

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



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

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) 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.

Texto completo de la Resolución de Pleno del Jurado de 31 de Enero de 2007

En Madrid, a 31 de enero 2008, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. José Manuel Otero Lastres, para el análisis del recurso de alzada presentado por la mercantil FRANCE TELECOM ESPAÑA (ORANGE) frente a la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 14 de enero de 2008, emite la siguiente,



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

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.- Se dan por reproducidos todos los elementos publicitarios reclamados, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Primera de 14 de enero de 2008.

3.- Mediante la citada Resolución la Sección Primera del Jurado de la Publicidad acordó desestimar la reclamación interpuesta, declarando que la publicidad reclamada no infringe las Normas 14 y 20 del *Código de Conducta Publicitaria* ni el artículo 3.1 del *Código de Confianza Online*.

4.- El pasado día 23 de enero de 2008, Orange interpuso Recurso de Alzada contra la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 14 de enero de 2008, manifestando su desacuerdo con los pronunciamientos de la Resolución recurrida.

5.- En primer lugar la recurrente manifiesta, tal y como hizo en su escrito de reclamación, que con la presente campaña publicitaria Yoigo pretende aprovecharse del esfuerzo realizado por sus competidores en el parque de terminales móviles existente, obviando el proceso natural, tutelado y reglamentado –afirma- que existe en el mercado de la telefonía móvil para el cambio de operador o portabilidad numérica, en virtud del cual el usuario puede pasar de un operador a otro. En el sentido expuesto, Yoigo –prosigue Orange- promueve que aquellos clientes que han contratado con su actual operador, liberen su móvil sin pasar por el operador que les proporcionó la oferta conjunta de servicio y terminal, obviando así su compromiso con el mismo. En caso de que el usuario –añade Orange- opte por esta opción de adquirir el terminal en condiciones promocionales, opción fundada en derecho al amparo de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, éste deberá respetar las condiciones que fueron estipuladas con el operador. En efecto –esgrime- el negocio así formalizado está sujeto a una condición para la liberalización del terminal entregado gratuitamente.

6.- Manifiesta Orange, asimismo, su desacuerdo con algunos de los pronunciamientos realizados por la Sección Primera en la Resolución recurrida. En concreto, destaca la recurrente su oposición al contenido del Fundamento 4, cuya literalidad es la siguiente: “[...] 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, 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



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

vinculados por compromisos de permanencia, sino por compromisos de recarga) puede liberar su móvil una vez transcurridos dieciocho meses [...]”.

En este sentido afirma la recurrente que la campaña publicitaria objeto de reclamación no distingue el tipo de cliente al que se dirige, sino que se refiere únicamente a *contratos de permanencia*, compromiso que existe, como ya quedó acreditado –sostiene Orange- tanto en la modalidad prepago como en pospago; máxime –señala- cuando en la página Web de Yoigo, se hace referencia a ambos servicios mediante dos *links* “*Vente con contrato*” y “*Vente con tarjeta*”, junto a la recomendación de liberar el móvil.

Por este motivo –alega- no comparte los motivos que llevan al Jurado a considerar que la publicidad se dirige exclusivamente al segmento pospago, pues un consumidor medio asocia la liberalización del terminal a su previa entrega a precio promocional, ya sea en la modalidad prepago o pospago, siendo perfectamente conocedor de su compromiso de permanencia en ambos casos. Sostiene Orange que el Jurado parece desconocer que el cliente de prepago suscribe también un contrato en virtud del cual el operador, además de facilitar el terminal a precio promocional y una tarjeta SIM, presta el servicio de telefonía móvil al que el cliente accede por sucesivas descargas que determinan el periodo de permanencia; el hecho –continúa- de que no se formalice un contrato escrito individual con cada cliente de prepago no elimina su existencia como tal y los derechos y obligaciones que el mismo genera entre las partes.

7.- Asimismo, expone la recurrente su discrepancia con algunas afirmaciones de los Fundamentos 5 y 6 de la citada resolución. Son los siguientes: “[...] *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; [...] 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 pospago 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*”.

En este sentido, y respecto a la liberalización del terminal, sostiene Orange que ya se aportaron al Procedimiento las Condiciones Generales del servicio pospago y los respectivos contratos para particulares y empresas, donde al dorso figuran las citadas condiciones particulares relativas a los terminales y que contradecían las afirmaciones de Yoigo. Así, afirma que tan solo Orange está legitimada para indicar cuáles son las condiciones que suscriben sus clientes, y que, además, dichas condiciones generales fueron registradas el 19/12/2006 en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de Madrid.

Alega Orange que dichas Condiciones Generales, analizadas en la Resolución ahora recurrida, se refieren también al modo en que habrá de liberalizarse el terminal, con independencia del plazo de 18 meses: esto es, llamando al operador que entregó dicho terminal



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

y que asumió la mayor parte o la totalidad de su coste y vinculando el mismo a su servicio de telefonía móvil. Añade la recurrente que también fue aportado el formulario de contrato para particulares y la versión vigente del compromiso de permanencia que firman los clientes, en la que existe una penalización proporcional en el tiempo. En dichas Condiciones –sostiene- se establecía que para desbloquear el terminal *“el cliente deberá contactar con el número de teléfono especial (...)”*; es decir, que se refieren las condiciones a la forma de liberar el terminal promocional, destinado exclusivamente para su utilización por el servicio telefónico de Orange. Y lo mismo ocurre – afirma- con el servicio prepago, en el que se establece un número de teléfono para proceder a la liberación del terminal una vez cumplido el compromiso de recargar 120,20 euros.

8.- En siguiente término, reitera la ahora recurrente el carácter engañoso de la citada publicidad. Así, entiende Orange que la Resolución recurrida no tiene en consideración que la campaña publicitaria persigue que los clientes liberen los terminales ofrecidos por otros operadores con unas condiciones promocionales a cambio de un compromiso de permanencia tanto en pospago como en prepago, sin advertir suficientemente de las consecuencias que ello puede conllevar. También entiende Orange que se trata de publicidad desleal y contraria a la buena fe, pues reitera que dicha campaña puede inducir a la infracción contractual del cliente en relación con los compromisos adquiridos con la operadora.

Por lo expuesto, solicita al Pleno del Jurado que estime el presente Recurso de Alzada y la reclamación presentada por Orange.

9.- Habiéndose dado traslado del recurso de alzada a YOIGO, ésta presentó escrito de impugnación con fecha 30 de enero de 2008, en el que solicita la desestimación del Recurso de Alzada presentado por ORANGE, y realiza las siguientes alegaciones.

En primer lugar manifiesta Yoigo que no encuentra en el escrito de Recurso de Alzada presentado por Orange, motivos de forma o de fondo de impugnación de la Resolución de la Sección Primera de Autocontrol de 14 de Enero de 2008.

A partir de aquí, alega Yoigo que la publicidad objeto de la reclamación se dirige exclusivamente a aquellos clientes de otras operadoras que tienen suscrito compromiso de permanencia y ya lo han cumplido. En este sentido afirma que los clientes de prepago de Orange no tienen compromiso de permanencia y por tanto no son sujetos destinatarios de la publicidad.

En otro orden de cosas, sostiene Yoigo que los documentos aportados al procedimiento acreditan que no existe obligación alguna para el usuario con compromiso de permanencia, una vez transcurridos los 18 meses, de liberar su móvil únicamente a través de Orange, y que por tanto la publicidad de Yoigo no puede afectar a esa obligación inexistente. Asimismo Yoigo vuelve a traer a colación la doctrina de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones establecida en su Acuerdo de 15 de abril de 1999, según la cual: *“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 de consumo telefónico, o en caso contrario, mediante el abono del importe de la subvención pendiente de recuperación”*.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Añade Yoigo en último lugar que la publicidad en cuestión, lejos de ser engañosa o desleal es clara, completa, exacta y fácil de entender por el consumidor medio al que va dirigida.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Tal y como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 14 de enero de 2008 ha sido objeto de Recurso de Alzada por parte de la empresa reclamante. De dichos antecedentes se deduce que las principales alegaciones que se realizan en este recurso de alzada giran en torno a dos cuestiones principales. En primer lugar, sostiene la recurrente que la campaña publicitaria reclamada no distingue el tipo de cliente al que se dirige, sino que se refiere únicamente a “contratos de permanencia”. Y en segundo lugar, y respecto a la liberación del terminal, afirma Orange que en las Condiciones Generales del servicio postpago y en los respectivos contratos para particulares y empresas aportados al Procedimiento, figura efectivamente la obligación para el cliente de postpago que adquirió un Terminal a precio promocional de realizar la liberación del terminal exclusivamente a través del operador Orange, una vez transcurridos los 18 meses de compromiso de permanencia con el operador.

2.- Así las cosas, y respecto a la primera de las cuestiones controvertidas, el Pleno del Jurado suscribe íntegramente 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. En efecto, tal y como indicó la Sección en el Fundamento 4 de la Resolución recurrida, 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 no llevará a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz a 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 transcurridos dieciocho meses. De esta misma forma, parece lógico pensar que dicho consumidor interpretará que esta posibilidad, la liberación del móvil una vez transcurridos dieciocho meses, está reservada exclusivamente para aquellos clientes vinculados por un compromiso de permanencia, y no por los vinculados por un compromiso de recarga.

3.- En segundo lugar, ha de afirmar el Pleno, tal y como hizo la Sección Primera en su Resolución, 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, 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. Y, tal y como se afirma en el anterior Fundamento, la publicidad se refiere claramente a la liberación del móvil una vez transcurrido el compromiso de permanencia.

4.- En efecto y según ha podido comprobar el Pleno, entre las *Condiciones Generales del Contrato de Servicio de Telefonía Móvil Postpago entre cliente y Orange*, presentadas por Orange ante el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de Madrid con fecha 19/12/2006,

no se incluyen *condiciones de adquisición del Terminal móvil a precio promocional* en las cuales se recoja la obligación de que el cliente se dirija al propio operador para realizar el acto de liberación del Terminal móvil. Sin embargo, en las *Condiciones del Servicio de Telefonía Móvil Prepago (Tarjeta) Orange*, aportada asimismo al procedimiento y presentadas en la misma fecha ante el mencionado Registro de Condiciones Generales de la Contratación, puede observarse cómo sí se incluye un apartado que lleva por título “*Condiciones de Adquisición del Terminal Móvil a Precio Promocional*” en el que se indica: “*El cliente que desee desactivar su terminal móvil, en caso de ser adquirido 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 facilitar el número de identificación (IMEI) de su terminal móvil [...].*”

5.- Asimismo, tras el análisis de los contratos (de modalidad pospago) para particulares y empresas aportados por la recurrente, cuya firma supone para el cliente, entre otras cosas, la aceptación del pliego de Condiciones Generales del Servicio de Telefonía Móvil pospago de Orange, y donde al dorso figuran las condiciones relativas a los *Compromisos de permanencia en tarifa y por Adquisición del Terminal Móvil a Precio Promocional*, comprueba el Pleno, que en la cláusula 3 se establece lo siguiente: “*La adquisición por parte del Cliente de un terminal a precio promocional implica que éste se compromete [...] a permanecer de alta en el Servicio Orange durante los 18 meses siguientes a la activación del Servicio [...] El cliente se obliga a satisfacer a Orange la cantidad de 150.25 €... si en cualquier momento, antes de transcurrido dicho plazo deseara...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 (...)*”. Sin embargo, y según apreció en su día la Sección, no observa el Pleno ninguna cláusula que obligue al cliente de pospago que adquirió un Terminal a precio promocional, una vez transcurridos los 18 meses, esto es, finalizado el plazo del compromiso de permanencia con el operador, a llevar a cabo la liberación del terminal exclusivamente a través del operador Orange.

6.- Ante lo expuesto en los anteriores Fundamentos, y tal y como en su día estimó la Sección, debe concluir 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 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.

Ante lo expuesto, el Pleno del Jurado de la Publicidad,

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por France Telecom España (Orange), frente a la resolución de la Sección Primera del Jurado de 14 de enero de 2008.