



Dictamen de 14 de junio de 2018 de la Sección Segunda del Jurado por el que expresa su parecer sobre una publicidad de la que es responsable Clínica Oftalmología Orduna. La Sección consideró que la publicidad analizada podría infringir la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (principio de veracidad).

**Resumen del Dictamen:
ASACIR vs. Clínica Oftalmología Orduna
“Cirugía Refractiva Efectos. Web”**

Dictamen de 14 de junio de 2018 de la Sección Segunda del Jurado por el que expresa su parecer sobre una publicidad de la que es responsable Clínica Oftalmología Orduna.

La reclamación se formuló frente a una publicidad difundida en la página web www.ofthalmologiaorduna.com en la que se incluía: “los pacientes operados con esta técnica láser no padecen halos en visión nocturna” y “con esta técnica los pacientes no padecen halos alrededor de las luces en visión nocturna”, refiriéndose a la técnica LASER EXCIMER tallado Asférico.

La asociación reclamante entendió que la publicidad era engañosa dado que, según distintos estudios, los destellos, halos, disminución de sensibilidad al contraste, problemas para conducir de noche, etc. se pueden dar de forma crónica en los pacientes intervenidos y con una importante prevalencia. Asimismo, alega que estos efectos no desaparecen tras el postoperatorio.

La Sección consideró que el anunciante debería encontrarse en condiciones de acreditar la veracidad de su publicidad, y en tanto no pudiera desvirtuar las pruebas aportadas por el reclamante, ni acreditar la veracidad y exactitud de los mensajes transmitidos en su publicidad, la publicidad sería contraria a la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.



ASUNTO Nº: 94/R/JUNIO 2018
ASACIR vs. Clínica Oftalmología Orduna
“Cirugía Refractiva Efectos. Web”

En Madrid, a 14 de junio de 2018, reunida la Sección Segunda del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Julio Costas para el estudio y resolución de la reclamación presentada por la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva contra una publicidad de la que es responsable Clínica Oftalmología Orduna, emite el siguiente

DICTAMEN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 1 de junio de 2018, la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva (en adelante, “**ASACIR**”) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable Clínica Oftalmología Orduna.

2.- La publicidad objeto del procedimiento ha sido difundida en la página web de la Clínica Oftalmología Orduna: www.ofthalmologiaorduna.com en la que se puede leer: “los pacientes operados con esta técnica láser no padecen halos en visión nocturna” y “con esta técnica los pacientes no padecen halos alrededor de las luces en visión nocturna”, refiriéndose a la técnica LASER EXCIMER tallado Asférico.

En adelante, aludiremos a esta publicidad como la “**Publicidad objeto del presente Dictamen**”.

3.- Según expone en su escrito de reclamación, ASACIR considera que las alegaciones anterioremente transcritas son engañosas dado que los destellos, halos, disminución de sensibilidad al contraste, problemas para conducir de noche, etc. se pueden dar de forma crónica en los pacientes intervenidos y con una importante prevalencia. Asimismo, alega que estos efectos no desaparecen tras el postoperatorio.

4.- Trasladada la reclamación a Clínica Oftalmología Orduna, ésta no ha presentado escrito de contestación, por lo que en aplicación del artículo 18.2 del Reglamento del Jurado, procede la emisión del presente Dictamen.

II.- Fundamentos deontológicos.



1.- Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse que, en la medida en que el escrito que ha dado origen al presente procedimiento se dirige contra una empresa que no es socia de Autocontrol ni se encuentra por otros motivos vinculada al Jurado, el presente dictamen 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 de Autocontrol, el cual rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad como el anunciante, no adherida al sistema de autodisciplina, este dictamen 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 los dictámenes que emite este Jurado son cumplidos 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 dictámenes. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y 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; los Considerandos 32, 40, 49 y 51 y los 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); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su nuevo Capítulo V), así como por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (véase su Exposición de Motivos y su artículo 12). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y 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 ya en el fondo del asunto planteado, en atención a los antecedentes de hecho antes expuestos y del tenor de la reclamación presentada, esta Sección debe analizar la publicidad objeto del presente Dictamen a la luz del principio de veracidad recogido en la Norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en lo sucesivo, el "**Código de Autocontrol**").



Esta norma dispone lo siguiente: “1. *La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquella 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: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio. 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. (...)*”.

Asimismo, el principio de veracidad está recogido en el artículo 3.e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en la cual se establece que es ilícita “*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*”. Por su parte, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dispone en su artículo 5 que: “*Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, 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*”.

3.- Pues bien, el contenido de esta norma y el principio de veracidad que en ella se recoge han sido analizados en muchas ocasiones por este Jurado, constituyendo doctrina constante aquella que mantiene que para calificar un anuncio como engañoso, éste debe ser apto para generar falsas expectativas en el público destinatario. También constituye doctrina común de este Jurado aquella según la cual la aptitud de un mensaje publicitario para inducir a error a sus destinatarios debe determinarse partiendo de la percepción que del correspondiente mensaje pueda tener un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, parámetro éste claramente consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En estas circunstancias, parece claro que para un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (que, insistimos, es el parámetro que debe aplicarse a la hora de valorar el carácter engañoso de la publicidad, conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión



Europea), la publicidad transmite un mensaje claro e inequívoco: que los pacientes operados con la técnica promocionada no padecen halos en visión nocturna.

Pues bien, según indica el reclamante, estos mensajes no se corresponden con la realidad según diversos estudios científicos que menciona en su escrito de reclamación. Así, según dichos estudios, los halos de visión nocturna son una alteración o síntoma visual que no desaparece tras el postoperatorio, porque la cirugía LASIK puede incrementar en gran medida las aberraciones de alto orden e incrementar alrededor del 30% la dispersión de la luz en los operados de más de 4,5 dioptrías.

4.- En este orden de cosas, como es bien sabido, en el ámbito de la publicidad rige una regla de inversión de la carga de la prueba, regla conforme a la cual ha de ser el anunciante quien acredite la veracidad y exactitud de sus alegaciones publicitarias. Así lo dispone la norma 23 del Código de Autocontrol, según la cual *“corresponde al anunciante la carga de probar la veracidad de las afirmaciones y alegaciones incluidas en la publicidad”*. Este precepto se encuentra en plena sintonía con lo dispuesto en el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla el principio de inversión de la carga de la prueba del modo siguiente: *“En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”*.

Por lo tanto, le corresponderá al anunciante acreditar la exactitud de los mensajes trasladados por su publicidad. Sin embargo, el anunciante ha optado por no contestar y no participar en el marco del presente procedimiento, por lo que no consta en el mismo prueba alguna de la exactitud y veracidad de la Publicidad objeto del presente Dictamen, y sí un principio de prueba aportado por la reclamante que permite al menos dudar de la veracidad y exactitud de los mensajes publicitados.

Por lo tanto, si el anunciante –en el marco de un debate contradictorio que no se ha podido producir en el presente procedimiento- no pudiera desvirtuar las pruebas aportadas por la reclamante, así como acreditar la veracidad y exactitud de los mensajes transmitidos con su publicidad, la conclusión alcanzada sería que no podría entenderse acreditada la veracidad de las alegaciones reclamadas y, por tanto, su utilización resultaría contraria a la norma 14 del Código de Autocontrol.

Este Dictamen se emite únicamente con la información aportada por el solicitante, careciendo de cualquier naturaleza de carácter vinculante. El Dictamen expresa el parecer de la Sección sobre la corrección deontológica de la publicidad sometida a su análisis, el cual, como es habitual, queda sometido a cualquier otro mejor fundado.



D. Julio Costas

D. Justo Villafañe

D^a. Encarnación Cruz Martos

D^a. Esther Martínez Pastor