



Resolución de 24 de mayo de 2018, de la Sección Primera del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva (ASACIR) contra una publicidad de la que es responsable la Clínica Baviera S.A.

La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad reclamada infringía la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria (principio de veracidad) y el artículo 3.1 del Código Ético de Confianza Online.

Frente a dicha resolución, Clínica Baviera S.A. interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por el Pleno en su Resolución de 20 de junio de 2018.

Resumen de la Resolución: ASACIR vs. Clínica Baviera S.A. “Cirugía Refractiva. Resultados”

Resolución de 24 de mayo de 2018, de la Sección Primera del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva (ASACIR) contra una publicidad de la que es responsable la Clínica Baviera S.A.

La reclamación se formuló frente a una publicidad difundida en la página web www.clinicabaviera.com y en un folleto. En la página web se incluía un testimonio de un paciente: “He ganado en confianza, seguridad y autoestima. Ya no seré nunca más esclavo de mis gafas”. Y el folleto, por su parte, contenía la siguiente alegación: “conseguir que una persona con miopía, hipermetropía o astigmatismo volviera a ver perfectamente de forma definitiva (...)”.

El Jurado consideró que la publicidad reclamada transmitía a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz un mensaje según el cual el paciente conseguiría volver a ver perfectamente de forma definitiva, de modo que no necesitaría volver a utilizar gafas o lentillas.

A este respecto, la Sección consideró que la Clínica Baviera, a quien incumbía la carga de la prueba, no había aportado prueba tendente a acreditar el extremo reclamado y sin embargo sí constaba prueba aportada por la reclamante tendente a acreditar que los mensajes transmitidos en la publicidad no eran veraces.

En tales circunstancias, la Sección consideró que existía un claro riesgo de engaño en la publicidad reclamada, lo que la hacía incompatible con lo dispuesto en la



norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y en el artículo 3.1 del Código Ético de Confianza Online.

II. Recurso de Alzada

Frente a dicha resolución, Clínica Baviera S.A. interpuso recurso de alzada, al no estar conforme con su contenido. El Pleno desestimó el recurso de alzada mediante la Resolución de 20 de junio de 2018, por la que confirmaba la Resolución de la Sección Primera de 24 de mayo de 2018.



Texto completo de la Resolución del Jurado ASACIR vs. Clínica Baviera S.A. “Cirugía Refractiva. Resultados”

En Madrid, a 24 de mayo de 2018, reunida la Sección Primera del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D^a. María Teresa De Gispert Pastor 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 Baviera S.A., emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 8 de mayo de 2018, la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva (en adelante, “ASACIR”) presentó una reclamación en relación con una publicidad de la que es responsable Clínica Baviera, S.A. (en adelante, “Clínica Baviera”).

2.- La reclamación se formula frente a una publicidad difundida en la página web de la citada clínica: www.clinicabaviera.com y en un folleto. En la página web se puede leer un testimonio de un paciente: “He ganado en confianza, seguridad y autoestima. Ya no seré nunca más esclavo de mis gafas”. El folleto, por su parte, contiene la siguiente alegación: “conseguir que una persona con miopía, hipermetropía o astigmatismo volviera a ver perfectamente de forma definitiva (...)”.

En adelante, aludiremos a esta publicidad como la “**publicidad reclamada**”.

3.- Según expone en su escrito de reclamación, ASACIR considera que las alegaciones anteriormente transcritas son engañosas pues, por un lado, niegan el problema de la regresión de la miopía y de la hipermetropía a medio y largo plazo, esto es, garantizan que el paciente no volverá a necesitar gafas ni lentillas cuando, según diversas fuentes científicas citadas en su escrito de reclamación, tras la intervención puede quedar refracción residual y, por lo tanto, ser necesario utilizar gafas ocasionalmente.



4.- Traslada la reclamación a Clínica Baviera, ésta ha presentado escrito de contestación en el que defiende la veracidad de su publicidad. La reclamada alega, en primer lugar, que los folletos publicitarios a los que se refiere ASACIR son de campañas finalizadas y su presencia es solo residual en algunas clínicas.

En segundo lugar, que con el testimonio “Ya no seré nunca más esclavo de mis gafas” transmite la idea de que el paciente deja de ser totalmente dependiente del uso de las gafas, sin que ello quiera decir que no tengan que volver a utilizar gafas puntualmente o para alguna actividad concreta.

En tercer lugar, que lo que pretende con su publicidad es reflejar el alto grado de satisfacción de sus pacientes tras someterse a esos tratamientos.

Y en cuarto y último lugar, que desde la clínica informan a todos sus pacientes mediante los consentimientos informados de las posibilidades de regresión así como de todas las complicaciones conocidas y estudiadas.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- A la vista de los antecedentes de hecho expuestos, esta Sección debe analizar la publicidad reclamada 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 la 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”.*

2.- 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 la utilización de la cirugía promocionada implica la eliminación definitiva de las gafas garantizando la visión de forma definitiva a los pacientes.

En efecto, en opinión de este Jurado, la publicidad no se limita a transmitir el mensaje según el cual los pacientes no estarán 100% sometidos al uso de las gafas para continuar con su actividad diaria pero es posible que puedan volver a tener que utilizar gafas puntualmente o para alguna actividad concreta, tal y como pretende la reclamada. Ni tampoco cabe defender que el objetivo de la publicidad sea únicamente reflejar el alto grado de satisfacción de sus pacientes tras someterse a esos tratamientos.

A juicio de esta Sección no cabe duda de que las alegaciones reclamadas: “Ya no seré nunca más esclavo de mis gafas” y “conseguir que una persona con miopía,



hipermetropía o astigmatismo volviera a ver perfectamente de forma definitiva (...)", transmiten a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz el mensaje según el cual el paciente conseguirá volver a ver perfectamente de forma definitiva, de modo que no necesitará volver a utilizar gafas o lentillas.

3.- Una vez establecido el mensaje transmitido al consumidor medio destinatario de la publicidad reclamada, procede determinar si este mensaje es o no veraz. 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"*.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la reclamante ha aportado abundante prueba tendente a acreditar que los mensajes transmitidos en la publicidad no son veraces.

Clínica Baviera, en cambio, únicamente ha aportado prueba tendente a acreditar que los resultados de la intervención de la cirugía refractiva son satisfactorios para la gran mayoría de los pacientes que se someten a la misma, cuestión esta que, a la luz de lo explicado en el fundamento deontológico anterior, es ajena a la reclamación planteada.

Por otra parte, Clínica Baviera sí reconoce que los pacientes, en algunos casos, podrán volver a tener que utilizar gafas puntualmente. En efecto, la reclamada reconoce en su escrito que "Nuestros pacientes, en algunos casos y siempre debidamente informados, pueden volver a tener que utilizar gafas puntualmente o para alguna actividad concreta" y que "en Clínica Baviera, informamos a todos nuestros pacientes en los consentimientos informados de la posibilidad de sufrir alguna regresión así como todas y cada una de las complicaciones conocidas y estudiadas".

A la vista de lo anterior, esta Sección ha de concluir que en el caso que nos ocupa, hay un claro riesgo de engaño en la publicidad reclamada, lo que la hace incompatible con la norma 14 del Código de Autocontrol.



4.- Frente a ello no cabe alegar, como pretende la reclamada, que el hecho de informar de los riesgos a los pacientes mediante un consentimiento informado le exima de cumplir con el principio de veracidad anteriormente expuesto, principio que rige en toda publicidad.

Así pues, el hecho de que Clínica Baviera informe a sus pacientes de la posibilidad de sufrir alguna regresión y de todas y cada una de las complicaciones conocidas y estudiadas, cuestión esta que no ha sido puesta en duda por la reclamante, es del todo ajeno a la obligación de que su publicidad resulte veraz y sea conforme a tales riesgos y limitaciones que ella misma reconoce.

5.- Adicionalmente, y dado que la publicidad objeto de reclamación ha sido difundida en Internet, debe analizarse también a la luz del Código de Confianza Online, cuyo artículo 3.1 dispone que: *“la publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, leal, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y por el Código de Práctica Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional”*.

Visto el tenor de la norma, y dado que esta Sección ha considerado que existe una vulneración del principio de veracidad de la norma 14 del Código de Autocontrol, debe igualmente estimarse la existencia en este punto de una infracción del art. 3.1 del Código de Confianza Online en relación con dicho mensaje.

Por las razones expuestas, la Sección Primera del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

1º.- Estimar la reclamación presentada por la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva frente a una publicidad de la que es responsable Clínica Baviera, S.A.

2º.- Declarar que la publicidad reclamada infringe la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria y el artículo 3.1 del Código Ético de Confianza Online.

3º.- Instar al anunciante la rectificación de la publicidad reclamada.

4º.- Imponer a Clínica Baviera S.A., el pago de las tasas que eventualmente pudieran devengarse ante Autocontrol, por la tramitación de la reclamación presentada



por la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva y que ha sido estimada, de conformidad con las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.