

Retos para la Administración de las nuevas estrategias de publicidad

Publicidad, redes y derechos de los consumidores
3 de noviembre de 2021

Daniel Arribas González
Gabinete del Ministro de Consumo

Índice

- Comunicaciones comerciales en el ámbito *on-line*
 - Nuevas formas de publicidad.
 - Normativa de aplicación.
 - Personas responsables ante potenciales incumplimientos.
- Actuación administrativa ante potenciales incumplimientos
 - Autorregulación (*soft law*)
 - Procedimiento administrativo sancionador

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

➤ **Nuevas formas de publicidad.**

- Patrones oscuros
- Publicidad nativa

➤ Normativa de aplicación.

➤ Personas responsables ante potenciales incumplimientos.

Nuevas formas de publicidad

Nueva Agenda Europea del Consumidor (Comunicación de la Comisión, de 13 de noviembre de 2020):

*“Deben abordarse las prácticas comerciales que pasan por alto el derecho de los consumidores a tomar decisiones informadas, hacen un **uso fraudulento de sus sesgos de comportamiento o distorsionan sus procesos de toma de decisiones**. Estas prácticas incluyen el uso de **patrones «oscuros»**, determinadas prácticas de personalización que a menudo se basan en la elaboración de perfiles, la **publicidad encubierta**, el fraude, la **información falsa o engañosa** y los **comentarios manipulados de consumidores**. Se requieren orientaciones adicionales sobre la aplicabilidad de los instrumentos de Derecho en materia de protección de los consumidores, tales como la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales y la Directiva sobre los derechos de los consumidores, a estas prácticas. En última instancia, los **consumidores deben gozar de un nivel de protección y equidad en línea comparable al que tienen fuera de línea**”*

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- **Nuevas formas de publicidad.**
 - **Patrones oscuros**
 - Publicidad nativa
- Normativa de aplicación.
- Personas responsables ante potenciales incumplimientos.

Nuevas formas de publicidad – Patrones oscuros (“*dark patterns*”)

Guía de protección de datos por defecto de la AEPD (octubre de 2020):

“(…) interfaces de usuario diseñadas para influir, a través de manipulaciones psicológicas y de forma encubierta, en las elecciones del interesado, al menos, con relación al tratamiento de sus datos personales. Un ejemplo de este tipo de patrones es ofrecer al usuario una finalidad atractiva en función de su análisis comportamental para enmascarar una transferencia de datos a un tercero con fines que no han sido claramente definidos”

Nuevas formas de publicidad – Patrones oscuros

- ✓ Preguntas capciosas (Trick questions): Formular una pregunta de tal manera que los usuarios respondan a algo de manera contraria a su intención
- ✓ Meterse en la canasta (Sneak into Basket): Se coloca automáticamente un ítem extra en la cesta de compra
- ✓ Motel de cucarachas (Roach Motel): Pasos innecesarios para dejar de estar registrado en un servicio (como contactar al servicio de Atención al Cliente vía chat o correo)
- ✓ Anuncios disfrazados (Disguised Ads): anuncios que se encuentran disfrazados de otro tipo de contenido, como por ejemplo, un botón de descarga
- ✓ Costos ocultos (Hidden costs): Agregar costes justo antes de finalizar la compra
- ✓ Cebo y cambio (Bait and switch): Inducir a los usuarios a realizar una acción específica diferente e indeseada

Nuevas formas de publicidad – Patrones oscuros

Desayuno incluido

Paragon One Residence ★★

.genius %

Bangkok – Mostrar en el mapa (a 350 m del centro)

Hay 3 personas mirando en este momento

¡Muy solicitado! Reservado 51 veces en las últimas 24 horas

Ganga de hoy

Habitación Doble - 2 camas

Muy solicitado. ¡Solo quedan 3 habitaciones en nuestra página!

Sin riesgos: Puedes cancelar más tarde, así que aprovecha para conseguir un buen precio hoy.

Muy bien 8,1
2.351 comentarios

Relación calidad - precio 8,3

€ 21
incluye impuestos y cargos
Desayuno incluido

Ver n...

VUELOS

Ida y vuelta

De Colonia

Salida jue., 9 jul.

Ida y vuelta dom., 12 jul.

Pasajeros 1 Adulto

Buscar

Al hacer clic en "Buscar" aceptas las Condiciones de uso del sitio web

Nuevas formas de publicidad – Patrones oscuros

- *Perkins v. LinkedIn (2015, EEUU)*

10-05-15 | EVIDENCE

After Lawsuit Settlement, LinkedIn's Dishonest Design Is Now A \$13 Million Problem

Hopefully, this will be a lesson to other companies who use dark UX patterns to trick their users.



BY JOHN BROWNLEE 1 MINUTE READ

If you've ever signed up, or even known anyone who has signed up, for LinkedIn, you've probably been on the receiving end of dozens of follow-up emails, inviting you to "expand your professional network." These messages are virtually impossible to opt-out of. It's a scummy use of **dark UX patterns** by a company that should know better. Now, LinkedIn is going to be paying for it as part of a class-action lawsuit, to the tune of \$13 million.

LIKE THIS

learned from

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- **Nuevas formas de publicidad.**
 - Patrones oscuros
 - **Publicidad nativa**
- Normativa de aplicación.
- Personas responsables ante potenciales incumplimientos.

Nuevas formas de publicidad – Publicidad nativa

- Native Advertising: A Guide for Businesses (dic. 2015)

La *Federal Trade Commission* (FTC) define la "publicidad nativa" como el contenido que guarda similitud con las noticias, artículos de fondo, reseñas de productos, entretenimiento y otro material que lo rodea en línea pero que se encuentra patrocinado. Se asocia al tradicional "publirreportaje" en las publicaciones impresas tradicionales.

Se trata de un tipo de publicidad que se ajusta a la forma y función de la experiencia del usuario en la página web o la aplicación en la que se inserta, quedando camuflada por el contenido que la rodea. No se limita a los artículos, sino que la publicidad nativa puede ser, por ejemplo, contenido de vídeo o audio en redes sociales.

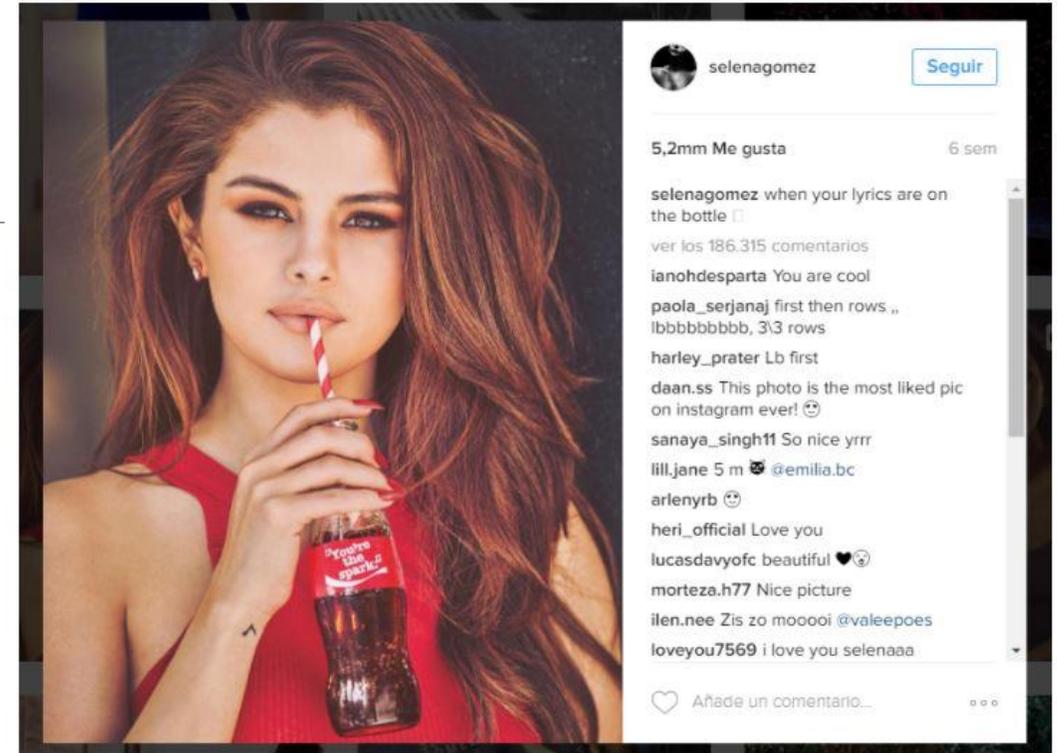
Nuevas formas de publicidad

EE UU quiere frenar la publicidad encubierta en las redes sociales

La agencia federal de consumo advierte a las celebridades de que deben especificar claramente cuándo promocionan productos a cambio de dinero

SANDRO POZZI

Nueva York - 09 AGO 2016 - 13:48 CEST



Nuevas formas de publicidad

- **Publicidad nativa**

De acuerdo con el Interactive Advertising Bureau (IAB), se pueden encontrar seis tipos de publicidad nativa:

- Unidades in-feed: Se trata de anuncios pagados que aparecen directamente junto con otros artículos, publicaciones o contenido editorial
- Búsquedas patrocinadas en motores de búsqueda
- Widgets de recomendación: se integra en la página y no tienen apariencia de contenido editorial, enlazando fuera del sitio con expresiones tipo “también te puede interesar”
- Clasificaciones patrocinadas
- Anuncios estándar: Anuncios posicionados fuera del área editorial y con contenidos relevantes que enlazan a página externa de la marca
- Publicidad a medida: Formatos con diseño a medida definido entre el anunciante y los equipos editoriales de los medios

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- Nuevas formas de publicidad.
- **Normativa de aplicación.**
 - **Patrones oscuros**
 - Publicidad nativa
- Personas responsables ante potenciales incumplimientos.

Normativa de aplicación – Patrones oscuros

En aplicación del principio de lealtad o “fairness” establecido en el artículo 5.1.a del 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 (RGPD), el responsable del tratamiento ha de garantizar que no se emplean “patrones oscuros” o “dark patterns”:

Artículo 5.1 RGPD. Los datos personales serán:

“a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»)”

Normativa de aplicación – Patrones oscuros

- Un estudio publicado en enero de 2020 confirmó que el uso de los “dark patterns” y el consentimiento implícito está muy extendido, sólo el 11,8% cumple los requisitos mínimos establecidos por el RGPD:

ABSTRACT

New consent management platforms (CMPs) have been introduced to the web to conform with the EU’s General Data Protection Regulation, particularly its requirements for consent when companies collect and process users’ personal data. This work analyses how the most prevalent CMP designs affect people’s consent choices. We scraped the designs of the five most popular CMPs on the top 10,000 websites in the UK (n=680). We found that dark patterns and implied consent are ubiquitous; only 11.8% meet the minimal requirements that we set based on European law. Second, we conducted a field experiment with 40 participants to investigate how the eight most common designs affect consent choices. We found that notification style (banner or barrier) has no effect; removing the opt-out button from the first page increases consent by 22–23 percentage points; and providing more granular controls on the first page decreases consent by 8–20 percentage points. This study provides an empirical basis for the necessary regulatory action to enforce the GDPR, in particular the possibility of focusing on the centralised, third-party CMP services as an effective way to increase compliance.

Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence
(<https://arxiv.org/pdf/2001.02479.pdf>)

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- Nuevas formas de publicidad.
- **Normativa de aplicación.**
 - Patrones oscuros
 - **Publicidad nativa**
- Personas responsables ante potenciales incumplimientos.

Normativa de aplicación – Publicidad nativa

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad:

- Artículo 2:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

*– **Publicidad:** Toda forma de comunicación realizada por una **persona física o jurídica**, pública o privada, en el **ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional**, con el fin de **promover** de forma directa o indirecta la **contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones**.*

*– **Destinatarios:** Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.”.*

Normativa de aplicación – Publicidad nativa

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal:
 - Artículo 5.1: *“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”*
 - Artículo 6: *“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”.*

Normativa de aplicación – Publicidad nativa

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (**en vigor desde el 28 de mayo de 2022**):

- Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas:

“Se consideran desleales por engañosas las prácticas que:

*1. Incluyan como información en los medios de comunicación o en **servicios de la sociedad de la información o redes sociales**, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, **pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido**, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario.*

*2. Faciliten **resultados de búsquedas** en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario **sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos** específicamente a que los bienes o servicios obtengan una **clasificación superior en los resultados de las búsqueda**, entendiendo por clasificación la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios, en su presentación, organización o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación.”*

Normativa de aplicación – Publicidad nativa

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (**en vigor desde el 28 de mayo de 2022**):
 - Artículo 27. Otras prácticas engañosas.

Igualmente se consideran desleales por engañosas las prácticas que:

*“7. Afirman que las **reseñas de un bien o servicio son añadidas por consumidores y usuarios** que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio, **sin** tomar medidas razonables y proporcionadas para **comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores y usuarios.**”*

*“8. Añadan o encarguen a otra **persona física o jurídica que incluya reseñas o aprobaciones de consumidores falsas**, o distorsionen reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con el **fin de promocionar bienes o servicios.**”*

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- Nuevas formas de publicidad.
- Normativa de aplicación.
- **Personas responsables ante potenciales incumplimientos.**

Personas responsables ante potenciales incumplimientos



Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- Nuevas formas de publicidad.
- Normativa de aplicación.
- **Personas responsables ante potenciales incumplimientos.**
 - **Empresario**
 - Plataforma

Personas responsables ante potenciales incumplimientos: empresario

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal:
 - Artículo 3. Ámbito subjetivo.
*“1. La ley será de aplicación a los **empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado**”.*
- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (**en vigor desde el 28 de mayo de 2022**)
 - Artículo 51. Personas responsables.
*“3. Asimismo, la responsabilidad de los **coautores** de una misma infracción será independiente y se impondrá a cada uno la sanción correspondiente a la infracción en la extensión adecuada a su culpabilidad y demás circunstancias personales. En particular, se entenderán incluidos en este caso los **anunciantes y agencias de publicidad respecto de las infracciones de publicidad subliminal, engañosa o que infrinja lo dispuesto en la normativa sobre publicidad de determinados bienes o servicios**”.*

Comunicaciones comerciales en el ámbito online

- Nuevas formas de publicidad.
- Normativa de aplicación.
- **Personas responsables ante potenciales incumplimientos.**
 - Empresario
 - **Plataforma**

Personas responsables ante potenciales incumplimientos: plataforma

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).
 - Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

“1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

 - *a) **No tengan conocimiento efectivo** de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*
 - *b) **Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar** los datos o hacer imposible el acceso a ellos.*

*Se entenderá que el prestador de servicios tiene el **conocimiento efectivo** a que se refiere el párrafo a) cuando un **órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos**, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud **de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse**”.*

Personas responsables ante potenciales incumplimientos: empresario

- Propuesta de la Comisión Europea de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales).
 - Artículo 5. Alojamiento de datos.

*“Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente **en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio**, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios:*

*a) **no tenga conocimiento efectivo** de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o el contenido revele su carácter ilícito, o de que*

*b) **en cuanto tenga conocimiento** de estos puntos, el prestador de servicios **actúe con prontitud para retirar el contenido** ilícito o inhabilitar el acceso al mismo.”.*

Actuación administrativa ante potenciales incumplimientos

Actuación administrativa ante potenciales incumplimientos

- **Autorregulación (soft law).**
 - **Código de Conducta sobre el uso de influencers en publicidad**
 - Acuerdos voluntarios con plataformas

- Procedimiento administrativo sancionador

Autorregulación. Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad

- Con fecha 9 de octubre de 2020 se suscribió protocolo de buenas prácticas con la Asociación Española de Anunciantes (AEA) y AUTOCONTROL para la publicidad en entornos digitales
- Como Anexo de dicho Convenio se recoge el Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad, que entró en vigor el 1 de enero de 2021 y contempla, entre otros aspectos:
 - Definición de “contenido publicitario”, entendido como aquellas menciones o contenidos -gráficos, de audio o visuales- que acumulativamente:
 - a) Estén dirigidos a la promoción de productos o servicios;
 - b) Sean divulgados en el marco de colaboraciones o compromisos recíprocos, siendo la divulgación del citado contenido objeto de un pago u otra contraprestación por parte del anunciante o sus representantes;
 - c) El anunciante o sus agentes ejerzan un control editorial sobre el contenido divulgado (estableciendo previamente todo o parte del mismo y/o validándolo)

Autorregulación. Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad

- Consideración de “contraprestaciones”: el pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, las entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes.
- Se imponen obligaciones respecto de estos contenidos publicitarios:
 - Respeto de la reglas y códigos que resulten de aplicación
 - Obligación de que la naturaleza publicitaria de la comunicación sea fácilmente identificable para los seguidores. En este sentido, se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” o “patrocinado por”, mientras se desaconseja utilizar indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejemplo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como “Colab”, “Sponso” o “sp”).

Autorregulación. Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad

- Control de su cumplimiento:
 - Previo: posibilidad de someter el mismo en el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL (Copy Advice).
 - A posteriori: Jurado de la publicidad:
 - a) Las resoluciones del Jurado de la Publicidad son **vinculantes** para todos los asociados de AUTOCONTROL, para cualesquiera otras personas que se encuentren vinculadas a las mismas, y para aquellas personas no vinculadas que hayan aceptado expresa o tácitamente su competencia.
 - b) Las resoluciones serán **hechas públicas** a través de su inserción en la página web u otros medios de la AEA y AUTOCONTROL, tal y como establece la norma de aplicación C.4 del Código de *influencers*.

Autorregulación. Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad

- Control de su cumplimiento:

LA ETIQUETA #AD NO ES SUFICIENTE

Samsung, amonestada por la publicidad encubierta de la 'influencer' Sandra Barneda

Autocontrol, el organismo supervisor de la publicidad, obliga a la compañía a instar a la presentadora a modificar varios 'post' de Instagram en los que no identificaba con claridad que eran anuncios



Sandra Barneda, en una imagen de archivo. (Cordon Press)

Actuación administrativa ante potenciales incumplimientos

➤ **Autorregulación (soft law).**

- Código de Conducta sobre el uso de influencers en publicidad
- **Acuerdos voluntarios con plataformas**

➤ Procedimiento administrativo sancionador

Autorregulación. Acuerdos voluntarios con plataformas

- Artículo 16.1 LSSI

*“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, **sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse**”*

Autorregulación. Acuerdos voluntarios con plataformas

PORTADA | SOCIEDAD | **IGUALDAD**

Amazon retira de la venta productos pedófilos tras una solicitud del Ministerio de Consumo

Cristina Herráez · Madrid
09/09/2020 · 16:55h.



Actuación administrativa ante potenciales incumplimientos

- Autorregulación.
- **Procedimiento administrativo sancionador.**

Procedimiento administrativo sancionador – Autoridades competentes

- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

- Art. 47.3

*“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**”*

En vigor desde el 28 de mayo de 2022:

- Art. 52 bis. 1

*“Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones de consumo cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable. Las **autoridades competentes en materia de consumo sancionarán**, asimismo, las **conductas tipificadas como prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios**”*

Procedimiento administrativo sancionador – Autoridades competentes

- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
 - Art. 47.2

*“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”*

En vigor desde el 28 de mayo de 2022:

- Art. 52 bis. 3

*“3. 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.”*



Daniel Arribas González
Asesor jurídico del Gabinete del Ministro
C/Príncipe de Vergara, 54
28071 Madrid (España)
darribas@consumo.gob.es