

RESOLUCIÓN DEL JURADO

Resumen de la Resolución: PARTICULAR (CONFIANZA ONLINE) vs. TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U (“PUBLICIDAD SMS”)

La Sección Sexta del Jurado resolvió el pasado 7 de febrero la reclamación presentada por un particular a través de la Secretaría de Confianza Online contra una publicidad de la que es responsable la mercantil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

La publicidad reclamada consiste en un mensaje enviado al teléfono móvil del particular reclamante, cuya literalidad es la siguiente: *“MoviStar Info: moviStar te regala un Yavoy para divertir a los que te llamen. Si no lo quieres envía gratis bajayavoy al 4749. Cte renovación/30 días, 0.6+IVA”*.

Como cuestión previa, la Sección manifiesta que, si bien no es competencia del Jurado analizar las eventuales consecuencias contractuales de un mensaje publicitario, sí lo es la de analizar la corrección de la publicidad desde la perspectiva de los conflictos que la misma pueda suscitar, ostentando plenas competencias para analizar la corrección deontológica de las comunicaciones comerciales de sus asociados y, por ende, para analizar la corrección deontológica de un mensaje publicitario en el que se comunica a un usuario que ha sido dado de alta en un servicio sin su previo consentimiento, obligándole a desarrollar una conducta activa para cancelar el servicio sin asumir coste de ningún tipo con posterioridad.

Continúa el Jurado exponiendo que tan solo hace falta un somero análisis de la publicidad reclamada (*“MoviStar Info: moviStar te regala un Yavoy para divertir a los que te llamen. Si no lo quieres envía gratis bajayavoy al 4749”*) para concluir que dicha publicidad resulta reprochable desde el punto de vista de lo dispuesto en la norma 4 del Código de Conducta Publicitaria, que recoge el principio de respeto a la buena fe del consumidor: *“La publicidad no deberá constituir un medio para abusar de la buena fe del consumidor”*. En este sentido, esta Sección entiende que dicha publicidad, que va dirigida al móvil de los consumidores, supone una actuación contraria a las exigencias de la buena fe que deben regir las relaciones entre anunciantes y destinatarios de la publicidad, pues no en vano supone la comunicación al usuario de su alta en un servicio que no ha solicitado y la consiguiente imposición al mismo de un gravamen que en ningún caso le correspondería asumir (enviar gratis bajayavoy al 4749 si es que no quiere utilizar dicho servicio), al margen de los costes de renovación en los que, a tenor de la literalidad del propio mensaje, éste podría incurrir mientras no procediera a dar de baja dicho servicio. Añade el Jurado que las conclusiones hasta aquí expuestas se ven claramente reforzadas si se tiene presente que prácticas similares a las que aquí nos ocupan son objeto de una clara prohibición en la legislación vigente (*Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias y Ley de Ordenación del Comercio Minorista*) que establece que *en ningún caso la falta de respuesta a la oferta podrá considerarse como aceptación de ésta*.

Desde una perspectiva también estrictamente deontológica, el Jurado analiza la publicidad reclamada aplicando el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online, dado que la misma ha sido difundida a través de un mensaje de texto dirigido a un teléfono móvil. Debemos remitirnos pues al artículo 3.3 del Código de Confianza Online que establece lo siguiente: *“La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser elaborada con sentido de la responsabilidad social, y no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe de sus destinatarios, evitando así que pueda deteriorarse la confianza del público en estos medios”*.

En consecuencia, y en la medida en que ha sido declarado que la publicidad analizada infringe la Norma 4 (principio de la buena fe) del Código de Conducta Publicitaria, debe afirmar esta Sección del Jurado que en



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

el presente caso la publicidad reclamada difundida a través de un mensaje de texto dirigido a un teléfono móvil infringe asimismo el artículo 3.3 del Código de Confianza Online.

Texto completo de la Resolución de la Sección Sexta PARTICULAR (CONFIANZA ONLINE) vs. TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U (“PUBLICIDAD SMS”)

En Madrid, a 7 de Febrero de 2008, reunida la Sección Sexta del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Julio González Soria, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por un particular a través de la Secretaría de Confianza Online contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U. emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 22 de Enero de 2008, Confianza Online dio traslado a la Secretaría del Jurado de Autocontrol de una reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U. (en lo sucesivo, Telefónica).

2.- La publicidad reclamada consiste en un mensaje enviado al teléfono móvil del particular reclamante, cuya literalidad es la siguiente: *“MoviStar Info: moviStar te regala un Yavoy para divertir a los que te llamen. Si no lo quieres envía gratis bajayavoy al 4749. Cte renovación/30 días, 0.6+IVA”*.

3.- Afirma el particular que recibió, en su terminal móvil, dicho mensaje, en el que el operador Telefónica le avisaba de la activación del servicio “Yavoy”. Sostiene el reclamante que en dicho mensaje se le informaba de que el servicio podía cancelarse a través del envío gratuito de otro mensaje de texto a un número de teléfono corto. Continúa el particular su escrito de reclamación afirmando que, según le han confirmado en la tienda de MoviStar, le ha sido activado dicho servicio -que él no ha solicitado- y que empezará a pagar en 30 días, si no lo desactiva. Asimismo sostiene el reclamante que la cancelación de dicho servicio sólo es posible siguiendo las instrucciones de la compañía, y ni siquiera a través del *servicio de atención al cliente*; afirma que se ha puesto en contacto con la compañía en varias ocasiones para que le fuera desactivado el servicio, obteniendo siempre la respuesta de que tan sólo podía anularse a través del mencionado mensaje de cancelación.

De este modo, considera el reclamante que Telefónica no debe activar servicios en su terminal móvil sin obtener antes su consentimiento, sobre todo cuando éstos son de pago y afectan al funcionamiento de la línea (pues suena una melodía adoptada por Movistar cada vez que recibe una llamada). Al tiempo, sostiene que son muy pocos los usuarios que leen los mensajes publicitarios que reciben en su móvil, por lo que estarán pagando sin saberlo cuotas mensuales por servicios que no han solicitado.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

En consecuencia, solicita al Jurado la declaración de ilicitud de la publicidad reclamada por considerar que la misma es abusiva y que se requiera a Telefónica su cese o rectificación inmediatos.

4.- Trasladada la reclamación a Telefónica, ésta presentó escrito de contestación alegando la veracidad del contenido de la publicidad reclamada.

Como cuestión previa sostiene esta compañía que el funcionamiento del servicio ofertado o la legalidad de éste no son objeto de debate en el ámbito del Código de Conducta de Autocontrol, que tiene como objetivos y funciones, según se establece en su Reglamento *“dirimir las controversias y conflictos que puedan suscitarse por la razón de una determinada publicidad y que le sean sometidos por sus asociados o por terceros”, y “Resolver, de conformidad con el Reglamento, las reclamaciones o controversias que se presenten en relación con las comunicaciones comerciales realizadas o difundidas por los asociados, o por terceros no asociados que acepten expresa o tácitamente su competencia, por presunta infracción de los códigos y normas de conducta aprobadas por la Asociación”*.

Añade Telefónica que no se trata de un supuesto de publicidad ilícita, ya que la controversia no se refiere a la comunicación comercial analizada, sino a un asunto que afecta al propio servicio promocionado y que tendría que ser analizado en otros ámbitos y por otros órganos competentes de la materia cuestionada.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- A la vista de los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, la primera cuestión sobre la que debe pronunciarse el Jurado es la relativa al ámbito de actuación del mismo. Tal y como manifiesta en su escrito la reclamada, las competencias del Jurado están nítidamente definidas en su Reglamento. Así, en sus artículos 4 y 11 se establece como una de sus funciones la de *“resolver las reclamaciones o controversias que se presenten en relación con las comunicaciones comerciales [...] por la presunta infracción de los Códigos y normas de conducta que aplica la Asociación”*. De este modo, y ante la claridad del anterior precepto, esta Sección ha de afirmar que, si bien no es competencia de este Jurado analizar las eventuales consecuencias contractuales de un mensaje publicitario, sí lo es la de analizar la corrección de la publicidad desde la perspectiva de los conflictos que la misma pueda suscitar, velando por el respeto de la ética publicitaria y por los derechos de los destinatarios de la publicidad. Dicho de otro modo, y centrándonos ya en el caso que nos ocupa, tiene razón la reclamada cuando afirma que el Jurado no ostenta competencias para enjuiciar la licitud de una práctica consistente en dar de alta a un usuario en un determinado servicio sin su previo consentimiento, obligándole a desarrollar una conducta activa para cancelar el servicio sin asumir coste de ningún tipo con posterioridad. Pero si bien es cierto que esta tarea es ajena a las competencias de este Jurado, no lo es menos que el Jurado ostenta plenas competencias para analizar la corrección deontológica de las comunicaciones comerciales de sus asociados; y, por ende, para analizar la corrección deontológica de un mensaje publicitario en el que se comunica a un usuario que ha sido dado de alta en un servicio sin su consentimiento, y que si no quiere asumir coste alguno, debe darse posteriormente de baja. En efecto, la corrección de este tipo de mensajes publicitarios es susceptible de un análisis independiente de aquél relativo a la licitud de la práctica desde una perspectiva estrictamente contractual, análisis este último que, como queda expuesto, es ajeno a las competencias del Jurado.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

2.- Así las cosas, un somero análisis de la publicidad reclamada (“MoviStar Info: moviStar te regala un Yavoy para divertir a los que te llamen. Si no lo quieres envía gratis bajayavoy al 4749”), ha de conducir ineludiblemente a este Jurado a la conclusión de que dicha publicidad resulta reprochable desde un punto de vista deontológico. En efecto, debe tenerse presente lo dispuesto en la norma 4 del Código de Conducta Publicitaria, que recoge el principio de respeto a la buena fe del consumidor: “*La publicidad no deberá constituir un medio para abusar de la buena fe del consumidor*”. En este sentido, esta Sección entiende que dicha publicidad, que va dirigida al móvil de los consumidores, supone una actuación contraria a las exigencias de la buena fe que deben regir las relaciones entre anunciantes y destinatarios de la publicidad, pues no en vano supone la comunicación al usuario de su alta en un servicio que no ha solicitado y la consiguiente imposición al mismo de un gravamen que en ningún caso le correspondería asumir (enviar gratis bajayavoy al 4749 si es que no quiere utilizar dicho servicio), al margen de los costes de renovación en los que, a tenor de la literalidad del propio mensaje, éste podría incurrir mientras no procediera a dar de baja dicho servicio.

3.- Las conclusiones hasta aquí expuestas se ven claramente reforzadas si se tiene presente que prácticas similares a las que aquí nos ocupa son objeto de una clara prohibición en la legislación vigente. A título de ejemplo, debe recordar esta Sección que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, establece la necesidad de consentimiento expreso en su artículo 99: “1.- En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta. 2.- Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente.” Por su parte, el artículo 100 determina la prohibición de envíos no solicitados: “queda prohibido suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor de tales bienes o servicios no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio [...]”.

A mayor abundamiento, el artículo 41.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, establece que “en ningún caso la falta de respuesta a la oferta [...] podrá considerarse como aceptación de ésta.” A mayor abundamiento, el artículo 42 señala la “prohibición de envíos no solicitados, cuando dichos suministros incluyan una petición de pago. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio”.

Pues bien, aunque ya se ha señalado que no es tarea de este Jurado analizar la licitud de la práctica en si misma considerada desde una perspectiva contractual (ciñéndose sólo la resolución al análisis del mensaje publicitario por el que se comunica dicha práctica), no puede ignorar el Jurado que difícilmente puede evitarse la calificación como abusivo de un mensaje publicitario que se difunde para comunicar un alta involuntaria en un servicio cuando este alta involuntaria y no consentida probablemente merecería un reproche de ilicitud.

4.- Desde una perspectiva estrictamente deontológica, este Jurado debe analizar la publicidad reclamada aplicando también el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online, dado que la misma ha sido difundida a través de un mensaje de texto dirigido a un teléfono móvil. Debemos remitirnos pues al artículo 3.3 del Código de Confianza Online que establece lo siguiente: “*La publicidad en medios electrónicos de*



[Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial]

comunicación a distancia deberá ser elaborada con sentido de la responsabilidad social, y no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe de sus destinatarios, evitando así que pueda deteriorarse la confianza del público en estos medios”.

En consecuencia, y en la medida en que ha sido declarado que la publicidad analizada infringe la Norma 4 (principio de la buena fe) del Código de Conducta Publicitaria, debe afirmar esta Sección del Jurado que en el presente caso la publicidad reclamada difundida a través de un mensaje de texto dirigido a un teléfono móvil infringe asimismo el artículo 3.3 del Código de Confianza Online.

Por todo lo expuesto hasta aquí, la Sección Sexta del Jurado de Autocontrol,

ACUERDA

1º.- Estimar la reclamación presentada por un particular a través la Secretaría de Confianza Online frente a una publicidad de la que es responsable la empresa Telefónica Móviles España, S.A.U.

2º.- Declarar que la publicidad reclamada infringe la norma 4 (principio de buena fe) del Código de Conducta Publicitaria y el artículo 3.3 del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online.

3º.- Instar al anunciante el cese de la publicidad reclamada.