro ordenamiento en la LPI- a esas materias siempre que no restrinjan las nuevas excepciones. Asimismo, por ejemplo, con respecto a los usos con fines de investigación científica distintos de la minería de textos y datos, habrá que estar a lo dispuesto en las normas previas contenidas en la LPI al no quedar cubiertas por el artículo 67, lo que aconsejaría la inclusión de las normas en mismo cuerpo legal.

6. Por lo demás, pese a la afirmación en la sección VI de la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2021 en el sentido de que: “*Los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de las directivas y, en la medida de lo posible, en el principio de economía, de tal suerte que la reforma de la actual normativa en materia de propiedad intelectual sea la menor posible*”; el Real-Decreto ley introduce modificaciones innecesarias que dificultan la comprensión y aplicación de las normas de armonización o incluso pueden entrar en conflicto con la Directiva.

7. Así, merece una valoración crítica el resultado de fusionar el contenido de los artículos 3 “Minería de textos y datos con fines de investigación científica” y 4 “Excepción o limitación relativa a la minería de textos y datos” de la Directiva 2019/790 en un solo precepto, el artículo 67 del Real Decreto-ley 24/2021. A modo de ejemplo, los términos con los que en el marco de esa regulación conjunta el artículo 67.3 establece que lo dispuesto en su apartado 1 (la posibilidad de reproducciones de obras y prestaciones accesibles de forma legítima realizadas con fines de minería de textos y datos sin necesidad de autorización del titular de los derechos) no será aplicable cuando los titulares de derechos hayan reservado expresamente el uso de las obras a medios de lectura mecánica u otros medios que resulten adecuados, no parecen reflejar debidamente que tal previsión no resultará de aplicación a los supuestos de minería de textos y datos con fines de investigación científica comprendidos en el artículo 3 de la Directiva, lo que hace necesario interpretar el artículo 67, incluido su apartado 4 (que debería haber aclarado el extremo anterior), a la luz de la Directiva. Además, la formulación en ese apartado 4 de los fines para los que podrán conservarse las copias de la minería de textos y datos con fines de investigación científica, al separarse de la empleada en el artículo 3.2 de la Directiva 2019/790, resulta excesivamente restrictiva en comparación con la norma objeto de transposición.

⁵ Por lo demás, la sección VI de la Exposición de Motivos, dedicada al Libro Cuarto, resulta de escasa utilidad para la interpretación de las nuevas normas, reforzando la importancia de la consulta directa de los considerandos de las Directivas en cuestión para la interpretación también de las normas nacionales.

8. Llamativas también resultan las deficiencias relativas a la aplicación del artículo 68 del Real Decreto-ley 24/2021, referido a la utilización de obras y prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas. En relación con la previsión de que determinados actos de reproducción, distribución y comunicación al público por medios digitales a efectos de ilustración con fines educativos no requieren autorización de los titulares de derechos, su apartado 2 establece: “*Estos actos se entenderán únicamente realizados en territorio español, aunque sus destinatarios no se encuentren en él.*” Se trata de una cuestionable transposición de lo previsto en la Directiva 2019/790, que lo que establece al respecto en su artículo 5.3 es que: “*Se considerará que el uso de obras y otras prestaciones... que se haga en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional... únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza.*” Por consiguiente, lo determinante para la aplicación artículo 68 del Real Decreto-ley 24/2021 debe ser que el centro de enseñanza en cuestión se encuentre establecido en España, pese a que no lo diga la norma de transposición (que sí hace referencia a que los actos en cuestión “sean realizados por el profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y por el personal de universidades y organismos de investigación”).

9. Por otra parte, cabe entender que hubiera resultado apropiado que en la normativa de transposición apareciera la previsión de la Directiva 2019/790 en el sentido de que será inaplicable toda disposición contractual contraria a las excepciones introducidas en relación con la minería de textos y datos con fines de investigación científica, las actividades pedagógicas digitales y transfronterizas y la conservación del patrimonio cultural (traspuesta esta última en el art. 69 del Real Decreto-ley 24/2021). Pese al silencio de la normativa de transposición debe reafirmarse con base en la Directiva el carácter imperativo de esas excepciones dentro del ámbito de aplicación de la legislación española, incluso aunque la previsión en sentido contrario se incluya en un contrato internacional regido por una ley extranjera.

10. Una falta de corrección similar a la puesta de relieve respecto del artículo 68 de Real Decreto-ley 24/2021 cabe apreciar en su artículo 71.3, que en relación con el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural, dispone que las autorizaciones otorgadas al amparo de su apartado 2 “podrán permitir el uso mencionado a una institución de patrimonio cultural en cualquier Estado miembro”, precisando que “(e)n tal caso, el uso se entenderá producido únicamente en territorio español.” Pese a que esa norma no lo diga, lo determinante para que el uso se entienda producido únicamente en España será, en realidad, conforme al 9.2 de la Directiva 2019/790, que la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso esté establecida en España.

III. Prestadores de servicios para compartir contenidos en línea

11. El artículo 73 del Real Decreto-ley 24/2021 traspone el controvertido artículo 17 de la Directiva 2019/790, relativo al uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, actualmente objeto de un recurso de anulación planteado por Polonia ante el Tribunal de Justicia (asunto pendiente C-401/19)⁶. Además, como es conocido la Comisión Europea aprobó hace unos meses sus “Orientaciones” sobre el mencionado artículo 17⁷. A la espera de la trascendental sentencia del Tribunal de Justicia, el contenido del artículo 73 del Real Decreto-ley 24/2021 presenta una limitada aportación, habida cuenta de que opta básicamente por la reproducción casi literal del contenido del artículo 17 de la Directiva. No obstante, algunos aspectos sí revisten interés; en particular, dos añadidos del texto del Real Decreto-ley. Uno, sobre el aspecto clave del

⁶ Vid. Conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe 15 de julio de 2021, de *Polonia / Parlamento y Consejo*, C-401/19, EU:C:2021:613.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital», COM/2021/288 final.

régimen de responsabilidad de los prestadores de esos servicios; otro, acerca del bloqueo de contenidos objeto de reclamación, con una redacción cuya compatibilidad con el derecho a la libertad de expresión y de información del artículo 11.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión puede resultar controvertida.

1. Bloqueo de contenidos objeto de reclamación

12. Ese segundo aspecto resulta de la inclusión en el apartado 10 del artículo 73 del Real Decreto-ley 24/2021, al regular el mecanismo de reclamación que los prestadores de servicios deben establecer a disposición de sus usuarios en caso de conflicto sobre la inhabilitación del acceso a obras o prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada (y en el marco del cual los titulares de derechos pueden solicitar que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones), de un inciso que no figura en la Directiva. En concreto, ese inciso añade lo siguiente: *“Las obras y prestaciones que sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso no se mantendrán accesibles en el servicio del prestador mientras se resuelva dicho procedimiento.”* Después, el apartado 11 del artículo 73 prevé que las reclamaciones presentadas en el marco de ese mecanismo “se tramitarán en un plazo no superior a 10 días hábiles y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas, esto es, sin intervención automatizada de robots u otros medios análogos.” Esta última previsión si se corresponde con lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 17 de la Directiva.

12. Ciertamente, lo que básicamente añade el Real Decreto-ley 24/2021 es la afirmación de que los contenidos que sean objeto de ese procedimiento “no se mantendrán accesibles en el servicio del prestador mientras se resuelva dicho procedimiento”. Ahora bien, este añadido no puede interpretarse, frente a lo que se desprende de su tenor literal, en el sentido de que implique imposibilitar con carácter general el acceso de cualquier contenido objeto de una reclamación con carácter previo a la resolución de la misma. La Directiva prevé que las reclamaciones presentadas con arreglo a ese mecanismo –que con frecuencia lo serán por titulares de derechos frente a contenidos que se encuentran accesibles en los servicios- se tramitarán “sin dilación indebida”, precisamente, para proceder, en su caso, a inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos, tras el examen necesariamente por parte de personas.

13. El procedimiento regulado en el artículo 17.9 de la Directiva y en 73.10 del Real Decreto-ley 24/2021 debe interpretarse conjuntamente, por una parte, con la obligación del prestador –prevista en el apartado 4 de esas normas- de actuar de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web y de hacer sus mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro; por otra, con la exigencia de que la cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dé lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, incluidos los supuestos en los que se benefician de una limitación o excepción (art. 17.7 de la Directiva y art. 73.8 del Real Decreto-ley 24/2021).

14. En este sentido, en relación con la interpretación de estas normas en las mencionadas “Orientaciones” de la Comisión⁸ cabe leer:

“Por consiguiente, a fin de garantizar en la práctica el cumplimiento del artículo 17, apartado 7, y de que no se vean afectadas las utilizaciones lícitas, incluidos los usos amparados por excepciones y limitaciones, cuando una carga coincida con un archivo específico facilitado

⁸ Véase la sección VI de las «Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital», de la que se han tomado esos extractos.

por los titulares de derechos, el bloqueo automático —es decir, la prevención de la carga mediante el uso de tecnología— debe limitarse, en principio, a aquellas cargas que constituyan una infracción manifiesta....

Los contenidos que no sean manifiestamente infractores deben aparecer en línea cuando se carguen, con excepción de los contenidos designados por los titulares de derechos (cuando estén sujetos a un examen humano previo y rápido). Los prestadores de servicios deben informar sin demoras indebidas a los titulares de derechos de que los contenidos se han puesto en línea. Si los titulares de derechos se oponen, los prestadores de servicios deben llevar a cabo un examen humano rápido a posteriori para decidir rápidamente si los contenidos deben permanecer en línea o eliminarse. Los titulares de derechos deben manifestar su oposición mediante el envío de una notificación. La información facilitada de forma previa por los titulares de derechos debe tenerse en cuenta al evaluar si la notificación está lo suficientemente motivada.

El examen humano a posteriori debe permitir al prestador de servicios para compartir contenidos en línea adoptar una decisión basada en los argumentos presentados tanto por los titulares de derechos como por los usuarios. El contenido debe permanecer en línea durante el examen humano.

Si, como resultado del examen humano a posteriori y basándose en los argumentos presentados por los titulares de derechos y los usuarios, el prestador de servicios para compartir contenidos en línea decide finalmente desactivar o retirar el contenido cargado, debe informar lo antes posible al usuario y a los titulares de derechos pertinentes del resultado del examen. El usuario debe poder recurrir al mecanismo de solución extrajudicial de litigios previsto en el artículo 17, apartado 9.”

15. El procedimiento del artículo 79.10 del Real Decreto-ley 24/2021 no solo sirve para reclamaciones de usuarios cuyos contenidos han sido bloqueados sino también para las situaciones en las que los titulares de derechos solicitan que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, de modo que complementa lo previstos en el artículo 17.4 de la Directiva y el artículo 73.4 del Real Decreto-ley 24/2021. Por eso, en su interpretación resultará preciso tomar en consideración que como se pone de relieve en las “Orientaciones” los únicos contenidos que deben estar indisponibles mientras se tramita ese procedimiento son aquellos que por ser manifiestamente infractores hayan sido bloqueados con base en el artículo 17.4.b) de la Directiva (73.4.b) del Real Decreto-ley 24/2021), de conformidad con el artículo 17.7, así como los contenidos retirados a posteriori tras una notificación suficientemente motivada presentada por los titulares de derechos con arreglo al artículo 17.4.c) de la Directiva (art. 73.4.b) del Real Decreto-ley 24/2021), pero no cualesquiera “obras y prestaciones que sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso”, pese al tenor literal en este sentido del artículo 73.10 del Real Decreto-ley 24/2011 que deberá interpretarse de conformidad con la Directiva y las exigencias derivadas de la Carta.

16. Conforme a lo previsto en el artículo 17.9 de la Directiva es en el marco de ese procedimiento, que debe tramitarse sin dilación, en el que debe tomarse la decisión sobre si los contenidos no afectados por lo dispuesto en el apartado 4 no se mantienen accesibles en el servicio, valorando si el titular de derechos que lo solicita justifica debidamente los motivos de su solicitud y procediendo a ponderar los derechos fundamentales implicados en tal decisión; típicamente, de un lado, el derecho a la libertad de expresión y de información; y, de otro, el derecho a la propiedad intelectual. Pretender que al margen de esa valoración y con carácter previo a la misma, es decir mientras se resuelve ese procedimiento los contenidos objeto de la reclamación deben dejar de estar accesibles en el servicio no resultaría compatible con el derecho a la libertad de expresión y de

información del artículo 11.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, tal como el mismo debe ser ponderado con el derecho a la propiedad intelectual.⁹

17. Por lo demás, el artículo 17.9 de la Directiva dispone que los Estados miembros garantizarán además que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios, sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces, incluido el acceso a un órgano jurisdiccional a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines. El artículo 73.12 del Real Decreto-ley 24/2021, se limita a prever que: “La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de mediación o arbitraje en los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras por aplicación de este artículo”, lo que tiene también reflejo en el nuevo apartado 5.c) del artículo 194 LPI.

2. Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea

18. Es bien conocido que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 implica la introducción de un régimen especial frente al artículo 14 de la Directiva 2000/31 (DCE). El régimen general establecido en la DCE deja de aplicarse a la responsabilidad derivada del artículo 17 de la Directiva 2019/790.

19. A este respecto, cabe destacar que el artículo 73.4 del Real Decreto-ley 24/2021, después de establecer –reproduciendo el artículo 17.4 de la Directiva 2019/790- las situaciones en las que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, añade el siguiente inciso no contenido en la Directiva:

“Sin perjuicio de lo anterior, los titulares de derechos podrán ejercer las acciones legales dirigidas a reestablecer el daño patrimonial, tales como la acción de enriquecimiento injusto, en el caso de que, aunque los proveedores de servicios hayan hecho sus mayores esfuerzos para eliminar el contenido no autorizado, éste continúe siendo explotado por ellos, causando un perjuicio significativo a los titulares de derechos.”

20. En una primera valoración provisional, cabe fundadamente dudar de que tales acciones pudieran ejercitarse con éxito frente a un prestador de servicios de alojamiento que se beneficiara de la exención de responsabilidad del artículo 14 de la Directiva 2000/31, como se refleja en la propia sentencia del Tribunal de Justicia *YouTube y Cyando* (véase en particular su apartado 26 en relación con las acciones ejercitadas en el litigio principal).¹⁰

21. Lo anterior puede llevar también a dudar fundadamente de que el añadido reseñado sea compatible con la previsión en el artículo 17.4 de la Directiva 2019/790 en el sentido de que cuando concurren las circunstancias ahí previstas los prestadores de servicios no serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público. Además, si tales acciones derivadas de otras normas de nuestro ordenamiento fueran compatibles con el artículo 17.4 de la Directiva 2019/790, lo serían incluso aunque no se hubiera añadido ese inciso en el artículo 73.4 del Real Decreto-ley 24/2021 que no puede alterar el alcance de la exención de responsabilidad resultante de la Directiva.

22. Un elemento relevante en relación con el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 es que aunque su régimen se configura como especial respecto del establecido en el artículo 14 DCE, al que desplaza en el ámbito de la propiedad intelectual, en realidad el concepto “prestador de servicios para compartir contenidos en línea”, tal como se define en la Directiva (UE) 2019/790, parece englobar en ciertas situaciones prestadores de servicios de alojamiento que no se beneficiarían de la exención del

⁹ Sobre lo que resultan de indudable interés las mencionadas conclusiones del AG Saugmandsgaard Øe en el asunto *Polonia/ Parlamento y Consejo*, C-401/19, EU:C:2021:613, pendiente ante el Tribunal de Justicia.

¹⁰ STJUE de 22 de junio de 2021, *YouTube Cyando*, C 682/18 y C 683/18, EU:C:2021:503.

artículo 14 DCE, al no limitarse a una prestación neutra de su servicio, como parece desprenderse de la definición del artículo 2.6 y del considerando 62 de la Directiva 2019/790. Es conocido que la limitación de responsabilidad del artículo 14 DCE solo opera en la medida en que los prestadores de servicios de alojamiento de datos se limiten a una prestación neutra de su servicio, típicamente mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus usuarios.¹¹

23. En el considerando 62 de la Directiva 2019/790, con respecto a los prestadores de servicios contemplados en su artículo 17, se dice expresamente que se trata de servicios que tienen como una de sus misiones principales “almacenar y permitir que los usuarios descarguen y compartan una gran cantidad de contenidos... con la finalidad de obtener beneficios de ello, bien directa o bien indirectamente, organizándolos y promocionándolos a fin de atraer una audiencia mayor, también mediante la introducción en ellos de categorías y de una promoción personalizada». Además, conforme a la definición del artículo 2.6, el prestador del servicio “organiza y promociona con fines lucrativos” la gran cantidad de obras y otras prestaciones cargadas por sus usuarios. En consecuencia, cabría sostener que la exigencia de limitarse a una prestación neutra de su servicio, típicamente mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus usuarios, no es exigible en los mismos términos que para la aplicación del artículo 14 DCE.

24. La cuestión es relevante, en la medida en que si se admite que la categoría de los prestadores de servicios del artículo 17 de la Directiva 2019/790 no se configura como una subcategoría de los beneficiarios de la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14 DCE, habría que tener en cuenta que en determinadas situaciones los “prestadores de servicios para compartir contenidos en línea” que se benefician del artículo 17 podrán quedar al margen de la limitación de responsabilidad del artículo 14 DCE cuando esté en juego su responsabilidad con fines ajenos al ámbito de aplicación de la Directiva 2019/790, en la medida en que no se limiten a una prestación neutra del servicio de alojamiento de datos. Tal podría ser el caso de una reclamación en la que el titular del derecho de autor reclame la restitución de la ventaja económica obtenida por la otra parte con base no en la infracción de ese derecho sino en acciones con otro fundamento disponibles en la legislación nacional aplicable.

25. En todo caso, no cabe desconocer que la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la luz de la sentencia *YouTube Cyando* avala en el ámbito del artículo 14 DCE una interpretación según la cual la recomendación de contenidos por parte de las plataformas no impide típicamente apreciar que incluso respecto de esos concretos contenidos de terceros se pueda considerar que las plataformas se limitan a una prestación neutra de su servicio, mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus usuarios. En la medida en que esa intervención de la plataforma recomendando o promoviendo contenidos resulte en la práctica determinante de que otros usuarios vean esos concretos contenidos y no otros, este último enfoque puede resultar cuestionable en el marco del artículo 14 DCE, acentuando las carencias tradicionales del nivel de responsabilidad exigido a las plataformas.

IV. Nuevos derechos de las editoriales de publicaciones de prensa sobre usos en línea

26. Posiblemente el otro elemento de la Directiva 2019/790 que generó una mayor controversia durante su elaboración fue la protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea, objeto finalmente de su artículo 15. La transposición de los nuevos derechos atribuidos por esa norma a las editoriales de las publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro ha tenido lugar en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, básicamente mediante la redacción

¹¹ SSTJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, C 236/08 a C 238/08, EU:C:2010:159, apdos. 114 y 120; de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, apdo. 113; y de 22 de junio de 2021, *YouTube Cyando*, C 682/18 y C 683/18, EU:C:2021:503, apdos. 106 y 109.

dada por su artículo 80 a los artículos 32.2, 129 bis y 130.3 LPI. En síntesis, estos cambios implican, por una parte, la reforma del problemático apartado 2 del artículo 32 LPI, con el abandono definitivo del insólito modelo ideado por el legislador español en la Ley 21/2014; y, por otra, la introducción del artículo 129 bis LPI, que establece el régimen de los nuevos “derechos de las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias respecto a los usos en línea de sus publicaciones de prensa”.

1. Evolución del artículo 32.2 LPI

27. El nuevo artículo 32.2 LPI conserva su división previa en dos regímenes diferenciados, uno, objeto de su párrafo primero, relativo a los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, y, otro, en su párrafo segundo, dedicado a los prestadores de servicios de motores de búsqueda.

28. La nueva redacción del artículo 32.2 LPI mantiene básicamente inalterado su párrafo segundo y su límite a favor de los buscadores. Cabe recordar que de ese límite se benefician los prestadores de tales servicios siempre que la puesta a disposición de palabras aisladas se restrinja a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas formuladas por sus usuarios e incluya un enlace a la página de origen de los contenidos. Además, se mantiene la exigencia de que tal puesta a disposición por el buscador se produzca “sin finalidad comercial propia”, si bien se ha tendido a interpretar este requisito en el sentido de que la obtención de ingresos mediante enlaces publicitarios al margen del funcionamiento normal del buscador no excluye la aplicación del régimen con respecto a los enlaces que resultan del funcionamiento del buscador.

29. En realidad los importantes cambios del nuevo artículo 32.2 LPI se encuentran en su párrafo primero, que ha sido objeto de una profunda transformación y que propiamente no incorpora, pese a su ubicación sistemática en la LPI, límite alguno. Su redacción actual se ciñe a incorporar una remisión a la necesidad de autorización conforme al nuevo artículo 129 bis para la “puesta a disposición del público, por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, de textos o fragmentos de textos de publicaciones de prensa objeto de derechos de propiedad intelectual”. Por consiguiente, se abandona definitivamente el modelo introducido en ese párrafo primero por la Ley 21/2014, que configuraba formalmente la puesta a disposición de ciertos “fragmentos no significativos de contenidos” por parte de “prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos” como un límite, de modo que los titulares de derechos no podían oponerse a su puesta a disposición del público en esos casos, pero el límite iba unido a la imposición del pago de una “compensación equitativa” a sus beneficiarios, que se configuraba como irrenunciable por parte del titular de derechos, así como de gestión colectiva obligatoria.

30. Se trataba de un sistema cuyas múltiples carencias habían sido destacadas por la doctrina desde sus inicios. Un primer elemento puesto de relieve por la doctrina, y determinante por sí solo de la ineficacia de la norma, es la ausencia de notificación previa a la Comisión Europea en los términos exigidos por el Derecho de la UE.¹² Ciertamente, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una norma como el párrafo primero introducido en el 32.2 LPI por la Ley 21/2014, en la medida en que se refiere específicamente a los servicios de la sociedad de la información, constituye un reglamento técnico cuyo proyecto debía haber sido objeto de notificación previa a la Comisión en virtud del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 98/34 –sustituida ahora por la Directiva (UE)

¹² Vid. R. BERCOVITZ, “Tasa Google o canon AEDE: una reforma desacertada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2015, sección 4; S. LÓPEZ MAZA, “Artículo 32”, R. Bercovitz (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, 2017, pp. 649-650; y R. SÁNCHEZ ARISTI, “Protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea. El artículo 15 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 52, 2019, pp. 164-175, p. 172).

2015/1535 que mantiene el mismo criterio-. En relación precisamente con la Directiva 98/34, el TJUE ha confirmado que los servicios prestados por los operadores comerciales de motores de búsqueda en Internet constituyen servicios de la sociedad de la información y ha reconocido que la circunstancia de que una disposición forme parte de una normativa nacional relativa al derecho de autor o a los derechos afines no obsta a su calificación como regla que se refiere específicamente a los servicios de la sociedad de la información.¹³

31. Asimismo, el contenido ahora suprimido del párrafo primero del artículo 32.2 había sido cuestionado desde la perspectiva de su compatibilidad con el sistema de límites recogidos en los apartados 2 y 3 del artículo 5 de la Directiva 2001/29, así como en lo relativo a la exigencia conforme al Derecho de la UE de que la compensación equitativa esté vinculado al perjuicio causado a los titulares de derechos y resulte la contrapartida del perjuicio sufrido por dichos titulares, e incluso en lo que respecta a la concurrencia de la debida proporcionalidad entre la tutela del derecho a la propiedad intelectual y el sacrificio de otros derechos fundamentales, en particular el derecho a la libertad de información, y el derecho a la libertad de empresa.¹⁴ Conforme al artículo 2.8 del Convenio de Berna, la protección de los derechos de autor “no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”. El artículo 32.2 LPI pretendía someter a una “compensación equitativa” –o, en consecuencia, prohibía (al restringir el límite de cita y el régimen de las revistas de prensa) salvo que se abone tal “compensación”- la actividad de los agregadores consistente en la puesta a disposición de “fragmentos no significativos”, que típicamente están unidos a un hipervínculo al sitio web original del editor, quien puede oponerse fácilmente a esa práctica excluyendo sus contenidos de la indexación y de la actividad del agregador de contenidos.

32. Sin perjuicio de todo lo anterior, resultaba también relevante a esos efectos el carácter imperativo del artículo 10.1 del Convenio de Berna y la eventual incompatibilidad con el mismo de la redacción anterior del párrafo primero del artículo 32.2, con base en que la licitud de las citas –y de las revistas de prensa, asimiladas a las citas- viene impuesta directamente por dicho Convenio siempre que se respeten las tres condiciones previstas en el mencionado artículo 10.1. La caracterización a efectos de esa norma de las “revistas de prensa” como “muestreo de extractos de diversas publicaciones”, ha llevado a considerar que esta categoría –y la consiguiente exigencia de equiparación con el régimen establecido para las citas- comprende típicamente la actividad de los agregadores de prensa. La redacción previa del artículo 32.2 TRLPI y la imposición de una “compensación equitativa” se consideraba que restringía respecto de los prestadores de servicios de agregación el alcance de la excepción relativa a las revistas de prensa establecida en el artículo 31.1, párrafo segundo TRLPI, lo que podía menoscabar la excepción del artículo 10.1 del Convenio de Berna.¹⁵ En todo caso, la imperatividad del artículo 10.1 del Convenio de Berna no se proyecta respecto de los derechos conexos a los derechos de autor.¹⁶

33. Lo anterior es coherente con que una norma como el párrafo primero del artículo 32.2 LPI, ahora sustituido, resultara insólita a nivel europeo y mundial. También lo es con que el legislador de la

¹³ STJUE de 12 de septiembre de 2019, VG Media, C-299/17, EU:C:2019:716, apdos. 30 y 38.

¹⁴ R. XALABARDER, “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 20, 2015, pp. 121-139; y R. Bercovitz, “Tasa Google...”, *loc. cit.*, sección 5.

¹⁵ R. XALABARDER, «The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law» (September 30, 2014), *IN3 Working Paper Series*, <https://ssrn.com/abstract=2504596>, p. 29; L. BENTLY y T. APLIN, «Whatever became of global, mandatory, fair use? A case study in dysfunctional pluralism», S. Frankel (ed.), *Is Intellectual Property Pluralism Functional?*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 8-36, p. 35.

¹⁶ T.F. APLIN y L. BENTLY, *Global mandatory fair use: the nature and scope of the right to quote copyright works*, Cambridge University Press, 2020, p. 36.

Unión Europea optara por un enfoque muy diferente, basado en el reconocimiento a las editoriales de publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro de un nuevo derecho afín. Así quedó finalmente recogido en el artículo 15 de la Directiva 2019/790, que tras el Real Decreto-ley 24/2021 se halla incorporado básicamente en el nuevo artículo 129 bis LPI.

2. Sobre el nuevo artículo 129 bis LPI

34. Ciertamente, el artículo 15 de la Directiva 2019/790, que ha de ser interpretado a la luz de sus considerandos 54 a 59, se encuentra tras el Real Decreto-ley 24/2021 incorporado en el nuevo artículo 129 bis LPI, complementado en lo relativo a la duración de los derechos por el artículo 130.3, que lo fija en dos años contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la fecha de la publicación de prensa (artículo 15.4 de la Directiva). Básicamente, el artículo 129 bis LPI establece los nuevos derechos de las editoriales de publicaciones de prensa y su alcance (apartados 1, 2, 5, 6 y 7), y regula el régimen de autorización del ejercicio de tales derechos a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (apartados 3 y 4), así como la remuneración de los autores de las obras incorporadas a tales publicaciones (apartado 8).

35. En el artículo 129 bis LPI los nuevos derechos –de reproducción y puesta a disposición del público– se atribuyen a las “editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias establecidas en el territorio español”. Si bien el artículo 15 de la Directiva hace referencia solo al término “editoriales de publicaciones de prensa”, su considerando 55 deja claro que el mismo comprende a las agencias de noticias, cuando publican publicaciones de prensa en el sentido de la Directiva. Con respecto al concepto “publicación de prensa”, el apartado 5 del artículo 129 bis LPI reproduce en lo sustancial la definición del artículo 2.4) de la Directiva 2019/790. Ejemplos típicos son un periódico o una revista de interés general o especial, si bien quedan al margen de esta categoría las publicaciones periódicas con fines científicos o académicos, como las revistas científicas, como recoge el artículo 2.4 de la Directiva que tiene su reflejo la letra e) del apartado 6 del artículo 129 bis LPI. Este apartado de la nueva norma enumera además una serie de exclusiones que tienen su origen en el apartado 1 del artículo 15 de la Directiva o en sus considerandos (en particular, en los números 56 y 57): el uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales; los actos de hiperenlace; el uso de palabras sueltas o extractos muy breves de publicaciones de prensa; los sitios web, como blogs, que proporcionan información como parte de una actividad que no se lleva a cabo por iniciativa ni con la responsabilidad y control editorial como los que caracterizan a una editorial de noticias; y los contenidos cuyo uso esté amparado por una excepción o un límite a los derechos de autor o los derechos afines.

36. Entre la redacción de esas exclusiones, llama la atención la relativa a que estos nuevos derechos no se aplicarán al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa. El texto del artículo 15 de la Directiva se limita a establecer que esos derechos no son de aplicación “al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa”. Por su parte, la letra c) del apartado 6 del artículo 129 bis dispone que tales derechos no serán aplicables “(a)l uso de palabras sueltas o extractos muy breves o poco significativos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, de publicaciones de prensa por los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando dicho uso en línea no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias para la publicación de los contenidos y no afecte a la efectividad de los derechos reconocidos en el presente artículo”. La exigencia de que la exclusión de los extractos muy breves se interprete de manera que no afecte a la efectividad de esos derechos tiene reflejo en el inciso final del considerando 58 de la Directiva y además se ha abandonado en el artículo 129 bis el término “fragmentos no significativos” del anterior artículo 32.2 párrafo primero. Ahora bien, en todo caso las restricciones a esta exclusión añadidas por el Real Decreto-ley 24/2021 en comparación con el texto del artículo 15 de la Directiva deben ser objeto de

una interpretación que asegure que la protección de los nuevos derechos no se extiende “a los meros hechos comunicados en las publicaciones de prensa” y que tales derechos están “sujetos a las mismas disposiciones sobre excepciones y limitaciones que las aplicables a los derechos establecidos en la Directiva 2001/29/CE, incluida la excepción en el caso de citas con fines tales como la crítica o la reseña establecida en el artículo 5, apartado 3, letra d), de dicha Directiva” (considerando 57 de la Directiva 2019/790), lo que debe vincularse con lo dicho en el apartado precedente.

37. Con respecto al régimen de autorización de estos derechos, aspecto en el que la Directiva deja una amplia libertad a los Estados, el apartado 3 del nuevo artículo 129 bis LPI contempla la celebración de acuerdos por parte de las editoriales de publicaciones de prensa con los prestadores de servicios de la sociedad de la información, mientras que el apartado 4 contempla la alternativa de que con carácter voluntario las editoriales de publicaciones de prensa opten por otorgar tales autorizaciones a través de los mecanismos de gestión colectiva. De esta manera, el nuevo modelo se distancia de la imposición en el anterior párrafo 1 del artículo 32.2 LPI de una “compensación equitativa” considerada como irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria.

38. En lo relativo a los términos de los acuerdos, el apartado 3 del artículo 129 bis LPI establece una serie de “principios”, que en realidad reflejan exigencias cuyo contenido deriva de otras normas del ordenamiento: “buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a las reglas de la libre competencia, excluyendo el abuso de posición de dominio en la negociación”. Además, lo complementa con la previsión de que esos acuerdos cumplan una serie de “requisitos”, algunos de los cuales también parecen vincularse con exigencias del Derecho de la competencia, como la previsión en la letra c) en el sentido de que no cabe establecer otros contratos o prestaciones vinculados que no se refieran a las explotaciones de las publicaciones de prensa. Como aparente innovación se ha presentado la inclusión en la letra b) de la obligación de que el prestador de servicios de la sociedad de la información informe sobre los parámetros principales que rigen la clasificación de los contenidos y la importancia relativa de dichos parámetros principales. Ahora bien, en qué medida si esa obligación existe y cuál es su alcance vienen directamente determinados por el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, en relación con el cual resultan de particular interés las Directrices sobre la transparencia de la clasificación con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1150, contenidas en la Comunicación de la Comisión Comunicación de 8 de diciembre de 2020. Por último, la letra d) establece como “requisito” “que deberá(n) reunir” estos acuerdos el que “(s)erá competente para conocer de las cuestiones litigiosas sobre el acuerdo la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, contra cuyas resoluciones cabrá recurso ante los órganos jurisdiccionales españoles que resulten competentes”. Se trata de una previsión cuya aplicación en la práctica puede no estar exenta de dificultades en la medida en que esa competencia debe entenderse limitada por las funciones de ese organismo y sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente, sin que parezca haber base para excluir con carácter general la posibilidad, por ejemplo, de que en las situaciones transfronterizas las partes en tales contratos incluyan un acuerdo de prórroga de jurisdicción conforme al artículo 25 del Reglamento 1215/2012.

V. Competencia en materia de infracciones de consumo

39. El Libro Sexto del Real Decreto-ley 24/2021 transpone la Directiva 2019/2161, de modo que incluye normas muy relevantes respecto de la adaptación de la legislación sobre protección de los consumidores y competencia desleal a la transformación del entorno digital. En particular, incorpora normas en relación con la transparencia de los sistemas de búsqueda y de los mercados en línea, el uso por los comerciantes de reseñas y aprobaciones de consumidores, así como respecto de la información precontractual y la regulación del derecho de desistimiento, incluyendo obligaciones y derechos del empresario con respecto a los datos facilitados por el consumidor. En la medida en que componente

esencial de la Directiva 2019/2161 es la modificación de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores para garantizar su coherencia con la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido digital o servicios digitales, ciertos aspectos del Libro Sexto del Real Decreto-ley 24/2021 se encuentran también estrechamente conectados con la transposición de esta última Directiva llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril. Por su relevancia, esos aspectos del Libro Sexto merecen especial atención aquí, aunque el interés práctico a ese respecto del texto del Real Decreto-ley 24/2021 se ve limitado por el carácter básicamente reiterativo de la Directiva. Ahora bien, cabe hacer previamente referencia a una cuestión puntual diferente, que no es propiamente objeto de la Directiva 2019/2161. Se trata en concreto del contenido del nuevo artículo 52 bis TRLGDCU, relativo a la determinación de la Administración competente en materia de infracciones de consumo y que introduce novedades que puede tener una proyección significativa respecto de las infracciones en el entorno digital.

40. Ciertamente, como parte de la profunda revisión del Título IV, “Potestad sancionadora”, del Libro I del TRLGDCU llevada a cabo por el Real Decreto-ley 24/2021, se ha añadido el nuevo artículo 52 bis TRLGDCU que conforme a la disposición final 10.c) del citado Real Decreto-ley entrará en vigor el 28 de mayo de 2022. El nuevo artículo 52 bis TRLGDCU, si bien reitera en sus apartados 1 a 3 lo dispuesto previamente bajo la misma rúbrica –“Administración competente”- en el anterior artículo 47 TRLGDCU, aporta normas adicionales en los apartados 4 a 6.

41. El contenido de los apartados 1 a 3 continúa siendo el siguiente:

“1. Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable.

2. Las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas y, además, salvo en el caso de infracciones relativas a los requisitos de los establecimientos e instalaciones o del personal, en todos aquellos en que se manifieste la lesión o riesgo para los intereses de los consumidores y usuarios protegidos por la norma sancionadora.

3. Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.”

42. Respecto de su significado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 24/2021 cabe leer lo siguiente:

“Así, el nuevo artículo 52 bis enfrenta la tarea que corresponde al Estado de fijar puntos de conexión con arreglo a los cuales pueda determinarse la Administración competente para sancionar una determinada infracción. En primer lugar, se delimita el ordenamiento español aplicable frente a otros Estados y se acoge como criterio el del lugar de comisión de la infracción (forum delicti commissi) y se utiliza la teoría de la ubicuidad presente para fijar los puntos de conexión, de tal forma que tengan competencia para sancionar una conducta todas aquellas autoridades de consumo en cuyo territorio se haya producido el hecho que pudiera ser objeto de infracción”.

43. En realidad el contenido de esos apartados resulta impreciso y no diferencia con suficiente claridad el alcance de la competencia de las autoridades españolas en su conjunto –objeto cabe entender del apartado primero- de la cuestión del reparto competencial interno, al que aparece

principalmente dedicado el apartado segundo. Con respecto al ámbito de aplicación a estos efectos de la legislación española –y la consiguiente competencia sancionadora de las administraciones nacionales en su conjunto– podría aportar mayor claridad y precisión, sin menoscabar la protección de los consumidores ni del mercado, que el apartado primero fuera referido a todos los actos que puedan afectar a los intereses colectivos de los consumidores en territorio español (en la línea de lo previsto, entre otros en el artículo 3.2 del Reglamento 2017/2394¹⁷), abandonando el obsoleto criterio del “lugar de comisión de la infracción”, de incierto significado con respecto a las actividades en línea tan relevantes en el momento actual desde la perspectiva transfronteriza.

44. Por lo demás, la “teoría de la ubicuidad”, mencionada en la Exposición de Motivos en relación con el criterio del “lugar de comisión de la infracción”, resulta relevante en el apartado 2 del artículo 52 bis básicamente de cara a precisar el reparto interno de competencias. Se trata de una norma cuya concreción –en el anterior artículo 47– ha sido en ocasiones fuente de incertidumbre en la jurisprudencia y la doctrina¹⁸. La referencia en la Exposición de Motivos al criterio de la ubicuidad viene a confirmar lo que resulta del texto de la norma, en el sentido de que en realidad a la luz de esa norma todas las Administraciones autonómicas en las que quepa entender cometido el acto de infracción conforme a lo dispuesto en el apartado 2 son al mismo tiempo competentes. Se trata de un enfoque que facilita la tutela del consumidor pero puede resultar excesivamente gravoso para el supuesto infractor que, por ejemplo, de llevar a cabo su actividad en línea ofreciendo sus productos o servicios en toda España queda sometido simultáneamente a la eventual tramitación de procedimientos sancionadores por todas las autoridades autonómicas (aunque quepa sostener que cada una de ellas únicamente en la medida en que la infracción se hubiera cometido en su territorio).

45. Desde esta perspectiva, constituye un intento de superación de la deficiente situación previa, en particular respecto de las actividades en línea, el que esos tres apartados ya existentes en el anterior artículo 47 TRLGDCU aparezcan en el nuevo artículo 52 bis TRLGDCU seguidos de los nuevos apartados 4 a 6, que disponen:

“4. En caso en que, de conformidad con las reglas anteriores, resultasen competentes órganos de diversas administraciones autonómicas, se establecerán mecanismos de colaboración en el seno de la Comisión Sectorial de Consumo.

5. Cuando resulten aplicables los apartados anteriores, en el supuesto de que el órgano competente en materia de consumo de la Administración General del Estado tuviera conocimiento de que por parte de las comunidades autónomas afectadas no se estuviese tramitando el expediente sancionador que corresponda de conformidad con lo previsto en el presente texto refundido, resultará aplicable lo que dispone el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y lo que dispone el Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

6. No obstante, cuando la infracción produzca lesiones o riesgos para los intereses de los consumidores o usuarios de forma generalizada en el territorio de más de una comunidad autónoma, de tal forma que se pueda ver afectada la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo, la competencia corresponderá a los órganos competentes en

¹⁷ Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2006/2004, OJ L 345, 27.12.2017, p. 1-26.

¹⁸ A modo de ejemplo, *vid.* S. MARTÍNEZ GÓMEZ, “¿Qué administración es competente para iniciar un expediente sancionador en materia de consumo?”, *Centro de Estudios de Consumo -Publicaciones Jurídicas*, 24 de marzo de 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, pp. 1-6.

materia de consumo de la Administración General del Estado. A tales efectos, la competencia corresponderá a la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado cuando la sanción impuesta no supere los 100.000 euros ni implique el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio y a la Secretaría General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado en el resto de supuestos. En todo caso, la competencia de la Secretaría General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado se extenderá a las infracciones generalizadas o generalizadas con dimensión en la Unión Europea, previstas en el Reglamento (UE) 2017/2394, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017, y a las cometidas a través de internet cuando la residencia o domicilio del responsable, siempre que coincida con el lugar en que se realice efectivamente la gestión administrativa y dirección del negocio, esté fuera de la Unión Europea.

A los efectos del párrafo anterior, para considerar que una infracción de la normativa de consumo produce lesiones o riesgos para los intereses de los consumidores o usuarios de forma generalizada de tal forma que se pueda ver afectada la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, el número de consumidores y usuarios afectados, la dimensión del mercado donde opere la compañía infractora, la cuota de mercado de la entidad correspondiente o los efectos de la conducta sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios.”

46. De cara a determinar respecto de qué actividades en línea, en particular cuando vayan dirigidas al conjunto del territorio español, la competencia corresponderá a los órganos competentes en materia de consumo de la Administración General del Estado, resulta también de interés, que conforme a la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 24/2021:

“Se justifica la necesidad de centralizar la tramitación de los expedientes sancionadores por parte de la Administración General del Estado en el caso de infracciones de ámbito supra autonómico, que afectan a miles de consumidores, o con residencia en varios Estados miembros de la Unión Europea, y que presentan incidencia en la economía en su conjunto, al afectar a intereses que exceden de los propios de cada comunidad autónoma, circunstancias que exigen una actuación homogeneizadora estatal con capacidad de integrar intereses contrapuestos. Se pretende salvaguardar en estos casos la unidad de mercado que emana del artículo 139 de la Constitución y la competencia efectiva en el mismo, así como la garantía de igualdad en el trato de los infractores y la defensa de los consumidores y usuarios afectados.”

47. La referencia específica del último inciso del párrafo primero del apartado 6 del artículo 52 bis TRLGDCU a las infracciones "cometidas a través de Internet cuando la residencia o domicilio del responsable... esté fuera de la Unión Europea" parece vincularse con el ámbito de aplicación y las definiciones del mencionado Reglamento 2017/2394. Ahora bien, desde el punto de vista de la aplicación del régimen de concentración competencial a nivel nacional no cabe entender que resulta aplicable en mayor medida a los supuestos infractores que se encuentren domiciliados fuera de la Unión Europea, habida cuenta de que precisamente la ausencia de concentración y el sometimiento a una pluralidad de procedimientos simultáneos resulta típicamente más gravoso para el supuesto infractor.

VI. Modernización de las normas sobre competencia desleal y protección de los consumidores

1. Prácticas desleales encubiertas y obligaciones de información: buscadores e influencers

48. La nueva redacción dada al artículo 26 LCD añade un apartado segundo, para adaptarlo al impacto que ejercen sobre los consumidores los posicionamientos de las ofertas comerciales en los resultados de búsquedas, previendo exigencias de transparencia respecto de los comerciantes que ofrecen funcionalidades de búsqueda en línea, entre los que se incluyen, sin carácter exhaustivo, los mercados en línea, los motores de búsqueda y las páginas web de comparación. En particular, las normas sobre el particular de la Directiva (UE) 2019/2161 complementan específicamente respecto de las prácticas con consumidores el régimen establecido en el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea¹⁹, ya que las obligaciones de transparencia de éste solo son de aplicación a las relaciones entre comerciantes e intermediarios en línea.

49. En concreto, el nuevo artículo 26.2 LCD, a partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2019/2161, considera desleales por engañosas las prácticas consistentes en facilitar resultados de búsquedas a los consumidores “sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsqueda”. A estos efectos, precisa que por clasificación debe entenderse la preeminencia relativa que el proveedor de la funcionalidad de búsqueda atribuye a los bienes o servicios, en su presentación, organización o comunicación, independientemente de los medios tecnológicos empleados. Como aclara considerando 19 de la Directiva, la clasificación típicamente resulta de herramientas como los mecanismos de secuenciación algorítmica, calificación o valoración.

50. También presenta especial interés el considerando 20 de la Directiva de cara a concretar el alcance de la obligación de informar, en la medida en que precisa que abarca las situaciones en las que media un pago indirecto, que puede consistir en la aceptación por el comerciante beneficiado por la clasificación superior de obligaciones adicionales respecto del proveedor de la funcionalidad de búsqueda, como una comisión mayor por transacción u otros sistemas de compensación que den lugar a una clasificación superior. Por el contrario, no se consideran un pago a esos efectos los que van referidos a “servicios generales, como comisiones de venta o suscripciones de miembros, que hacen referencia a una amplia gama de funcionalidades ofrecidas por el proveedor de la funcionalidad de búsqueda”, siempre que tales pagos no estén destinados a obtener una clasificación superior.

51. Las obligaciones de transparencia de los proveedores de funcionalidades de búsqueda en línea que complementan a las establecidas en el Reglamento (UE) 2019/1150 se introducen en la LGDCU mediante la reforma de su artículo 20, relativo a la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios. En concreto, su nuevo apartado 3 establece que quienes ofrecen a los consumidores servicios de búsqueda, independientemente de donde se realicen las transacciones, deben incluir “en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda”: información general sobre los principales parámetros que determinan la clasificación de los bienes y servicios, así como sobre la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros. Por parámetros a estos efectos se entiende los “criterios generales, procesos, señales específicas incorporadas en los algoritmos u otros mecanismos de ajuste o degradación que se utilicen en la clasificación” (cdo. 22 de la Directiva).

52. Para asegurar la complementariedad con el Reglamento (UE) 2019/1150 quedan al margen del ámbito de aplicación del artículo 20.3 LGDCU los proveedores de motores de búsqueda a los que resulta de aplicación con base en el Reglamento la obligación de exponer los parámetros principales

¹⁹ DO L 186, 11.7.2019, pp. 57-79.

que sean más significativos para determinar la clasificación y su importancia relativa. Con respecto a las situaciones a las que es aplicable el artículo 20.3 LGDCU y la concreción de la información que debe facilitar el proveedor de la funcionalidad de búsqueda para cumplir con esta exigencia de transparencia resultan también de indudable interés las Directrices sobre la transparencia de la clasificación con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1150 adoptadas por la Comisión Europea²⁰. En todo caso, el considerando 23 de la Directiva 2019/2161 aclara que esta obligación no implica una exigencia de revelar el funcionamiento detallado de los mecanismos de clasificación, con referencia expresa a los algoritmos, sino de facilitar una descripción general que explique los principales parámetros empleados por defecto y su importancia relativa frente a otros parámetros.

53. Por otra parte, volviendo a la regulación de las prácticas encubiertas como prácticas desleales engañosas en el artículo 26 LCD, cabe reseñar la nueva redacción dada al apartado 1 de esa norma por el artículo 84.2 del Real Decreto-ley 24/2021. La modificación supone el añadido de una referencia expresa a los “servicios de la sociedad de la información” y las “redes sociales”, junto a la categoría ya recogida antes de “medios de comunicación”, como medios en los que la inclusión de comunicaciones para promocionar bienes o servicios, pagando el empresario o el profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado para el consumidor que se trata de contenido publicitario, da lugar a la comisión de una práctica desleal.

54. En realidad, cabe sostener que esta modificación –que conforme a la disposición final 10.c) del Real Decreto-ley 24/2021 entrará en vigor, como el grueso de las normas de su Libro Sexto, el 28 de mayo de 2022- no altera radicalmente el panorama previo en materia de prohibición de la publicidad encubierta en redes sociales, que típicamente son prestadores de servicios de la sociedad de la información. En tal sentido cabe reseñar, por ejemplo, la obligación básica prevista, entre otros, en el artículo 20.1 de la Ley 34/2002 o LSSI en el sentido de que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica sean claramente identificables como tales. En la medida en que los usuarios de redes sociales –como los denominados *influencers*- que realizan comunicaciones comerciales, en el amplio sentido en el que el término se define en la LSSI y en la DCE (a lo que debe unirse la exigencia de una interpretación amplia del término “publicidad” conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), típicamente desempeñan una actividad económica, no resultará normalmente discutible su deber de respetar lo dispuesto en el artículo 20.1 LSSI. Ciertamente, en la aplicación del art. 20.1 LSSI lo relevante es que la difusión de contenidos por el usuario de la red social tenga lugar en circunstancias en las que represente una actividad económica, de modo que ese usuario sea considerado prestador de servicios de la sociedad de la información a los efectos de esa Ley.

2. Otras prácticas engañosas: reseñas de (supuestos) consumidores

55. La Directiva 2019/2161 actualizó también la Directiva 2005/29 para contemplar específicamente el fenómeno de la inclusión de reseñas y aprobaciones de consumidores en determinados servicios y su eventual repercusión en las decisiones de compra de otros consumidores. En concreto, impone a los comerciantes que faciliten el acceso a reseñas de los consumidores sobre productos, la obligación de informar a los consumidores acerca de si aplica procedimientos para garantizar que las reseñas pertenecen a consumidores que realmente han adquirido o utilizado los productos sobre los que opinan, detallando, en su caso, como se llevan a cabo las comprobaciones y cómo se determina las reseñas que se publican (art. 7.6 Directiva 2005/29 y cdo. Directiva 2019/2161). El Real Decreto-ley 24/2021 incorpora esta obligación en el nuevo apartado 4 del artículo 20 LGDCU, previendo en su apartado 7 que su incumplimiento se considera una práctica desleal por engañosa en el sentido del artículo 7 LCD.

²⁰ DOUE C 424/1, 8.12.2020.

56. La Directiva 2019/2161 considera expresamente como práctica comercial desleal inducir a error a los consumidores afirmando que las reseñas de un producto han sido añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente ese producto si no se tomaron medidas «razonables y proporcionadas» para garantizar que dichas reseñas pertenezcan a dichos consumidores (Anexo I, 23 ter Directiva 2005/29); así como añadir o encargar a otra persona que añada reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promocionar productos (Anexo I, 23 quáter Directiva 2005/29). Se trata de previsiones que el Real Decreto-ley 24/2021 incorpora mediante el añadido de los apartados 7 y 8 del artículo 26 LCD, relativo a otras prácticas que se consideran desleales por engañosas. En todo caso, el cdo. 48 de la Directiva 2019/2161 aclara que sus disposiciones sobre reseñas y aprobaciones de los consumidores deben entenderse sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.

57. Además, el Real Decreto-ley 24/2021 añade un apartado 6 al artículo 26 LCD, en virtud del cual se consideran engañosas las prácticas consistentes en la reventa de entradas de espectáculos a los consumidores si el empresario las adquirió empleando medios automatizados –como “bots”- para sortear cualquier límite impuesto al número de entradas que puede adquirir cada persona o cualquier otra norma aplicable a la compra de entradas”, en línea con lo previsto en el artículo 13.7.b) y en el cdo. 50 de la Directiva 2019/2161, que insertaron un nuevo punto 23 en el Anexo de la Directiva 2005/29.

3. Otras obligaciones de información: mercados en línea

58. La Directiva 2019/2161 introdujo en la Directiva 2005/29 requisitos de información específicos respecto de los mercados en línea, que se definen, con el propósito de dotar al término de neutralidad tecnológica, de modo que aluden: «a programas (“software”), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operados por el comerciante o por cuenta de este». Tales obligaciones incluyen, para facilitar la comprensión por los consumidores de quienes son sus contrapartes contractuales y la repercusión sobre sus derechos y obligaciones, la exigencia de que los proveedores de mercados en línea informen a los consumidores de si el tercero que realiza la oferta es un comerciante o un no comerciante (delimitación para la que puede resultar de particular interés la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Kamenova*²¹), con arreglo a la declaración que dicho tercero les haya hecho, así como de que en caso de que declare su condición de no comerciante, indiquen que los derechos del consumidor derivados de la legislación de protección de los consumidores de la Unión no se aplican al contrato en cuestión. También deben informar al consumidor del reparto de las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que realiza la oferta y el proveedor del mercado en línea.

59. A este respecto, el Real-Decreto ley 24/2021 añade el apartado 3 al artículo 59 LGDCU, donde introduce las definiciones de “mercado en línea” y de “proveedor de un mercado en línea” con base en lo previsto Directiva 2019/2161. Además, la nueva letra f) del artículo 20.1 LGDCU incluye entre la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, la exigencia de que cuando se ofrecen en mercados en línea se informe de si el tercero que ofrece el bien o servicio tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea. Esta obligación se ve complementada por la inclusión en el nuevo artículo 97 bis LGDCU, al regular la información precontractual de los contratos celebrados a distancia, de requisitos de información adicionales específicos para contratos celebrados en mercados en línea. Se trata de un ámbito en el que la Directiva 2019/2161 permite que los Estados miembros puedan adoptar medidas –proporcionales y no discriminatorias- adicionales, teniendo en cuenta la rápida evolución tecnológica y la necesidad de

²¹ STJUE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, C-105/17, EU:C:2018:808.

un elevado nivel de protección de los consumidores, que deben entenderse sin perjuicio de la DCE (art. 4.5 y cdo. 29 Directiva 2019/2161 que añade un nuevo artículo 6 bis a la Directiva 2011/83/UE). El que la posibilidad de añadir nuevos requisitos se admite sin perjuicio de la aplicación de la DCE, determina en las situaciones típicas conforme a lo previsto en el artículo 3 de ésta, que su cumplimiento no pueda exigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que se encuentren establecidos en otro Estado miembro en los que no estén previstos.

60. El nuevo artículo 97 bis LGDCU reproduce en lo sustancial en su apartado 1 los requisitos recogidos en el artículo 6 bis la Directiva 2011/83/UE (letras a a d) y añade dos en las letras e y f). En concreto, la información adicional que se exige que el proveedor del mercado en línea facilite antes de que un consumidor quede obligado, de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia es: a) Información general sobre los principales parámetros –y su importancia relativa- que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor de la búsqueda (que debe facilitarse en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas); b) Si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea; c) Cuando el tercero que los ofrece no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa de protección de los consumidores no es de aplicación al contrato, sin que sea exigible la enumeración de los derechos específicos de los consumidores que no son aplicables (cdo. 27 de la Directiva 2019/2161); d) Cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, lo que debe entenderse sin perjuicio de cualquier responsabilidad que puedan tener en relación con el contrato en virtud de otra normas; e) En su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea; y f) Los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado en ellos por el proveedor del mercado en línea.

61. Al margen del régimen específico de los mercados en línea, el Real Decreto-ley 24/2021 introduce ciertas modificaciones puntuales en los requisitos de información previa al contrato del artículo 60 LGDCU, precisando su aplicación a los bienes con elementos digitales, al contenido digital y lo servicios digitales. Además añade un apartado cinco al artículo 60 LGDCU, que establece que la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en ese artículo incumbe al empresario.

62. Asimismo, incorpora en el artículo 97 ciertas modificaciones puntuales en lo relativo a la información precontractual que debe facilitarse en los contratos a distancia, que básicamente incorporan las modificaciones llevadas a cabo en el artículo 6 de la Directiva 2011/83 por el artículo 4 de la Directiva 2019/2161. Tales modificaciones van referidas, en particular, a la supresión de la exigencia de facilitar el número de fax y el reforzamiento de la obligación de facilitar información sobre los medios adicionales que permitan al consumidor ponerse en contacto y comunicarse con el empresario de forma rápida y eficaz -art. 97.1.c) LGDCU-, la información cuando proceda de que el precio ha sido personalizado basándose en la toma de decisiones automatizada (letra f), un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, contenido digital y servicios digitales (letra n), así como información acerca de la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales (letras s y t). Con respecto al alcance de la obligación de informar sobre la personalización de precios, el Preámbulo de la Directiva 2019/2161 pone de relieve que para que no resulte aplicable a técnicas que implican la modificación del precio de “forma extremadamente flexible y rápida en respuesta a la demanda del mercado”, como es el caso de la llamada fijación de precios dinámica o en tiempo real, es también preciso que no impliquen una personalización basada en la toma de decisiones automatizadas,

siendo además preciso respetar lo dispuesto en el RGPD y, en particular, el derecho del individuo a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (cdo. 45).

4. Derecho de desistimiento

63. Entre las modificaciones que la Directiva 2019/2161 introduce en la Directiva 2011/83/UE se encuentran algunas relativas al derecho de desistimiento, teniendo además gran importancia la circunstancia de que para asegurar la coherencia en el ámbito de aplicación de ésta y de la Directiva (UE) 2019/770 –traspuesta en nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 7/2021-, la Directiva 2019/2161 procede a ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 para abarcar también los contratos con arreglo a los cuales el comerciante suministre o se compromete a suministrar un servicio digital al consumidor, y este facilita o se compromete a facilitar datos personales. En todo caso, con carácter previo a la adopción del Real Decreto-ley 24/2021, de la modificación del ámbito de aplicación del Libro Segundo de la LGDCU llevada a cabo mediante la reforma de su artículo 59.4 por el Real Decreto-ley 7/2021, de transposición de la Directiva 2019/770 resultaban ya comprendidos en el alcance de sus normas sobre contratos a distancia, incluidas las relativas al derecho de desistimiento, los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales y el consumidor no paga un precio, sino que proporciona datos personales. Quedan al margen los supuestos en los que los datos personales son tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar el contenido digital o el servicio digital o para cumplir requisitos legales, y el empresario no trate tales datos para ningún otro fin, así como cuando el empresario recaba únicamente metadatos (información sobre el dispositivo, el historial de navegación, etc.).

64. Por su parte, el Real Decreto-ley 24/2021 modifica el artículo 98 LGDCU relativo a los requisitos formales de los contratos a distancia y la información que debe facilitarse al consumidor en relación con el derecho de desistimiento. Básicamente, la modificación tiene por objeto prever un régimen específico con respecto a la obligación de proporcionar el modelo de formulario de desistimiento de la información cuando se usen técnicas de comunicación a distancia en las que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados –por ejemplo, cuando se emplean asistentes de compra operados por voz o un SMS (cdo. 41 Directiva 2019/2161). En concreto, se establece que el empresario no está obligado a facilitarlo a través de la concreta vía o soporte a través de la que se celebra el contrato sino que basta con que lo facilite de una manera apropiada acorde con las técnicas de comunicación a distancias utilizadas (art. 98.4 LGDCU y art. 8.4 de la Directiva 2011/83 modificado por la Directiva 2019/2161).

65. En lo relativo del derecho de desistimiento en el entorno digital, destaca la matización de la excepción según la cual quedan al margen de ese derecho los contratos de prestación de servicios cuando el servicio haya sido completamente ejecutado, precisando que el requisito de que los comerciantes obtengan el consentimiento expreso previo al inicio de la prestación y el conocimiento del consumidor de que pierde tal derecho solo se aplica a los contratos de prestación de servicios que imponen al consumidor la obligación de pago, lo que se corresponde con que la sanción contractual establecida cuando el comerciante no cumple ese requisito es que el consumidor no tiene que pagar por los servicios prestados. Esta evolución tiene ahora reflejo en la letras a) y m) –relativa al suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material- del artículo 103 LGDCU.

66. La Directiva 2019/2161 modificó el artículo 13 de la Directiva 2011/83 para adaptar las obligaciones del empresario en caso de desistimiento a la circunstancia de que el ámbito de aplicación de la Directiva incluye los contratos en los que el comerciante suministra contenido digital que no se preste en un soporte material o un servicio digital al consumidor, y el consumidor facilite datos personales al comerciante, así como a las cuestiones específicas que plantean los contratos relativos al suministro de contenido digital o servicios digitales. En concreto, la reforma del artículo 13 de la

Directiva 2011/83 añadió los apartados 4 a 8 a su artículo 13, en los que se comienza por reiterar que el comerciante debe cumplir con lo dispuesto en el RGPD²² (apdo. 4), que cabe recordar que incluye, entre otros, el derecho a la supresión de los datos, la portabilidad y el derecho del interesado a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales. Por su parte, el apdo. 5 del reformado artículo 13 de la Directiva 2011/83 impone al comerciante la obligación de que se abstenga de «utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales proporcionado o creado por el consumidor al utilizar el contenido digital o el servicio digital suministrado por el comerciante, excepto cuando dicho contenido: a) no tenga utilidad fuera del contexto del contenido digital o el servicio digital suministrado por el comerciante; b) solo tenga relación con la actividad del consumidor al utilizar el contenido digital o el servicio digital suministrado por el comerciante; c) haya sido mezclado con otros datos del comerciante y no pueda desglosarse o solo se consiga haciendo un esfuerzo desproporcionado, o d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otros, y otros consumidores puedan seguir utilizando el contenido» (apdo. 5). Además, salvo en las situaciones de las letras a), b) o c) del apartado 5, el comerciante está obligado a facilitar al consumidor, a petición de este, «cualquier contenido distinto de los datos personales que haya facilitado o creado el consumidor al utilizar el contenido digital o el servicio digital suministrado por el comerciante» (apdo. 6). El consumidor tiene «derecho a recuperar dichos contenidos digitales sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del comerciante, en un plazo de tiempo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente» (apdo. 7). Tras el desistimiento, el comerciante puede impedir al consumidor cualquier otro uso de los contenidos o servicios digitales, en particular haciendo que los contenidos o servicios digitales no sean accesibles para el consumidor o inhabilitando su cuenta (apdo. 8).

67. El Real Decreto-ley 24/2021 lleva a cabo una incorporación prácticamente literal de estas normas –con mínimas matizaciones terminológicas– en los nuevos apartados 4 a 8 del artículo 107 LGDCU. Precisamente, la incorporación del nuevo apartado 5 del artículo 107 dota de eficacia a la remisión hasta ahora al vacío llevada a cabo por el artículo 119 ter, apdo. 5, letras c) y d) LGDCU, relativo a la resolución del contrato, introducido meses antes por el Real Decreto-ley 7/2021, al trasponer la Directiva 2019/770.²³ Esta circunstancia tiene también reflejo en la disposición final décima del Real Decreto-ley 24/2021, que establece que su libro sexto –que traspone la Directiva 2019/2161– entrará en vigor el 28 de mayo de 2022. Ahora bien, frente a ese criterio general establece la excepción de que la modificación que introduce el artículo 107.5 LGDCU entrará en vigor el 1 de enero de 2022 en lo referente a la resolución del contrato prevista en el apartado 5 del artículo 119 ter LGDCU.

68. La Directiva 2019/2161 también modificó el artículo 14 de la Directiva 2011/83 para adaptar las obligaciones del consumidor en caso de desistimiento del contrato, en particular, introduciendo un nuevo apartado 2 bis, que impone al consumidor la obligación de abstenerse de utilizar el contenido digital o el servicio digital y de ponerlo a disposición de terceros. El Real Decreto-ley 24/2021 reforma el artículo 108 LGDCU, introduciendo esa previsión en su apartado 2.

²² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DO L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

²³ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales” *Diario La Ley*, Nº 9881, 29 de Junio de 2021, secc. IV.3.

Bibliografía

APLIN, T.F. y BENTLY, L., *Global mandatory fair use: the nature and scope of the right to quote copyright works*, Cambridge University Press, 2020.

BENTLY, L. y APLIN, T., «Whatever became of global, mandatory, fair use? A case study in dysfunctional pluralism», S. Frankel (ed.), *Is Intellectual Property Pluralism Functional?*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 8-36.

BERCOVITZ, R. “Tasa Google o canon AEDE: una reforma desacertada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales” *Diario La Ley*, N° 9881, 29 de Junio de 2021.

LÓPEZ MAZA, S., “Artículo 32”, R. Bercovitz (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, 2017, pp. 649-650.

MARTÍNEZ GÓMEZ, S., “¿Qué administración es competente para iniciar un expediente sancionador en materia de consumo?”, *Centro de Estudios de Consumo -Publicaciones Jurídicas*, 24 de marzo de 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, pp. 1-6.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea. El artículo 15 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 52, 2019, pp. 164-175.

XALABARDER, R., «The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law» (September 30, 2014), IN3 Working Paper Series, <https://ssrn.com/abstract=2504596>.

XALABARDER, R., “La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 20, 2015, pp. 121-139.