

**REGULACIÓN Y TRATAMIENTO
DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

Índice

1. OBJETO.....	3
2. MARCO LEGAL	3
3. ALCANCE	4
4. ELEMENTOS A CONSIDERAR.....	6
5. PUBLICIDAD ENCUBIERTA.....	9
6. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO DELITO	12
7. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA PRÁCTICA DESLEAL.....	14
a) En general	14
b) En la compra de vivienda	16
c) En la contratación de servicios financieros.....	19
d) En otros sectores.....	22
8. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA	24
9. DECLARACIONES NUTRICIONALES Y PROPIEDADES SALUDABLES.....	28
a) Regulación.....	28
b) Autorregulación del sector.....	30
10. MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES TÉRMICAS	32
a) Actuación de algunas empresas.....	32
b) Actos engañosos	34
c) Recomendaciones para el consumidor.....	35



¡MADRID!

**ÁREA DE GOBIERNO
DE SEGURIDAD
Y EMERGENCIAS**

Instituto Municipal de Consumo

NOTA IMPORTANTE

Este informe tiene carácter preliminar, y se ha elaborado para su presentación en la reunión del Consejo Municipal de Consumo de 18 de julio de 2014.

Su uso se reserva a los miembros del Consejo Municipal de Consumo, con la finalidad exclusiva de que puedan formular las alegaciones y observaciones que consideren oportunas.

1. OBJETO

Es objeto de este informe reseñar la normativa reguladora del tipo de publicidad ilícita que constituye la de carácter engañoso, ofrecer una panorámica general de su tratamiento por los tribunales y concluir con la formulación de una serie de recomendaciones dirigidas a los consumidores en un ámbito concreto que viene registrando un elevado volumen de incidencias como es el relativo al servicio de mantenimiento de las instalaciones de gas y de las instalaciones térmicas en los edificios.

El legislador utiliza el concepto de publicidad engañosa como reacción jurídica frente a la vulneración de los derechos o intereses económicos tanto de los consumidores como de las demás empresas que compiten lealmente con la que incurre en dicho tipo de conducta ilegal.

Esta doble vertiente justifica que, como se analiza a continuación, la publicidad engañosa se encuadre en la noción de práctica comercial desleal que afecta negativamente al derecho de competencia entre empresas. Es, sin embargo, el dato de que los destinatarios de la actividad publicitaria son fundamentalmente los consumidores el que justifica la elaboración de este informe.

2. MARCO LEGAL

Entre los derechos fundamentales que reconoce y protege la Constitución española se incluye el de “*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*” [art. 20.1 d)].

La Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), define:

- La publicidad como “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”.
- Los destinatarios de dicha actividad como “*Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance*” (art.2).

En el derecho español, tanto la citada LGP como la Ley 3/1991 de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) venían regulando hasta 2009 la publicidad engañosa cada una por su lado, al conceptuarla la primera como ilícito publicitario y como ilícito competencial la segunda. Ello suscitó entre los operadores jurídicos importantes dudas acerca de si ambos régímenes eran compatibles, si era de aplicación preferente la LGP debido a su carácter especial o incluso si ésta había quedado derogada tácitamente en este punto por la LCD.

Además de que resultaba formalmente posible que un mismo hecho fuese calificado simultáneamente como publicidad ilícita y como acto de competencia desleal, la inseguridad jurídica se veía agravada por el dato de que cada texto legal contaba con su régimen específico de acciones¹.

¹ Así lo tenía declarado el Tribunal Supremo: “*El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables... En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respecto a los requisitos legales, o ejercitárlas alternativamente*” (Sentencia de su Sala de lo Civil, Sección 2^a, 515/2005 de 4 julio, RJ 2005\5093, FJ 2^o).

También hasta el 31 de diciembre de 2009 estuvo en vigor el apartado 4 del art. 18 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que establecía que *“La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude”*.

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, estableció un régimen jurídico unitario en la materia, residenciado en la LCD.

La técnica que utiliza para ello se basa en reenvíos recíprocos entre LGP y LCD:

- En su nueva redacción, el art. 18 LCD declara que *“La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”*, esto es, califica la publicidad ilícita como acto de competencia desleal sin enumerar los diferentes supuestos que la integran y remitiendo a estos efectos a la LGP.
- El modificado art. 3 LGP prevé ya la calificación como acto de competencia desleal de algunos de los principales supuestos de publicidad ilícita: *“es ilícita... e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”*.

A pesar de que la reforma de la LGP ha suprimido las acciones judiciales por publicidad ilícita², la Ley 29/2009 no sólo no ha suprimido esta última categoría sino que ha subrayado la importancia de mantenerla³.

3. ALCANCE

Con la finalidad de evitar las disfunciones que pueden derivar de que la publicidad ilícita y la competencia desleal subsistan como categorías formalmente distintas, la vigente redacción de 2009 del art. 3 LGP tipifica como supuestos de publicidad ilícita la engañosa, la agresiva y la desleal, pero se remite a la LCD para la definición de cada una de estas figuras [apartado e)].

Ello supone que resultan aplicables a la publicidad engañosa los siguientes preceptos de la LCD:

- El art. 5 (*Actos de engaño*), cuya modificación por la Ley 29/2009 ha supuesto un significativo punto de inflexión en la configuración de la publicidad engañosa⁴, al incluir en ella no sólo la que contenga información falsa, sino

² Art. 6.1 LGP: *“Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”*.

³ En la Exposición de Motivos de la Ley 29/2009, el legislador hace constar que *“cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”*.

⁴ En su redacción originaria –vigente hasta la aprobación de la Ley 29/2009–, el art. 4 LGP consideraba que constituye publicidad engañosa:

- La que *“de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”*.



también “*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*”.

Ello significa que, aun reuniendo las notas de certeza y exactitud, la publicidad puede resultar engañosa si induce a error a sus destinatarios, y afecta a su comportamiento, en atención a circunstancias tales como el medio en el que el mensaje se inserta, el horario en el que se emite, el entorno sobre el que opera, el colectivo o colectivos a los que va dirigido, etc. La publicidad debe ser analizada en su conjunto, sin perjuicio de que el análisis se centre en aquellas partes del mensaje que capten la atención de sus destinatarios.

En el caso de que éstos suscriban algún contrato como consecuencia de la publicidad engañosa recibida, la empresa habrá vulnerado la buena fe, que es requisito inexcusable de cualquier relación jurídica, y el contrato debe considerarse sujeto al régimen de invalidez que le es propio, en el caso de que la formación de voluntad del consumidor haya resultado viciada como consecuencia del mensaje engañoso⁵.

- Art. 7, que regula las omisiones engañosas; para que un anuncio pueda ser calificado como supuesto de publicidad engañosa por omisión es necesario que reúna los presupuestos fijados en este precepto.
- Arts. 21 a 31, que regulan diversos tipos de prácticas desleales con los consumidores, por engañosas o agresivas.

Para que un anuncio publicitario pueda calificarse como engañoso se requiere comprobar si encaja en alguno de los supuestos de prácticas que los arts. 21 a 27 consideran engañosas en sí mismas, catálogo sólo resulta aplicable a las prácticas comerciales desarrolladas en las relaciones con consumidores. En el caso de que no sea así, hay que analizar si concurren en el mensaje publicitario los presupuestos que mencionan los arts. 5 ó 7 LCD para su calificación, respectivamente, como publicidad engañosa o como engaño por omisión.

La apreciación de si existe publicidad agresiva requiere, por su parte, analizar si el anuncio encaja en alguno de los supuestos que los arts. 28 a 31 LCD tipifican como prácticas en sí mismas agresivas, preceptos que son aplicables exclusivamente a los anuncios dirigidos a consumidores. Si el mensaje publicitario no encaja en ninguno de estos supuestos, será preciso determinar si puede calificarse como supuesto de acoso, coacción o influencia indebida conforme al art. 8 LCD.

Por el contrario, ni la LGP ni la LCD concretan las modalidades susceptibles de quedar englobadas en la noción de publicidad desleal, motivo por el que resulta más difícil concretar el alcance de la remisión que efectúa, respecto de ella, el art. 3 e) LGP.

– La que “*silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios*”.

⁵ Siendo el consentimiento uno de los requisitos esenciales de todo contrato (art. 1261), aquel “*se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*” (art. 1262 CC).

Puede adoptarse al efecto el criterio que utilizó la LGP en su redacción anterior a 2009⁶, al incluir en el concepto de publicidad desleal las siguientes cinco modalidades publicitarias:

- La publicidad confusionista: los arts. 6 y 20 LCD aluden a los actos de confusión.
- La denigratoria: art. 9 LCD (actos de denigración).
- La comparativa: art. 10 LCD (actos de comparación).
- La que haga un uso injustificado de signos distintivos ajenos: art. 12 LCD (actos de explotación de la reputación ajena), precepto que constituye el marco más adecuado al efecto, si bien el uso injustificado de signos y distintivos ajenos también puede generar un acto de confusión en el sentido de los arts. 6 y 20.
- La publicidad contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas corrección y buenos usos mercantiles: art. 4 LCD (cláusula general).

4. ELEMENTOS A CONSIDERAR

Para la calificación como engañosa de un determinada publicidad es necesario considerar previamente todos los elementos que relaciona el art. 5.1 LCD, en especial, los referidos a características del bien o servicio, precio y condiciones jurídicas y económicas del producto publicitado.

En aplicación de estos criterios, la jurisprudencia de los tribunales españoles ha estimado que existe publicidad engañosa en casos tan dispares como:

- Omisión de la composición de un producto que oculta su nocividad o peligrosidad: la Sentencia del Tribunal Supremo 382/1997 de 8 mayo (Sala de lo Civil, RJ 1997\3876) apreció que resultaba engañosa la publicidad de un producto para el tratamiento del agua de las piscinas, como consecuencia de que *"induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su comportamiento económico adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados ...y la nocividad"* (FJ 4º).
- Indicación de denominación de origen sin estar inscrito el producto publicitado en el registro regulador: la STS 292/2000 de 20 marzo (Sala de lo Civil, RJ 2000\2019) confirma la prohibición de determinada publicidad de botellas de vino en las que se incluía un recuadro en el que se anunciaba que estaban acogidas a la Denominación de Origen Bierzo, a pesar de que la empresa productora no figuraba inscrita en los registros de dicho Consejo Regulador.

⁶ Art. 6 LGP, en su redacción originaria: *"Es publicidad desleal:*

- a) *La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menoscabo directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.*
- b) *La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.*
- c) *La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado".*



El tribunal declara que “*Esta actividad publicitaria ...es claramente ilícita por engañoso ... (como consecuencia de) la utilización de la Denominación de Origen, nombres de comarcas, términos, localidades y pagos que compongan las respectivas zonas de producción y crianza, en una publicidad ilícita desde la usurpación de lo que no está permitido*” (FJ 1º).

- Indicación de tener el derecho en exclusiva para impartir determinados cursos de enseñanza de estética y peluquería: la STS 809/2003 de 24 julio (Sala de lo Civil, RJ 2003\5856): declara que resulta engañoso hacia los consumidores y perjudica a las demás empresas hacer público que el curso “*de la competidora que se anuncia en los mismos medios de prensa es ilegítimo o espurio, circunstancia que ...no es cierta, sino que ambas entidades litigantes en la fecha de autos podían impartir legalmente los auténticos cursos de CEM*” (FJ 1º).
- Cursos deficientemente identificados para concretar las titulaciones que posibilitan: la STSJ de Galicia 1156/2002 de 26 junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª, JUR 2003\5497) confirma la sanción impuesta con motivo de la convocatoria de un curso de Master de Creatividad Aplicada (MICAT) en la que no se concretaba adecuadamente la titulación que posibilitaba.

El tribunal basa su decisión “*en que la información y publicidad sobre el MICAT reflejaba graves irregularidades susceptibles de inducir a confusión o engaño, ... (que) afecta a la doble faceta de ofrecimiento en la información ... de la titulación de especialista y en la promoción de Master ofreciendo en su publicidad un doctorado inexistente*” (FJ 3º).

- Oferta de precios por período indeterminado que puede sufrir variaciones: la Sentencia del TSJ de Andalucía 1518/2003 de 26 mayo (Sala de lo Cont.-Administrativo, Sec. 2ª, JUR 2003\182704) confirma la sanción administrativa impuesta a una empresa con motivo de su remisión a domicilios particulares de un folleto publicitario del que destaca “*su confección poco clara, creadora de confusionismo para los consumidores, en la medida en que, por una parte, en relación con los precios de determinados productos que recoge en su interior, incluye en la página final la advertencia de que pueden sufrir pequeñas alteraciones a la alta o a la baja, ... y, por otra, respecto de la duración de la validez de la lista de precios, se dice que será de 3 a 4 meses, por lo que, al no concretarse tampoco la fecha exacta de emisión del folleto publicitario ... es evidente que induce a error y confusión a los posibles destinatarios del folleto, por cuanto que resulta imposible, con la información suministrada en el mismo, determinar el momento preciso en que comenzaba y terminaba el periodo de mantenimiento de los referidos precios*” (FJ 2º).
- Cargos no advertidos explícitamente: la STSJ de Cataluña 162/2003 de 12 febrero (Sala de lo Cont.-Administrativo, Sec. 5ª, JUR 2003\153755) desestima la apelación formulada por una empresa que había sido sancionada por la emisión de unos folletos en los que se indicaba «*Por favor, compruebe su dirección, rellene la solicitud y devuelva el sobre adjunto incluso si Vd. no desea hacer un pedido*».

El tribunal declara que puede calificarse de engañoso esta publicidad porque “*el prospecto era susceptible de llevar a sus destinatarios a conclusiones*”



erroneas, ocasionadas por la ambigüedad y por el carácter claramente capcioso del mensaje transmitido; máxime no existiendo obstáculos que impidieran insertar, sin mayor coste o esfuerzo económico y de composición escrita, un mensaje claro y diáfano sobre las consecuencias de una firma que era comprensible que los destinatarios vincularan a la solicitud sin compromiso" (FJ 2º).

- Construcciónemplazadaenlugardistintodelpublicitado:laSAPValencia 81/2003 de 4 febrero (Sec. 9ª, JUR 2003\93495) ordena indemnizar como consecuencia del "incumplimiento contractual por la promotora vendedora ...dada la múltiple afección que implica esa transgresión del contrato, cuyo contenido publicitario en ese punto ha resultado engañoso, que la demandante se ha visto privada en parte de la visión que ostentaba su inmueble, afectando a su luz, vistas e intimidad y teniendo en cuenta que precisamente por la ubicación y proyección de dicho apartamento era de los mas costosos de la promoción" (FJ 2º).
- Folleto de venta con piscina sin aclarar que es un elemento común insertar anuncio en prensa sobre venta de viviendas con piscina sin indicarse que ésta fuera elemento común, siendo irrelevante que en el contrato privado de compraventa o el folleto publicitario constara como zona común: la STSJ Madrid 852/2001 de 24 julio (Sala de lo Cont.-Administrativo, Sec. 8ª, RJCA 2001\1473) confirma la sanción administrativa impuesta a una promotora que contrató un anuncio en prensa en el que se expresaba la venta de pisos de tres dormitorios, cocina amueblada y piscina, sin perjuicio de la eventual "responsabilidad de otras empresas por el contenido del contrato privado de compraventa, o del folleto publicitario". (FJ 3º).
- Características inexistentes en una fiesta de fin de año: la STSJ País Vasco 690/2002 de 8 noviembre (Sala de lo Cont.-Administrativo, Sec. 1ª, RJCA 2003\577) confirma la sanción impuesta por la emisión de publicidad de una fiesta de fin de año que indicaba la disponibilidad de diversas instalaciones, servicios y efectos luminotécnicos, así como la realización de conexiones vía satélite con las celebraciones de fin de milenio en diversas ciudades de todo el mundo.

El tribunal adopta su resolución como consecuencia de que "la convocatoria del espectáculo contó con elementos engañosos que realmente incidieron en la decisión de asistir a él de una parte considerable de público, que expresó más tarde su rotunda disconformidad con la contraprestación realmente obtenida en un sinnúmero de aspectos, ...formulando quejas y reclamaciones en oficinas y organismos idóneos en un modo y número que, desde la más elemental experiencia sociológica y cultural, sólo puede entenderse como indicativo de una reacción colectiva ante el engaño inducido por mecanismos de publicidad del evento festivo" (FJ 4º).

- Remisión a asteriscos: la SAP Baleares 320/2003 de 31 mayo (Sec. 3ª, AC 2003\1804) no aprecia irregularidad alguna en la publicidad efectuada por una aerolínea en la que ofrece un pasaje gratis a quienes sufren un retraso superior a 15 minutos en determinado trayecto, publicidad que incluía un asterisco que remitía a las «condiciones disponibles en las oficinas de venta de Spanair en el aeropuerto».



El tribunal declara que “*Exigir que en un anuncio deban figurar todas las condiciones en que se va a producir el contrato...sería condenar a la publicidad a obviar toda capacidad de hacer atractiva una oferta*” (FJ 3º).

Y añade: “*Las condiciones no se omiten sino que se indica el lugar en que pueden ser obtenidas. Ir a recoger las condiciones al aeropuerto es ciertamente más incómodo que consultarlas por teléfono o por Internet, como ocurre en otros anuncios, pero ello no quiere decir que el consumidor las desconozca antes de contratar puesto que puede, y debe, haberse hecho con ellas antes de adquirir un billete, si opera con la mínima diligencia exigible. Además, la oferta se refiere al denominado «puente aéreo» entre Madrid y Barcelona y va, por tanto, dirigida a un público que es usuario frecuente del avión y que normalmente tendrá fácil ocasión de hacerse con el escrito que contiene las condiciones de la garantía*” (FJ 4º).

5. PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Es la que no resulta identificable como tal por los consumidores a quienes se dirige, puesto que el anuncio se presenta como mensaje de naturaleza no publicitaria (p.e., informativa o de divulgación).

Se trata de un supuesto específico de publicidad engañosa, puesto que induce a error en los consumidores en lo relativo al origen, clase y relevancia del mensaje, posibilitándoles que atribuyan a éste un nivel de credibilidad y objetividad que no le darían si fuesen conscientes de su naturaleza publicitaria.

El legislador comunitario la configura como supuesto específico de práctica engañosa.

Sin embargo, la LCD considera que el engaño sobre la naturaleza y valor del mensaje trae causa de dos factores concurrentes:

- La forma adoptada para presentar el mensaje: acción engañosa.
- La omisión de información concreta acerca del propósito del mensaje: omisión engañosa.

Es por ello que el legislador español otorga a la publicidad encubierta dos tipificaciones:

- Por un lado, puede ser calificada como acto de engaño al amparo del art. 5.1, que menciona como una de las circunstancias desencadenantes del engaño que la forma de “presentación (de la información) induzca o pueda inducir a error a los destinatarios”. En concreto, la letra d) incluye entre los aspectos sobre los que puede incidir el engaño “...los motivos de la conducta comercial” que materializa el mensaje de contenido publicitario.
- Por otro, como supuesto de omisión engañosa tipificado por el art. 7.1, que califica como desleal la transmisión de la información necesaria de manera “poco clara, ininteligible, ambigua, ...o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”.



Así, la LCD mantiene la técnica utilizada por la directiva de prácticas desleales⁷, cuyos arts. 6 y 7 califican la publicidad encubierta, simultáneamente, como acción y como omisión engañosa.

Además, tipifica expresamente en el ámbito de las relaciones entre empresarios y consumidores (capítulo III de la LCD) el supuesto específico de publicidad encubierta, que merece por sí misma la calificación de engañosa, y por tanto de desleal: *“Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”* (art. 26. Prácticas comerciales encubiertas).

Puede considerarse que el art. 26 constituye una especialidad con respecto a los arts. 5 y 7 LCD, pues en el caso de que no esté acreditado que concurran los requisitos que enumera aquel (p.e., pago por el anunciante de contraprestación económica al medio), la práctica puede ser calificada como engañosa al amparo de éstos, sin concurren los presupuestos exigidos por tales preceptos⁸.

Son requisitos de la publicidad encubierta los siguientes:

1. El mensaje debe tener un objetivo comercial. La prueba irrefutable de ello es que haya existido contraprestación económica por el anunciante, si bien el propósito publicitario o comercial podrá también basarse en indicios derivados de su origen y características objetivas.
2. Debe ser apto para inducir a los consumidores a error sobre su naturaleza. Esta valoración de aptitud tendrá en cuenta todas las circunstancias que la rodean, en especial:
 - La configuración del mensaje, para comprobar p.e. si se han utilizado elementos que contribuyan a proporcionarle una apariencia de objetividad, a través de formatos o sirviéndose de personas que los consumidores identifiquen comúnmente como propios de labores informativas o divulgativas.
 - Las características del espacio o medio en el que el mensaje se ha difundido, puesto que su colocación fuera de los bloques publicitarios o en espacios de programación incrementa sustancialmente el riesgo de que los consumidores yerren sobre su naturaleza; no obstante, su inserción en bloques publicitarios no excluiría automáticamente su calificación como publicidad encubierta.

A la vista del inciso final del art. 7.1 debe excluirse la calificación como publicidad encubierta en el caso de que el propósito comercial o publicitario *“resulte evidente por el contexto”*.

⁷ Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

⁸ Por ello, no es satisfactorio el criterio utilizado por el legislador español, al incorporar el apartado 11 del Anexo de la Directiva a través de un precepto específico (el art. 26) que configura un acto de competencia desleal autónomo, dando así la impresión errónea de que no cabe calificar como publicidad encubierta la práctica en la que no pueda probarse que ha existido contraprestación económica.



3. No deben existir en el mensaje elementos identificativos suficientes acerca de su propósito comercial; este requisito no se cumple en el caso de que si bien sus características no lo hagan claramente identificable como publicitario, incluye advertencias que informan claramente al consumidor sobre su naturaleza y finalidad.
4. Es apto para incidir en el comportamiento económico de los consumidores, induciéndole a tomar una decisión de consumo que no habría tomado de no haber existido el mensaje; se trata del presupuesto común a todas las prácticas (acciones u omisiones) engañosas.

El emplazamiento de producto puede definirse como la presentación, por cualquier medio y con fines publicitarios, de bienes o servicios, o de sus marcas o signos distintivos en cualquier tipo de programas difundidos a través de medios de comunicación audiovisual.

La doctrina suele calificarla como modalidad de publicidad encubierta. Sin embargo, a pesar de tipificar como desleal la publicidad encubierta, la directiva de prácticas desleales afirma en su parte expositiva que dicha regulación “*no afecta a las prácticas publicitarias y de comercialización aceptadas, como es la publicidad indirecta (product placement) legítima*”.

Además de que resulta desafortunada la calificación como publicidad *indirecta* del emplazamiento de producto, lo cierto es que el articulado de la directiva de prácticas desleales aporta fundamento suficiente para considerar que se trata de una modalidad publicitaria apta para inducir a los consumidores a error sobre los motivos de la práctica comercial en el sentido de su art. 6:

- El objeto de la directiva consiste en “...alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores” (art. 1), lo cual requiere parámetros objetivos para determinar la aptitud de una práctica para obstaculizar la toma de decisiones libres y racionales por los consumidores. Por el contrario, la parte expositiva de la directiva pretende afirmar la licitud del emplazamiento de producto por el simple hecho de ser una práctica generalmente aceptada por los operadores económicos, criterio de interpretación que resulta incompatible con el objeto de la directiva, el cual requiere que la licitud de una práctica no pueda hacerse depender sólo de su aceptación por el sector de mercado del que se trate.
- Además, la Directiva 2007/65, de 11 de diciembre, sobre actividades de radiodifusión televisiva, prohíbe expresamente el emplazamiento de producto (art. 3 octies), aunque permite que los Estados puedan autorizarlo si se cumplen determinadas condiciones (párrafo 2º). En caso de conflicto entre la directiva 2005/29 y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, prevalecerán estas últimas respecto a esos aspectos concretos (art. 3.4 de aquella).

Por tanto, el emplazamiento de producto puede ser calificado como supuesto de publicidad encubierta, y por tanto engañosa y desleal, en la medida en que no se revele adecuada y suficientemente su naturaleza publicitaria. Y ello como consecuencia de que constituye una modalidad publicitaria apta para inducir a error sobre la naturaleza y el valor del mensaje.

La publicidad comparativa constituye una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener, siempre que se limite a comparar aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no sea engañosa



El art. 10 LCD define este tipo de publicidad como la comunicación pública realizada “mediante una alusión explícita o implícita a un competidor” y determina los requisitos que ha de reunir para que resulte admisible.

Entre tales requisitos se incluye el de que no incurra en ninguno de los supuestos de actos de engaño o de prácticas engañosas por confusión que definen, respectivamente, los arts. 5 y 20 LCD. De este modo, cuando, la publicidad comparativa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2010-Caso Lidl (Sala 4^a, TJCE\2010\351) resolvió la cuestión prejudicial planteada por un juzgado mercantil francés con motivo del conflicto surgido entre dos supermercados de alimentación tras la publicidad comparativa realizada por uno de ellos en la que mostraba los tipos de caja de varios productos adquiridos en un comercio y otro, que reflejan la diferencia de precio en la compra de artículos definidos de modo genérico.

En ella, el tribunal declara que una publicidad comparativa “puede resultar engañososa, en particular:

– si se constata, habida cuenta de todas las circunstancias ...y, en particular de las indicaciones u omisiones que acompañan a dicha publicidad, que la decisión de compra de un número significativo de consumidores a los que va dirigida dicha publicidad puede ser adoptada en la creencia errónea de que la selección de productos realizada por el anunciantre es representativa del nivel general de precios de este último respecto del de su competidor, y que, en consecuencia, comprando asiduamente sus productos de consumo habitual al anunciantre y no al referido competidor, dichos consumidores lograrán el mismo nivel de ahorro que el anunciado por dicha publicidad, o incluso en la creencia errónea de que todos los productos del anunciantre son menos caros que los de su competidor; o

– si se constata que, a los efectos de una comparación realizada exclusivamente desde la perspectiva de los precios, se seleccionaron productos alimenticios que, en realidad, presentan diferencias que condicionan de manera considerable la elección del consumidor medio, sin que dichas diferencias se recojan en la publicidad de que se trata” (apartado 56).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañoso y publicidad comparativa, ha considerado necesario, al fallar sobre asuntos relacionados con la publicidad, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor medio.

6. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO DELITO

El art. 282 del Código Penal tipifica este delito⁹, como reacción frente a la publicidad por la que el fabricante o el distribuidor hacen alegaciones falsas o manifiestan

⁹ Artículo 282 [Publicidad engañoso]. “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”. Fue el CP de 1995 el que introdujo este nuevo tipo, cuyo precepto sólo ha sido objeto desde entonces de una modificación menor –en 2003–, para elevar la duración de la multa prevista en él.

La Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, introdujo el art. 282 bis, relativo al falseamiento de información económico-financiera en folletos de instrumentos financieros.

características falsas sobre productos (bienes o servicios) que comercializan, engaño del que puede derivar un perjuicio grave y manifiesto para los consumidores, que son el sujeto pasivo colectivo de este tipo penal.

Si bien cabría considerar que el bien jurídico protegido por este tipo penal es la veracidad de la información publicitaria, la relevancia del eventual perjuicio para los consumidores justifica que el legislador lo haya incluido entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico.

Mientras que el delito de estafa sanciona la lesión del patrimonio individual mediante alguna maniobra fraudulenta¹⁰, el de publicidad engañosa protege a los consumidores frente a una conducta comercial que pone en riesgo su patrimonio. Ello supone que en este último caso la reacción penal:

- Se adelanta a lo que es un mero estadio de peligro patrimonial para los consumidores, sin necesidad de que se haya producido el perjuicio económico efectivo propio que requiere el tipo de estafa.
- Trata de preservar los intereses de los consumidores en cuanto potenciales sujetos pasivos de una eventual estafa.

En el delito tipificado por el art. 282 CP, el engaño no tiene por qué ser la única razón que induzca a los consumidores a consumir el producto anunciado, sino que es suficiente con que el reclamo publicitario destaque alguna falsa cualidad que refuerce el atractivo del objeto publicitario.

Aunque el delito de publicidad engañosa busca la protección de los intereses patrimoniales de los consumidores, el inciso final del art. 282 prevé que la comisión de este delito (de mera actividad) pueda concurrir con “*la comisión de otros*” (de resultado), cuando el perjuicio se haya materializado de modo efectivo. Esta incidencia negativa puede producirse no sólo en la esfera patrimonial de los consumidores sino también en su salud:

- La SAP de Ciudad Real 218/2002, de 11 de noviembre (Sección 2^a, ARP\2003\263), considera viable la concurrencia entre el delito de publicidad engañosa y la “*causación efectiva de tales perjuicios de orden patrimonial (delito de estafa), o contra la integridad somática de los consumidores (delito contra la salud pública, artículos 363 y 364¹¹ en el ámbito de las tipicidades de peligro y los delitos de lesiones, caso de producción de resultado)*” (FJ 2^o). En este caso, el tribunal confirmó la sentencia de instancia que condenó a los responsables de una mezcla de aceites de consumo humano cuyo “*etiquetado no coincidía con las características esenciales de lo envasado....producto de primera necesidad y en una magnitud...que necesariamente tenía la suficiente potencialidad para poder causar un grave y manifiesto perjuicio a los consumidores*”.

El delito de publicidad engañosa se configura como conducta comercial que pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores:

¹⁰ “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (art. 248.1 CP, que tipifica el supuesto básico; el apartado 2 tipifica otros tres supuestos del mismo tipo de estafa).

¹¹ El art. 363 CP tipifica el delito de manipulación de alimentos que ponga en peligro la salud de los consumidores, mientras que el 364 tipifica el de adulteración de alimentos o bebidas con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas.

- El Tribunal Supremo, en su Sentencia (STS) 357/2004, de 19 de marzo (Sala de lo Penal, ARP\2004\1848), reconoce que se trata de “una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la calidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.” (FJ 6º).

El ámbito de aplicación específico del delito de publicidad engañosa corresponde a aquellos casos en los que no existe el requisito de *engaño bastante* exigido en el delito de estafa, tal como se desprende de resoluciones judiciales como las siguientes:

- SAP de Barcelona 828/2001, de 8 de noviembre (Sec. 7ª, ARP\2002\36330): absuelve del delito de estafa a los responsables de una publicidad¹² frente a la cual “los compradores, ...cegados por el atractivo sueño que les era ofrecido, indudable proyecto de futuro ..., y movidos desde la oculta, abrasiva e imperiosa perspectiva de la necesidad, desearon tanto creer que era cierto lo que se les ofrecía que lo creyeron, sin adoptar las más mínimas garantías para ponerse a buen recaudo ante un inevitable y doloroso despertar” (FJ 1º). Puesto que los hechos se produjeron en 1991, es decir, antes de que fuese tipificado el delito de publicidad engañosa, el tribunal no puede apreciar que exista tal conducta típica, si bien “el eventual engaño empleado al elaborar el reclamo publicitario parece acercarse más que al de estafa, al delito de publicidad engañosa” (FJ 1º).
- SAP de Granada 383/2002, de 28 de junio (Sec. 1ª, ARP\2002\528): declaró que “como tal publicidad¹³ podía causar un perjuicio grave y manifiesto, como evidentemente ocurrió al ser puesta en circulación, se consumó el tipo delictivo del artículo 282” (FJ 4º), “y aunque por el delito de estafa ha habido absolución, no cabe duda que la publicidad falsa sí ha supuesto un perjuicio en los estudiantes recurrentes, no en balde, aquella influenció en [sic] los perjudicados a concertar sus matrículas” (FJ 5º).

7. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA PRÁCTICA DESLEAL

a) En general

- STS 626/2009 de 13 octubre (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ\2009\5567): desestima la casación planteada por una organización de consumidores

¹² Los imputados en este procedimiento eran los responsables de un concesionario de vehículos industriales cuya oferta publicitaria mencionaba sustanciales remuneraciones a favor de quienes adquiriesen alguno de los vehículos comercializados por el establecimiento, consistentes en la oferta de trabajo por empresas de transportes.

¹³ La publicidad de la que trae causa el procedimiento consistió en la edición y puesta en circulación de unos folletos en los que se anuncia la puesta en funcionamiento de una Escuela de Turismo cuyos estudios pudiesen obtener la homologación de la Universidad de Hertfordshire (Reino Unido). El tribunal no apreció en este caso la existencia de delito de estafa, al no existir engaño en la conducta de los imputados, puesto que había quedado acreditado que éstos actuaron con el convencimiento de que podrían ofrecer la homologación que anuncianaban.



frente a una empresa que venía promoviendo la contratación del suministro de energía como energía verde.

El tribunal constata declara que “*la calificación de una publicidad como engañosa no se desvincula de las circunstancias de cada caso*” (FJ 3º), circunstancias que en este caso consistían en la existencia de tres informes administrativos que no apreciaban irregularidad alguna en el mensaje publicitario.

- STS 860/2009 de 15 enero (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ\2010\415): considera que no constituye publicidad ilícita la emisión de información comercial útil a través de una situación y reacción absurda de carácter jocoso, inocua e intrascendente para la dignidad de la persona, y anula la sentencia dictada en apelación que había ordenado a un fabricante de vehículos a cesar en la publicidad de uno de sus modelos.

El tribunal destaca que la libertad de expresión no se limita al ámbito de las ideas políticas, sino que alcanza también a las de carácter comercial; en la controversia analizada, afirma que “*el tono humorístico en que se inspiraba toda la secuencia, ... (y) el carácter intencionadamente ridículo con el que se diseñó la actuación del personaje principal del anuncio, visible y evidente a los ojos de un destinatario cualquiera*” (FJ 5º) justifican que el mensaje publicitario deba quedar únicamente sujeto a los límites y restricciones generales de la libertad de expresión.

- STS 413/2006 de 25 abril (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ\2006\2201): confirma la resolución que había ordenado a una aseguradora cesar en su campaña publicitaria de un seguro de asistencia odontológica. El tribunal declara que es engañosa la publicidad que induce a “*error (que) pueda influir en la decisión económica tomada por el destinatario, ya que (el legislador) protege la libertad de elección por parte del consumidor o usuario, y ...basta con que pueda afectar a su comportamiento económico ...o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. De modo que no se exige la precisión, ni menos la prueba, de que se haya producido efectivo perjuicio en los destinatarios o de que fatalmente se pueda producir*” (FJ 3º).
- SAP de Málaga 452/2010 de 16 septiembre (Sec. 6ª, AC\2011\608): confirma la resolución del Juzgado de lo Mercantil que había ordenado a la apelante a cesar en la publicidad que venía realizando, en la que se incluían el mensaje «*Nº 1 en Golf-La mayor cadena de tiendas de golf del mundo*» que la apelante venía realizando. El Tribunal declara que “*el análisis de si dicha publicidad tiene el calificativo de ilícita por engañosa impone examinar el anuncio globalmente, en su conjunto, no aisladamente en sus componentes, es decir, estar en él al principio de indivisibilidad, situándolo en el contexto social, económico y cultural al que se dirige la promoción publicitaria, teniendo en cuenta el punto de vista del destinatario, entendido como consumidor medio*” (FJ 2º).

El Tribunal añade que, si bien esta circunstancia “*en el ámbito de otra actividad comercial podría resultar inocua a los efectos calificadores de la publicidad realizada como engañosa, en cambio, en el estricto campo mercantil en que estamos sí es destacable y sustancialmente valorable, por*



cuanto que las dos frases principales utilizadas publicitariamente no son veraces" (FJ 2º).

b) En la compra de vivienda

Esta es una selección de resoluciones judiciales en relación con controversias relativas a incumplimiento sustancial de ofertas publicitarias que resultan determinantes de la compra y del pago del precio por parte de sus adquirentes:

- STS 518/2013, de 23 de julio (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ 2013\5007): el objeto del litigio radicó en la venta de unos apartamentos vendidos con el atractivo de un puerto deportivo y campo de golf que no fueron finalmente construidos por el Ayuntamiento que los promovía.

El tribunal apreció que tanto en el contrato y en la oferta publicitaria como en el contrato de compraventa *"no hay referencia a la Corporación Municipal, ...de forma que se inducía a confusión al contratante"*, al no hacer constar que correspondía al Ayuntamiento el papel de promotor de dicho entorno (FJ 2º).

Se desestima la pretensión del vendedor de que se obligue al comprador a ejecutar el contrato de compraventa suscrito, que se procede a resolver *"sin necesidad de acudir a la normativa de consumo"*, puesto que el art. 1124 del Código Civil¹⁴ posibilita en este caso la resolución del contrato *"al no entregar el objeto del mismo, en la forma pactada,...y dicha obligación insatisfecha puede predicarse tanto de una persona física como de una jurídica"* (FJ 3º)

- STS 497/2011, de 12 de julio (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ 2011\7372): la controversia gira en torno a una compraventa de vivienda cuyo contrato se había perfeccionado sobre plano. El tribunal hace constar que *"En el folleto publicitario de promoción de la urbanización...se dice: «...posee una visión de más de 180 grados que engloba desde la costa a la montaña. La topografía del lugar y las características del proyecto hacen que los bloques no se interrumpan las vistas uno a otro ya que la pendiente del terreno lo permite»..."*, mientras las fotos incorporadas al procedimiento indujeron ya al órgano que resolvió la apelación a *"afirmar que las excepcionales vistas ofertadas...no eran tales, y que las únicas vistas que se contemplan desde el salón de la vivienda o el dormitorio principal son las vistas del bloque de construcción edificado enfrente"* (FJ 2º).

El tribunal desestima el recurso formulado por el vendedor sobre la base de que *"las características valoradas –vistas a la montaña y al mar– influyeron de manera decisiva en la adquisición. Evidentemente se trata de una representación subjetiva de una parte, pero conocida, e incitada, por la vendedora, que hace especial hincapié en las mismas para persuadir e, incluso, determinar la voluntad de los compradores"* (FJ 2º).

Razona también que *"la referencia que consta en el folleto a la topografía del terreno y pendiente del mismo es una razón...para excluir el conocimiento por parte de los compradores de que la realidad no se iba a corresponder con lo ofertado, por lo que carece de consistencia alguna la alegación del motivo relativa a que «era imposible de antemano garantizar una visibilidad total a los compradores». Lo relevante no está en si era o no posible, sino en que la*

¹⁴ *"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe"* (art. 1124, primer párrafo, CC).

oferta comprendía la visibilidad, y la explicación topográfica era razonable" (FJ 3º).

- STS 381/2011, de 30 de mayo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ 2011\3995): desestima la casación planteada por una empresa constructora que había resultado condenada a indemnizar a la comunidad de propietarios del edificio de viviendas que construyó, por los vicios de que adolecía la construcción, cuya promoción había incluido publicidad engañosa.

En relación con la oferta publicitaria del vendedor, el tribunal argumenta así: *"La publicidad de la promoción con intención de atraer a los compradores no se limitó a la urbanización de los terrenos sobre los que se construyeron los edificios, sino que incorporó un contenido informativo y ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico que comprendía dicho ámbito, creando al consumidor la confianza de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que luego no se correspondió con la publicidad prenegociada ciertamente engañosa...no se traslada a un comprador medio la realidad de las cosas, sino que lo que se le está ofertando es algo que está pendiente de aprobación, pero no que lo que se somete a aprobación administrativa era algo distinto de lo que se le oferta."*

La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones. Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente" (FJ 4º).

- STS 114/2010, de 15 marzo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ 2010\2347): *"La defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda" (FJ 2º).*

Sin embargo, el tribunal casa la sentencia que había condenado a la promotora a ejecutar los elementos constructivos y calidades comprometidos en su publicidad, como consecuencia de que la memoria de calidades unida al contrato de compraventa suscrito por los adquirentes de las viviendas era distinta de la que se les ofertó inicialmente.

- STS 910/2004, de 29 de septiembre (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, RJ 2004\5688): desestima la casación formulada por la promotora de un edificio con motivo de la indemnización que venía obligada a abonar a la comunidad de propietarios del inmueble por utilización de publicidad engañosa que había resultado condenada a indemnizar a la comunidad de propietarios del edificio de viviendas que construyó, por los vicios de que adolecía la construcción, cuya promoción había incluido publicidad engañosa. El tribunal se pronuncia *"sobre los efectos de la publicidad en la determinación del contenido*



obligacional de los contratos...(estableciendo que la publicidad debe)...integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos", y concluye que "al quedar integrado el contrato de compraventa suscrito con los integrantes de la comunidad actora por los folletos de propaganda...(viene) obligada la promotora demandada a entregar lo ofertado en dichos folletos" (FJ 2º).

- SAP de Navarra 209/2012, de 11 octubre (Sec. 1ª, JUR 2013\14919): estima parcialmente la pretensión de los consumidores apelantes y obliga a la promotora a indemnizarles como consecuencia de que "*la vivienda unifamiliar entregada no tenía la superficie reflejada en el contrato privado y documentación que se acompañó con el mismo, afectando ello a un aspecto o característica tan relevante como el que ostenta la superficie de una vivienda en orden a decidir su adquisición*" (FJ 4º).

La controversia vino motivada por el hecho de que parte de la superficie de la vivienda adquirida fue finalmente destinada a uso público en cumplimiento de la decisión municipal que aprobó el proyecto de obras; en este sentido, el tribunal declara que "*las consecuencias de esa imposición no deben proyectarse sobre los demandantes y ser asumidas por éstos, a los que se vendió una vivienda con unas características y superficie, debiendo afectar a la vendedora las consecuencias de haber ofrecido y trasmitido algo con unas características que no podían obtenerse*" (FJ 4º).

- SAP de Alicante 548/2012, de 1 octubre (Sec. 9ª, AC 2012\2162): desestima la apelación presentada por la constructora a ejecutar determinados elementos comunes de una urbanización (zona infantil, piscina y otras instalaciones deportivas) que reclamaba la comunidad de propietarios, pues no les habían sido entregadas a los adquirentes a pesar de figurar en la memoria de calidades de las viviendas. Tras reseñar la normativa destinada a "*garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva*", el tribunal declara que con ello el legislador "*trata así de paliar la inicial desigualdad contractual de inferioridad del consumidor frente al empresario dedicado a su actividad comercial propia, como ocurre en el presente caso en el que quien compra es un particular y quien vende la promotora del edificio*" (FJ 1º).
- SAP de Burgos 145/2012, de 30 marzo (Sec. 2ª, JUR 2012\137306): estima parcialmente la apelación formulada por dos consumidores, al haberse convertido en un espacio de libre acceso público lo que tanto en la publicidad comercial de la urbanización como en el propio contrato de compraventa de la vivienda que habían adquirido figuraba como claramente vallado y de uso privado y exclusivo de los compradores. El tribunal condena a la promotora a indemnizar a los compradores en la parte correspondiente a la depreciación sufrida por la vivienda como consecuencia de la pérdida de superficie de ésta.
- SAP de Murcia 1/2012, de 2 enero (Sec. 5ª, JUR 2012\36604): desestima la apelación formulada por los consumidores adquirentes de una vivienda sobre plano, quienes habían ejercido acción de resolución contractual por publicidad engañosa consistente en que los folletos situaban la vivienda a mayor altura y sin pendiente, cualidades que no reunía la que finalmente se les entregó.

A la vista de las pruebas practicadas, el tribunal considera “que los apelantes pudieron conocer la realidad antes de la compra no sólo por la publicidad sino también por la visita física al lugar en el que se estaba construyendo el inmueble, hecho este que limita sin duda alguna los efectos de la publicidad e impide que pueda considerarse que ha existido un error de consentimiento derivado de una publicidad engañosa” (FJ 5º).

- SAP de Burgos 136/2012, de 28 marzo (Sec. 2ª, JUR 2012\137306): confirma la sentencia de instancia, que había condenado al vendedor a indemnizar a la comunidad de propietarios apelante, por no haber construido y entregado a los adquirentes determinados elementos incluidos en su oferta (una piscina cubierta climatizada, una sala de fitness y dos trasteros comunitarios); si bien “la carga de la prueba sobre la existencia de publicidad engañosa corresponde en principio a la parte actora”, el tribunal aprecia que tal prueba está acreditada con la carpeta publicitaria en la que se incluyen diversos documentos que hacen referencia a tales elementos no ejecutados (FJ 3º).
- SAP de Madrid 709/2010, de 10 noviembre (Sec. 12ª, AC\2011\668): desestima la apelación formulada por la promotora de unos chalés que los había vendido sin construir todas las instalaciones anunciadas para la urbanización en la publicidad utilizada para su comercialización, en concreto, una piscina privada.

El tribunal reseña la normativa que “califica de engañosa la publicidad que de cualquier manera pueda inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico. El fundamento de estas disposiciones es que el adquirente de una vivienda no construida pueda tener con esa información un conocimiento preciso sobre el contenido del contrato de compraventa, de forma que le permita conocer las características, utilización y emplazamiento del inmueble que se compra” (FJ 4º).

- SAP de Jaén 91/2009 de 31 marzo (Sec. 1ª, AC\2009\792): desestima la apelación formulada por una empresa promotora que había sido condenada en primera instancia a cesar en su publicidad como consecuencia de que infringía la normativa específica sobre publicidad en la venta de viviendas.
- SAP de Valencia 315/2006, de 14 septiembre (Sec. 9ª, AC 2007\191): estima la apelación formulada por la promotora que había vendido a los demandantes unas viviendas cuya superficie útil era inferior a la superficie indicada en los folletos publicitarios de las mismas utilizados por la empresa, como consecuencia Inexistencia de engaño en la publicidad y ocultamiento de la superficie de las viviendas.

A pesar de la discordancia, el tribunal considera determinante que los demandantes “únicamente fueron destinatarios finales de la cuota indivisa de participación en la Comunidad, pero no más allá, por cuanto que al convertirse en comuneros participaron de la condición de promotores constructores de las viviendas resultantes, quedando sometidos a un régimen diverso de protección del que no consta hayan hecho uso” (FJ 3º).

c) En la contratación de servicios financieros

- SAP de Madrid 149/2011, de 6 mayo (Sec. 28ª, AC\2011\1218): confirma la resolución judicial que declaró ilícita y ordenó el cese de determinada



publicidad de reunificación de deudas, de financiación íntegra de plan de hipotecas y de solución de incidencias con registros de insolvencia patrimonial.

El tribunal declara que “*no resulta necesario, para calificar el supuesto de publicidad engañosa que la información suministrada sea inexacta o inveraz, toda vez que también partiendo de datos verídicos puede inducirse a error...* (Por otro lado), es suficiente la capacidad potencial del mensaje publicitario para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, sin necesidad de prueba de que lo haya determinado efectivamente en el supuesto controvertido... Además, la publicidad es también engañosa si silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios publicitados, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios... Se habla, así, usualmente, de publicidad engañosa en forma positiva y de publicidad engañosa en forma negativa, para hacer referencia, respectivamente, a las situaciones en que el error del destinatario viene inducido por la información suministrada y aquellas otras en que el error proviene de la información que no se suministra” (FJ 4º).

Precisa, además, el tribunal que “*El análisis de si la publicidad desborda la frontera de lo lícito para merecer el calificativo de engañosa exige examinar el anuncio en su conjunto, sin descomponerlo en partes, situándolo en el contexto social, económico y cultural al que se dirige la promoción publicitaria y teniendo en cuenta el punto de vista del destinatario, entendido como consumidor medio*” (FJ 4º).

- SAP de Ourense 238/2009 de 26 mayo (Sec. 1ª, AC\2009\1570): desestima la apelación interpuesta por una organización de consumidores frente a la publicidad de una entidad bancaria que no consideraba objetiva y veraz.

El tribunal declara que si bien “*a primera vista el producto ofertado aparece como un depósito a plazo fijo, sin embargo, cualquier consumidor de ese tipo de productos debe conocer la necesidad de leer toda la oferta y ...la Sala considera que cualquier inversor medio conoce la diferencia entre depósito y fondo de inversión sin que en ningún caso pueda fraccionarse el contenido de la publicidad ni del producto al que se refiere y, entendemos, la ofrecida por la demandante colma las necesidades de información del producto tanto objetiva como subjetivamente. No es preciso ...que el potencial cliente del producto sea minucioso, basta una lectura global del panfleto para tomar pleno conocimiento de sus condiciones. Las objeciones esgrimidas por la recurrente referentes a que el producto no es un depósito (sólo lo es durante un plazo de 6 meses), que es ...básicamente una inversión en fondos de inversión, que ...únicamente se puede conseguir un 10 % TAE ...durante únicamente 6 meses y que no se sabe de antemano cuál es la rentabilidad final del dinero invertido, ya que esta incluso puede ser negativa pues dependerá de la evolución de los fondos de inversión, son cuestiones perfectamente descritas en la publicidad desde la consideración de una lectura total y un mínimo conocimiento de los productos financieros que cualquier inversor consideramos debe tener*” (FJ 4º).

- SAP de Madrid 129/2009 de 14 de mayo (Sec. 28ª, AC\2009\1905): desestima la apelación formulada por una organización de consumidores con la finalidad de que cesara la publicidad de un producto de banca por Internet.



El tribunal argumenta que “*El análisis de si la publicidad desborda la frontera de lo lícito para merecer el calificativo de engañosa exige examinar el anuncio en su conjunto, sin descomponerlo en partes, situándolo en el contexto social, económico y cultural al que se dirige la promoción publicitaria y teniendo en cuenta el punto de vista del destinatario, entendido como consumidor medio*”, y no aprecia que hubiese existido “*una omisión relevante de datos esenciales que pudiera justificar un reproche de publicidad engañosa*” ya que “*El Banco de España examinó tal documentación y autorizó la difusión de la publicidad*” (FJ 5º); es decir, la Sala no entra a analizar el contenido de la autorización administrativa concedida y su efectiva adecuación al ordenamiento.

- SAP de Valencia 300/2008 de 23 de octubre (Sec. 9ª, AC 2009\45): desestima la apelación formulada por un consumidor frente a una entidad financiera, por carecer el actor de legitimación activa, ya que no llegó a acreditar que fuese destinatario de la campaña publicitaria discutida, que requería ser titular de una nómina.
- SAP de Las Palmas 387/2008 de 5 junio (Sec. 3ª, AC\2008\1539): desestima la apelación formulada por un inversor, quien alegó que en ningún momento la entidad bancaria llegó a advertirle de los posibles riesgos de los contratos de adhesión a determinados Fondos de Inversión de Valores Mobiliarios, sino que destacó solamente la rentabilidad de tales productos.

El tribunal considera que la publicidad efectuada por la entidad bancaria “*no es engañosa ya que no puede inducir a error a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz sobre las características, condiciones, garantías reales y resultado del servicio, acostumbrado por otra parte al continuo bombardeo publicitario en prensa radio y televisión de esta clase de productos para invertir el ahorro, y no se descubre la influencia que puedan tener los mensajes que transmite en el comportamiento económico de los destinatarios de los servicios publicitados por la demandada, de modo que potencialmente les lleven a hacer u omitir algún comportamiento económico*” (FJ 2º).

- SAP de Málaga 603/2006, de 16 de noviembre (Sec. 6ª, AC\2007\977): resuelve la pretensión formulada por una organización de consumidores que había solicitado la cesación de la publicidad de determinado producto financiero debido a que los escasos términos técnicos-financieros incluidos en ella prescinden de la información mínima exigible para describir de un modo transparente sus características y funcionamiento, pudiendo inducir a error al usuario y afectando a su comportamiento económico.

El tribunal desestima la pretensión del apelante sobre la base de que, si bien el cartel publicitario “*contiene una serie de datos que tanto individualizados como en conjunto constituye un mensaje que ...escapa a una mínima comprensión del destinatario, ...a pesar de ello ...el mensaje llega a ser tan confuso que se puede calificar de críptico de tal forma que el consumidor medio no es capaz de descifrar sus claves y por eso desde un punto de vista racional esa publicidad no es potencialmente capaz de provocar en los destinatarios comportamiento económico alguno, de ahí que no pueda considerarse publicidad engañosa tal como la prevé el artículo 4.b LGP [redacción de aquella fecha], debiendo considerarse un cartel que pretende dar a conocer un nuevo producto financiero a los posibles inversores que para*

conocer sus reales características y condiciones no tiene(n) más remedio que buscar información en otras fuentes" (FJ 4º).

Por otro lado, la Sala declara que la publicidad controvertida se ajusta a su normativa específica "porque el Banco de España autorizó el cartel objeto de litis, por lo que ha de entenderse que dicha entidad en su labor fiscalizadora entendió que el cartel cumplía sus propias normas internas de publicidad" (FJ 5º), sin entrar a analizar el contenido de la autorización del supervisor bancario.

- SAP de Sevilla 283/2007, de 14 de junio (Sec. 5ª, AC\2011\1109): confirma la resolución de instancia que, previa demanda de una organización de consumidores, había ordenado a una entidad bancaria a cesar en la publicidad de uno de sus productos.

El tribunal considera que resulta engañosa la publicidad discutida, debido a que "la forma de presentación publicitaria del producto de ahorro induce o puede inducir a error a cualquier ciudadano medio, ... (pues) salta a la vista en grandes letras que le dan un ocho por ciento de interés por sus ahorros, sin más explicaciones del producto en caracteres o tipografía destacada, simplemente acompañando un asterisco a un «8» de bastante menor tamaño, mediante el que se remite al lector a unas diminutas letras ubicadas al pie del anuncio en donde ya aparece, faltaría más, la verdadera ganancia que ofrece el producto al inversor, que no es un 8 por ciento sino un más modesto 3'487 por ciento. Pero lo que el destinatario ve del mensaje, le entra por los ojos, le llama la atención y le seduce es ese monumental «8» que hace al producto atractivo, pues es evidente que el tipo de interés real, el que va a ganar el inversor, no ofrece especial atracción y se puede obtener fácilmente en el mercado de otras entidades de crédito, pero ese interés real o verdadero queda encubierto en el anuncio tras el deslumbrante «8» que con enorme tamaño se presenta ante sus ojos, seguido de la frase, también en caracteres destacados «Le damos un 8%* a tus ahorros. Buen Provecho» ... El contenido del anuncio no es claro. Es evidente que contiene la información verdadera, pero encubierta en caracteres tipográficos diminutos, bajo unos números y letras enormes que deslumbran y enganchan, pero que no constituyen la realidad del producto. Y es esa presentación la que hace a la publicidad engañosa en cuanto induce o puede inducir fácilmente a error" (FJ 3º).

d) En otros sectores

- SAP de Barcelona 425/2012, de 18 diciembre (Sec. 15ª, AC 2013\830): declara la ilicitud, por engañosa, de la publicidad realizada por la empresa demandada en el sentido de que sólo ella dispone en sus centros sanitarios de un Servicio de Neonatología que permite prestar una adecuada asistencia sin necesidad de tener que recurrir a un centro distinto, y le condena a cesar en tal actividad ilícita.

El tribunal considera que "la publicidad merece el reproche de engañosa si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino con el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios" (FJ 6º).



Tras valorar la prueba practicada, el tribunal concluye que “el mensaje es engañoso,...(puesto) que parece trasladar a los consumidores a los que va destinado la idea de que...(la demandada) presta un mejor servicio de neonatología que las demás aseguradoras competidoras por el hecho de disponer en su hospital de un servicio de neonatología las 24 horas todos los días del año, lo que no ocurriría (se puede deducir) en los demás casos. Y es un mensaje engañoso porque está acreditado que otras aseguradoras también ofertan servicios similares” (FJ 6º).

- SAP de Islas Baleares 332/2011 de 19 octubre (Sec. 5ª, AC\2011\1585): confirma la sentencia de instancia que había ordenado el cese de la publicidad que, con la finalidad de incentivar la visita de turistas, relacionaba una determinada celda de la Cartuja de Valldemossa con la estancia en ella de Frederic Chopin, George Sand y sus hijos, y que el piano vertical exhibido en aquella corresponde al tocado por el músico polaco.

El tribunal declara que “no hace falta que se llegue a consumar un daño para que la publicidad deba ser reputada de engañoso, bastando que pueda inducir a error a los consumidores en relación con los productos o servicios anunciados. La potencialidad para ello resulta suficiente para justificar una orden judicial de cesación de una campaña publicitaria” (FJ 2º).

- SAP de Madrid 146/2011 de 29 abril (Sec. 28ª, AC\2011\1324): estima parcialmente la apelación formulada frente a un operador de telecomunicaciones, a partir de la premisa de que “la aptitud para inducir a error del mensaje publicitario cuestionado ha de ser apreciada en relación con el consumidor tipo, entendiendo por tal, según caracterización común, el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (FJ 4º).

El Tribunal ordena a la empresa a cesar en la difusión de dos de sus anuncios en los que se ofrece “para siempre” el servicio de telefonía fija sin advertencia de condicionamiento alguno, cuando lo cierto que es que requiere mantener tarifa plana en la telefonía móvil. Por “el sentido inequívoco de «para siempre» que en ellos se utiliza sin matiz...(ambos anuncios) adolecen de una absoluta falta de transparencia sobre las exigencias impuestas para disfrutar del servicio de telefonía fija ofertado gratuitamente al contratar una tarifa plana de móvil, con potencialidad cierta para inducir a error sobre los términos de la oferta que a través de ellos se realiza” (FJ 7º).

- SAP de Burgos 397/2009, de 30 septiembre (Sec. 2ª, JUR 2009\470265): desestima la apelación formulada por un consumidor frente a una empresa de formación a distancia por un curso de técnico en construcción que había contratado en virtud de publicidad engañoso que le indujo a considerar que se trataba de un curso homologado por la Administración y que más tarde comprobó que no le permitía obtener una titulación oficial.

Además de que el demandante no aportó prueba documental de la publicidad alegada, el tribunal aprecia en otra publicidad posterior de la misma acción formativa que “aun cuando concurre algún extremo que puede ser indeterminado como la expresión «inicial Título Oficial FP», es lo cierto que en su desarrollo puede comprobarse que se habla de «posibilidad» y que se refiere a las pruebas que se convoque, indicando también que los cursos



CEAC «preparan» para obtener un título de F.P., pero no indica que el curso sea un título oficial o que su realización atribuya un título oficial» (FJ 1º).

- SAP de Madrid 220/2008 de 29 abril (Sec. 11^a, AC\2008\1075): en relación con la publicidad realizada por una empresa de alimentación de animales domésticos declara que *“la expresión «La mejor nutrición» fuera del folleto que recoge los resultados del test de palatabilidad constituye un supuesto de publicidad ilícita, por engañoso”* (FJ 5º).
- SAP de Madrid 18/2008 de 24 enero (Sec. 28^a, AC\2008\516): considera que es engañoso la publicidad realizada por un fabricante de tractores en cuyos folletos se aludía a que dichos vehículos pueden alcanzar los 50 Km/h cuando los tractores agrícolas tienen limitada su velocidad de circulación a 40 Km/h y no pueden comercializarse, ni ser homologados, los que superen esta velocidad.

El tribunal declara que *“cualquier posible comprador de un tractor agrícola ...entenderá que los tractores objeto de la publicidad pueden circular a más de 40 Km/h, calidad, sin duda atractiva para el adquirente, con independencia de que se dirija a un sector especializado que, sin duda, conocerá la limitación de velocidad pero no, necesariamente, la de construcción o las modificaciones legales que a ésta puedan afectar”* (FJ 2º).

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid de 15 de febrero de 2010 (AC\2010\816): en una controversia suscitada entre dos operadores de telefonía relativa al producto «Vodafone en tu casa tarifa plana», analiza el alcance y características del servicio de telefonía fija. Si bien el producto ofertado utiliza tecnología móvil, declara que *“no se puede apreciar el carácter engañoso de la campaña litigiosa en lo referente a la utilización del término fijo para referirse al servicio Vodafone en Casa, en cuanto esa nomenclatura no se puede considerar induzca a error al consumidor ni defraude sus esperanzas iniciales, pues el producto reúne las características esenciales que el consumidor medio asocia al producto y espera del mismo”* (FJ 5º).

8. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (más conocida como Autocontrol) es el mecanismo existente en España para promover una ordenación ética y responsable de la actividad publicitaria en beneficio de los consumidores, la propia industria y la sociedad en general. En cuanto sistema de autorregulación publicitaria, articula la respuesta de la propia industria a la inquietud social de exigencia de unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad¹⁵.

La actividad de Autocontrol gira fundamentalmente en torno a dos elementos:

- La elaboración de reglas de conducta, que se plasman en una serie de códigos éticos entre los que destaca el Código de Conducta Publicitaria¹⁶.
- La aplicación de estas reglas de conducta a través de un órgano de control deontológico independiente; se trata del Jurado de la Publicidad, encargado de resolver las reclamaciones que se le formulan en materia publicitaria.

¹⁵ <http://www.autocontrol.es/data/paginas/faq.htm>

¹⁶ http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf



La actividad del Jurado se plasma en resoluciones, muchas de las cuales inciden en el análisis de si la publicidad objeto de reclamación se ajusta o no a la exigencia de veracidad que debe respetar toda publicidad, de conformidad con lo establecido por el Código de Conducta Publicitaria¹⁷ y por el Código Ético de Confianza Online¹⁸.

Para calificar un mensaje publicitario como engañoso, el Jurado requiere que éste sea apto para desencadenar falsas expectativas o para generar una falsa impresión entre los consumidores. Ello le obliga a efectuar una delicada tarea interpretativa en la que, lejos de atenerse a criterios puramente literales o gramaticales, atiende ante todo al significado que el anuncio publicitario posee para sus destinatarios.

El Jurado detalla, por tanto, en sus resoluciones cómo interpretan o perciben cada mensaje publicitario sus destinatarios, desde la perspectiva de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz que toma como referencia, para su efectiva aplicación, la directiva de prácticas comerciales desleales.

Se reseñan a continuación algunas de las más recientes resoluciones de dicho órgano, publicadas durante los meses de noviembre¹⁹ y diciembre²⁰ de 2013. Los literales que se transcriben seguidamente corresponden al fundamento deontológico (FD) que en cada caso se indica:

- Resolución de 10 de octubre de 2013 (Sec. 5^a, asunto *Matiz-Chevrolet*): estima la reclamación presentada por un consumidor a través de una OMIC contra la publicidad remitida por correo postal a clientes de Chevrolet, mediante correo postal, al considerar que la misma incurre “en un supuesto de publicidad engañosa por omisión, en la medida en que en la oferta en virtud de la cual se promociona un determinado servicio: «Promoción exclusiva para su Matiz hasta el 17 de mayo de 2013. Cambio de aceite y filtro 0 €», y se omite la circunstancia de que para poder disfrutar del mismo al precio promocionado resulta imprescindible que los talleres dispongan de horas disponibles” (FD 3).
- Resolución de 10 de octubre de 2013 (Sec. 5^a, asunto *50 Megas Reales de Fibra por 19,90 €*): considera que esta campaña incurre en publicidad engañosa por entender que la información relativa al coste de la cuota de línea del servicio promocionado figura en una sobreimpresión ilegible en condiciones normales de visionado. Para llegar a esta conclusión empieza por analizar “si la publicidad reclamada resulta susceptible de inducción a error a

¹⁷ “La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquélla que de cualquier manera induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...] b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. [...] e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio” (Norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol).

¹⁸ “La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, leal, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y por el Código de Práctica Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional” (art. 3.1 del Código de Confianza Online).

¹⁹ http://www.autocontrol.es/reclamaciones_casos190.shtml

²⁰ http://www.autocontrol.es/reclamaciones_casos191.shtml

los consumidores, en la medida en que pudiera eventualmente existir una desproporción entre el mensaje ofrecido en la parte captatoria de la publicidad y la información que se proporciona mediante el mensaje sobreimpresionado en letra pequeña" (FD 2) y, a continuación, constata la infracción "porque la información relativa al coste de la cuota de línea figura en una sobreimpresión que resulta ilegible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, en condiciones normales de visionado. En efecto, a juicio del Jurado, el anuncio controvertido ha sido diseñado de tal modo que el reducido tamaño de los caracteres del mensaje sobreimpresionado al pie, y especialmente el escaso tiempo de permanencia en pantalla de la misma, hacen que resulte imposible su lectura por parte de los destinatarios de la publicidad. Más aún, si tenemos en cuenta la duración del anuncio, no cabe duda de que el anunciante podría, al menos, haber mantenido en pantalla el mensaje durante más tiempo, para facilitar su lectura y percepción" (FD 3).

Se trata de la tesis recogida, por ejemplo, en la Resolución de 30 de octubre de 2012 (asunto Servicio de telefonía gratis para siempre): "...en lo que respecta a la inclusión de la cuota de línea en el precio del servicio, ...si bien este dato no puede omitirse en la publicidad pues condiciona el coste final global del servicio para el consumidor, no hay razón ...que obligue a destacarlo llevándolo a una de las partes principales de la publicidad o incluso a incluirlo en el precio del servicio que se destaca en el mensaje principal. Y ello porque, si bien es cierto que es un dato que el consumidor debe conocer, no lo es menos que se trata de un servicio independiente de la propia tarifa que se publicita" (FD 3).

- Resolución de 23 de Julio de 2013 (Pleno, asunto Tarifa Movistar Total): declara que "la inclusión, en la parte captatoria de la publicidad, de las indicaciones: «Movistar Total 35 €/mes», «Llamadas ilimitadas a fijos y móviles» y «Llamadas nacionales. Ilimitadas», transmite un claro mensaje de que el servicio no tendrá ninguna limitación. Sin embargo, existen límites aplicables a la tarifa, que los consumidores solamente pueden conocer una vez que acceden a la sección correspondiente a «¿Qué incluye esta tarifa?», donde se desvelan las diferentes condiciones aplicables a la misma, revelando ahí la existencia de límites en las llamadas de una tarifa que se ha presentado desde el inicio como «ilimitada» o con llamadas ilimitadas".

Es por ello que "la publicidad reclamada es susceptible de inducir a error al destinatario" (FD 3) y tiene carácter engañoso, al contradecir el mensaje secundario la afirmación principal.

- Resolución de 18 de octubre de 2013 (Sec. 5^a, asunto Densia Forte, ningún lácteo ayuda más a tus huesos): no aprecia que esta publicidad tenga carácter engañoso, porque "la expresión «ningún lácteo ayuda más a tus huesos», en el contexto de la publicidad reclamada, constituye un supuesto de equiparación publicitaria o top parity. En efecto, mediante esta alegación no se excluye la posibilidad de que existan en el mercado otros productos lácteos que sean igual de eficaces en la ayuda a los huesos, sino que solamente excluye la posibilidad de que existan productos mejores en este sentido. Así pues, a través de la citada expresión no se está sugiriendo ...que Densia Forte ayuda más a los huesos que otros lácteos, sino simplemente



que ayuda en la misma medida que los que más ayudan, excluyendo únicamente la posibilidad de que otros lácteos ayuden más o mejor" (FD 6).

- Resolución de 3 de octubre de 2013 (Sec. 6^a, asunto *Holiday Apartment Rental in London*): insta al anunciante a rectificar la publicidad difundida a través de una página web en la que se ofrece un servicio de contratación de hospedaje en el que se describe y se incluyen fotografías de un apartamento sito en Londres, con la indicación: «Precio por persona y noche. Reserva desde 21,83€» puesto que “*la reclamada no ha aportado ninguna prueba que acredite que el precio promocionado es realizable en un número de casos que no pueda ser considerado puramente marginal o anecdótico. Es más, ni siquiera se ha aportado a este Jurado prueba alguna de que el precio indicado es realizable en un solo caso*” (FD 4).
- Resolución de 12 de septiembre de 2013 (Sec. 3^a, asunto *Nautalia*): en relación con la publicidad incluida en una página web a través de la cual el consumidor puede contratar un servicio turístico con la mediación de la empresa de viajes reclamada, considera que se ha vulnerado la prohibición de publicidad engañosa a la vista de que “*la empresa reclamada no ha dado justificación válida alguna de por qué la peticionaria de la reserva no pudo acceder al viaje solicitado cuando ... (en la fecha en la que se contrató el servicio) el estado era de «open sales» y Nautalia debía haber procedido a confirmar a la reclamante el servicio turístico solicitado antes de dicha fecha*” (FD 3).
- Resolución de 3 de octubre de 2013 (Sec. 6^a, asunto *Carrefour Online Silla Ice Mango a 20€*): declara que vulnera la prohibición de publicidad engañosa la publicidad de determinado artículo, tras argumentar que “*...este Jurado ha podido comprobar cómo efectivamente el reclamante, al intentar proceder a la compra de las sillas promocionadas, era redirigido a la página inicial, haciendo imposible la compra del producto ofertado. En segundo lugar, ... el propio servicio de atención al cliente de Carrefour le informó de que no existía disponibilidad del producto*”.

Ello induce al Jurado a considerar que la empresa ha publicitado “*una oferta vacía de contenido, inexistente, y por tanto engañosa. En efecto, la publicidad ha generado unas falsas expectativas en el reclamante, al trasladar el mensaje de la existencia de una oferta en sillas modelo «ICE mango» a un precio de 20€, cuando en realidad no había disponibilidad del mencionado producto*” (FD 3).

- Resolución de 12 de septiembre de 2013 (Sec. 3^a, asunto *Gafas de marca con cristales incluidos por sólo 95€*): estima la reclamación de publicidad engañosa presentada por un particular, a través de la Oficina Municipal de Información al Consumidor de Móstoles (Madrid), “*al incluirse en la publicidad reclamada la mención «con cristales incluidos», sin acompañarse la misma de mayor aclaración relativa a qué tipología de cristales estaban o no incluidos en la oferta promocionada, máxime cuando la inclusión de dicha advertencia hubiera sido perfectamente posible habida cuenta del formato y tamaño de la publicidad analizada, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz fácilmente, concluirá que la oferta promocionada incluirá cualquier tipología de cristales*” (FD 3).



Considera que esta publicidad de Optivisión “*es apta para inducir a error a los destinatarios acerca de la naturaleza y condiciones de la oferta promocionada*” con independencia de que la publicidad advirtiese con claridad: «*consulte condiciones en el establecimiento*».

- Resolución de 5 de septiembre de 2013 (Pleno, asunto *Movistar Fusión Fibra*): declara que “*el anunciante debería encontrarse en condiciones de acreditar que la posición de preeminencia invocada a través de la alegación «La auténtica fibra óptica» es veraz y exacta*”, y concluye afirmando que “*Telefónica no ha aportado prueba o documento acreditativo alguno que demuestre o justifique la veracidad de la alegación de tono excluyente empleada en su publicidad*” (FD 8).
- Resolución de 18 de julio de 2013 (Sec. 3^a, asunto *Tarjeta SIM prepago Mundo*): declara no engañosa la publicidad realizada por Orange, pues “*la expresión «Desde 0,01 cént. €/min. Internacionales» en la publicidad objeto de análisis será interpretado por un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, como la indicación del precio mínimo a partir del cual puede realizar llamadas Internacionales, y no como un precio fijo*” (FD 3) ya que “*es realizable en un número de casos que no pueda ser considerado puramente marginal o anecdótico*” (FD 4).
- Resolución de 13 de junio de 2013 (Sec. 5^a, asunto *M80 Discos esenciales*): analiza la figura del engaño por omisión, y declara que “*si bien su tipificación no supone la imposición al anunciante de un deber general de información, en virtud del cual deba desvelar en su publicidad absolutamente todas las características esenciales de sus productos o servicios, sí supone la imposición al anunciante de la carga de desvelar en la publicidad aquella información esencial cuyo conocimiento por el consumidor sea preciso para que el mismo perciba el alcance real de la oferta, evitando así que la publicidad genere en el consumidor las falsas expectativas que podrían producirse de no desvelarse aquella información*” (FD 4).

El Jurado considera que en este caso la publicidad “*simplemente pretende difundir de manera genérica la existencia de un nuevo disco ... (y) no tiene por objeto difundir los lugares donde el mismo se puede adquirir ni precisar si sólo se puede adquirir en una u otra tienda*” (FD 5), por lo cual no aprecia que tenga carácter engañoso que la publicidad no haya mencionado que los discos sólo pueden adquirirse en los establecimientos de una determinada razón social.

9. DECLARACIONES NUTRICIONALES Y PROPIEDADES SALUDABLES

a) Regulación

“*...aparecen en el mercado y son objeto de publicidad, propaganda y promoción comercial de su tráfico, uso o consumo una serie de productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, modificación del estado físico y psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas, etc., sin que se ajusten a las normas especiales anteriormente citadas, ni tampoco cumplen, en ocasiones, las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos*”.

De este modo rotundo se manifestaba el Preámbulo del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

Destacan en esta norma dos medidas: por un lado, la sujeción a las autorizaciones y controles establecidos en la legislación sanitaria y del medicamento de “*Cualquier producto, material, sustancia, energía o método que pretenda fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos, así como su publicidad y promoción comercial*” (art. 2.2); por otro la prohibición de cualquier tipo de publicidad o promoción de “*productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria*” que, sin ser medicamentos o productos sanitarios, se encuentren en alguno de los dieciséis supuestos que enumera, entre ellos:

“[...]

2. Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad.

3. Que pretendan una utilidad terapéutica para una o más enfermedades, sin ajustarse a los requisitos y exigencias previstos en la Ley del Medicamento y disposiciones que la desarrollan.

4. Que proporcionen seguridades de alivio o curación cierta.

[...]

6. Que hagan referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia.

[...]

12. Que sugieran o indiquen que su uso o consumo potencian el rendimiento físico, psíquico, deportivo o sexual.

13. Que utilicen el término natural como característica vinculada a pretendidos efectos preventivos o terapéuticos.

[...]

16. Y, en general, que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado” (art. 4).

El Reglamento (CE) 1924/2006, de 20 de diciembre, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, hace constar que “*Es importante que las declaraciones de los alimentos puedan ser comprendidas por el consumidor y es conveniente que todos los consumidores estén protegidos de las declaraciones engañosas*” (Considerando 16).

En el mismo considerando de su parte expositiva, afirma que “*Atendiendo al principio de proporcionalidad, el presente Reglamento, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las declaraciones engañosas*”.



Este reglamento comunitario prohíbe la utilización “*falsa, ambigua o engañosa*” de declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en las comunicaciones comerciales [art. 3 a)] y establece que la lícita utilización de declaraciones de reducción de enfermedad²¹ requiere la previa autorización de la autoridad comunitaria, pues compete a la Comisión elaborar las listas de declaraciones de propiedades saludables permitidas (art. 17).

b) Autorregulación del sector

De las normas citadas se desprende que en tanto no existan las correspondientes solicitud y autorización de declaraciones nutricionales y de propiedades saludables, éstas no podrán utilizarse.

El Instituto Nacional del Consumo publicó en 2006 el estudio titulado “La publicidad de los llamados «productos milagro»” en su revista Estudios sobre Consumo²², en el que se analizan diversas resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad relativas a este tipo de productos. La autora del estudio, Andrea Peiró, afirma en él que “*el control deontológico de los productos supera con creces el control judicial –más bien escaso– de la publicidad de los llamados «productos milagro», sin que nos podamos pronunciar, por falta de datos, sobre el control administrativo de los órganos encargados de la aplicación del Real Decreto 1907/1996*” (pág. 22).

Aparte de las resoluciones del Jurado de Autocontrol citadas en el estudio, las que siguen son las más recientes dictadas sobre este tipo de productos:

- Resolución de 25 de noviembre de 2013 (Pleno, asunto *Homoforte*): confirma la resolución de la Sec. 5^a de 18 de octubre anterior que había instado el cese de la publicidad en la que se destaca que determinado producto proporciona efectos preventivos y terapéuticos en relación con la andropausia, al considerar el Jurado que “*no ha quedado acreditado que las alegaciones incluidas en la publicidad reclamada puedan utilizarse*” (FD 3).
- Resolución de 28 de octubre de 2013 (Sec. 2^a, asunto *Flora Pro-Activ*): considera que constituye publicidad engañosa la comunicación comercial del producto, en la que se presenta con la indicación «*Publi-información. ¿Cómo reducir el colesterol?*», acompañada de diversas recomendaciones.

Tal decisión se basa en que dicha comunicación comercial omite las advertencias a las que está condicionado el consumo del producto, que son las establecidas de modo imperativo por la normativa comunitaria²³. El fundamento deontológico 4 de la resolución reitera la doctrina contenida en la Resolución de 3 de noviembre de 2005 respecto del producto Danacol.

- Resolución de 18 de octubre de 2013 (Sec. 5^a, asunto *Pink Cow*): analiza la publicidad de esta bebida, y resuelve que se trata de una publicidad ilícita puesto que en ella este producto se asocia a la disminución de los efectos del consumo excesivo de alcohol, sin que esté acreditado que esta bebida haya

²¹ El propio Reglamento 1924/2006 define la declaración de reducción del riesgo de enfermedad como “cualquier declaración de propiedades saludables que afirme, sugiera o dé a entender que el consumo de una categoría de alimentos, un alimento o uno de sus constituyentes reduce significativamente un factor de riesgo de aparición de una enfermedad humana” (art. 2.2.6).

²² http://www.consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2006/EC78/EC78_02.pdf

²³ Reglamento (CE) 608/2004 de la Comisión, de 31 de marzo de 2004, relativo al etiquetado de alimentos e ingredientes alimentarios con fitosteroles, ésteres de fitosterol, fitostanoles o ésteres de fitostanol añadidos.



sido autorizada conforme a lo establecido legalmente respecto de las propiedades saludables efectuadas en las comunicaciones comerciales.

El Jurado hace constar que tal normativa resulta aplicable a esta publicidad pues *“atribuye a la bebida promocionada un claro mensaje de reducción del riesgo de enfermedad, concretamente mediante la alegación «evita la resaca», mediante la que se asocian propiedades de carácter preventivo frente a los efectos nocivos derivados del consumo excesivo de alcohol”* (FD 3).

- Resolución de 18 de octubre de 2013 (Sec. 5^a, asunto *Alcachofa de Laón Arti Bliss*): tras un análisis de conjunto, parece claro que se atribuyen al complemento alimenticio «Alcachofa de Laón» propiedades preventivas, a través del uso de expresiones tales como, entre otras: «Contribuirá a bajar el nivel de colesterol malo y triglicéridos» o «Le ayudará a proteger el Hígado». Este mensaje de conjunto, constituye una declaración de reducción del riesgo de enfermedad en relación con el producto promocionado, y para cuya utilización se exige la previa autorización de la Comisión. En consecuencia, en tanto no se produzca la solicitud y correspondiente autorización de estas declaraciones, las mismas no podrán utilizarse.
- Resolución de 3 de octubre de 2013 (Sec. 6^a, asunto *Bimazín y Biluteín*): insta a retirar la publicidad relativa a ambos productos, de los que se anuncia que tienen propiedades terapéuticas o preventivas para patologías relacionadas con la tensión muscular y las cataratas, respectivamente.

Tal decisión deriva de que *“la lícita utilización de dicho mensaje queda condicionada a la autorización de la correspondiente declaración para su inclusión en una lista comunitaria de declaraciones permitidas de ese tipo, junto con todas las condiciones necesarias para el uso de las mismas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa la reclamada no ha remitido contestación alguna ni ha aportado prueba o documentación en relación con la eventual autorización de las declaraciones de reducción del riesgo de enfermedad que emplea”* en su publicidad” (FD 2).

- Resolución de 19 de septiembre de 2013 (Pleno, asunto *Agua Font Vella*): desestima la pretensión de que el mensaje publicitario (alegación, en expresión del órgano) entraña riesgo de confusión para los consumidores en cuanto a la naturaleza del agua promocionada, y declara que *“no existe ningún elemento en aquella (alegación) que pueda llevar a un consumidor medio a relacionar la expresión “agua ligera” con la mineralización del agua promocionada”* (FD 3).
- Resolución de 12 de septiembre de 2013 (Sec. 3^a, asunto *Mermeladas Light Hero*): considera correcta la publicidad controvertida, *“al cumplir con todas las exigencias que establecen las normas ... (relativas al) uso publicitario de la declaración nutricional”* pues en ella se hacía constar que los productos anunciados tenían «30% menos de calorías» y 30% menos de azúcar y calorías» (FD 4).
- Resolución de 3 de julio de 2013 (Sec. 6^a, asunto *Bezoya*): no considera que se trate de una declaración nutricional la afirmación «Mineralización muy débil» que se atribuye al agua publicitada, frente a la de «Mineralización» que se asigna a otras aguas minerales. Sin embargo declara que *“en la publicidad*



reclamada se convierte la alegación sobre la mineralización de Bezoya y su comparación con otras aguas en elemento principal y captatorio de la misma, al igual que el hecho de que el agua promocionada ayuda a sentirse bien, llegando incluso a plantearlas de forma conjunta en alegaciones del tipo «el agua de mineralización muy débil con muy bajo residuo seco que me ayuda a sentirme bien»» (FD 3).

10. UN EJEMPLO RECENTE: MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES TÉRMICAS

La Oficina Municipal de Información al Consumidor de Madrid viene registrando reclamaciones y denuncias contra determinadas empresas que realizan el mantenimiento de instalaciones de gas y de instalaciones térmicas en edificios. La noción de instalaciones térmicas es más amplia que la de instalaciones de gas, puesto que integra toda instalación destinada a satisfacer las necesidades de confort técnico (refrigeración-calefacción) y de producción de agua caliente sanitaria, con independencia de la fuente de energía que utilicen (gas, electricidad, gasóleo, etc.).

Se ha constatado que algunas de las empresas que efectúan el mantenimiento de instalaciones térmicas en las que la publicidad engañosa constituye uno de los elementos que utilizan en su actividad comercial destinada a consumidores.

Se trata de publicidad que ofrece a sus destinatarios información que es directamente falsa o que, o aun sin serlo, por su contenido o presentación puede inducir a error a los consumidores a quienes se dirige, y provocar indebidamente que éstos alteren su comportamiento económico.

De este modo, la publicidad engañosa opera como medio necesario en la vulneración de los derechos de los consumidores afectados y en la consecución de un fin ilícito sobre el patrimonio de éstos, causándoles un perjuicio en sus intereses económicos.

a) Actuación de algunas empresas

La actuación de algunas de las empresas que prestan este tipo de servicios tiene en común las siguientes características:

- Mediante un cartel anuncian a los vecinos del inmueble de la próxima visita que les realizará personal cualificado de la empresa, con motivo de que la instalación de gas debe pasar la revisión obligatoria de la caldera.
- Sin haber obtenido necesariamente el permiso de la comunidad de propietarios, el cartel queda expuesto en una zona común de acceso al inmueble, normalmente en el interior del portal o junto a los ascensores.
- La tipografía del cartel suele incluir en caracteres destacados las leyendas “GAS NATURAL” y “AVISO E INFORMACIÓN”, mientras que el nombre de la empresa figura en caracteres mucho menores. Aproximadamente un tercio del cartel informa sobre la “IDENTIFICACIÓN DEL PERSONAL DE LA EMPRESA ACREDITADA” y el modelo del carné identificativo que los empleados deben mostrar, “así como las Certificaciones expedidas por la Comunidad de Madrid, para evitar en lo posible, que personas desautorizadas manipulen sus instalaciones y aparatos de gas”.



- Se constata que este tipo de carteles incluyen en algún caso información falsa, referida especialmente a la periodicidad con la que es necesario realizar las operaciones de mantenimiento y conservación de las instalaciones de gas, que no se corresponden con la vigente tabla aprobada en abril de 2013²⁴.
- En concreto, la publicidad engañosa en la que incurren tales carteles alcanza a dos tipos de menciones incluidas en los carteles:
 - La relativa a una periodicidad inferior a la que resulta legalmente preceptiva para la realización de las operaciones de mantenimiento preventivo: cada dos años si la instalación tiene caldera, y cada cinco si sólo tiene calentador de agua caliente.
 - La consistente en aludir a la necesidad de realizar la revisión de la caldera, cuando ésta es sólo una de las operaciones requeridas en el mantenimiento preventivo de la instalación.
- Cabe considerar que los carteles incurren en un segundo tipo de publicidad engañosa, en el sentido siguiente: si bien suministran información veraz (“La Empresa les ofrece la posibilidad de cumplir con la: NUEVA NORMATIVA RITE...”), los carteles pueden inducir a error en los consumidores y hacerles alterar su comportamiento económico en atención a circunstancias tales como las siguientes:
 - La tipografía que utilizan, ya que los caracteres más grandes corresponden a las leyendas “AVISO E INFORMACIÓN” y “NUEVA NORMATIVA...”, que suscitan razonablemente la idea de urgencia y novedad.
 - El significativo espacio que en el cartel ocupa la información relativa a que se trata de una empresa acreditada por la Comunidad de Madrid y al carné identificativo que sus empleados deben mostrar a los usuarios, cuando se trata de requisitos propios de cualesquiera empresas del sector.
 - La vía no habitual a través de la cual la empresa publicita su oferta comercial, al exponer un cartel propio en dependencias ajenas sin utilizar los medios establecidos con carácter general para la difusión de publicidad y sin recabar la autorización previa de la comunidad de propietarios del inmueble.
- El análisis en conjunto de la publicidad mencionada, en la que se incluye tanto información falsa como otra cuyo contenido o presentación es susceptible de inducir a error en sus destinatarios y de alterar su comportamiento económico, por lo que cabe apreciar que este tipo de carteles materializan un acto de engaño tipificado por el art. 5 LCD.
- Se da, además, la circunstancia de que el empleado o empleados que efectúan la visita ponen a firma del consumidor un documento que en algunos casos no informa claramente que se trata de un contrato de mantenimiento anual de la instalación.

²⁴ Real Decreto 238/2013, de 5 de abril, de modificación del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE), aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio.

Esta práctica empresarial implica que el cartel anunciador de la visita incluye publicidad engañosa también en lo relativo a que la empresa “ofrece la posibilidad de cumplir con la normativa” exigible para instalaciones de gas, ya que el empleado no se limita a ofrecer al usuario tal posibilidad sino que le induce a utilizar la opción que le va a resultar más gravosa en términos económicos, el mantenimiento anual en lugar de poder optar a que se le realice una revisión bienal.

- El documento que el empleado pone a firma de quien le abre la puerta no informa con claridad de que se trata de un contrato de mantenimiento, incumplimiento de la obligación de información precontractual que se une a diversos actos de engaño que se relacionan más adelante.
- En el caso de que el propietario de alguna vivienda no se encuentre en su domicilio o no responda a la llamada en su puerta, el empleado le deja un “AVISO DE AUSENCIA EN VISITA” en el que se indica que “En el día de hoy ___/___/___, a las ___ h. Nuestro Servicio Técnico no le ha localizado en su domicilio, por lo que **no ha podido realizar el/los servicio/s indicado/s**. Para concertar una nueva visita, le rogamos llame a nuestra Línea de Atención al Consumidor: 902 800 198” [negrita en el original].

b) Actos engañosos

A la vista de las reclamaciones y denuncias registradas por la OMIC de Madrid frente a empresas que realizan servicios de mantenimiento preventivo de instalaciones de gas, se constatan determinados actos de engaño hacia el consumidor en la actuación del empleado o empleados que efectúan la visita:

- Al llamar a la puerta, manifiestan que se trata de “la revisión obligatoria del gas” ordenada la Comunidad de Madrid, y que su empresa es colaboradora de Gas Natural.
- Si el consumidor hace constar que ya tiene contratado el servicio de mantenimiento de su instalación de gas con otra empresa, le reiteran que esta revisión es distinta y preceptiva. En algunos casos, afirman que si ésta no se realiza será motivo de multa.
- Ponen a la firma del consumidor un documento del que explican que es el justificante de la actuación.
- Además de no informarle de que se trata de un contrato de mantenimiento de la instalación de gas, le requieren en ese momento el pago de entre 90 y 100 euros que corresponden al precio del servicio del primer año de vigencia de dicho contrato.
- Efectúan unas rápidas mediciones de las que no dejan copia al consumidor y sin que el servicio incluya necesariamente prueba alguna de combustión.
- La simultaneidad entre la firma del contrato y la aparente ejecución del servicio de mantenimiento posibilita que la empresa pueda invocar tal ejecución para negarse al reembolso del precio satisfecho, práctica empresarial que vulnera la efectividad del derecho de desistimiento legalmente reconocido al consumidor en este tipo de contratos.
- En algunos casos, les da lo mismo que no sea la instalación de gas no esté a nombre de la persona que les ha abierto la puerta y a quien piden sus datos

personales para cumplimentar el contrato; cuando ésta se lo hace ver, los empleados afirman que no importa, y que lo importante es que el servicio quede cubierto. De este modo, quien paga los aproximadamente 100 euros y figura en el contrato de mantenimiento en algunas ocasiones como contratante es una persona diferente del titular de la instalación.

- Algunos consumidores incluyen en su reclamación copia de la denuncia presentada en Comisaría por el engaño y coacciones de que han sido objeto por parte de la empresa que consideran les ha estafado al imponerles la contratación de un servicio que no habían solicitado y que nos les interesa.
- Se da la circunstancia de que entre los afectados figuran personas octogenarias e incluso de edad superior, por lo que corresponden a uno de los colectivos de especial protección por parte de las Administraciones madrileñas de consumo²⁵. En otros casos, los consumidores denuncian alguna circunstancia que ha provocado su especial vulnerabilidad frente a la llegada a su domicilio de personas cuya visita no habían solicitado.

El Instituto Municipal de Consumo ha constatado también incumplimiento de las obligaciones informativas y de documentación del derecho de desistimiento en la contratación de servicios de mantenimiento de instalaciones de gas, lo que ha motivado la instrucción de procedimiento sancionador por infracción de la normativa de protección de los consumidores.

c) Recomendaciones para el consumidor

A través de Internet puede accederse a una oferta muy variada de recomendaciones de uso, mantenimiento y conservación de instalaciones de gas e instalaciones térmicas:

- Por un lado, las dirigidas a reforzar la seguridad en la utilización de este tipo de instalaciones por sus usuarios: recomendaciones elaboradas por empresas suministradoras de gas²⁶, empresas²⁷, entidades privadas²⁸ o Administraciones públicas²⁹.
- Por otro, las de carácter informativo sobre contratación y mantenimiento de instalaciones de gas. Entre los folletos más recientes destacan los realizados

²⁵ Las personas mayores constituyen uno de los colectivos de especial protección conforme a lo establecido por los arts. 4.2 c) de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid y 5.1 c) de la Ordenanza de Consumo de la Ciudad de Madrid de 30 de marzo de 2011.

²⁶ Por ejemplo, <https://www.iberdrola.es/clientes/hogar/info/instalacion-gas/consejos-seguridad>, <http://www.gasnaturalfenosa.es/es/hogar/ayuda+y+contacto/consejos+de+seguridad/1285340343310/consejos+d+gas.html> o http://www.repsol.es/es_es/productos-servicios/glp/particulares/seguridad/.

²⁷ Así, <http://www.caloryfrio.com/consejos/mantenimiento-y-seguridad/consejos-seguridad-instalaciones-gas.html> o http://www.vivesegur.com/consejos_gas.aspx.

²⁸ Así, http://www.asefosa.com/pdf/20140318_comunicado_asefosa.pdf, <http://www.sedigas.es/consumidores/pagina.php?p=256> o http://www.fundacionmapfre.org/fundacion/es_es/prevencion-salud-medio-ambiente/multimedia/educa-tu-mundo/seguridad-hogar-instalaciones-gas.jsp

²⁹ Entre otras, la Comunidad de Madrid, la Generalidad de Cataluña o el Gobierno del Principado de Asturias: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354285108523&definicion=Prestaciones+Social&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEEstructura&pid=1109265444835&segmento=1&tipoServicio=CM_ConvocaPrestac_FA, https://www.consum.cat/ecofin_webacc/AppJava/frontend/noticies_detail.jsp?id=1121&idioma=2 http://www.asturias.es/Asturias/descargas/PDF_TEMAS/Industria%20y%20Energia/Servicios%20relacionados%20con%20el%20gas/Archivos/triptico.pdf

por el Gobierno de Cantabria en enero de 2013, relativo a los derechos y obligaciones de los usuarios³⁰, y el que acaba de editar la Comunidad de Madrid sobre instaladores, inspecciones y revisiones de gas³¹.

Resulta conveniente que también el Ayuntamiento de Madrid difunda recomendaciones de elaboración propia, con la finalidad de que los titulares y usuarios de instalaciones de gas, calefacción y aire acondicionado conozcan sus derechos y obligaciones en relación con las mismas.

Con esta finalidad, se ha elaborado el siguiente contenido informativo:

“El consumidor es responsable de realizar las operaciones de mantenimiento y conservación de su instalación de gas. Para cumplir esta obligación, que en la mayoría de los casos debe realizar cada dos años, puede optar entre:

- a) *Contratar a una empresa instaladora, autorizada por la Comunidad de Madrid, para que realice las operaciones requeridas.*
- b) *Contratar un servicio de mantenimiento preventivo de carácter anual con una de esas empresas.*

La contratación de un servicio de mantenimiento preventivo anual es sólo una de las posibilidades de las que el titular de la instalación de gas dispone para atender su obligación de revisión periódica de la misma. Además en la mayoría de los supuestos, esta obligación de conservación no es anual sino bienal, por lo que la contratación del servicio de mantenimiento anual supone para el consumidor un gasto superior a la contratación aislada de dicho servicio cada dos años.

Estas operaciones son distintas e independientes de la inspección obligatoria que se realizará cada cinco años por parte de su empresa distribuidora, la cual debe enviarle una carta advirtiendo de la visita para que permita la misma; en estos casos, no debe pagar en metálico al técnico que realice el servicio el importe de éste, pues se le cobrará en una próxima factura de gas.

Por todo ello, si tiene usted previsto contratar su mantenimiento preventivo, puede resultarle de interés el siguiente decálogo de RECOMENDACIONES.

a) *Antes de contratar:*

1. *Como en cualquier otra decisión de consumo que vaya a tomar, compare las ofertas de distintas empresas. Puede usted consultar en el establecimiento o en la web de cada empresa sus datos identificativos y su inscripción en el registro de Industria, así como el presupuesto y sus restantes condiciones de contratación, para seleccionar la oferta de la empresa que se ajuste mejor a sus necesidades.*
2. *No se deje influir por el cartel que alguna empresa pueda haber dejado en su edificio. Se trata de una oferta comercial más, aunque destaque en mayúsculas “GAS NATURAL”, indique que se trata de un “AVISO” y haga referencia a la obligación que usted tiene de revisar su caldera. Tampoco*

³⁰ https://www.cantabria.es/web/direccion-general-industria/detalle-/journal_content/56_INSTANCE_DETALLE/16626/1905431

³¹ <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename%3DFolleto+SERV+DOM+GAS+CALEFACCION.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DPortalConsumidor&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352840692076&ssbinary=true>

3. En caso de duda acerca de la situación de su instalación de gas, le conviene ponerse en contacto con la empresa distribuidora de gas canalizado con la que usted tenga contratado su suministro. Ésta le indicará la fecha en que procederá a efectuar la inspección obligatoria que se deberá efectuar cada cinco años; si su caldera es de calefacción y agua caliente de potencia inferior a 70KW, debe ser revisada cada dos años.

b) En el momento de contratar:

4. En el caso de que autorice usted voluntariamente la entrada en su domicilio del empleado de la empresa que le haya dejado el cartel informativo de su visita, debe saber que lo más probable es que le ponga a firma un documento por el que usted contrata el mantenimiento de su instalación de gas. Como en cualquier otra contratación, antes de firmar cualquier documento que le puede suponer algún compromiso debe usted asegurarse de que conoce su contenido.

5. Tenga en cuenta que el servicio que pretende contratar la empresa que le visita es el mantenimiento preventivo anual, servicio que tiene carácter voluntario para usted y es diferente de la inspección obligatoria de la instalación.

6. Si decide usted contratar cuando le visita el empleado de la empresa que ha puesto el cartel en su finca, tenga en cuenta que sólo estará obligado a pagarle el precio del mantenimiento anual después de que éste haya sido efectuado y le haya entregado el certificado acreditativo de las operaciones realizadas y del resultado de las mismas.

7. Usted no tiene por qué contratar el servicio de mantenimiento con cláusula de prórroga tácita, y puede solicitar que el contrato no prevea la posibilidad de prórroga alguna.

c) Tras la contratación:

8. Tiene usted derecho a desistir del contrato en los días siguientes a que lo haya firmado, pudiendo anularlo sin tener que invocar el motivo que justifica su decisión ni incurrir en gasto alguno. Por este motivo, si en la visita que le realizan decide usted contratar, es posible que le interese no autorizar que el empleado realice el mantenimiento, y disponer así de la posibilidad de reflexionar sobre la conveniencia del contrato suscrito.

9. Puesto que, si usted no se opuso a ello, lo más probable es que el contrato tenga vigencia de un año y se prorrogue tácitamente con periodicidad anual, en el caso de que no desee prolongar su ejecución deberá denunciarlo con la antelación fijada en él y en todo caso antes de que se inicie nuevo periodo de vigencia del mismo.

10. Como usuario de una instalación de gas, usted debe cumplir las normas y recomendaciones de seguridad destinadas a evitar accidentes. Al mismo tiempo, como consumidor que es, tiene todos los derechos que le



¡MADRID!

**ÁREA DE GOBIERNO
DE SEGURIDAD
Y EMERGENCIAS**

Instituto Municipal de Consumo

corresponderían si hubiese contratado en un establecimiento mercantil, además del de desistir del contrato por haberlo suscrito en su domicilio".

Madrid, 18 de diciembre de 2013

Fernando Aragón Hernando.

Jefe de la Oficina Municipal
de Investigación de Consumo.