

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, LA PRESCRIPCIÓN Y LA OMISIÓN DE INFORMACIÓN EN EL CASO DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA

Carlos Castells Somoza analiza en un artículo publicado en la revista Estudios sobre Consumo¹ sendas sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Gijón y de la Audiencia Provincial de Asturias en las que se realiza una interesante reflexión sobre diferentes aspectos de la legislación publicitaria.

Las sentencias se pronuncian en relación a la siguiente información, recogida en la página web de una asociación de clínicas dedicadas a la interrupción del embarazo: *"¿Cuántas veces puedo abortar? ¿Qué riesgos conlleva la interrupción de una gestación? ¿Provoca esterilidad? || La interrupción del embarazo es una operación que no deja secuelas, por eso cuando te quedas embarazada será como si no hubieses tenido un aborto anterior. Tampoco hay ningún riesgo de esterilidad por someterse a uno o más abortos. El aborto es la intervención quirúrgica más frecuente en España que no deja secuelas y la incidencia de complicaciones es bajísima".*

El Juzgado de lo Mercantil acumuló dos demandas por competencia desleal y publicidad engañosa: la de una particular que alegaba haber padecido, tras una intervención, el "síndrome post-aborto", caracterizado por sentimientos de "remordimiento y tristeza", y la de una asociación confesional de abogados, desestimando la segunda por falta de legitimación activa, y la primera por prescripción de la acción interpuesta. Ante esta sentencia, las partes presentaron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la cual desdice la previa en ambos aspectos y considera que se ha producido una omisión de información esencial en la información difundida, lo que contribuye a que el consumidor medio tome una decisión y es, por tanto, un supuesto de publicidad engañosa.

La sentencia de la Audiencia Provincial reconoce expresamente la legitimación activa de la asociación de abogados, alineándose, tal y como señala el artículo, con una interpretación extensiva ("moderna") de dicha legitimación, reconocida en el artículo 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para cualquier persona física o jurídica cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados por la publicidad desleal y a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. Interés legítimo que puede ser tanto directo como indirecto, de carácter patrimonial o moral, tal y como establecen diferentes sentencias de la Audiencia Nacional.

La sentencia de la Audiencia Provincial deja claro también que la información incluida en la web de la demandada tiene carácter publicitario, al referirse a las ventajas de someterse a la interrupción del embarazo e indirectamente fomentar la contratación de los servicios que

¹ http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Acciones_frente_a_la_publicidad_enganosa_-_Legitimacion_prescripcion_y_carga_de_la_prueba.pdf

dispensan sus clínicas asociadas². Y rechaza que la acción supuestamente desleal haya prescrito, por considerar que el caso de la publicidad en internet es un prototipo de acto de tracto sucesivo continuado, puesto que, aunque sólo se ejecute una vez, sus efectos perduran en el tiempo mientras no se retire la información, renovándose el plazo de prescripción sin solución de continuidad mientras perdure la situación que genera esa supuesta ilicitud.

En relación al contenido de la comunicación difundida, la sentencia de la Audiencia Provincial se refiere al artículo 5.1.b de la Ley de Competencia Desleal, según el cual "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: [...] Las características principales del bien o servicio, tales como [...] sus beneficios, sus riesgos, su ejecución [...]". También trae a colación el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE: "Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado"³.

Finalmente, y por lo que respecta a la conclusión final de la sentencia dictada, el autor del artículo considera que la Audiencia no ha ponderado adecuadamente la necesidad de tener en cuenta el contexto fáctico de la publicidad, y en particular las limitaciones del medio de comunicación que son de aplicación a las listas de preguntas frecuentes, más aún cuando la interrupción voluntaria del embarazo es una intervención médica que requiere su correspondiente consentimiento previo informado por un especialista, donde sí se referirían las posibles secuelas. Y apunta también la necesidad de determinar de quién es un consumidor medio en ese ámbito y qué conocimientos puede tener, atendiendo a los que pueden entenderse propios de la cultura popular española, "sobre las secuelas psicológicas asociadas a la interrupción del embarazo que justifique la omisión de información al respecto por la demandada".

² El art. 34.1 de la Ley de Competencia Desleal dispone que las acciones previstas en la norma podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización,

³ Hay que recordar que, de acuerdo con la Ley de Competencia Desleal y de su artículo 7, se considera publicidad ilícita la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa, así como la información poco clara, ininteligible, ambigua, que no se ofrece en el momento adecuado, o cuyo propósito comercial no se da a conocer ni resulta evidente por el contexto. También señala que para la determinación del carácter engañoso de la información habrá de tenerse en cuenta el contexto fáctico, todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado, así como las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria.