

RESOLUCIÓN DEL JURADO

Resumen de la Resolución: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. vs. XFERA MÓVILES, S.A. (“LIBERAR TU MÓVIL”)

La Sección Primera del Jurado resolvió el pasado 14 de enero la reclamación presentada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra una publicidad de la que es responsable la mercantil XFERA MÓVILES, S.A.

La publicidad reclamada es difundida en televisión e Internet. El anuncio en televisión consiste en la aparición paulatina de unos muñecos de colores que miran hacia arriba leyendo los rótulos que aparecen en pantalla: “¿Tienes contrato de permanencia con Orange, Vodafone o Movistar?, ¿Hace 18 meses o más? Entonces tú puedes liberar tu móvil. Y venirte a Yoigo a pagar menos. 1708. yoigo.com. El móvil sin cuentos”. En el transcurso de las imágenes, una voz en off infantil lee el contenido de los rótulos que se acaban de citar y añade además “Verdad verdadera. Hazte de Yoigo en yoigo.com o llamando al 1708. Yoigo.” El anuncio difundido en la página Web www.yoigo.com, incluye el siguiente texto: “Libera tu móvil. Vente a Yoigo por 0€ y empieza a ahorrar pasta.”

La Sección Primera considera que el anuncio reclamado ha de ser analizado a la luz del principio de veracidad, consagrado en la *norma 14* del *Código de Conducta Publicitaria* y cuyo tenor es el siguiente: “La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, o en razón de la inexactitud de los datos contenidos en ella, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias, induce o puede inducir a error a sus destinatarios”. Desde una perspectiva también deontológica, el Jurado se remite asimismo al *Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online*, en consideración a que la presente publicidad ha sido difundida en una Página Web a través de Internet (www.yoigo.com).

Entiende el Jurado que la campaña publicitaria controvertida se dirige exclusivamente a aquellos clientes que hayan asumido un compromiso de permanencia (“¿Tienes contrato de permanencia con Orange, Vodafone o Movistar? ¿Hace 18 meses o más? Entonces tú puedes liberar tu móvil.”), los cuales, una vez transcurridos 18 meses, pueden proceder a liberar su Terminal. La propia configuración de la publicidad reclamada –entiende el Jurado– llevará a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz a concluir que esta posibilidad (la liberación del móvil una vez transcurridos dieciocho meses) queda abierta exclusivamente para aquellos clientes a los que específicamente se refiere la publicidad: los vinculados por un compromiso de permanencia. En segundo lugar, concluye el Jurado que no figura entre las *Condiciones Generales de adquisición de Terminal móvil a precio promocional* del contrato de servicio de telefonía móvil en la modalidad postpago de Orange, la obligación de que el cliente se dirija al propio operador para realizar el acto de liberalización del Terminal una vez finalizado el tiempo de compromiso de permanencia con el operador, es decir, una vez transcurridos 18 meses. A la vista de la documentación aportada, y al no ser ésta una obligación recogida en el cuerpo contractual asumido entre operador y usuario, no aprecia el Jurado que pueda resultar en el presente caso una obligación exigible para el último.

Frente a la alegación de la reclamante de que en la publicidad se realiza un uso injustificado de signos distintivos ajenos, en el sentido previsto en la *norma 20* del *Código de Conducta Publicitaria* y en el artículo 6 de la *Ley General de Publicidad*, el Jurado afirma en la presente Resolución que no cabe calificar como injustificada la referencia a un signo distintivo ajeno para identificar los productos competidores a los que se alude en la publicidad, siempre que, además de evitarse cualquier riesgo de confusión, esta referencia (tanto al signo distintivo ajeno como a los productos competidores que éste distingue) se realice en el contexto de un mensaje publicitario absolutamente lícito. Así lo demuestra –añade– el hecho de que el propio *Código de Conducta Publicitaria* (al igual que la *Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa*)



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

considere lícita la referencia a una marca ajena en la publicidad comparativa cuando esta publicidad sea lícita y se refiera a la marca ajena como vía para identificar los productos aludidos en la comparación, sin generar ningún riesgo de confusión.

En último término, y en la medida en que dicha publicidad no puede ser calificada como engañosa, el Jurado concluye que en el presente caso la publicidad difundida a través de Internet no infringe el *artículo 3.1 del Código de Confianza Online*.

II. Recurso de alzada

La compañía reclamante presentó recurso de alzada frente a la Resolución de la Sección Primera de 14 de enero de 2008 que fue desestimado por Resolución del Pleno de 31 de enero de 2008.

El Pleno del Jurado suscribe las afirmaciones de la Sección Primera cuando sostiene que la publicidad se dirige exclusivamente a clientes vinculados por contratos de permanencia, y no a los clientes vinculados por compromisos de recarga. Así, tal y como indicó la Sección en el Fundamento 4 de la Resolución recurrida, sostiene el Pleno que el hecho de que la citada campaña publicitaria se dirija exclusivamente a aquellos clientes que han asumido un compromiso de permanencia, queda evidenciado con la propia configuración del anuncio, cuya literalidad, "*¿Tienes contrato de permanencia con Orange, Vodafone o Movistar? ¿Hace 18 meses o más? Entonces tú puedes liberar tu móvil*", parece lo suficientemente determinante como para alcanzar dicha conclusión. En este sentido, entiende el Pleno que este mensaje publicitario llevará a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz a concluir que la liberación del móvil una vez transcurridos dieciocho meses, está reservada exclusivamente para aquellos clientes vinculados por un compromiso de permanencia, y no por compromiso de recarga.

Del mismo modo, tal y como hizo la Sección Primera en su Resolución, manifiesta el Pleno que no ha resultado acreditado que los clientes vinculados por contratos o compromisos de permanencia (ámbito específico al que se refiere la publicidad) tengan, una vez transcurridos 18 meses, obligación alguna de liberar su móvil contactando con Orange. En la documentación aportada al procedimiento –afirma el Pleno– esta obligación sólo aparece prevista para aquellos clientes que, habiendo adquirido el compromiso de permanencia, deseen liberar el móvil antes del transcurso de 18 meses.

Por lo expuesto, y tal y como en su día estimó la Sección, concluye el Pleno que la obligación adquirida por el usuario que suscribe dicho compromiso de permanencia durante 18 meses y que después decide darse de baja en el servicio antes de que hubiera concluido dicho plazo, alcanzaría efectivamente al hecho de contactar con el operador Orange para comunicar el desistimiento del servicio y hacer efectiva la obligación estipulada para el caso de resolución anticipada del contrato. Sin embargo, no consta acreditado –afirma el Pleno– que los clientes vinculados por compromisos de permanencia tengan obligación alguna, una vez transcurridos 18 meses, de contactar con Orange antes de liberar su móvil.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Texto completo de la Resolución de la Sección Primera del Jurado FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. vs. XFERA MÓVILES, S.A. (“LIBERAR TU MÓVIL”)

En Madrid, a 14 de enero de 2008, reunida la Sección Primera el Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Eduardo Galán Corona, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra una publicidad de la que es responsable la mercantil XFERA MÓVILES, S.A. emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 21 de noviembre de 2007, la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, ORANGE) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la entidad XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO en lo sucesivo).

2.- La publicidad reclamada es difundida en televisión. El anuncio consiste en la aparición paulatina de unos muñecos de colores que miran hacia arriba leyendo los rótulos que aparecen en pantalla y celebran el contenido de los mismos al son de la música. Finalmente forman una fila en la que se cogen por la cintura y se marchan bailando al ritmo de conga. Los mensajes que van apareciendo en pantalla son los siguientes: “¿Tienes contrato de permanencia con Orange, Vodafone o Movistar?, ¿Hace 18 meses o más? Entonces tú puedes liberar tu móvil. Y venirte a Yoigo a pagar menos. 1708. yoigo.com. El móvil sin cuentos”. En el transcurso de las imágenes, una voz *en off* infantil lee el contenido de los rótulos que se acaban de citar y añade además “Verdad verdadera. Hazte de Yoigo en yoigo.com o llamando al 1708. Yoigo.” Dicha campaña publicitaria se difunde también en Internet, en la página Web www.yoigo.com; el anuncio incluye el siguiente texto: “Libera tu móvil. Vente a Yoigo por 0€ y empieza a ahorrar pasta.”

3.- En su escrito, la entidad reclamante alega que YOIGO lanza una campaña publicitaria destinada a la captación de clientes de otras operadoras de telefonía móvil, concretamente Movistar, Vodafone y Orange, animando a dichos usuarios a que liberen su móvil. En este sentido añade Orange que la reclamada no se refiere en ningún momento a las demás operadoras móviles (virtuales) que existen también en este mercado.

4.- Sostiene la reclamante que en la publicidad que figura en Internet, y una vez seleccionado uno de los apartados que se incluyen en la página inicial (www.yoigo.com), aparece una pantalla en la que figura el siguiente texto: “Liberar el móvil, qué cosa más rara. Pues no. Es sólo modificar unas cosas dentro del teléfono, sin alterar o duplicar el IMEI, para poder usarlo con cualquier operador. Ojo, si el móvil te lo dieron muy baratito, muy carito o te lo “regalaron” con un contrato, para liberarlo tiene que haber terminado tu contrato de permanencia, si no, tendrás que pagar a tu operador lo que falte por pagar.” A dicho texto –añade el reclamante– le sigue la explicación de cómo proceder para liberar el móvil: “Opción A: Llamas a tu operador y dices que lo quieres liberar. Te piden el IMEI (número de 15 cifras que hay en la pegatina debajo de la batería del móvil), y en unos días, te llaman, o llamas, y te lo dan sin pagar un duro si ha terminado ya tu contrato de permanencia. Opción B: Abres el navegador [...] Y buscas “cómo liberar el móvil” o entras en alguna de estas direcciones: <http://movical.net/>, <http://www.movisanz.es/>, <http://movilco.org/>, <http://www.yoiggers.com/liberar-telefonos->



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

[moviles.htm/](#). Opción C: *Te pones tus zapas favoritas, hay que ir mono/a en la vida, y te lanzas a buscar una tienda en tu barrio donde liberen móviles, lo suele poner justo en la puerta. Justo. Esas donde puedes comprarte un tupper, o una felpa para jugar al tenis. Liberar tu móvil es algo normal, no te asustes. Lo libera tu vecino, la suegra de tu vecino,...* En relación a la información citada, recalca ORANGE el hecho de que de las opciones sobre las que informa para liberar el móvil, tan sólo la primera consiste en solicitarlo al operador.

5.- Respecto a las páginas citadas en el anterior fundamento, esgrime la reclamante que las dos primeras utilizan la imagen de su marca gráfica sin la autorización de ORANGE. Además –añade– en los otros dos sitios Web proporcionan alguna información sobre la forma y las consecuencias de la liberalización del Terminal móvil por parte del usuario, mientras que en la última de ellas se especifica además “[...] *De tal forma, transcurrido el plazo, no sólo eres libre para liberar tu teléfono móvil, sino que tu operadora debería facilitarte la tarea. En caso contrario, si aún no pasó ese plazo, debes saber que tienes un contrato en vigor con tu operador, cuyas condiciones deberías leer antes de tomar una decisión; casi con toda seguridad el caso esté claramente definido en él. Por tanto, si sabes que tu periodo de permanencia ha finalizado, puedes y debes llamar a tu operador para que te facilite la información necesaria para liberarlo.*”

6.- La reclamante continúa con su escrito exponiendo cuál es la diferencia entre telefonía móvil “prepago” y “postpago”, afirmando que en ambas modalidades es frecuente ofrecer a los clientes *terminales móviles* a precios promocionales para hacer atractiva la oferta comercial. La adquisición de un *terminal promocional* –según afirma la reclamante– está prevista y reconocida expresamente por la Autoridad reguladora, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en Acuerdo de 15 de abril que transcribe), y conlleva la aceptación de un compromiso de permanencia por parte del cliente, de forma que su incumplimiento, asumido contractualmente por el usuario, implica una penalización económica para el mismo. No obstante, destaca, respecto al contrato de prepago Orange, y según las condiciones generales del mismo, contenidas en la página Web y adjuntas a las condiciones de adquisición del terminal móvil a precio promocional, se especifica una penalización si el cliente se da de baja (o situación asimilada) o si el cliente desea desbloquear o liberar su móvil antes de que transcurran dieciocho meses desde la activación del servicio. En tales condiciones se indica además –señala ORANGE– que el desbloqueo deberá realizarse contactando con ORANGE y no con un tercero.

7.- Con base precisamente en el anterior fundamento 6, alega la reclamante que la publicidad en cuestión es engañosa y desleal, porque omite información imprescindible para que el consumidor conozca suficientemente el alcance de la misma. Así, entiende ORANGE que aunque la reclamante advierte en la web de la existencia de los citados contratos de permanencia de dieciocho meses y de la necesidad de que transcurra el plazo mínimo acordado, no resulta –a juicio de la reclamante– suficiente la advertencia.

En concreto, se refiere ORANGE a que la publicidad de YOIGO omite que, en la modalidad de prepago de ORANGE, la liberalización del terminal no se asocia a un plazo mínimo de tiempo, sino a una recarga mínima de la tarjeta, lo que podría implicar que no se cumplieran las condiciones de desbloqueo, pese a que transcurran 18 meses. Así -afirma ORANGE- en las condiciones generales establecidas en su página Web dentro de la modalidad de prepago, se indica “*El cliente que desee desactivar su Terminal móvil), en caso de ser adquirido a precio promocional conjuntamente con el servicio de Tarjeta Prepago prestado por ORANGE podrá hacerlo, una vez haya recargado 120,20 euros, contactando con el número de teléfono especial 651.822.222, seguir las instrucciones del teleoperador de ORANGE, acreditar su identidad y*



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

facilitar el número de identificación (IMEI) de su Terminal móvil. Atendida la relación funcional con la prestación del servicio telefónico, el Terminal así adquirido por el cliente a precio promocional, y destinado exclusivamente al mismo, también, por razones de seguridad y en evitación de usos indebidos por terceros, es únicamente utilizable para el Servicio telefónico de ORANGE.”

En segundo lugar, sostiene ORANGE que en dicha publicidad también se omite toda referencia al compromiso adquirido por el cliente de realizar la operación de liberalización a través del propio operador, previsión ésta establecida –según ORANGE- en orden a evitar fraudes y asegurar que el desbloqueo se realiza por el propietario del terminal. De este modo entiende la reclamante que la campaña publicitaria resulta engañosa, pues no explica al consumidor las consecuencias que puede tener el incumplimiento de los compromisos de permanencia por la adquisición del Terminal a precio promocional, ni las consecuencias de la liberalización del aparato por un tercero en vez de por el propio operador.

8.- Ante los fundamentos anteriores, manifiesta la reclamante que YOIGO silencia datos fundamentales con el fin de hacer creer al consumidor que, a la hora de liberar el Terminal, la única obligación es la del transcurso del tiempo, cuando la realidad no es esa. Por tanto, la posibilidad real de que los consumidores incurran en incumplimientos contractuales por causa de dicha publicidad, implicaría a juicio de ORANGE la existencia de deslealtad en la publicidad.

9.- Por lo expuesto, manifiesta ORANGE que la publicidad reclamada infringe la Norma 14 del Código de Conducta Publicitaria (Principio de veracidad), así como la Norma 4 (Principio de buena fe), en relación con los artículos 3 y siguientes de la *Ley General de Publicidad*, referentes a publicidad engañosa y publicidad desleal, y con los artículos 10 a 17 de la *Ley 3/91 de Competencia Desleal*; en concreto, alega la reclamante el artículo 14 LCD, que establece: “1.- Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. 2.- La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto [...] o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.”

Para que una actuación competitiva en el ámbito empresarial –continúa- pueda calificarse de desleal es preciso que el acto o comportamiento sea contrario a las exigencias de la buena fe. En este sentido, entiende ORANGE que difícilmente puede considerarse que concorra buena fe en la campaña publicitaria reclamada ya que la misma busca la captación de clientes promoviendo el incumplimiento contractual, no sólo por no advertir de las condiciones reales que han de concurrir para la liberalización del Terminal, sino porque indica procedimientos de liberalización distintos a los acordados entre clientes y operador.

En consecuencia, ORANGE solicita del Jurado la declaración de ilicitud de dicha campaña publicitaria, resolviendo por tanto la cesación de la misma.

10.- Trasladada la reclamación a YOIGO, dicha entidad ha remitido escrito de contestación, defendiendo la licitud de la campaña publicitaria reclamada.

En concreto, sostiene que la publicidad no es engañosa pues no omite ni silencia ningún dato, e incluye la información necesaria para un correcto entendimiento por parte del consumidor medio al que va dirigida la misma, que en ningún caso –sostiene- es el Cliente Prepago (de



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

ORANGE), sino aquellos clientes de otras operadoras (distintas de YOIGO) que tienen asumido un contrato de permanencia (de 18 meses) y ya lo han cumplido.

A este respecto, afirma YOIGO que la palabra *permanencia* es un término consolidado en el sector, utilizado por las cuatro operadoras con red móvil para la modalidad del *contrato postpago*; es un término –continúa- conocido por el usuario de telefonía móvil. Sin embargo, prosigue YOIGO, los clientes prepago (recarga de la tarjeta) de ORANGE tienen un compromiso de recarga, sin límite temporal, que si incumplen dará lugar a una penalidad, pero no poseen un compromiso de permanencia. Este hecho –según YOIGO- queda demostrado al efectuar la comparación de los contratos prepago y postpago de dicha operadora: mientras en contrato postpago utiliza la operadora ORANGE expresamente el término “*Compromisos de permanencia en el operador por adquisición de Terminal móvil a precio promocional*”, en el contrato prepago no utiliza dicho término de *permanencia* pues lo único que suscriben es un compromiso de recarga sin límite temporal.

Por lo expuesto –continúa YOIGO- y dado que la campaña publicitaria se dirige exclusivamente a aquellos clientes que asumieron un *compromiso de permanencia* con su operadora y lo han cumplido, y no a los clientes de prepago que no están sujetos a compromiso de permanencia, entiende la reclamada que dicha publicidad, lejos de ser engañosa, constituye un supuesto de publicidad clara, exacta y fácil de entender por el consumidor.

Respecto a las demás cuestiones reclamadas, manifiesta YOIGO lo siguiente: a) que el hecho de no mencionar a otras operadoras en la publicidad está fundamentado en que las tres a las que sí se refiere, poseen más del 99% de la cuota total de mercado en telefonía móvil. b) En relación con la utilización de la marca de ORANGE en páginas no autorizadas para ello, alega la reclamada la conveniencia de que la reclamante se dirija contra los titulares de dichas páginas para exigir responsabilidad, pero no contra YOIGO.

Por estas razones, YOIGO, solicita la desestimación de la reclamación presentada.

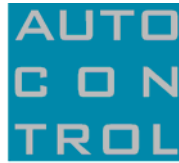
11.- A solicitud de ORANGE, y con carácter previo a las deliberaciones de este Jurado, se celebró una comparencia oral en la que las partes aclararon y completaron sus respectivas alegaciones.

12.- El Jurado de Autocontrol, una vez analizadas las alegaciones presentadas por las partes contendientes, acordó, tal y como contempla el artículo 22 del Reglamento del Jurado, solicitar a la reclamante la presentación de cuantas pruebas considerase oportuno que acreditasen la existencia de una eventual obligación de los clientes de Orange vinculados por compromisos de permanencia de liberar sus móviles a través de su propia operadora (Orange).

La entidad reclamante presentó, dentro del plazo concedido a tal efecto, la siguiente documentación:

- Ejemplar de las condiciones generales del servicio postpago y los respectivos contratos para particulares y empresas donde, al dorso –según Orange-, figuran las condiciones generales relativas a la obligación de los usuarios de ponerse en contacto con Orange para poder proceder a liberalizar el *SIM-Loc* de los terminales de la misma marca.

- Formulario de contrato para particulares de los que firman los clientes.



[Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial]

- Versión en vigor del compromiso de permanencia que firman los clientes, en la que existe una penalización proporcional en el tiempo. Dicho modelo –sostiene Orange- se encuentra en la página Web www.orange.es

13.- Habiéndose dado el correspondiente traslado de dicha documentación a la reclamada, ésta manifiesta, mediante escrito de fecha 11 de enero, en primer lugar, la improcedencia del trámite practicado, pues no se está –alega- ante una prueba insuficiente o incompleta, sino ante una prueba que la propia Orange estableció como hecho probado, como es la presentación de las condiciones de adquisición de Terminal móvil a precio promocional que figuran en la página Web de Orange, condiciones en las que se manifiesta la ausencia de compromiso de liberación del Terminal de la propia Orange.

En segundo lugar, continúa Yoigo su escrito afirmando que el nuevo documento aportado por Orange no acredita el compromiso de liberar el móvil a través de Orange una vez transcurridos dieciocho meses; así, sostiene Yoigo que no aparece en el mismo expresamente la prohibición al cliente de realizar la operación de liberalización a través de otros medios.

Por otra parte, sostiene Yoigo que en la propia reclamación de Orange se cita el acuerdo de 15 de abril de 1999 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la que establece que el Terminal puede ser desbloqueado libremente. Dicho acuerdo, recuerda Yoigo, afirma: *“desde la perspectiva de la garantía de la libre competencia y de la protección de los consumidores, es necesario que el Terminal pueda ser desbloqueado libremente, transcurrido el tiempo necesario para que el importe subvencionado del Terminal haya sido recuperado por concepto del consumo telefónico, o en caso contrario, mediante el abono del importe de la subvención pendiente de recuperación”.*

II.- Fundamentos deontológicos

1.- Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse que en la medida en que la reclamación que ahora nos ocupa se dirige contra una empresa que no es socia de Autocontrol, la presente resolución carece de carácter vinculante para la misma.

A este respecto, debe indicarse que como en el resto de los organismos de autorregulación publicitaria existentes en todos los países del entorno UE, y con el fin de crear sistemas abiertos a la sociedad, el Jurado de la Publicidad tiene encomendada la resolución de aquellas controversias que le sean presentadas por cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo, contra piezas publicitarias tanto de empresas asociadas como de terceros. Sin embargo, las resoluciones que dirimen tales controversias sólo tienen fuerza vinculante para los asociados, que voluntariamente han manifestado su adhesión al Código de Conducta Publicitaria que rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad como la reclamada, no adherida al sistema de autodisciplina, tal resolución constituye una mera opinión, no vinculante, sobre la corrección ética y deontológica de la campaña publicitaria en cuestión, emitida por expertos en la materia.

En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de las resoluciones que emite este Jurado son cumplidas de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida fuerza moral de que gozan tales resoluciones. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

reconocido prestigio de los miembros del Jurado, y del respaldo legal otorgado al sistema de autodisciplina o autocontrol, tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Exposición de Motivos y artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/1999, de modificación de la Ley 25/1994 de "Televisión sin fronteras"). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre las resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos.

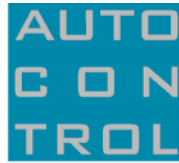
2.- Entrando a analizar el fondo del asunto planteado ante el Jurado de la Publicidad, la Sección Primera considera que el anuncio reclamado ha de ser analizado a la luz del principio de veracidad, consagrado en la *Norma 14 del Código de Conducta Publicitaria* y cuyo tenor es el siguiente: *“La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, o en razón de la inexactitud de los datos contenidos en ella, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias, induce o puede inducir a error a sus destinatarios”*. Desde una perspectiva también deontológica este Jurado debe remitirse asimismo al *Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online*, en consideración a que la presente publicidad ha sido difundida en una Página Web a través de Internet (www.yoigo.com).

El contenido de esta norma y el principio de veracidad en ella recogido han sido analizados en innumerables ocasiones por este Jurado, constituyendo doctrina constante aquella que mantiene que para calificar un anuncio como engañoso basta con la simple aptitud o susceptibilidad de éste para generar falsas expectativas en el público destinatario.

3.- Tal y como sostiene la reclamante, y según ha podido comprobar esta Sección, el texto de la publicidad reclamada contiene la siguiente información: *“¿Tienes contrato de permanencia con Orange, Vodafone o Movistar?, ¿Hace 18 meses o más? Entonces tú puedes liberar tu móvil. Y venirte a Yoigo a pagar menos.”*

Una vez estudiadas y analizadas las alegaciones de las partes, el Jurado ha de reflexionar sobre ambas posiciones manifestadas en torno a la publicidad controvertida. En primer lugar, la reclamante entiende que la publicidad de YOIGO omite el hecho de que para la modalidad de prepago (modalidad de tarjeta) de ORANGE, la liberalización del terminal no se asocia a un plazo mínimo de tiempo, sino a una recarga mínima de la tarjeta, lo que podría implicar que no se cumplieran las condiciones de desbloqueo aunque transcurran 18 meses desde la adquisición del Terminal en condiciones promocionales. Por su parte, la reclamada sostiene que la publicidad en cuestión no es engañosa pues no omite ni silencia ningún dato, e incluye la información necesaria para un correcto entendimiento por parte del consumidor medio al que va dirigida, que en ningún caso –sostiene– es el Cliente Prepago de ORANGE, sino aquellos clientes potenciales que han suscrito un contrato de permanencia (de 18 meses) con otras operadoras y ya lo han cumplido.

4.- Esta primera alegación de la reclamante debe ser rechazada. En efecto, la campaña publicitaria controvertida se dirige exclusivamente a aquellos clientes que hayan asumido un compromiso de permanencia, como lo pone de manifiesto el hecho de que el anuncio difundido en televisión comience con la expresión *“¿Tienes contrato de permanencia con Orange,*



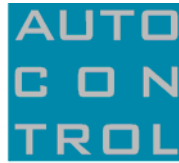
Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Vodafone o Movistar? ¿Hace 18 meses o más? Entonces tú puedes liberar tu móvil. Es pues a estos específicos clientes a los que se dirige el mensaje según el cual, una vez transcurridos 18 meses, pueden proceder a liberar su Terminal. Y, dada la configuración de la publicidad –que alude expresamente a aquellos clientes que hayan suscrito un contrato de permanencia- no parece probable que un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda concluir que cualquier cliente (incluidos los clientes prepago que no están vinculados por compromisos de permanencia, sino por compromisos de recarga) puede liberar su móvil una vez transcurridos dieciocho meses. Antes al contrario, la propia configuración de la publicidad reclamada llevará a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz a concluir que esta posibilidad (la liberación del móvil una vez transcurridos dieciocho meses) queda abierta exclusivamente para aquellos clientes a los que específicamente se refiere la publicidad: los vinculados por un compromiso de permanencia.

5.- En segundo lugar, sostiene Orange que en dicha publicidad también se omite toda referencia al compromiso adquirido por el cliente de realizar la operación de *liberalización* a través del propio operador, previsión ésta establecida –según Orange- en orden a evitar fraudes y asegurar que el desbloqueo se realice por el propietario del terminal. Ante esta alegación debe afirmar este Jurado que, según ha podido comprobar en la información proporcionada por la propia reclamante, no figura entre las *Condiciones Generales de adquisición de Terminal móvil a precio promocional* dentro del contrato de servicio de telefonía móvil en la modalidad postpago de Orange, la recomendación de que el cliente se dirija al propio operador para realizar el acto de liberalización del Terminal móvil; tan sólo se recoge el compromiso de permanencia en el servicio durante los 18 meses siguientes a la activación del mismo.

6.- En este mismo sentido, aporta Orange un ejemplar de las condiciones del contrato de servicio postpago asumido entre operador y usuario, en el que figuran las Condiciones generales del *Compromiso de permanencia en tarifa y por adquisición del Terminal móvil a precio promocional*. Comprueba este Jurado que en la cláusula 3 se establece: “...la adquisición por parte del cliente de un terminal a precio promocional implica que éste se compromete, en virtud del presente contrato a permanecer de alta en el servicio Orange durante los dieciocho meses siguientes a la activación del Servicio. El cliente se obliga a satisfacer a Orange la cantidad de 150.25 €, impuestos indirectos no incluidos, si en cualquier momento, antes de transcurrido dicho plazo desea: a) Desbloquear o liberalizar su Terminal móvil del servicio prestado por Orange. Para ello el cliente deberá contactar, con el número de teléfono 471, seguir las instrucciones del teleoperador de Orange, acreditar su identidad y facilitar el número de identificación (IMEI) de su Terminal móvil (...).”

Ante lo expuesto en este Fundamento, aprecia esta Sección que la obligación adquirida por el usuario que suscribe dicho compromiso de permanencia durante 18 meses y que después decide darse de baja en el servicio antes de que hubiera concluido dicho plazo, alcanzaría efectivamente al hecho de contactar con el operador Orange para comunicar el desistimiento del servicio y hacer efectiva la obligación estipulada para el caso de rescisión anticipada. Sin embargo, no observa este Jurado cláusula alguna que obligue al cliente de postpago que adquirió un Terminal a precio promocional, a realizar la liberalización exclusivamente a través del operador Orange, una vez transcurridos los 18 meses, es decir, una vez finalizado el tiempo de compromiso de permanencia con el operador.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

De este modo, a la vista de la documentación aportada, y al no ser ésta una obligación recogida en el cuerpo contractual asumido entre operador y usuario, no parece que pueda resultar en el presente caso una obligación exigible para el último. Es cierto, por lo demás, que la obligación de proceder a la liberación del móvil a través de la propia operadora se recoge en las condiciones generales aplicables a la modalidad prepago. Mas no es menos cierto que en esta modalidad no se recoge compromiso de permanencia alguno. Por lo tanto, dentro del específico ámbito al que se refiere la publicidad (clientes vinculados por contratos o compromisos de permanencia) no ha resultado acreditado que los clientes asuman la obligación de liberar su móvil exclusivamente a través de la operadora, por lo que difícilmente la omisión de esta circunstancia puede inducir a error alguno.

7.- Alega también la reclamante, por lo demás, que en la publicidad se realiza un uso injustificado de signos distintivos ajenos, en el sentido previsto en la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria y en el artículo 6 de la Ley General de Publicidad. Sin embargo, y como ya ha tenido ocasión de señalar este Jurado en otras ocasiones, la referencia a signos distintivos ajenos en la publicidad no puede considerarse ilícita per se. Aquella referencia sólo puede considerarse ilícita cuando tenga carácter injustificado. Y, por regla general, no cabe calificar como injustificada la referencia a un signo distintivo ajeno para identificar los productos competidores a los que se alude en la publicidad, siempre que, además de evitarse cualquier riesgo de confusión, esta referencia (tanto al signo distintivo ajeno como a los productos competidores que éste distingue) se realice en el contexto de un mensaje publicitario absolutamente lícito. Así lo demuestra el hecho de que el propio Código de Conducta Publicitaria (al igual que la Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa) considere lícita la referencia a una marca ajena en la publicidad comparativa cuando esta publicidad sea lícita y se refiera a la marca ajena como vía para identificar los productos aludidos en la comparación, sin generar ningún riesgo de confusión.

8.- Como hemos adelantado en el fundamento deontológico 2, este Jurado debe analizar dicha publicidad aplicando también el *Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online*, dado que la misma ha sido difundida también a través de Internet. Debemos remitirnos entonces al artículo 3.1 del Código de Confianza Online que establece que “*La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, decente, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL...*”

Ante los fundamentos expuestos anteriormente y una vez que el Jurado concluye que no concurren los requisitos necesarios para considerar que el anuncio cuestionado infringe la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, debe afirmar también esta Sección que en el presente caso la publicidad difundida a través de Internet no infringe el *artículo 3.1 del Código de Confianza Online*, en la medida en que dicha publicidad no puede ser calificada como engañosa.

En atención a todo lo hasta aquí expuesto, la Sección Primera del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

Desestimar la reclamación presentada por la mercantil FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., contra una publicidad de la que es responsable la entidad XFERA MÓVILES, S.A.