

## Resumen de la Resolución: **Telefónica Móviles España, S.A.U. Vs. The Phone House Spain, S.L.U. y Xfera Móviles, S.A. (YOIGO) “Cada vez somos menos”**

Resolución de 6 de mayo de 2010 de la Sección Quinta del Jurado por la que se estima parcialmente la reclamación presentada por Telefónica Móviles España, S.A.U., frente a varias piezas publicitarias difundidas a través de diversos medios (radio, revistas comerciales e Internet), y de la cuales son responsables The Phone House Spain, S.L.U. y Xfera Móviles, S.A.-YOIGO. La Sección declaró que la publicidad infringe las normas 14 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, así como el artículo 3 del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online.

En relación con la campaña reclamada en radio, en la misma se realizan las siguientes alegaciones: “Yo era locutor de Movistar y decía eso de “como somos más pagamos menos”...pues cada vez son menos. Cada vez más personas nos hacemos de Yoigo en The Phone House, porque según su última encuesta independiente, los clientes de Movistar que se pasan a Yoigo declaran ahorrar de media un 40% en su factura y eso es mucho dinero al año. Consulta la encuesta en [ThePhoneHouse.es](http://ThePhoneHouse.es)”.

En relación con el folleto comercial y el *blog* de Internet, en primer lugar, se muestra una gráfica en la que aparecen resultados de un estudio de mercado entre clientes que hubieran portado desde Movistar a Yoigo. En el margen superior de la grafica observamos la siguiente indicación: “¿Qué dicen los clientes que han cambiado de Movistar a Yoigo?”. Seguidamente se realizan tres alegaciones. La primera consiste en la alegación: “Un 40% de ahorro en su factura. Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo dicen ahorrar un 40% de media al mes”; “Un 90% dice tener igual o mejor cobertura”; “89% recomienda cambiar. Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo recomiendan a sus familiares y amigos”. En el margen inferior surge el siguiente texto: “Datos procedentes del estudio independiente realizado por FdC Investigación de Mercados sobre la satisfacción de Clientes Yoigo que han realizado previamente una portabilidad de Movistar a Yoigo”. En segundo lugar, aparece la imagen de un folleto en cuyo interior podemos leer la siguiente indicación: “Deja Movistar, ven a Yoigo y... ¡empieza a ahorrar!”. Seguidamente aparece una comparativa de dos móviles iguales. En el móvil de la izquierda se muestra el siguiente texto: “Si quieres un Nokia 5800 y seguir con Movistar, 220€ y además necesitas 35.000 puntos Movistar. En el móvil que aparece en el margen derecho aparece el texto: “Pero si te vienes a Yoigo con la tarifa del Seis en The Phone House, 0€. Y además con la Tarifa del Seis, 6 cent/min a cualquier operador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana”. Sobre la imagen del móvil observamos un sello con el siguiente texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”. En el margen derecho surge una tabla sobre los puntos requeridos para conseguir el móvil Nokia 5800 con Movistar. Finalmente en el margen inferior surge de nuevo el sello con el texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”. Así como un texto legal con las condiciones de la promoción.

En relación con el anuncio aparecido en una revista de THE PHONE HOUSE observamos la siguiente indicación: “Deja Movistar, ven a Yoigo y... ¡empieza a ahorrar!”. Seguidamente aparece una comparativa de dos móviles iguales. En el móvil de la izquierda se muestra el siguiente texto: “Si quieres un Nokia 5800 y seguir con Movistar, 220€ y además necesitas 35.000 puntos Movistar. En el móvil que aparece en el margen derecho aparece el texto: “Pero si te vienes a Yoigo con la tarifa del Seis en The Phone House, 0€. Y además con la Tarifa del Seis, 6 cent/min a cualquier operador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana”. Sobre la imagen del móvil observamos un sello con el siguiente texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”. En el margen derecho surge una tabla sobre los puntos requeridos para conseguir el móvil Nokia 5800 con Movistar. Finalmente en el margen inferior surge de nuevo el sello con el texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”. Así como un texto legal con las condiciones de la promoción.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

En la reclamación se objetan, tanto las alegaciones relativas a la estimación de ahorro que declaran los clientes que se han pasado de Movistar a Yoigo, como la comparación de las condiciones de adquisición del terminal de Nokia en ambas compañías.

El Jurado califica de publicidad comparativa las alegaciones en las que se destaca el ahorro que declaran haber obtenido los clientes que se han pasado de Movistar a Yoigo. En este sentido, concluye la Sección que dichas alegaciones no se refieren a características objetivas de los correspondientes productos o servicios y que, a través de la alegación “cada vez son menos”, se incurre en una denigración innecesaria del competidor aludido en la comparación.

Sobre la segunda comparación objeto de reclamación, la relativa a las condiciones de adquisición de un terminal Nokia, aprecia la Sección que el mensaje que se incluye en letra pequeña en la publicidad, incluye limitaciones muy relevantes del mensaje principal (relativo a la devolución de hasta 50 euros). En estas circunstancias, la Sección aprecia que la publicidad infringe en este punto la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria, así como el artículo 3.1 del Código de Confianza Online.

#### **Recurso de Alzada**

Frente a dicha Resolución, XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO) interpuso Recurso de Alzada que fue desestimado por el Pleno en Resolución de 1 de Junio de 2010.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Texto completo de la Resolución del Pleno del Jurado:  
**Telefónica Móviles España, S.A.U. Vs. The Phone House Spain, S.L.U. y Xfera Móviles, S.A. (YOIGO) “Cada vez somos menos”**

En Madrid, a 1 de junio de 2010, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, para el análisis del recurso de alzada, presentado por Xfera Móviles, S.A. frente a la Resolución de la Sección Quinta del Jurado de 6 de mayo de 2010, emite la siguiente

## RESOLUCIÓN

### I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 22 de Abril de 2010, Telefónica Móviles España, S.A.U. (en lo sucesivo TELEFÓNICA) presentó una reclamación contra una publicidad de la que son responsables The Phone House Spain, S.L.U. y Xfera Móviles S.A.-Yoigo, (en lo sucesivo, THE PHONE HOUSE, y YOIGO).

2.- Se dan por reproducidos todos los elementos publicitarios reclamados, así como los argumentos esgrimidos, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Quinta de 6 de mayo de 2010.

3.- Mediante la citada resolución, la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad acordó estimar parcialmente la reclamación interpuesta, declarando que la publicidad reclamada infringía las normas 14 y 22 del Código de Conducta Publicitaria así como el artículo 3 del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online, instando a los anunciantes al cese de la publicidad reclamada.

4.- El pasado 21 de mayo, YOIGO interpuso recurso de alzada ante el Pleno del Jurado contra la mencionada Resolución. La recurrente alega que se realizó una incorrecta aplicación de la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria sobre publicidad comparativa en relación con la necesidad de que dicha publicidad se apoye en características objetivamente demostrables. Por otro lado, YOIGO sostiene que se llevó a cabo una incorrecta aplicación de la norma 21 del Código en relación con la calificación como denigratoria de la expresión “Cada vez son menos”. Finalmente alega la recurrente que las condiciones de la oferta de 50€ incluidas en la página 3 de la “Guía del Comprador” de THE PHONE HOUSE no limitarían el mensaje principal y por ende, no infringirían la norma 14 del Código.

En primer lugar, sobre la citada incorrecta aplicación de la norma deontológica 22 del Código y la ilicitud de la publicidad comparativa, mantiene YOIGO que la alegación “*Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo dicen ahorrar un 40% de media al mes*” se encuentra basada en juicios que realizan los encuestados sobre la base de hechos objetivos que conocen. Sostiene que se trata de una conclusión objetiva ya que los juicios de valor recogidos en la publicidad son consecuencia de la encuesta publicada por THE PHONE HOUSE y que, por tanto, la comparación sería lícita.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

5.- En segundo lugar, afirma que la alegación “Cada vez son menos” es pertinente en relación con el mensaje que se pretende transmitir. Así pues, como ya manifestaron en su reclamación, sostiene que dicha alegación se encuentra basada en la situación actual del mercado y más específicamente en el hecho de que: *“muchos clientes se pasan de Movistar a Yoigo y que una muestra representativa de tales clientes (portados a través de TPH) manifiestan estar ahorrando, de media un 40% en la factura de su móvil”*. Asimismo aporta como Documento 1 un artículo publicado en el Diario Cinco Días que resume la tendencia actual del mercado. En conclusión, mantiene la recurrente que la veracidad y exactitud de la alegación “Cada vez son menos” quedó acreditada en su escrito de contestación.

Finalmente, sostiene que la pieza publicitaria que aparece en la comparativa de terminales publicada en la página 3 de la Guía del Comprador de THE PHONE HOUSE no puede considerarse engañosa. Afirma que las condiciones que acompañan a la posibilidad de obtener una devolución de “hasta 50€” no limitan dicho mensaje sino que lo explican y complementan la información proporcionada en el mensaje principal. En consecuencia, alega que no hay contradicción ni limitación entre el mensaje principal y la información incluida en la letra pequeña. La recurrente se pronuncia asimismo sobre el hecho de que el mensaje se trata de un descuento “de hasta 50€” aclarando las condiciones que el descuento será de 30€ o de 50€ dependiendo de si el consumo medio del cliente asciende cualquiera de las dos cantidades. Concluye que dicho mensaje no puede llevar a engaño al consumidor.

Por lo expuesto, YOIGO solicita al Jurado que estime el recurso de alzada contra la Resolución de la Sección Quinta del Jurado, revoque la citada resolución y en consecuencia desestime la reclamación formulada frente a YOIGO y THE PHONE HOUSE.

6.- Habiéndose dado traslado del recurso de alzada a TELEFÓNICA, esta discrepa de los motivos alegados en dicho escrito. En primer lugar, respecto de la afirmación de que YOIGO es un 40% más barato que Movistar, sostiene la ahora recurrente que la finalidad del anuncio es transmitir un mensaje evidente contra Movistar. Sostiene que la comparación adolece de un vicio de ilicitud desde el origen puesto que la comparación no se basa sobre hechos o datos verificables susceptibles de ser contestados y enfrentados. Añade TELEFÓNICA que ni la encuesta ni las opiniones subjetivas de sus clientes reúnen los requisitos de exactitud y objetividad que requieren la norma y la doctrina para admitir la validez de la publicidad controvertida.

En relación con la alegación “Cada vez son menos” reitera lo innecesario e impertinencia de dicha alegación y sostiene la carga peyorativa que la misma conlleva. En tercer lugar en relación con la publicidad engañosa, la ahora recurrente reitera lo recogido en la Resolución.

Finalmente, TELEFÓNICA alega discrepancia con la Resolución recurrida en relación con la interpretación que de la comparativa del Terminal Nokia 5800 se lleva a cabo en la misma. Así, sostiene que YOIGO no mostró en su anuncio las dos ofertas de una manera objetiva e imparcial sino que privaba a la oferta de Movistar de información relevante y esencial. Como ya explicó en la reclamación, alega que para dicho terminal, Movistar contaba con tres niveles de oferta, un nivel sin compromiso de permanencia y otros dos niveles con compromiso. Afirma TELEFÓNICA que YOIGO se limitó a aportar como prueba documental una revista de un distribuidor, “Phone & Fun”, perteneciente al grupo THE PHONE HOUSE. De esta manera aporta, la ahora recurrente, (como “Documento nº6”) documento en el que cual se contiene el portfolio de ofertas enviado por Movistar a los distribuidores donde se recoge la oferta del terminal Nokia 5800. Sostiene que en



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

dicho documento pueden apreciarse los tres niveles de oferta del terminal Nokia 5800 y en más detalle, aquellas ofertas del citado terminal situadas en la fila izquierda donde se aprecia que no lleva aparejado compromiso de permanencia alguno. Asimismo afirma que el anuncio no realiza una comparativa homogénea ya que no se realiza sobre una oferta de Movistar que pudiera ser idéntica o similar ya que, en opinión de TELEFÓNICA, al seleccionar una oferta de Movistar sin compromiso de permanencia ni consumos mínimos, el precio es más alto para el cliente.

En consecuencia, solicita del Pleno la desestimación del recurso de alzada de YOIGO, y la confirmación de la Resolución de la Sección Quinta en este punto, excepto en la parte relativa a la comparativa del terminal Nokia 5800, cuya revocación se solicita.

## II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Antes de entrar a analizar el fondo del asunto planteado ante este Jurado, debe resolver una cuestión previa. Tal y como se desprende de los antecedentes antes descritos, el presente procedimiento deriva del recurso de alzada presentado por YOIGO frente a la resolución de la Sección. En su escrito de oposición al recurso, Telefónica, además de contestar las alegaciones de YOIGO, solicita también la revocación de un concreto pronunciamiento contenido en la resolución recurrida. Sin embargo, procede recordar que Telefónica no recurrió aquella resolución, sin que a la luz del Reglamento del Jurado sea posible utilizar el escrito de impugnación de un recurso presentado por la parte contraria para, a su vez, plantear un nuevo recurso de alzada a través del cual se solicite la revocación de pronunciamientos de la resolución recurrida que no fueron objeto de recurso en tiempo y forma. Por consiguiente, esta resolución debe ceñirse exclusivamente al análisis de los motivos de recurso planteados por YOIGO, sin que quepa entrar a analizar la petición de Telefónica de que se revoque un concreto pronunciamiento de la resolución recurrida.

2.- Ya en el fondo de la cuestión planteada, y a la luz de los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, tres son las cuestiones sobre las que ha de pronunciarse el Pleno del Jurado. La primera de estas tres cuestiones es la relativa a la corrección de la comparación en virtud de la cual los clientes que cambiaron de Movistar a YOIGO dicen ahorrar un 40% de media al mes.

Entendió la Sección en la resolución recurrida que esta comparación infringía la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria, toda vez que la misma no se refería a características objetivas y verificables de los productos o servicios comparados, sino a un extremo subjetivo como es la percepción que tienen los clientes de YOIGO sobre lo que han podido ahorrarse con el cambio de Movistar a aquella compañía.

Frente a este pronunciamiento se alza ahora la recurrente, afirmando que la publicidad no se limita a recoger una valoración personal de sus clientes, sino que recoge una opinión personal referida a hechos objetivos.

El Pleno no puede acoger estas alegaciones. En efecto, como puso de manifiesto la Sección en la resolución recurrida, las comparaciones publicitarias, para ser lícitas, deben ir referidas a características objetivas y verificables de los productos o servicios comparados. Sin duda, una de estas características susceptibles de comparación podría ser el precio de los correspondientes productos o servicios, y así lo pone de manifiesto el artículo 10 de la vigente Ley de Competencia Desleal, el cual, siguiendo en este punto lo dispuesto en la Directiva



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

comunitaria sobre publicidad engañosa y comparativa, menciona el precio de los productos como uno de las características objetivas y verificables que son susceptibles de comparación.

Sin embargo, ha de tenerse presente que en este caso la comparación no se refiere estrictamente al precio de los servicios de telefonía comparado. Antes al contrario –y como bien se dice en la resolución recurrida- se refiere a la percepción subjetiva que tienen los clientes que se han pasado de Movistar a YOIGO sobre el ahorro que les ha podido suponer el cambio de compañía. Así lo pone de manifiesto el propio tenor literal de la publicidad y así lo admite incluso la propia recurrente cuando afirma en su escrito que “la publicidad reclamada recoge valoraciones personales basadas en hechos objetivos”.

Dicho de otro modo, la publicidad no afronta una comparación objetiva y verificable de los precios de los productos comparados. Por el contrario, se apoya en una valoración subjetiva que realizan los clientes de YOIGO sobre el ahorro estimado que les ha supuesto el cambio de compañía. Se apoya, en definitiva, en una valoración subjetiva. Y no es relevante que esta valoración subjetiva se apoye eventualmente en hechos objetivos. En primer término, porque el hecho de que la valoración subjetiva se emita tras una ponderación de hechos objetivos no altera la naturaleza de la primera como pura opinión o valoración subjetiva; y al referirse a ésta la comparación (y no a los hechos objetivos que podrían eventualmente subyacer a la misma) no cabe afirmar que la comparación se refiera a características objetivas. En segundo lugar, tampoco cabe afirmar rotundamente –como sostiene la recurrente- que esta valoración subjetiva se apoya en hechos objetivos. En efecto, ningún elemento de las pruebas aportadas por la ahora recurrente permite concluir que las opiniones personales de los encuestados sobre el ahorro que les ha supuesto el cambio de compañía se apoya en una valoración objetiva y verificable de los precios pagados antes y después del cambio. Antes al contrario, aquellas pruebas se limitan a reflejar la percepción subjetiva de los encuestados sobre lo que creen haberse ahorrado con el cambio de compañía, sin que ninguna de aquellas pruebas contenga elemento alguno que permita afirmar sin lugar a dudas que esta percepción o valoración subjetiva se ha manifestado tras una verificación y ponderación objetiva de hechos asimismo objetivos.

**3.-** En la resolución recurrida también se afirma el carácter denigratorio de la expresión “cada vez son menos”, al estimarla impertinente.

Frente a este pronunciamiento se alza YOIGO afirmando que lo único que pretende poner de manifiesto con la citada expresión es que esta compañía es la que más clientes de Movistar ha conseguido captar.

Pues bien, ha reiterado en numerosas ocasiones este Jurado, y lo hace ahora una vez más, que los anuncios y las expresiones publicitarias no pueden ser analizadas desde una perspectiva estrictamente literal. Tampoco pueden ser analizadas en función del mensaje que pretendía transmitir el anunciante. Sólo deben ser analizados en función de la percepción que de los mismos tenga su público destinatario.

Este Pleno no duda de las intenciones que perseguía el anunciante con la difusión de la publicidad reclamada, ni del mensaje que aquél pretendía transmitir a los consumidores. Pero tampoco puede ignorar que, con carácter previo a la campaña ahora analizada, Movistar lanzó y mantuvo durante tiempo una campaña publicitaria en la que se empleaba el eslogan “como somos más, pagamos menos”. De hecho, la publicidad ahora enjuiciada de YOIGO comienza rememorando claramente esta campaña. Y, en estas circunstancias, la expresión “pues cada vez



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

son menos” no sólo implica una alusión a un eventual trasvase de clientes entre Movistar y YOIGO; implica también un cierto tono de burla frente al competidor frente a este hecho.

Por otro lado, tampoco puede ignorar este Jurado que con la frase “pues cada vez son menos” no se transmite un mero mensaje sobre el trasvase de clientes de Movistar a YOIGO. Antes al contrario, con aquella expresión se focaliza el anuncio publicitario sobre la eventual pérdida de clientes de un competidor. Dicho de otra forma, con aquella frase, la publicidad incide más en la pérdida de clientes por parte del competidor que en las ventajas de la propia oferta o compañía anunciante.

Por las razones expuestas, este Jurado ha de confirmar que, con independencia de su eventual veracidad o exactitud (sobre la que no nos pronunciamos), la alegación publicitaria “cada vez son menos” resulta impertinente e infringe por tanto la norma 21 del Código de Conducta Publicitaria.

4.- Para finalizar, este Jurado ha de analizar si la publicidad reclamada es contraria a la norma 14 del Código de Conducta. Pues bien, en este extremo, debe el Pleno del Jurado recordar una vez más su constante doctrina según la cual el anunciante es libre a la hora de configurar sus anuncios. Ahora bien, a la hora de adoptar decisiones a este respecto, el anunciante debe tener presente la forma en que es percibida normalmente la publicidad por un consumidor medio, que tiende a prestar una atención preferente a aquellos mensajes que aparecen claramente destacados y a prestar una atención más fugaz y superficial a los que aparecen en letra pequeña o en partes secundarias de la publicidad. Por esta razón, el anunciante debe procurar que en aquellos mensajes que aparecen poco destacados en el contexto de la publicidad no se introduzcan limitaciones relevantes de la oferta, que puedan llegar a desvirtuar el mensaje principal, pues en caso contrario existe el riesgo de que el consumidor forme sus expectativas atendiendo preferentemente a este último e ignorando las eventuales limitaciones que puedan aparecer en partes menos destacadas del anuncio.

Así las cosas, entiende el Pleno que la Sección ha procedido a una correcta e impecable aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa. En efecto, basta un examen de la publicidad reclamada para concluir que –en aquella parte de la publicidad relativa a las condiciones de adquisición de un terminal Nokia- se incluye un mensaje en letra tan pequeña que resulta prácticamente imperceptible. Y –lo que es más importante- en este mensaje se incluyen limitaciones muy relevantes y absolutamente esenciales del mensaje principal transmitido por la publicidad relativo a la posibilidad de obtener una devolución de 50 euros, limitaciones –como subrayó la Sección- abarcan desde el complejo procedimiento que se ha de seguir para obtenerla, hasta el consumo mínimo que se ha de tener en varios meses consecutivos para alcanzar dicha devolución. En estas circunstancias, es obligado concluir que la publicidad reclamada infringe la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol,

## **ACUERDA**

Desestimar el recurso de alzada presentado por Xfera Móviles, S.A.-YOIGO frente a la resolución de la Sección Quinta del Jurado de 6 de mayo de 2010.