

**REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR
DE SERVICIOS TURÍSTICOS FRENTE A LA PUBLICIDAD
ENGAÑOSA DE SOCIEDADES MERCANTILES TURÍSTICAS**

Enrique Barrero Rodríguez

Profesor Titular de Derecho mercantile

ebarrero@us.es

Rodrigo Viguera Revuelta

Profesor Investigador (Acreditado para Profesor Contratado Doctor)

rviguera@us.es

CENTRO DE TRABAJO: Universidad de Sevilla – Departamento de Derecho
Mercantil

DIRECCIÓN: C/ Enramadilla, 18-20, 41018 SEVILLA

TEMÁTICA: Derecho

RESUMEN

En la presente Comunicación, sus autores pretenden exponer la situación en la que los potenciales clientes de las empresas turísticas pueden sufrir engaños como consecuencia de la publicidad engañosa. En tales supuestos, el mercado se suele caracterizar por el uso de una determinada publicidad que pretende incidir en la voluntad del consumidor, de manera que la actividad publicitaria se muestra como realmente relevante y decisiva para la formación de la voluntad de los referidos consumidores en orden a la celebración del contrato. Estos casos en los que la publicidad engañosa ha resultado relevante para que el turista–consumidor otorgue su consentimiento merecen una especial reflexión, labor que los autores intentan acometer en este estudio.

PALABRAS CLAVE

Publicidad engañosa, servicios turísticos, protección de los consumidores, actividad turística.

ABSTRACT

This research wants to present the situation in which the tourists may suffer delusions the false advertising of the companies. Publicity is used in markets to bring together consumers and producers it's publicity itself that solely determines the consumption of certain goods due to its information.

KEYWORDS

False advertising, tourist services, consumers protection, tourism.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. DELIMITACIÓN NORMATIVA. EL CAMBIO DE SENTIDO Y LA UNIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN. III. CONFIGURACIÓN GENERAL DE LOS ACTOS DE ENGAÑO Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL TURISMO. 1. Generalidades. 2. Distinción entre las nociones de engaño y confusión. 3. Requisitos de las conductas constitutivas del engaño. 4. Casuística en el ámbito de la actividad turística. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

1 PLANTEAMIENTO

La proclamación de la naturaleza tuitiva y esencialmente protectora de la legislación en materia de turismo y del papel esencial que en dicha normativa representa el consumidor de servicios turísticos constituye una constante esencial de la regulación, tanto comunitaria como nacional, sobre los principales contratos turísticos¹. Esta naturaleza protectora impregna la práctica totalidad de las normas jurídicas en materia de turismo, tanto las de naturaleza pública como las jurídico-privadas, y constituye un eje central de referencia para su interpretación. La plena implantación de las empresas turísticas en el mercado y la circunstancia de que la promoción de sus servicios e incluso la propia contratación tengan lugar a través de los mecanismos que brinda la que ha dado en denominarse sociedad de la información y del comercio electrónico, básicamente Internet², ha determinado la multiplicación exponencial de los posibles abusos que pueden producirse en este ámbito y la necesidad de extremar la aplicación de medidas protectoras de los consumidores de servicios turísticos, mediante el recurso a normas jurídicas que contribuyan a la adecuada salvaguarda de sus intereses.

Cabe afirmar que a la publicidad tradicional o clásica, realizada en la mayoría de las ocasiones mediante folletos o impresos convencionales, se ha añadido actualmente una publicidad y comercialización *on line* de los servicios turísticos, caracterizada por su inmediatez, que acrecienta la posibilidad de engaño y de inducción a confusión a los consumidores sobre los términos, naturaleza y alcance de los servicios sobre los que se proponen contratar. En la presente Comunicación nos proponemos reflexionar sobre el valor y la utilidad que, en este ámbito y en relación con dicho propósito, puede

¹ La Directiva 90/314 CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, por ejemplo, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (Diario Oficial L 158, de 23 de junio de 1990) parte de este hecho en sus Considerandos y también resulta expresiva en dicho sentido la propia ubicación de la normativa sobre viajes combinados en nuestro Ordenamiento jurídico. Esta normativa, tradicionalmente independiente y contenida en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, fue posteriormente incluida, sin embargo dentro del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (artículos 150 a 165), normativa cuya naturaleza tuitiva, que entronca con el mandato constitucional de protección de los consumidores y usuarios, es sobradamente conocida. Sobre la normativa turística en general desde la perspectiva del Derecho privado *vid.* AURIOLES MARTÍN, A., *Introducción al Derecho turístico. Derecho privado del turismo*, Tecnos, Madrid, 2002 y desde una óptica predominantemente pública, BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del turismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. En relación con la protección del turista como consumidor desde una perspectiva general, QUINTANA CARLÓ, I., “La protección del consumidor como turista”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, pp. 5 y sigs.

² *Vid.*, a título de ejemplo, en relación con este asunto MÁRQUEZ LOBILLO, P., “La celebración del contrato de viaje combinado a través de internet”, en *Derecho y Turismo, III Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga, 2000, pp. 271-279.

desempeñar la normativa jurídico-privada sobre la publicidad engañosa, actualmente integrada en la normativa sobre competencia desleal³.

Efectivamente, son muchos los sectores normativos instrumentalmente utilizados para cumplir este objetivo general de protección jurídica y tutela de los derechos e intereses de los consumidores turísticos que tiene incluso un fundamento constitucional, como la propia normativa general sobre consumidores o la legislación en materia de condiciones generales de la contratación, cruciales a la hora de determinar la eventual naturaleza abusiva de las cláusulas utilizadas en los contratos turísticos. Pues bien, la regulación sobre la publicidad engañosa, hoy contenida en el marco general de la normativa sobre competencia desleal, se erige en otro valioso instrumento normativo sectorial de defensa de los consumidores turísticos que constituye el objeto de esta Comunicación.

No obstante, con carácter previo a dicha reflexión debemos dejar sentadas dos premisas que consideramos esenciales:

a) En primer lugar, desde el punto de vista de los intereses afectados por las conductas constitutivas de la publicidad engañosa en materia de turismo debe destacarse que, aun viniendo esencialmente circunscritos al ámbito de los consumidores, no se agotan en ellos. Efectivamente, tal y como ha puesto de manifiesto la más autorizada doctrina publicista española⁴ aun cuando los actos de engaño agredan esencialmente la esfera de los intereses de los consumidores inciden de igual manera y, en cierta medida, en los competidores. En el ámbito concreto del turismo resulta obvio que la publicidad engañosa ataca frontalmente y en primer término el derecho de los consumidores turísticos a que sus decisiones resulten adoptadas sobre la base de una información veraz, pero, al mismo tiempo, puede llegar a adulterarse la competencia y a agredirse a las empresas competidoras, por ejemplo a las agencias de viajes que promocionen verazmente sus servicios y circuitos o a las empresas que ofrezcan sus inmuebles en régimen de aprovechamiento por turno, empresas a las que, naturalmente, la difusión de informaciones falsas por las empresas competidoras ubica en una situación de

³ Sobre la competencia desleal *vid.*, por todos, la clásica monografía de MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

⁴ *Vid.* LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. GÓMEZ SEGADE, J.A., y GARCÍA VIDAL, A., Marcial Pons, 2010, p. 355, quien declara que “los actos de engaño afectan directamente a los consumidores e indirectamente también a los empresarios competidores”.

desigualdad en relación con el ejercicio de su actividad empresarial en el mercado. Valdría decir desde esta perspectiva que los consumidores de servicios turísticos son los perjudicados o damnificados natos por la publicidad engañosa en el sector, pero que tales comportamientos perjudican naturalmente de forma refleja y derivada a las empresas que participan en el sector. Esa es, en definitiva, la razón por la que la publicidad engañosa se reputa práctica comercial desleal en los términos de la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores⁵.

b) En segundo término, cabe destacar que si la exigencia de una información veraz constituye una necesidad para la actividad empresarial y la publicidad en su conjunto presenta un valor reforzado o una intensidad particular en el ámbito turístico; en otros términos, el grado de diligencia exigido a las empresas mercantiles en el cumplimiento de las obligaciones de información que hipotéticamente puedan establecerse se exagera para las empresas turísticas, habida cuenta de que la normativa sobre contratos turísticos impone una intensa y minuciosa obligación de información precontractual. Ello, unido a la literalidad del artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), que considera desleal “*la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico*” obliga a las empresas turísticas a ser particularmente cuidadosas y diligentes en el cumplimiento de su obligación a riesgo de que, en caso contrario, se amplíe enormemente el perímetro de las conductas engañosas como mecanismo de protección de los consumidores de servicios turísticos. Además, cabe realizar una reflexión añadida. La circunstancia de que la normativa española del sector imponga esta exigente obligación de información legal a las empresas turísticas implica que, además de la posibilidad de incidir en el tipo de la publicidad engañosa en aquellos

⁵ Esta es la Directiva comunitaria que ha determinado la reforma trascendental producida en nuestro Ordenamiento jurídico con la modificación de las leyes sobre publicidad y competencia desleal a la que aludimos en el apartado siguiente. Sobre la necesidad de transposición del Derecho comunitario que dio origen a esta reforma y la reforma propiamente dicha vid. MASSAGUER, J., MARCOS, F., y SUÑOL, A., “La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. 2013, 2006, pp. 1925 y sigs.; MEMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (Incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (Y tercera parte)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, enero-junio 2010, pp. 75 y sigs. y, en lo relativo a los actos de confusión, VIERA GONZÁLEZ, J., “Los actos de confusión e imitación en el Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, enero-junio 2010, pp. 153 y sigs.

casos en los que las informaciones difundidas resulten falsas, el incumplimiento de esta obligación pueda caer en la conducta de violación de normas tipificada en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, dado que “*se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes*” y resulta obvio que quien incumple estas obligaciones de información pueden obtener una ventaja respecto de las empresas que actúen diligentemente.

2 DELIMITACIÓN NORMATIVA. EL CAMBIO DE SENTIDO Y LA UNIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN.

En materia de publicidad engañosa se ha producido una importante evolución en nuestro Ordenamiento jurídico como consecuencia de la aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios⁶, de manera que cabe distinguir la situación legal anterior y posterior, respectivamente, a dicha reforma, para centrarnos naturalmente en el análisis de la cuestión conforme a esta última:

a) Con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada reforma, la regulación de la publicidad engañosa se contenía en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁷. Dicho texto legal configuraba la *publicidad engañosa* como una de las modalidades de la *publicidad ilícita* (artículo 3.b.>) junto con, por ejemplo, la *publicidad subliminal* o la *publicidad desleal*. Dentro de esta última categoría de la publicidad desleal se incluía, por su parte, la que pudiera inducir a “*confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores*”, publicidad que podríamos denominar *confusionista* y que estimamos que puede tener un importante juego en el ámbito de las relaciones jurídicas derivadas del turismo (piénsese, por ejemplo, en todos aquellos casos en los que las agencias minoristas o detallistas utilicen signos o desarrollen campañas o actividades publicitarias que puedan inducir a confusión con la actividades de las agencias organizadoras, sin que quede definitivamente claro en el consumidor de servicios turísticos esta circunstancia⁸. La normativa previgente, por

⁶ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 315, de 31 de diciembre.

⁷ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 274, de 15 de noviembre.

⁸ Entendemos que la expresión *competidor* debe interpretarse en este ámbito de una manera amplia, y que la posible confusión puede plantearse respecto de las actividades o de la naturaleza de la intervención en la organización del viaje de las agencias involucradas. Por eso el artículo 152 del TRLDCU al regular en sede de contrato de viaje combinado la obligación precontractual a cargo de las agencias obliga a incluir en el programa o folleto informativo información

consiguiente, trazaba una precisa línea divisoria y conceptual entre la publicidad engañosa y la publicidad desleal, además de que la publicidad desleal aparecía regulada en un texto independiente, la Ley General de Publicidad, en lugar de en la citada LCD. La publicidad engañosa se regulaba en el artículo 4 de la Ley como aquella que *“de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”*, a lo que se equiparaba en el propio precepto *“la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades, o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”*.

b) Con posterioridad a la reforma aludida la regulación de la publicidad engañosa se ha imbricado y fundido con la de la propia competencia desleal, de manera que la regulación de la publicidad, al menos en gran parte, ha perdido la autonomía y la sustantividad de la que gozaba con la Ley General de Publicidad si bien, notablemente menguada en extensión y atenuada en su importancia, la vigencia de ésta se mantiene en algunos aspectos concretos, como los relativos a la definiciones conceptuales, algunas modalidades de publicidad ilícita aún subsistentes o la regulación de la contratación publicitaria. El vigente artículo 1 de la LCD redactado conforme a esta Ley de reforma resulta suficientemente representativo de esta filosofía unificadora al establecer que la Ley *“tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*.

Es en este contexto general, el de la LCD modificada trascendentalmente por la Ley 29/2009 para adaptar la Directiva sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones con consumidores y usuarios, en el que vamos a plantearnos la aplicación de la publicidad engañosa en el ámbito concreto del turismo.

clara, comprensible y precisa sobre el *“nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España”*. Entendemos que de lo que se trata, precisamente, es de evitar todo riesgo de confusión en el consumidor de servicios turísticos sobre la posición jurídica de la contraparte con quien celebra el contrato.

3 CONFIGURACIÓN GENERAL DE LOS ACTOS DE ENGAÑO Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL TURISMO

3.1 GENERALIDADES

La tipificación de los actos de engaño tiene un fundamento general y de extraordinaria amplitud, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, pues se trata con ella de “proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes, productos o servicios, estén errados sobre la características de los mismos que puedan influir en aquélla⁹”. La necesidad de la adecuada formación de la voluntad de los contratantes constituye una exigencia general de la teoría del Derecho de obligaciones y contratos sobre la que no resulta necesario insistir en este momento, y que conduce a la configuración del error como uno de los más antiguos y conocidos vicios de la voluntad.

Esta exigencia general se intensifica de manera particularmente reforzada en el ámbito de la legislación turística, hasta el extremo de que la regulación prolija y exhaustiva de los deberes precontractuales de información constituye una inequívoca señal de identidad de dicha normativa. En materia de viajes combinados, por ejemplo, la imposición de esta obligación precontractual se traduce en la necesaria entrega al consumidor de los servicios turísticos de un programa o folleto informativo que recoja de manera clara y precisa todos los extremos particulares exigidos por la normativa¹⁰, de manera que la falsedad o adulteración de tales extremos podrá constituir una conducta que caiga de lleno dentro de la tipificación de los actos de engaño.

3.2 DISTINCIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE ENGAÑO Y CONFUSIÓN

Por lo pronto, en el ámbito concreto del turismo y de la actividad de las empresas turísticas resulta plenamente aplicable la posibilidad de distinguir entre los actos de engaño o

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/3089).

¹⁰ El artículo 152 del TRLDCU resulta particularmente minucioso en este aspecto e incluye entre los extremos acerca de los cuales deberá facilitarse información el destino y medios de transporte, la duración, itinerario y calendario del viaje, la relación explicativa de los establecimientos de alojamiento, el régimen de las comidas, el precio final completo del viaje, el importe que deba pagarse en concepto de anticipo o las cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje. Sobre el alcance de esta obligación y el contenido del folleto, al que la práctica generalidad de la doctrina atribuye naturaleza de oferta contractual, *vid.* AURIOLES MARTÍN, A., *Introducción al Derecho...*, cit., pp. 146-149.

publicidad engañosa y los actos de confusión o *publicidad confusionista*, de manera que la configuración de una conducta concreta de deslealtad competitiva como acto de confusión o de engaño no constituye una labor mecánicamente simple sino que requerirá, por el contrario, el análisis singular del contexto fáctico y de las circunstancias concurrentes.

La cuestión sobre la naturaleza de los actos de engaño presenta, por consiguiente, una evidente concomitancia y proximidad conceptual con la de los actos de confusión¹¹ en la medida en la que ambas categorías (los actos de confusión y los de engaño) han planteado tradicionalmente problemas de deslinde y delimitación para la doctrina y la jurisprudencia¹². A dichas dificultades y problemas de deslinde ha contribuido el hecho de que ni la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales ni los términos en los que ésta ha sido traspuesta al Ordenamiento jurídico hayan esclarecido la diferencia entre los actos de confusión y los de engaño o hayan dibujado con nitidez sus límites; antes al contrario, el Derecho comunitario ha favorecido esta confusión interpretativa y ha alentado, en cierta medida, la asimilación unificadora de ambos supuestos, pues el artículo 6.2.a) de la Directiva superpone los actos de confusión a los de engaño y, fiel a este planteamiento, el artículo 20 de la reformada LCD funde ambas nociones en la tipificación de las *prácticas engañosas por confusión*; de manera que tanto en la normativa comunitaria como en la nacional parece tenderse, por tanto, una línea de extraordinaria cercanía conceptual, diríase casi que de identidad¹³. No obstante, los artículos 5, 6 y 7 de la LCD mantienen en nuestro Ordenamiento jurídico la diferencia conceptual y la tipificación separada e independiente de los actos de engaño y confusión que realizó en su momento la redacción originaria de este texto legal.

Ante estas dificultades de delimitación entre las respectivas figuras ha prevalecido la interpretación de que, pese a que en ambas figuras se induce a error al destinatario, los

¹¹ Como ha destacado BARRERO RODRÍGUEZ, E., “La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva”, *La Ley mercantil*, en prensa, cuya exposición seguimos sustancialmente.

¹² Tal y como ha analizado BARRERO RODRÍGUEZ, E., “La posible configuración...”, cit. GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. BERCOVITZ, A., Aranzadi, Navarra, 2010, cit., p. 120, ha puesto de manifiesto la frecuencia con la que en la práctica resultan confundidos los supuestos de deslealtad concurrencial de manera que en el ejercicio de sus acciones los interesados “suelen justificar su *petitum* de condena frente a un acto de competencia desleal no sólo por calificarlo como acto de engaño sino, de igual modo, por considerar que el mismo supone la realización de otra u otras prohibiciones acogidas en la LCD”, forma de proceder que no considera justificable en tanto obliga a los jueces a una labor de criba que no tiene razón de ser.

¹³ BARRERO RODRÍGUEZ, E., “La posible configuración...”, cit.

actos de confusión vienen a constituir una manifestación concreta y singularizada, “un tipo específico por referencia al más general de los actos de engaño”, dado que la particularidad del acto de confusión radica en que el error se refiere o afecta a la identidad del oferente del bien o servicio¹⁴, en tanto que la tipificación de los actos de engaño resulta potencialmente más amplia y extensiva en relación con los extremos sobre los que puede recaer el error. Siempre que el consumidor de los servicios turísticos se vea inducido a confusión, por consiguiente, en relación con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos estaremos en el ámbito de la publicidad confusionista, mientras la publicidad engañosa quedará deferida a aquellos supuestos en los que se difunda información falsa sobre la naturaleza de los productos o servicios suministrados.

En el ámbito concreto del turismo, sin perjuicio de que también quepa apreciar la existencia de conductas generadoras de un riesgo de confusión o asociación por parte de los consumidores respecto de las prestaciones, establecimiento o actividades de una empresa competidora, resultan cuantitativamente más frecuentes los supuestos publicidad engañosa y no propiamente confusionista respecto de la identidad empresarial de los ofertantes, en la medida en la que abundarán las conductas o la publicidad que contenga, como veremos, informaciones inexactas o falsas sobre las características o condiciones de los servicios prestados por las empresas turísticas.

3.3 REQUISITOS DE LAS CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DEL ENGAÑO

En relación con la tipificación general de los actos de engaño cabe destacar los siguientes extremos:

a) En primer lugar, en cuanto a la formulación legal de las conductas prohibidas, la caracterización general de los actos de engaño constituye una de las cuestiones que ha sido objeto de una reforma más en profundidad por la Ley 29/2009, de manera que cabe distinguir la literalidad de dicha regulación antes y después de dicha reforma.

¹⁴ En este sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., p. 120. A juicio de MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 216 y 217, “el acto de engaño es el paradigma de la deslealtad frente al consumidor, esto es, del ilícito de deslealtad concurrencial nacido de la agresión a la libertad material de decisión de los consumidores”.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma la tipificación de los actos de engaño se acometía en el artículo 7 de la LCD¹⁵, que reputaba desleal “*la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas*”.

Con posterioridad a la reforma operada por la Ley 29/2009 la tipificación de los actos de engaño se desplaza al artículo 5 de la Ley¹⁶, queda ensanchada en su extensión y literalidad y aumenta la naturaleza eminentemente descriptiva que ya había sido advertida por cierto sector de la doctrina¹⁷. La literalidad del artículo 5 de la LCD evidencia la existencia de una dualidad de conductas que resultan prohibidas¹⁸: la difusión de informaciones¹⁹ falsas y la difusión de informaciones que, aun resultando veraces, por su contenido o presentación induzcan o puedan inducir a error a sus destinatarios, con lo cual se introduce en nuestro Ordenamiento jurídico una concepción relativa, circunstanciada y subjetivadora de las nociones de falsedad y engaño que trascienden de la simple definición de lo falso como lo objetivamente opuesto o contrario a la verdad²⁰. Lo verdaderamente destacado, por consiguiente, resulta la equiparación a todos

¹⁵ Este artículo 7 de la LCD previgente regulaba de forma unitaria y en el mismo precepto los actos de engaño propiamente dichos, podríamos decir que en vertiente o dimensión positiva, y las omisiones engañosas. La reforma operada por la Ley 29/2009 ha fragmentado esta regulación y dedicado a cada una de estas cuestiones un precepto independiente (artículos 5 y 7, respectivamente). *Vid.* sobre este precepto y esta variación de enfoque MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Omisiones engañosas”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, cit., pp. 161-196, con las interesantes reflexiones allí planteadas (p. 164) sobre si este tipo de las omisiones engañosas ha sufrido un proceso de objetivación en relación con un posible deber genérico de información.

¹⁶ De este desplazamiento puede deducirse una conclusión que milita en favor de la diferencia entre los actos de confusión y de engaño tal y como ha sido formulada anteriormente, de manera que el tipo general (el engaño) se antepone al tipo singular y específico (la confusión), como resulta más lógico, en lugar de la ordenación más artificiosa y forzada que suponía anteponer la tipificación de los actos de confusión a los de engaño.

¹⁷ Alude a esta naturaleza fundamentalmente descriptiva del precepto OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 179.

¹⁸ En torno a ellas, su exposición e interpretación *vid.* GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., pp. 121-125 y LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la Ley...”, cit., pp. 356 y 357.

¹⁹ En relación con el empleo del sustantivo *información* se ha puesto de manifiesto por cierto sector de la doctrina (LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la Ley...”, cit., p. 356) que el precepto restringe aparentemente el ámbito de aplicación de los actos de engaño y, en concreto, el ámbito de la publicidad engañosa, al no hablar de *comunicación falsa*, sino de *información falsa*.

²⁰ *Vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, E., “La posible configuración...”, que añade que “valdría decir *machadianamente* que en este ámbito nada es verdad ni mentira sino según el color del cristal con que se mira, y que dicho cristal no es otro que el de la percepción o perspectiva del consumidor medio”. Como advierte esclarecedoramente MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 221, “el centro de gravedad del acto de engaño no se encuentra en una aséptica falta de correspondencia con la realidad, sino en el error y, por lo tanto, en la impresión acerca de la realidad inculcada en los destinatarios por la comunicación enjuiciada”.

los efectos de la información falsa²¹ con aquella que, siendo veraz, pueda inducir a error por su contenido o presentación. Ahora bien, para que la conducta pueda reputarse desleal resulta obligatorio que la información suministrada y su posibilidad de incidencia sobre el comportamiento económico de los destinatarios versen sobre algunos de los extremos o aspectos expresamente contemplados en el propio artículo 5.1 de la Ley²², elementos que resultan previstos con notable amplitud y generalidad, “de modo que resulta difícil imaginar supuestos en que viniera a excluirse el carácter engañoso de las conductas desarrolladas²³”.

b) En segundo lugar, merece destacarse que la calificación de un supuesto de hecho como acto de engaño no requiere propiamente la efectividad del daño, pues a tenor de la literalidad del texto legal basta con la mera probabilidad. Se sanciona, en consecuencia la conducta que “*induzca o pueda inducir a error a los destinatarios*²⁴”, aunque de ello no se siga perjuicio alguno²⁵. Tanto la vigente redacción del artículo 5 del texto legal (“*induzca o pueda inducir a error*”) como el tenor literal del artículo 7 anterior a la reforma (“*susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza*”) permiten sostener sin ningún género de dudas esta conclusión, lo cual no implica que los intereses de los consumidores no queden tutelados indirectamente mediante la tipificación de los actos de engaño en la medida en la que se asegura que las preferencias y decisiones de los consumidores se formen a partir de una representación correcta de la realidad²⁶. Esta irrelevancia del perjuicio a los efectos de la deslealtad de la conducta y la “suficiencia, a los efectos de la prohibición, del requisito de mera

²¹ En opinión de LEMA DEVESA, C., la expresión de información falsa comprende tanto el supuesto de que se manifieste conscientemente un hecho que no se ajusta a la realidad como el caso en el que negligentemente se mencione un hecho que no se corresponde con la verdad (“Los actos de engaño en la Ley...”, cit., p. 356).

²² GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., 129 y 130 destaca la “singular importancia” de esta previsión y la relaciona con el criterio impuesto por la Directiva 2005/29/CE. Por lo tanto y aparentemente, si la conducta no versa necesariamente sobre los extremos reseñados *expressis verbis* en el precepto no podrá considerarse desleal por engañosa (en tal sentido, LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la Ley...”, cit., p. 358).

²³ *Vid.* GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., 130. La Ley incluye, en efecto, entre dichos elementos la existencia o naturaleza del bien o servicio, sus características principales generosa y ampliamente desarrolladas, la asistencia posventa al cliente, el precio, las necesidades de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación y algunas otras menciones formuladas con extraordinaria amplitud.

²⁴ En tal sentido GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., p. 127, asimila el daño producido con el propio engaño provocado por la conducta.

²⁵ Como afirma MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 217, “entre los elementos necesarios para afirmar que una determinada práctica constituye un acto de engaño desleal no se cuenta el perjuicio que pudiera ocasionar al competidor, en particular la posibilidad de que la práctica enjuiciada determine una pérdida de clientela”, de modo que “habrá un acto de engaño desleal si los consumidores son inducidos a error sobre algún extremo determinante de sus preferencias o decisiones en el mercado, aunque de ello no se siga ningún perjuicio para los consumidores”.

²⁶ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 217.

potencialidad de error²⁷” ha sido abrumadoramente reiterada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo²⁸, pero, a los efectos que aquí interesan, hay que destacar la relación de íntima y directa dependencia entre las nociones de engaño y error, hasta el extremo de que podríamos afirmar expresivamente que se trata de conceptos *siameses*, en la medida en la que el engaño no es otra cosa que la posibilidad de error por parte de los sujetos destinatarios de la información o receptores de la práctica o conducta.

c) En tercer término, no resulta suficiente a los efectos de la calificación de la conducta como desleal la potencialidad de inducción a error por parte de sus destinatarios sino que se precisa que, como consecuencia de ello, se derive la posibilidad de “*alterar su comportamiento económico*”. Quedan, por consiguiente, fuera del reproche de deslealtad los que bien podríamos denominar errores nimios, banales, inocuos, insustanciales o auténticamente irrelevantes, inhábiles de por sí para incidir en el comportamiento económico de sus destinatarios. Ahora bien, con la utilización de un gerundio específico (“*siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*”), la dicción literal en este extremo concreto del artículo 5 de la LCD se aparta del tenor del artículo 4.1 de la Ley cuando, en la tipificación de la cláusula general, considera desleal en las relaciones con los consumidores y usuarios el comportamiento de un empresario “*que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio*”, si bien un autorizado sector de nuestra doctrina ha considerado que, en atención a un principio básico de interpretación de la normativa interna de conformidad con la Directiva 2005/29/CE, debe concluirse razonablemente la equivalencia de significado entre ambas expresiones²⁹. En cualquier caso, queda expresamente formulada en el ámbito de nuestro Derecho positivo esta exigencia de incidencia del error en el comportamiento económico y en la conducta de los destinatarios que, si bien ausente en la redacción anterior del tipo general del engaño, había sido deducida con carácter lógico y sistemático por la doctrina intérprete del precepto³⁰.

²⁷ La expresión entrecomillada es de GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., p. 127.

²⁸ Así, a mero título de ejemplo, Sentencias de 24 de julio de 2003 (RJ 2003/5856) y 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/9760).

²⁹ Así lo entiende GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, cit., p. 128, para quien en definitiva lo que se exige es que el acto de engaño, en los términos del inciso final del artículo 4.1 de la LCD sea susceptible de mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, “*haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado*”.

³⁰ Ponia MASSAGUER, J. de manifiesto (*Comentario...*, cit., p. 229) que aunque la aptitud del error para influir en la conducta de los destinatarios no hubiera sido objeto de una mención especial como elemento del ilícito en la tipificación

3.4 CASUÍSTICA EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA

Los actos susceptibles de ser calificados como de publicidad engañosa en el concreto ámbito del sector turístico resultan extraordinariamente amplios y variados en la práctica. Para una mejor y más clara exposición de tales actos procederemos a su encuadre desde una perspectiva general dentro de cuatro ámbitos específicos: el marketing turístico, los actos de publicidad engañosa por parte de establecimientos hoteleros propiamente dichos, los actos de publicidad engañosa por establecimientos de carácter no hotelero y, por último, aquellos actos de publicidad engañosa que tengan lugar en relación con el transporte de turistas.

a) La publicidad engañosa puede producirse, en primer lugar, y en relación con el turismo, *dentro de las estrategias generales de marketing y promoción de los enclaves turísticos, servicios o instalaciones no sólo por parte de las empresas turísticas privadas sino de las propias Administraciones o entidades públicas y sus Organismos instrumentales*, muy particularmente las que tienen lugar a través de las páginas de Internet o de las redes de comunicación social. En este apartado concreto cabe citar como ejemplo la cuestionable campaña de un conocido parque temático que fue denunciado por una organización de consumidores y usuarios debido a que llevaba a cabo distintos actos de publicidad engañosa en el anuncio de sus nuevas instalaciones, como variados mensajes y promociones comerciales en los que aparecían jóvenes lanzándose por toboganes que finalizaban en una piscina (cuando en la realidad terminaban en una amplia pista de frenado, salvo el área infantil) o instantáneas de novedosas atracciones acuáticas en las que podía distinguirse a una niña y a un joven con tablas de surf (opción terminantemente prohibida por razones de seguridad, dado que esta clase de objetos no podían ser utilizados en ninguna atracción del mencionado parque temático). Como bien hizo constar la asociación de consumidores y usuarios, la presentación y la publicidad de las instalaciones de este parque temático, podían hacer incurrir a los posibles usuarios y destinatarios finales en error en lo relativo a la naturaleza y al uso de los servicios ofrecidos.

de los actos de engaño su concurrencia constituía un requisito imprescindible para que el acto enjuiciado poseyera la finalidad concurrencial exigida con carácter general.

También en este primer apartado cabe incluir supuestos en el que las campañas publicitarias cuestionadas son realizadas por Administraciones o entidades instrumentales, como el que tuvo por protagonista al *Patronato de Turismo de la Costa Brava* (Pirineo de Gerona). Este Organismo público reconoció en su momento que, entre los distintos folletos informativos y de publicidad editados por el mencionado Patronato, se había hecho uso de fotografías que no correspondían, en realidad, a las playas de su ubicación geográfica para promocionar sus paisajes y sus servicios turísticos. Fueron varias las denuncias conforme a las cuales en la página web del Patronato se habían incluido fotografías de las paradisíacas playas de Bahamas para ilustrar las supuestas bondades y las vistas de las playas de la costa de la provincia de Gerona. El hecho en cuestión fue recogido por diferentes medios de comunicación internacional, como un medio británico que, al hacerse eco de la información, llegó a sostener que falsear las instantáneas de dicha forma, tal y como llegó a hacer el Patronato de Turismo de Gerona, podía generar unas expectativas en el hipotético turista que, una vez no concretadas o materializadas, le acarrearán como consecuencia una frustración directamente derivada de la publicidad engañosa que de esas playas se había realizado.

b) En segundo lugar, resultan frecuentes en la práctica aquellos *actos de publicidad engañosa que tienen su origen en la actividad desarrollada por los establecimientos hoteleros propiamente dichos*. En efecto, han sido diversos los establecimientos de carácter hotelero que han sido condenados por los Tribunales de Justicia a indemnizar a sus clientes que se sintieron engañados por los anuncios que dichos establecimientos ofrecían bien a través de los medios de comunicación o de Internet³¹. Un caso concreto que tuvo una importante repercusión mediática en este

³¹ En este contexto, la publicidad desempeña un papel determinante en el proceso de la formación del consentimiento del turista que se encuentra en busca de un alojamiento concreto y determinado. El mencionado consentimiento en modo alguno puede tener una base errónea razón por la cual se establecen diferentes medidas de protección, tales como la identificación del mensaje publicitario o el deber de información previa a la contratación. Nos referimos a la denominada “integración publicitaria del contrato”; en efecto, el contenido escrito inserto en una determinada publicidad turística, despliega una importante eficacia jurídica puesto que esa información será vinculante para quien la ha llevado a cabo frente al viajero. Ahora bien, podríamos preguntarnos qué sucede en aquellos supuestos en los que el turista siente la frustración tras comprobar que una vez que ha elegido y contratado un determinado establecimiento hotelero publicitado, su calidad no se corresponde con la que cabría esperar en base al contenido de la publicidad que, además, influyó de manera decisiva en su elección de contratar un establecimiento hotelero y no otro (en este sentido véase a CORRALES GARCÍA, E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, *Actualidad civil, la Ley*, número 38, 2000, p.1401). Para estos supuestos, los Tribunales de Justicia, como decimos, están en la obligación de determinar cuáles son las legítimas expectativas del consumidor que no se han visto satisfechas. De la misma opinión participa PASQUAU LIAÑO, M.: en “La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley de consumidores y usuarios”, en *Revista de autocontrol publicitario*, número 56, 2001, p.24.

ámbito fue el de un turista extranjero que celebró un contrato de hospedaje a través de Internet con un establecimiento hotelero para pasar unos días de vacaciones junto con un amigo. El cliente, según figura en los hechos probados de la Sentencia de 25 de mayo de 2006 de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Islas Baleares³², reservó una habitación doble durante seis días y pagó por adelantado una cantidad mediante su tarjeta de crédito, obligándose a abonar el resto de la factura al final de su estancia. El turista reservó el mencionado alojamiento porque en la publicidad que figuraba en Internet aparecía con la categoría de tres y hasta cuatro estrellas³³; cuando en realidad se trataba de un hostel/residencia de dos estrellas que no reunía las condiciones ofertadas en la página web. Así, al llegar al alojamiento, los turistas comprobaron que la descripción del mismo, difundida en la página web, era falsa. Entre otras características, el hostel aseguraba disponer de habitaciones de nueve metros cuadrados, dotadas de televisor y armario para guardar los efectos y el equipaje, así como ofrecer también los servicios de bar y restaurante. En realidad, las habitaciones tenían apenas ocho metros cuadrados y carecían de televisión e incluso de armario para dejar los efectos de los turistas. Asimismo, el bar y el restaurante estaban cerrados por diferentes obras de reformas. Debido a todo lo anterior, los turistas, tras pernoctar la primera noche en el mencionado establecimiento, decidieron cancelar la reserva y alojarse en otro hotel, para lo cual advirtieron que no se les cobrara el resto de la factura conforme se había convenido en el momento de la reserva. Sin embargo, el hotel cargó en la tarjeta de crédito dicha cantidad. Por este motivo, tanto en primera (Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza), como en segunda instancia (Sección cuarta de la Audiencia de Islas Baleares) se otorgó la razón a los turistas demandantes frente al establecimiento hotelero, que fue condenado a devolver las cantidades cobradas indebidamente.

³² Sentencia número 207/2006, de 25 de mayo, JUR 2006/236510.

³³ La normativa estatal, dentro del concepto “establecimiento hotelero”, distingue entre hoteles, hoteles-apartamentos y moteles. Sin embargo, la legislación de las distintas comunidades autónomas ha superado esta clasificación. En la actualidad, podemos distinguir una amplia variedad de tipos de alojamientos hoteleros lo cual es una muestra de cómo la normativa turística se ha ido adaptando a las diversas realidades sociales. A grandes rasgos podemos señalar que en los hoteles y en los hoteles-apartamentos existe una cierta uniformidad: se clasifican de una a cinco estrellas atendiendo a una serie de parámetros. En los moteles y pensiones podrán clasificarse atendiendo bien a un criterio único, bien de una a tres estrellas. Incluso se pueden observar diferentes especialidades entre la categoría de hoteles, tales como: hoteles de playa, hoteles para convenciones, hoteles para tratamientos médicos... Los criterios que utiliza la administración para establecer las categorías entre los establecimientos hoteleros son: el número de habitaciones, el tamaño de las mismas, las zonas comunes, la cualificación del personal al servicio de los huéspedes, entre otros.

c) En tercer lugar, cabe destacar aquellos *actos de publicidad engañosa en el marco de las actividades desarrolladas por establecimientos no hoteleros*³⁴, ámbito donde sobresalen los supuestos que se producen en relación con la oferta y promoción del *turismo rural*, también llamado *agroturismo*, *ecoturismo* o *turismo verde*, que ha experimentado en los últimos años un crecimiento espectacular³⁵. Las razones de su importante auge pueden deberse a un menor coste en los servicios turísticos que ofrece frente a los tradicionales alojamientos de carácter hotelero. Debido a este reciente y sostenido auge, en el turismo rural tanto los casos de publicidad engañosa como los de intrusismo están a la orden del día, padeciendo los turistas las consecuencias de esta clase de prácticas. Así por ejemplo, se han denunciado decenas de casos de particulares que han ofrecido sus viviendas para destinarlas al uso turístico como “turismo rural”, comercializándolas a través de Internet, práctica que, además de poner en peligro el sector agroturístico reglado, al desarrollarse fuera del control legal, no garantiza en modo alguno la calidad ofertada por los alojamientos turísticos reglados, ni tampoco los derechos de los potenciales viajeros o turistas. Estamos, por consiguiente, ante supuestos de competencia desleal ya que estas viviendas no cumplen las condiciones técnicas ni fiscales que se requiere a los establecimientos turísticos³⁶.

Entre los apartamentos turísticos también hay supuestos en los que ha aflorado la publicidad engañosa. Así, el Gobierno de la Comunidad de Madrid ha denunciado a diversos portales y páginas web por alojar ofertas de apartamentos turísticos que no se encuentran inscritos en el *Registro de Empresas Turísticas*. Se debe tener en cuenta que,

³⁴ Entre los establecimientos de carácter no hotelero podemos distinguir a los apartamentos turísticos, los campamentos y el denominado turismo rural o agroturismo. Precisamente es esta última categoría del turismo rural en la que nos vamos a detener por la proliferación en la práctica de supuestos de publicidad engañosa.

³⁵ Este tipo de turismo tuvo su origen en Alemania, Francia y Suiza; consiste en un conjunto de actividades turísticas desarrolladas en contacto con la naturaleza, en el ámbito rural. La doctrina sostiene que los poderes públicos tienen un especial interés en potenciar este tipo de turismo como medida para equilibrar la oferta turística y compensar el nivel de rentas procedentes de la agricultura en zonas deprimidas, convirtiéndose de esta forma en una fuente complementaria de riqueza para esas zonas agrícolas.

³⁶ Por regla general, el alojamiento rural recibe el nombre de “casas rurales” y se exige que esté ubicado en un núcleo o medio rural. En principio no se exige la profesionalidad del titular de la explotación turística rural, sin embargo diversas comunidades autónomas obligan a residir en el territorio de dicha explotación. En este sentido, el Gobierno de Navarra ha sido pionero al dictar una Orden foral en la que obliga a hacer constar el número del registro de Turismo en la publicidad *on line* para tratar de disuadir el intrusismo en este tipo de explotación turística. Así, con carácter general, los titulares de estos alojamientos deben cumplir una serie de requisitos, de condiciones mínimas de habitabilidad, de seguridad e higiene en las viviendas rurales (que hacen referencia al mobiliario, al agua corriente, a la existencia de calefacción, entre otras). Y, al igual que sucede con los establecimientos de carácter hotelero, existe un procedimiento de autorización por parte de la administración competente, aunque es menos estricto que en la normativa hotelera.

como regla general, la prestación del servicio de alojamientos turísticos no incluidos en el citado Registro no garantiza en modo alguno a los potenciales usuarios o turistas el cumplimiento de la normativa vigente en materia de seguridad e higiene de las instalaciones, a lo que debe añadirse que las reclamaciones que por parte de los turistas insatisfechos con la prestación de tales servicios pudieran llegar a presentarse implicarían naturalmente la responsabilidad automática de quienes hubieran ofertado o publicitado dichos servicios con una indicación falsa sobre su condición de establecimientos turísticos registrados. Precisamente en atención a esta inquietud y con el deseo de regularizar la situación y evitar la prácticas desleales engañosas de intrusismo, desde el Gobierno de esta Comunidad Autónoma se ha rogado y encarecido a diversos portales de turismo, como @toprural y @homeaway, la realización de una criba para dar de baja a aquellos establecimientos sin licencia e incluso se ha destacado desde la Administración y se ha prevenido contra el hecho de que en la versión para móviles de los portales anteriormente citados ni siquiera se advierta la distinción entre los establecimientos correctamente registrados y los no registrados. Desde hace años, estos y otros portales del sector turístico, por consiguiente, se están lucrando con una publicidad engañosa, pero que económicamente les resulta rentable, en la que el turista no puede distinguir la verdadera naturaleza y condición administrativa de los establecimientos anunciados, lo que conlleva el empobrecimiento general del sector y su posterior deterioro³⁷.

Aún dentro de los establecimientos de carácter no hotelero, otro sector que ha sufrido los efectos negativos de la publicidad engañosa es el de los balnearios. En efecto, como venimos afirmando, el turismo rural es uno de los sectores más sensibles a este problema ya que cada vez son más los establecimientos que, como observamos, de forma ilegal se promocionan en Internet o páginas web como ecoturismo sin cumplir con los requisitos exigidos. Así, los balnearios deberán acreditar el valor medicinal de sus aguas y su tratamiento, para poder publicitarse como tal. Es la cruzada que tiene la *Asociación Nacional de Balnearios* contra el que se promociona como “el mayor balneario de agua marina de Europa”; ése es el eslogan del resort ubicado en Oropesa del Mar (Castellón), más conocido como Marina d’Or. Se debe tener en consideración que para que cualquier

³⁷ Para frenar esta práctica la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid, ha ordenado regularizar e inspeccionar la actividad de estos portales en los que está recayendo la publicidad y la comercialización de la capacidad hotelera de toda España. Su finalidad es la de elaborar una normativa que regule por igual a todos los portales y canales de publicidad del sector turístico en nuestro país.

establecimiento pueda hacer uso de la palabra “balneario”, deberá disponer de tres elementos esenciales: en primer lugar, un equipo médico que prescriba los tratamientos a los visitantes; en segundo lugar, unas instalaciones adecuadas para poder aplicar los mencionados tratamientos que hayan prescrito los profesionales sanitarios; y, en tercer y último lugar, deberá contar con un manantial de aguas minero–medicinales declaradas de utilidad pública, esto es, que el agua esté formada por unos sedimentos y por una solución de elementos minerales que le proporcionen al turista/paciente una serie diversa de propiedades³⁸.

d) En cuarto y último lugar, podemos citar por su frecuencia en la práctica aquellos *actos de publicidad engañosa realizados en relación con el transporte de turistas*. Especialmente relevantes han resultado en este ámbito las condenas a diversas compañías aéreas en reiteradas ocasiones como consecuencia de actos de publicidad engañosa. La compañía *Air Europa*, por ejemplo, resultó multada en diversas ocasiones por una misma causa: anunciar publicidad engañosa sobre vuelos y paquetes vacacionales indicando precios inferiores a los reales. Se trata de una práctica excesivamente extendida por las distintas compañías aéreas, pero que ha de ser denunciada por los usuarios/viajeros afectados para poder ser definitivamente erradicada. Sin embargo, en muchas ocasiones, la reducida cuantía de las multas impuestas por la Dirección General de Consumo de las distintas Administraciones autonómicas ha generado el debate de hasta qué punto existe una tolerancia social implícita con esta clase de prácticas y resulta rentable a las compañías aéreas el mantenimiento de este tipo de publicidad, debido a los importantes réditos que obtiene en forma de viajeros y turistas. La sanción a la que hacemos referencia le vino impuesta a la citada compañía aérea por varias irregularidades que consistían en mostrar ofertas engañosas, indicando en una tipografía minúscula que habría que sumar al precio anunciado conceptos como cargos adicionales por la gestión o emisión de billetes, por el incremento del carburante o por las distintas tasas de los aeropuertos o puertos marítimos correspondientes³⁹.

³⁸ De tal manera que, la no concurrencia de cualquiera de los tres elementos citados, supone la imposibilidad legal de que el establecimiento pueda adoptar el nombre de “balneario”. En esos supuestos, se podrá publicitar como un centro de talasoterapia con hospedaje y hoteles de salud, o de los hoteles resort con instalaciones de hidroterapia o de belleza. En estos casos, el agua que se emplea para la realización de esos tratamientos es agua común, sin las propiedades medicinales, propias de los balnearios. En este contexto, la Agrupación de entidades turísticas y sanitarias españolas (Spaincares), junto a la Asociación Nacional de Balnearios (Anbal) han anunciado recientemente que van a emprender acciones legales contra el resort Marina d’Or tanto por intrusismo como por publicidad engañosa.

En otros supuestos son las propias compañías las que, entre ellas, son objeto de denuncias por supuestos actos de publicidad engañosa. Así, la aerolínea irlandesa *Ryanair* presentó una denuncia ante los órganos competentes oportunos contra otra compañía aérea: *Vueling*. La denuncia fue presentada para que la Dirección General de Consumo de la Administración autonómica en cuestión (en este caso de la Junta de Andalucía) investigara la publicidad falsa y engañosa por parte de *Vueling* en la que ésta afirmaba en sus distintas campañas publicitarias que había abierto veintisiete nuevas rutas desde Sevilla, cuando en la realidad opera únicamente con doce. Según se recoge en la propia denuncia, *Vueling* hizo publicidad exterior claramente diseñada para engañar al viajero y hacerle pensar que la aerolínea había puesto en marcha nuevas rutas directas desde Sevilla, cuando en realidad, muchas de las rutas publicitadas no existen conexiones directas y los pasajeros debían hacer una parada técnica en Barcelona para enlazar con su destino final.

4 CONCLUSIONES

En relación con el desarrollo de la presente Comunicación cabe destacar brevemente las siguientes conclusiones que pueden servir como colofón y cierre del presente trabajo:

a) Por su características particulares y su idiosincrasia específica, así como por la función trascendental que presenta en este escenario la actividad publicitaria dirigida a los consumidores, el ámbito concreto del turismo constituye uno de los sectores empresariales que se presta exponencialmente a constituir un marco idóneo o particularmente adecuado para la proliferación de actos de engaño y conductas constitutivas de publicidad engañosa, de manera que la normativa legal sobre estos extremos debe constituir un valioso medio de ayuda para luchar contra tales conductas. Ahora bien, debe destacarse en este punto la importancia de las medidas preventivas y no meramente represivas frente a tales conductas dado que, en último término, se trata de una cuestión que presenta una inequívoca implicación ética, por lo que se antoja absolutamente imprescindible una sensibilización de los agentes que actúen en el sector

³⁹ Esta actuación se enmarca en una serie de actuaciones que emprendió una Asociación de Consumidores y Usuarios (Facua) a lo largo del año 2007, presentando una batería de denuncias contra las prácticas y la publicidad engañosa que venían realizando casi una treintena de compañías aéreas y agencias de viajes. Entre las empresas denunciadas, además de Air Europa, se encontraban Spanair, Halcón Viajes, Barceló Viajes, entre otras. Las actuaciones fueron presentadas ante las autoridades de consumo de las comunidades autónomas donde tenían la sede social cada una de las empresas denunciadas. Asimismo, las reclamaciones fueron dirigidas al Instituto Nacional del consumo, el cual rechazó emprender actuaciones por lo que consideraba una supuesta falta de competencias.

para cumplir con el desempeño de la actividad publicitaria de una manera objetiva, limpia y veraz. En esta línea debe destacarse el valor que pueden presentar los Códigos éticos de conducta o autoregulación del sector, entre los que sobresale sin duda el *Código Ético Mundial para el Turismo*⁴⁰, cuyo artículo 6 declara expresamente que “Los agentes profesionales del turismo tienen obligación de facilitar a los turistas una información objetiva y veraz sobre los lugares de destino y sobre las condiciones de viaje, recepción y estancia”, además de asegurar “la absoluta transparencia de las cláusulas de los contratos que propongan a sus clientes, tanto en lo relativo a la naturaleza, al precio y a la calidad de las prestaciones que se comprometen a facilitar como a las compensaciones financieras que les incumban en caso de ruptura unilateral de dichos contratos por su parte”. El citado *Código ético* insiste en que esta obligación de facilitar una información veraz y equilibrada se proyecta muy especialmente sobre “los modernos medios de comunicación electrónica”, con lo cual parte del convencimiento expreso de que estos actos de publicidad engañosa han experimentado una evidente generalización con las nuevas tecnologías de la comunicación y del comercio electrónico.

En términos análogos, también puede constituir una valiosa herramienta preventiva de las conductas de engaño la existencia de organismos y asociaciones de diversa naturaleza orientados a la defensa de los consumidores frente a las prácticas potenciales de publicidad engañosa y al mantenimiento de principios y postulados éticos en la realización y ejecución de la actividad publicitaria, pudiendo destacarse en el ámbito del Ordenamiento jurídico español a la *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol).

b) Para los supuestos, desgraciadamente abundantes, en los que las medidas preventivas aludidas no alcancen a asegurar la adecuada transparencia y exigencia de veracidad con la que debe articularse la actividad publicitaria turística, la normativa jurídico-privada sobre la publicidad engañosa se convierte en un mecanismo de ayuda de extraordinario valor en la consecución de dichos objetivos que debe añadirse a la regulación particular de cada contrato (normativa común sobre viajes combinados, por ejemplo) e incluso a la posible normativa administrativa. En este sentido, las recientes

⁴⁰ Este Código fue aprobado por unanimidad en la XIII reunión de la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo celebrada en Santiago de Chile en octubre de 1999 y refrendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2001

reformas legislativas han incrustado la regulación de la publicidad engañosa dentro de la normativa tradicional sobre la competencia desleal constituida por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, con lo que entendemos que se ha intensificado la inequívoca relación entre el engaño publicitario y la obtención de una ventaja competitiva como consecuencia de estas conductas desleales que resulta especialmente posible en el ámbito del turismo.

BIBLIOGRAFÍA

- AURIOLES MARTÍN, A., Introducción al Derecho turístico. Derecho privado del turismo, Tecnos, Madrid, 2002.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., “La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva”, La Ley mercantil, en prensa.
- BLANQUER CRIADO, D., Derecho del turismo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORRALES GARCÍA, E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, Actualidad civil, la Ley, número 38, 2000, páginas 1399-1417.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., “Actos de engaño”, en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, dir, BERCOVITZ, A., Aranzadi, Navarra, 2010, páginas 115-142.
- LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños, ed. GÓMEZ SEGADE, J.A., y GARCÍA VIDAL, A., Marcial Pons, 2010, páginas 355-364.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P., “La celebración del contrato de viaje combinado a través de internet”, en Derecho y Turismo, III Jornadas de Derecho Turístico, Málaga, 2000, páginas 271-279.
- MASSAGUER, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Civitas, Madrid, 1999.
- MASSAGUER, J., MARCOS, F., y SUÑOL, A., “La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año 60, núm. 2013, 2006, pp. 1925-1963.
- MEMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (Incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (Y tercera parte)”, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 6, enero-junio 2010, páginas 75-116.
- MENÉNDEZ, A., La competencia desleal, Civitas, Madrid, 1988.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Omisiones engañosas”, en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, 2011, páginas 161-196.
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Aranzadi, Pamplona, 1994.

PASQUAU LIAÑO, M., “La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley de consumidores y usuarios”, en Revista de autocontrol publicitario, número 56, 2001, páginas XXX

QUINTANA CARLÓ, I., “La protección del consumidor como turista”, en Estudios sobre consumo, núm. 2, 1984, páginas 61-79.

VIERA GONZÁLEZ, J., “Los actos de confusión e imitación en el Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal”, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 6, enero-junio 2010, páginas 153-162.