



www.uclm.es/centro/cesco/
Productos y Servicios sanitarios
Estudios

PUBLICIDAD, MEDICINA Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

Ana Díaz Martínez
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela
*Magistrada Suplente AP A Coruña**

Fecha de publicación: 7 de octubre de 2014

SUMARIO. I. Significado de la publicidad en la contratación con consumidores. II. Notas distintivas de la publicidad sanitaria. III. El marco normativo de la publicidad de la actividad médica. IV. Publicidad sanitaria, información precontractual y consentimiento informado. V. Publicidad sanitaria ilícita 1. Publicidad engañosa. 1.1. Consideraciones previas: productos o servicios con pretendida finalidad sanitaria. 1.2. Conductas que entrañan publicidad engañosa en medicina. 1.3. Publicidad comercial y publicidad sobre avances en biomedicina: prácticas comerciales encubiertas 1.4. Instrumentos jurídicos contra la publicidad sanitaria engañosa. 2. Publicidad sanitaria agresiva. VI. La publicidad sanitaria en Internet. VII. Especial consideración de la publicidad en Medicina genética, regenerativa y reproductiva. 1. Pruebas genéticas. 2. Terapias celulares. 3. Reproducción humana asistida.

I. Significado de la publicidad en la contratación con consumidores

Uno de los rasgos más destacados de la sociedad de consumo actual es el esfuerzo –tanto en términos de actividad desarrollada como en los estrictamente económicos– que los prestadores de servicios y comercializadores de productos dedican a la publicidad de éstos. De todos es conocida la incidencia de una buena presentación comercial a través de la

* Nota CESCO: Este trabajo, que la autora cede a CESCO por su interés en la protección de los consumidores y usuarios frente a la publicidad de carácter sanitario, fue publicado originariamente en la Revista *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, vol. 31 y con posterioridad en el nº 183 de la Revista de *AUTOCONTROL (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial)*.

publicidad sobre la decisión de los consumidores de contratar y, en consecuencia, sobre la propia prestación del consentimiento contractual. Cada día las empresas invierten más tiempo y dinero en hallar una campaña publicitaria que mueva a los consumidores a contratar sus productos o servicios, eligiéndolos entre otros muchos similares que ofrece el mercado. Por otra parte, la publicidad, vehículo comercial de las empresas para promover la contratación con ellas, es también fuente valiosa de información para el consumidor, puesto que le ayuda a tomar una decisión más ponderada sobre su actuación en el mercado, lo que permite destacar en ella, como hace la doctrina, una doble función, informativa y persuasiva¹.

El equilibrio entre esas dos funciones, ambas dignas de tutela, de la publicidad es el que el legislador intenta potenciar con una normativa variada y cuantitativamente significativa, que combate como una de las especies de publicidad ilícita aquellas formas de comunicación comercial que se aparten de los postulados de veracidad en la búsqueda de la captación de clientes². La regulación de la publicidad y algunas decisiones judiciales recaídas sobre el particular implícitamente admiten las exageraciones propias del empresario comúnmente conocidas como *dolus bonus*, exaltando las propiedades y características del producto o servicio ofertados³, pero no que la sugestión del consumidor se lleve a efecto induciendo a error, atentando contra derechos y valores constitucionales o la dignidad de la mujer o ciertos grupos de personas o a través de actos comparativos con otros productos fuera de los márgenes legales.

Desde otra perspectiva, parece necesario distinguir, *ab initio*, publicidad comercial, oferta de contrato⁴ e información precontractual que imperativamente debe proporcionarse en ciertos ámbitos al consumidor, por decisión del legislador tuitivo de sus derechos⁵. No

¹ En este sentido, entre otros, J.M. OTERO LASTRES: “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”. *ADI* 4 (1977), pgs. 113 y ss (114 y 115).

² Art. 3 aptdo. e) LGP.

³ Puede verse en este sentido el art. 4.3º LCD, que, al regular las prácticas comerciales dirigidas a consumidores o usuarios especialmente vulnerables, recoge el inciso “ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”.

⁴ La distinción entre publicidad y oferta de contrato en sentido jurídico parece ser la que recoge, aunque con términos menos precisos, diferenciando publicidad e invitación a comprar, la Directiva 2005/29/CE (en este sentido, F.J. ALONSO ESPINOSA: “Comentario a los arts. 1 y 2”, en E.J. LÁZARO SÁNCHEZ –coord.–: *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Madrid, Thomson Reuters, 2009, pgs. 37 y 38).

⁵ En este sentido, por ejemplo, la contratación de un bien de consumo esencial como la vivienda está regulada, sobre todo en textos legales autonómicos, sobre la base de la articulación de varias etapas, con exigencias diferentes: publicidad, información en la oferta de venta y documentación que debe facilitarse al perfeccionarse el contrato. Pueden verse al respecto la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de Cataluña y la Ley

obstante, el análisis de la publicidad como oferta contractual propiamente dicha que en ocasiones se propugna tiene su base en las previsiones normativas⁶, de amplia aplicación jurisprudencial⁷, que permiten al consumidor exigir como contenido propio del contrato aquellas propiedades, características o elementos accesorios del objeto que hayan sido mencionados en la publicidad, aunque no se hicieran constar al contratar. A mi modo de ver, sin embargo, es más correcto afirmar que no toda información publicitaria constituye una oferta para contratar, pues le pueden faltar requisitos imprescindibles para que ésta exista (cosa y causa que han de constituir el contrato, según deriva de los arts. 1261 y 1262.1º CC), si bien sí es cierto que la publicidad integrará el contrato si definitivamente llega a perfeccionarse⁸.

II. Notas distintivas de la publicidad sanitaria

En los últimos años el estudio de la prestación de servicios médicos cada vez se vincula más al Derecho de consumo, abriendo una perspectiva hasta el momento poco explorada⁹.

18/2008, de 29 de diciembre, de Galicia, ambas con antecedentes en sendas leyes de 1991 y 2003 (Ley 24/1991, de 21 de noviembre, de Cataluña, y Ley 4/2003, de 29 de julio, de Galicia). En parte ese esquema procede del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre información a proporcionar en la compraventa y el arrendamiento de vivienda.

⁶ Al art. 8.1º LGDCU de 1984 le ha sucedido, en idéntico sentido, el art. 61.2º TRLCU (RD legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) y diversas leyes sectoriales recogen aplicaciones concretas de ese mismo principio de integración del contrato con la publicidad, que no es, por tanto, un mero reclamo para la captación de clientes.

⁷ SSTs de 27 de enero de 1977 (RJ 1977, 121), 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8419), 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8260), 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215), 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5688) y 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347), entre otras.

⁸ También en este sentido, N. ÁLVAREZ LATA, en J.M. BUSTO LAGO, N. ÁLVAREZ LATA, F. PEÑA LÓPEZ: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2008, pg. 93 y R. GUILLÉN CATALÁN: *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, pg. 27.

⁹ Para corroborar este planteamiento tan sólo ha de destacarse el desarrollo, aunque el Tribunal Supremo se mostró durante años reacio a su aplicación, de la responsabilidad objetiva por daños causados en la prestación de asistencia sanitaria, derivado del art. 28 LGDCU de 1984 (ahora art. 148 TRLCU). Este precepto, que conduce directamente a la consideración del paciente como consumidor o usuario, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, como es sabido, en el sentido de que se puede responder sin base en la culpa sólo en el ámbito organizativo o institucional médico, no en el individual del profesional médico-sanitario, donde la responsabilidad sigue siendo de naturaleza subjetiva. En todo caso, tan sólo desde la STS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997, 5471) se aplica el art. 28 LGDCU a la prestación de servicios sanitarios, aunque después lo hacen otras como las de 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5290) y 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10404) *Vid.* A. PANIZA FULLANA "La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGDCU –artículo 148 del TRLGDCU– y 139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales", en S. ADROHER BIOSCA y F. DE MONTALVO JÄÄSKELAINEN –dir.– *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pgs. 377-396.

Sin duda ello está relacionado con el hecho de que la medicina se ejerce hoy de modo sustancialmente diferente a aquel en que, al margen de la asistencia sanitaria pública, regida por sus propios caracteres y normas, la relación médico-paciente era, también en el ámbito jurídico, una relación –en este caso contractual– entre una persona física prestadora de un servicio profesional y otro sujeto privado que, con base en la confianza, lo requería. Aunque este tipo de relación no haya desaparecido, cada vez es más frecuente la actuación en el mercado de un ente empresarial que, generalmente bajo una forma societaria, ofrece sus servicios sanitarios a particulares que no dejan de ser consumidores o, más propiamente, en la mayoría de los casos, usuarios. El centro sanitario, que puede tener un director médico que no sea el titular de la empresa, contrata los servicios de profesionales sanitarios que conforman la oferta que aquélla hace llegar, a través de publicidad, a los interesados. Desde esta perspectiva, analizando al usuario de un servicio sanitario en sentido amplio como consumidor¹⁰, no podemos olvidar, como dice TOMILLO URBINA¹¹, que los poderes públicos han de desplegar una actividad protectora de los derechos de los consumidores y usuarios prioritariamente en el ámbito de los bienes o servicios de uso o consumo común (art. 9 TRLCU) y que entre ellos están incluidos los “medicamentos y productos sanitarios” y “los servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios” (RD 1507/2000, de 1 de septiembre).

Las empresas dedicadas a la prestación de servicios sanitarios actúan en el mercado, pues, compartiendo con las que venden otro tipo de productos u ofrecen servicios de otra índole la necesidad de utilizar la publicidad comercial para la captación de clientes¹². No obstante, en el ámbito médico, en que los constantes avances en materia de investigación son una de las notas más relevantes, tal publicidad en ocasiones estará orientada de forma primordial a convencer sobre la contratación por primera vez de un servicio, ligado a un descubrimiento en biomedicina o al perfeccionamiento de unas técnicas ya conocidas, y no sólo a que se elija éste entre otros similares existentes en el mercado, como es propio de productos o

¹⁰ Muestra de que la nueva perspectiva va calando socialmente es que en la página web del Comité de Bioética de España (www.comitedebioetica.es) hay un dossier legislativo que recoge cuatro normas de protección de consumidores, entre ellas el TRLCU de 2007 y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modificó las de Publicidad y Competencia Desleal.

¹¹ “La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor”, en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (dir.): *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pgs. 69 y 70.

¹² Nada tiene que ver con la publicidad institucional de las Administraciones que promueven campañas en que se anima a adquirir hábitos saludables, a la vacunación de ciertos sectores de población, al uso prudente de los antibióticos, con el adecuado control médico, o a realizarse revisiones periódicas en determinados especialistas sanitarios.

servicios de consumo ya generalizado. Esta es una de las notas caracterizadoras de la publicidad sanitaria, compartida, desde luego, con otros sectores productivos como las empresas tecnológicas¹³.

La publicidad en el ámbito sanitario exige, además, por estar en juego no sólo intereses económicos de los consumidores sino también su derecho a la salud, atención especial del legislador¹⁴. En efecto, en una sociedad que busca con avidez noticias médicas que anuncien fórmulas cuasimágicas en la prevención, curación y aún predicción de enfermedades y tiene tendencia a creer ciegamente en ellas, la protección de los poderes públicos debe acentuarse desde la fase publicitaria, amparando al consumidor o usuario con normas que persigan la publicidad engañosa, que se manifiesta en este ámbito como el principal riesgo¹⁵. De hecho, en el sector sanitario debería potenciarse el valor informativo de la publicidad en detrimento del de sugestión o persuasión¹⁶, dimensión que, como después analizaremos, no sólo no resulta desterrada sino incluso potenciada en muchos anuncios de servicios o actividades sanitarias que apelan directamente a sentimientos humanos para convencer sobre la contratación, sin una información completa y veraz sobre su utilidad o aplicaciones¹⁷.

Por otra parte, no puede obviarse que la publicidad de servicios médicos especializados tiene en ocasiones como destinatarios principales a los propios profesionales sanitarios que pueden requerirlos como complemento o parte integrante de los que ellos mismos ofrecen.

¹³ Tomando del art. 2 LGP los elementos de la definición que resultan de interés a nuestros efectos y realizando las pertinentes adaptaciones podemos definir la publicidad médica como toda forma de comunicación realizada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial o profesional con el fin de promover de manera directa o indirecta la contratación de bienes o servicios sanitarios.

¹⁴ Curiosamente, el art. 2.2.º del Decreto 240/2005, de 22 de noviembre, de publicidad sanitaria en Aragón contiene la exigencia de que “la información, promoción y publicidad, tanto si se dirige a los profesionales de la salud como a la población en general, se ajustará a criterios de veracidad y *no inducirá al consumo*” (la cursiva es nuestra), lo que pone de manifiesto las reticencias de algunos Gobiernos a ver a los usuarios de servicios sanitarios como consumidores.

¹⁵ De ello son conscientes, desde luego, los propios profesionales sanitarios como puede comprobarse por el contenido del Capítulo IX del Código de Deontología Médica de 1990, cuyo art. 37.1.º dispone: “La publicidad ha de ser objetiva y veraz. No puede levantar falsas esperanzas ni propagar conceptos infundados”.

¹⁶ Así lo han puesto de relieve, en el concreto campo de los productos farmacéuticos C. LEMA DEVESA y J. GÓMEZ MONTERO: “La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica”. *La Ley* (3) 1990, pgs. 983 y ss. (985). A ello parece referirse el art. 2.2.º del Decreto aragonés sobre publicidad sanitaria, que hemos citado antes, que exige que no se induzca al consumo.

¹⁷ Como resalta N. IRÁCULIS ARREGUI (*La publicidad de los medicamentos*, Madrid, La Ley, 2008, pg. 30), en aquellos sectores en que se vean afectados valores dignos de especial protección, como el sanitario, una práctica publicitaria incorrecta puede perjudicar gravemente a los destinatarios de aquélla. Por eso el legislador ha de delimitar las garantías que deben cumplir los mensajes publicitarios.



Se trata de supuestos en que los particulares no pueden demandar directamente las prestaciones, necesitadas de prescripción médica especial, sin perjuicio de que teniendo conocimiento genérico de su existencia, quizá a través de publicidad, acudan a un profesional médico y le consulten sobre su pertinencia¹⁸. En tal caso, la perspectiva idónea de análisis de tales relaciones no será ya la del Derecho de consumo¹⁹, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales en materia de publicidad.

III. El marco normativo de la publicidad de la actividad médica

El Derecho de la publicidad se caracteriza por la diversidad de sus fuentes, en primer término atendiendo a su origen comunitario, estatal o autonómico. Pero además, dado que el sector sanitario ha sido considerado por el legislador como uno de los necesitados de regulación especial por sumarse a los intereses económicos generales de los consumidores los conectados con su derecho a la salud, la proliferación de normas específicas es más evidente que en otros campos²⁰. De hecho, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) contenía ya diferentes previsiones sobre la publicidad de los productos y servicios sanitarios en los arts. 27, 30.1º y 102.

De este modo, un adecuado estudio de este tema exige, en primer lugar, atender a las normas generales de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, tomando en consideración la relevante reforma operada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que realiza la trasposición a nuestro

¹⁸ En el caso de los medicamentos existen especialidades farmacéuticas sobre las que no se puede hacer publicidad al público en general, sino únicamente restringida a los profesionales de la salud (*vid.* RD 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente). Algo parecido puede decirse de las previsiones del RD 1616/2009, de 26 de octubre, sobre productos sanitarios implantables activos, que en sus arts. 34 y ss. prohíbe la publicidad directa o indirecta dirigida al público. La información sólo puede ser distribuida por profesionales sanitarios y quedan prohibidos los incentivos económicos para quienes los prescriban.

¹⁹ Se vincula directamente la publicidad sanitaria al Derecho de consumo en el art. 5 LGP, que exige la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias que contengan previsiones al respecto y considera como infracción, a los efectos de la LGDCU, los incumplimientos de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios sanitarios o susceptibles de generar riesgos para la salud o la seguridad de las personas.

²⁰ El legislador ha dictado normas especiales en materia de publicidad atendiendo a dos criterios básicos, la protección de ciertos grupos de destinatarios, necesitados de protección específica, como los niños y adolescentes, o el objeto de la misma. Así, desde este último punto de vista, existen normas *ad hoc* sobre tabaco, bebidas alcohólicas, medicamentos, vivienda, turismo o productos alimenticios.

ordenamiento jurídico de dos directivas comunitarias²¹, sin olvidar las previsiones del TRLCU (especialmente los arts. 60 y 61) y las normas sobre publicidad contenidas en los estatutos del consumidor autonómicos.

Además, sin ahondar en la abundante legislación sobre medicamentos y otros productos farmacéuticos²², y centrándonos como objeto de nuestro estudio en la prestación de servicios médicos, téngase en cuenta el RD 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades y servicios con pretendida finalidad sanitaria, en particular el art. 7, que contiene las exigencias sobre transparencia y veracidad de la información y publicidad sanitarias y, por el concepto amplio que del término “producto sanitario” se asume, el RD 1591/2009, de 16 de octubre, especialmente los arts. 38-41.

A esta abundante legislación sectorial se remite, por otra parte, la Disp. Ad. 2ª de la Ley de servicios de la sociedad de información (34/2002, de 11 de julio) que no contiene regulación propia sobre la materia, pese a la relevancia que el comercio electrónico y la publicidad a través de Internet han cobrado hoy también en el ámbito sanitario, por considerar, sin duda, que la específica del sector es más tuitiva para el consumidor.

Desde el punto de vista de la distribución de competencias, algunas normas dictadas por el Estado desarrollan competencias exclusivas y otras tienen el carácter de normativa básica, pudiendo legislar las CCAA²³. De hecho, muchas Comunidades Autónomas tienen un Decreto de publicidad sanitaria²⁴, generalmente articulado en torno a unas exigencias generales de veracidad, rigor y precisión, un procedimiento de autorización previa y la creación de un registro de publicidad sanitaria.

²¹ Se trata de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

²² El texto básico es la Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

²³ Arts. 148.1.21ª y 149.1.16ª CE. Las Comunidades Autónomas han de respetar las competencias del Estado sobre normativa sanitaria básica y legislación sobre productos farmacéuticos.

²⁴ Además de Aragón, cuya norma sobre publicidad sanitaria ya hemos mencionado, es el caso de Navarra (Decreto 213/1993, de 5 de julio), Galicia (Decreto 97/1998, de 20 de marzo), Asturias (Decreto 66/2002, de 9 de mayo), País Vasco (Decreto 550/1991, de 15 de octubre, muy modificado por otros posteriores), o Murcia (Decreto 411/2003, de 2 de mayo). Otras Comunidades han optado por incorporar previsiones sobre publicidad sanitarias en sus normas sobre autorización de centros y establecimientos sanitarios. También es habitual la inclusión de normas sobre publicidad en sus Leyes de Farmacia.



IV. Publicidad sanitaria, información precontractual y consentimiento informado

Ya hemos avanzado que ha de distinguirse la publicidad comercial de un producto o servicio y la oferta contractual que del mismo se realice, sin que aquélla cumpla necesariamente los requisitos de ésta. Ello no es óbice, como es sabido, para que el consumidor pueda exigir como parte del contenido del contrato lo anunciado en la publicidad, norma sobre la integración contractual que en el ámbito sanitario presenta modulaciones diferentes de las de otro tipo de compraventas o contratos de prestación de servicios, como luego analizaremos.

Por otra parte, en ciertos casos el legislador obliga a proporcionar cierta información detallada al interesado en la contratación, a fin de garantizar un adecuado grado de conocimiento de la operación programada de modo que preste su consentimiento siendo plenamente consciente del contenido del contrato, conjurando la asimetría de información que puede producirle perjuicios. Ello es habitual en la normativa de protección de consumidores y aun desde la nueva perspectiva del Derecho europeo de contratos de tutela del contratante débil, sea o no consumidor. En este sentido ha de destacarse el contenido del art. 20 TRLCU, tras la reforma operada por Ley 29/2009, que establece el contenido mínimo de información que deben contener las prácticas comerciales dirigidas a la eventual contratación por consumidores y usuarios, considerando su incumplimiento práctica desleal por engañosa.

En la prestación de servicios sanitarios la información que preceptivamente debe proporcionarse al paciente se conecta también, y desde esa perspectiva afrontan su regulación algunos textos legales, con el consentimiento que ha de prestarse para cualquier actuación médica, en los términos del art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente. En realidad, el consentimiento que ha de recabarse del sujeto privado interesado en una actuación médica presenta una doble vertiente: desde la perspectiva iusprivatista, generalmente en segundo plano en la normativa legal, es un consentimiento contractual, cualquiera que sea la forma en que el contrato se perfeccione, y desde el punto de vista de protección de los derechos a la autonomía individual y a la integridad física es un consentimiento legitimador de la intervención sanitaria.

Desde ambas vertientes, hemos de diferenciar esta información que preceptivamente ha de hacerse llegar al interesado en un servicio médico de la publicidad que del mismo se realice a través de los más variados canales, aunque la distinción entre mensaje publicitario e información debería ser menor en materia médica que en otros sectores de servicios, en que

pueden funcionar con mayor intensidad los mecanismos de sugestión para la captación de clientes²⁵. Puede verse el diferente tratamiento que hace el legislador de la publicidad y la información en los arts. 4 y 7 del Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre (hoy transformado en Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio), en materia de donación y obtención de tejidos y células humanas, aplicables a los bancos de sangre de cordón umbilical, normas a las que después nos referiremos con más detalle²⁶. En general en materia de publicidad sanitaria se pone el acento, abstractamente, en la exigencia de cumplimiento de los principios de veracidad y transparencia, con pocas menciones obligatorias²⁷, mientras que en el ámbito de la información, generalmente enfocada como previa a la prestación del consentimiento imprescindible para todo acto médico y no como precontractual, se exige un contenido mucho más completo y preciso²⁸.

En todo caso, existen actuaciones médicas en que no procede la actividad publicitaria, por no perseguir en sí mismas rendimiento comercial, mientras que se mantiene como esencial la regulación de la información previa a la prestación de su consentimiento a los partícipes

²⁵ En principio, la frontera entre información y publicidad es bastante clara, aunque constituyan figuras conexas cuyos perfiles no siempre aparecen nítidos en la práctica. Como dice M^a.L. MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: Su incidencia en la contratación*, Madrid, Dykinson, 2002, pgs. 36 y 37), la objetividad es característica propia de la información, mientras que la sugestión, la tendenciosidad y la subjetividad lo son de la publicidad; además, la primera tiene un fundamento exclusivamente difusor mientras que la segunda presenta la finalidad comercial de incremento de los beneficios empresariales.

²⁶ En materia de promoción y publicidad se pone el acento en vedar la publicidad falsa, engañosa o tendenciosa, insistiendo especialmente en la que induzca a error sobre la utilidad real de la obtención, procesamiento y preservación de células o tejidos para usos autólogos eventuales, mientras que la información previa a la prestación del consentimiento incluye, además del objetivo y naturaleza de la operación, sus consecuencias y riesgos, las pruebas analíticas que se han de realizar, el registro y protección de datos, los fines terapéuticos, las medidas de protección aplicables al donante y los beneficios que se espera vaya a conseguir el receptor. A ello han de sumarse otro tipo de precisiones detalladas en el supuesto de uso autólogo eventual.

²⁷ En todo caso, suele ser indispensable la identificación y localización del anunciante y en la mención de la naturaleza del producto o servicio, con advertencia sobre efectos indeseables o riesgos, en ciertos casos (así, arts. 2 y 3 del Decreto 97/1998, de 20 de marzo, que regula la publicidad sanitaria en Galicia). Por otra parte, los centros y establecimientos sanitarios sólo podrán publicitar servicios y actividades para los que cuenten con autorización, debiendo consignar en la publicidad el número de registro otorgado por la autoridad sanitaria de la correspondiente Comunidad Autónoma al concederle la autorización de funcionamiento o la autorización específica de publicidad sanitaria (art. 6.2^o RD 1277/2003, de 10 de octubre, que establece las bases generales para la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios).

²⁸ La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA) se ocupa en el art. 3.3^o de la información que ha de proporcionarse a quienes participen en ellas como usuarios o donantes (sobre aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos) y sólo dedica a la publicidad el art. 5.3^o, relativo a la promoción de la donación de gametos, sin perjuicio de la aplicación de disposiciones más generales sobre centros sanitarios o servicios sanitarios.



en ellas. Es el caso de la donación de muestras biológicas para la investigación biomédica básica²⁹ (art. 4 Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica)³⁰.

V. Publicidad sanitaria ilícita

Además de toda aquella que infrinja las reglamentaciones especiales sobre determinados bienes, productos, actividades o servicios sanitarios (art. 3 d LGD), en el específico campo que analizamos presentan relevancia como formas de publicidad ilícita las prácticas engañosas, entre las que merece referencia expresa la publicidad encubierta, y las agresivas (art. 3 e LGP).

1. Publicidad engañosa

Si el principio de veracidad constituye una de las bases del Derecho de la publicidad, cuando se refiere a productos o servicios médicos esta exigencia debe ser llevada a su extremo. En general, al proscribir la publicidad engañosa se protege la libertad de elección por parte del consumidor o usuario, se pretende evitar que con maniobras de marketing de cualquier clase se le induzca a error a la hora de tomar su decisión económica sobre la contratación. En el ámbito sanitario este objetivo se suma al de protección de la salud, al que se encuentran obligados por mandato constitucional los poderes públicos (art. 51.1º CE)³¹.

Por ello, el principal problema que suele resaltarse en materia de publicidad médica es la posibilidad de que se hagan llegar a los consumidores y usuarios mensajes engañosos. Especialmente peligrosos son aquellos en que, sin manifestaciones falsas, las afirmaciones realizadas, veraces, puedan inducir a error. No es, sin embargo, preciso, como ha puesto de

²⁹ El objetivo de la investigación biomédica no es sino hallar tratamiento y, eventualmente, curación de patologías que hoy no tienen solución. En el año 1964 la Asociación Médica Mundial aprobó la llamada Declaración de Helsinki, cuyo anexo contiene las “Recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas”, que insistía en uno de los temas que sigue siendo fundamental en la actualidad, la prestación de consentimiento informado por parte de los participantes. Se distinguía la investigación clínica, con finalidad diagnóstica o terapéutica en relación con un paciente, de la no clínica, es decir, puramente científica, realizada con voluntarios.

³⁰ También se dedican a la prestación del consentimiento informado los arts. 13, 15, 20, 21, 47, 48, 59, 60 y 70 LIB.

³¹ El loable propósito de protección de la salud de los ciudadanos no puede ser fundamento, sin embargo, de regulaciones legales incoherentes en materia de publicidad sanitaria, como la italiana. Al menos así lo entendió el TJCE, en sentencia de 17 de julio de 2008 (TJCE 2008, 182), al considerar que la Ley italiana (nº 175, de 5 de febrero de 1992) que prohíbe la publicidad en cadenas de televisión nacionales de la actividad de centros sanitarios privados, pero la permite en cadenas locales, vulnera injustificadamente principios del Derecho comunitario relativos al libre establecimiento de empresas.

manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de abril de 2006³², para que pueda hablarse de publicidad engañosa que se haya producido un efectivo perjuicio económico en los destinatarios o que fatalmente se vaya a producir.

Dejando al margen las conductas particularmente graves con trascendencia penal que pudieran constituir el tipo delictivo de publicidad engañosa del art. 282 CP³³, lo cierto es que, desde la perspectiva iusprivatista, la publicidad de servicios sanitarios, menos regulada que la de medicamentos y productos, puede caer en la órbita de la engañosa si induce a error en la contratación, aunque el perjuicio en la salud no exista. Es cierto que los servicios de clínicas privadas no son comúnmente publicitados en radio y televisión, medios de extraordinaria difusión (al margen, quizás, de las que ofrecen tratamientos estéticos), lo que ha originado que los conflictos hasta el momento hayan sido mínimos, pero también lo es que la irrupción en el mundo publicitario de Internet de este tipo de empresas puede cambiar radicalmente este rumbo en los próximos años³⁴.

³² RJ 2006, 2201. Se enjuiciaba en este caso la publicidad de un seguro médico, con una pretendida póliza complementaria de asistencia buco-dental. El Supremo confirma la sentencia dictada en apelación, según la cual se presenta al público un producto como una operación de seguro cuando no lo es, ni por su naturaleza ni por sus características. Se oculta al asegurado y al público destinatario de la publicidad que el servicio que se ofrece es pagado íntegramente, más una comisión, por el propio asegurado, lo que encaja en el concepto de publicidad engañosa de la Ley General de Publicidad.

También sobre publicidad engañosa en el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria, puede verse la SAP de Madrid de 3 de julio de 2002 (JUR 2003, 47970), que versa sobre la publicidad que permite elegir libremente un centro sanitario entre 450 ofertados y cuando el paciente acude a uno es desviado sin causa justificativa a otro diferente. Se aprecia incumplimiento contractual de la aseguradora y se le condena al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el “peregrinaje hospitalario” sufrido.

³³ En sentencia de la AP de Zaragoza de 2 de diciembre de 1998 (ARP 1998, 4654) puede verse la valoración de la conducta de una empresa que ofrecía un tratamiento de adelgazamiento y fue denunciada por 79 pacientes que no habían alcanzado los resultados deseados, alegando que la publicidad era engañosa. Sin embargo, el tribunal diferencia ésta de la equívoca y considera que la conducta no reúne los requisitos imprescindibles para que pudiera calificarse de ilícito penal. Aun siendo cierto que la publicidad incidía en aspectos nada relevantes del tratamiento y no resaltaba que la base era un régimen alimenticio, considera la Audiencia que los interesados “sólo escuchan lo que quieren”, sin que el engaño tenga la suficiente fuerza y eficacia para ser considerado delictivo, sin perjuicio de que pudieran ejercitarse acciones civiles de naturaleza contractual.

³⁴ El art. 18.3º.b) de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, prohíbe la comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el art. 78 de la Ley 29/2006, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. En tal precepto se excluye la publicidad destinada al público de los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios. Ello permite delimitar la escasa influencia del medio televisivo en la publicidad de servicios médicos y presuponer que un papel mucho más relevante tendrá la realizada a través de las propias páginas web de los centros sanitarios en Internet.

Particularmente sensible a la publicidad engañosa es el campo de las nuevas técnicas en biomedicina desarrolladas espectacularmente en los últimos años, como la Medicina genética, la regenerativa o la reproductiva, en que resulta fácil dibujar ante los ojos de los consumidores, a través de la publicidad, un idílico panorama no siempre real. Ello les puede inducir a contratar técnicas o procedimientos con eficacia mucho más limitada que lo que se presenta ante ellos o con restricciones en atención a las propias condiciones o circunstancias de los usuarios, quizá silenciadas en la publicidad.

En todo caso, la publicidad engañosa en medicina presenta características diferentes de las que puedan constatar en relación con otros productos o servicios, de diferente naturaleza, lo que condiciona también los remedios jurídicos frente a ella³⁵. En efecto, en pocas ocasiones es posible, ante una publicidad médica engañosa, exigir judicialmente el cumplimiento del contrato integrado con lo ofrecido en ella en los términos que ahora prevé el art. 61 TRLCU. Será imposible, en la generalidad de los casos, reclamar que el servicio contratado tenga los efectos y utilidad prometidos, si medió engaño sobre ellos, aunque acaso sí pudiera hacerse, al menos en ciertas circunstancias, en relación con la naturaleza y características del servicio mismo. Ello se debe a que el mayor defecto que puede advertirse en la publicidad médica, desde la perspectiva de engaño susceptible de inducir a error, es el de crear en el destinatario falsas expectativas.

Más probablemente, entonces, la satisfacción que el consumidor engañado pueda obtener sea meramente económica, con la devolución del precio pagado por el tratamiento y, en su caso, indemnización de daños y perjuicios, incluyendo obviamente los morales, si pudieran acreditarse. En definitiva, la integración del contrato con lo ofrecido en la publicidad

³⁵ Así, en el ámbito civil es fácil advertir que poco o nada tienen que ver la publicidad engañosa en compraventa de vivienda, por ejemplo, ámbito donde se concentra el mayor número de demandas judiciales, y en los servicios sanitarios. El sentido que tienen la mayoría de las reclamaciones en materia de vivienda es obtener los servicios, instalaciones o calidades de las adquiridas que fueron ofertadas en publicidad. Se trata, pues, de ejercitar acciones de cumplimiento de contrato, alegando que forma parte del clausulado de éste lo que aparecía en la publicidad, aun simplemente en imágenes y exigir *ab initio* el cumplimiento en forma específica. Excepcionalmente, en ciertos casos en que resulte imposible el cumplimiento y la entrega sin lo publicitado pueda considerarse un *aliud pro alio* podrá pretenderse la resolución contractual. Más frecuentemente, los perjudicados podrán obtener resarcimiento económico a través de las pertinentes indemnizaciones. (*vid.*, sobre publicidad engañosa y compraventa de vivienda, SSTs de 30 de junio de 1997 –RJ 1997, 5406–, 15 de junio de 2000 –RJ 2000, 4418– y 23 de mayo de 2003 –RJ 2003, 5215–). Entre las de AAPP destacan las de Barcelona de 25 de abril de 2003, de Murcia de 26 de enero de 2009 y de Alicante de 10 de diciembre de 2009 y Valencia de 4 de febrero de 2003, 22 de noviembre de 2004 y 20 de noviembre de 2006 (JUR 2003, 260834, JUR 2009, 276714 y JUR 2010, 117455, JUR 2003/93495, AC 2004, 2091 y JUR 2007, 123180, respectivamente).

permite sustentar la reclamación económica por cumplimiento inexacto de aquél y no tanto exigir el cumplimiento en los términos pactados³⁶.

En otras ocasiones, la perspectiva es diferente en las acciones judiciales interpuestas, alegando la existencia de publicidad engañosa en procesos en que trata de delimitarse la existencia o no de responsabilidad médico-sanitaria por daños, planteamiento especialmente frecuente en nuestra práctica judicial en tratamientos de medicina estética³⁷. En ellos, como es sabido, nuestra jurisprudencia cambia el criterio general de que las obligaciones asumidas por los profesionales sanitarios son de medios y acepta que lo sean de resultado si éste se ha garantizado de algún modo, lo que se pone en conexión con el prometido en la publicidad³⁸. Con mucha claridad incide en la relevancia de la publicidad engañosa en la decisión del consumidor o usuario de someterse a un tratamiento de medicina satisfactiva o voluntaria la STS de 4 de octubre de 2006, en relación con unas lesiones dermatológicas crónicas consecuencia de un tratamiento de implante capilar publicitado como sencillo, sin resultado negativo posible y aplicado por especialistas en cabello cuando los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales. Como es sabido, las obligaciones de información médica previas a la prestación del consentimiento han de extremarse en medicina satisfactiva, puesto que la intervención es innecesaria desde el punto de vista de la salud, y tal información ha de analizarse también desde la óptica de la publicidad³⁹. En sentido similar, publicitar un tratamiento de

³⁶ En SAP de Valencia de 11 de octubre de 2002 (JUR 2003, 10584) se utiliza el propio contenido de la publicidad para vincular a la empresa que ofreció sus servicios a devolver el dinero al cliente insatisfecho. En efecto, ante la afirmación publicitaria "el único sistema de depilación láser que le garantiza la devolución de su dinero si no queda satisfecha", el tribunal consideró que era procedente tal restitución, aunque el contrato fue verbal y la práctica habitual de la empresa era incluir la garantía de devolución en los contratos suscritos en forma escrita, con un precio algo más elevado.

³⁷ La frecuencia con que los anuncios publicitarios de medicina estética presentan notas propias de la publicidad engañosa, induciendo a error en la contratación del servicio, ha llevado recientemente a la Sociedad Española de Medicina Estética (SEME) y la Unión de Consumidores de España (UCE) a firmar un acuerdo de colaboración para intentar erradicarla.

³⁸ La eventual existencia de publicidad engañosa no se refería, en el caso de que conoció la AP de Madrid en sentencia de 15 de abril de 2008 (AC 2008, 1052), al resultado prometido de la intervención quirúrgica sino al lugar de prestación de los servicios médicos, que podría ser también determinante de la decisión de contratar del consumidor. Se trataba de una operación de mastectomía de un transexual que sufre una infección en el postoperatorio discutiéndose si pudo incidir en el resultado final el traslado de Barcelona, donde se practicó la intervención, a Madrid, donde el interesado residía y pensaba, según la publicidad, que iba a ser sometido al tratamiento. No realiza el tribunal, sin embargo, consideraciones detalladas sobre la cuestión de la publicidad engañosa, aunque se condena a la clínica al resarcimiento de los daños.

³⁹ En este sentido considera el Supremo (RJ 2006, 6428) que la campaña publicitaria realizada pudo inducir a error al consumidor y que existía un evidente desajuste entre lo ofertado al cliente mediante la publicidad del centro y el resultado finalmente producido, que de algún modo venía garantizado en aquélla. Por ello, no

fotodepilación como indoloro, inocuo, rápido y efectivo tiene incidencia en la valoración de la responsabilidad por daños consistentes en quemaduras sufridas por la paciente/cliente, no advertida en absoluto de tales riesgos y convencida, asimismo, por los folletos publicitarios de que los efectos eran duraderos, limitándose, en realidad, a un periodo de tiempo de seis meses a un año⁴⁰.

1.1. Consideraciones previas: productos o servicios con pretendida finalidad sanitaria

Antes de profundizar en las principales prácticas ilícitas en la publicidad de productos o servicios sanitarios hemos de resaltar que en no pocas ocasiones el engaño precisamente consiste en presentar a los consumidores como producto o servicio sanitario el que no lo es. Así, en particular, en los tratamientos que persiguen una finalidad estética, algunos de los cuales pueden ser realizados por especialistas médicos y con controles sanitarios o no, es relativamente frecuente inducir a error a los interesados a través de la publicidad. Recuérdese que el engaño en publicidad puede provenir de afirmaciones inexactas, de omisiones o de la propia presentación de un producto, basta con que sea susceptible de inducir a error que pueda influir en el comportamiento económico del destinatario medio⁴¹. Sin duda, el carácter médico de un tratamiento estético puede significar para algunos usuarios el convencimiento de mayores garantías de seguridad para su salud y, en consecuencia, influir en su decisión de contratar el que se presenta como tal, aun sin serlo. Por ello, la SAP de Álava de 24 de junio de 1996⁴² consideró publicidad engañosa la realizada sobre un tratamiento cosmético contra la alopecia presentado como sanitario,

habiéndose finalmente alcanzado procede reparar los daños y perjuicios ocasionados. Con mayor profundidad, *vid.* A. DÍAZ MARTÍNEZ: “El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 10/2011 (BIB 2010, 2949).

⁴⁰ SAP de Madrid de 26 de julio de 2005 (AC 2005, 1245). Yendo incluso más allá, el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Valladolid, en sentencia de 12 de mayo de 2005 (AC 2005, 953), afirma, respecto de un tratamiento de rejuvenecimiento facial con láser, que los resultados y evolución deben considerarse normales desde el punto de vista médico, pero condena a la clínica estética por crear a través de la publicidad falsas expectativas en la clientela, desde luego no satisfechas. Entiende el Juzgado que la demandada “desplegó una campaña publicitaria e informativa absolutamente defectuosa e irreal que, como indicó el perito, sólo presentaba los beneficios de la intervención y no sus riesgos, complicaciones y evolución”, sin dar tampoco antes de la prestación del consentimiento definitiva información más completa y objetiva.

⁴¹ A menudo se trata de imágenes asociadas a la promoción del producto o servicio en que quienes aplican el tratamiento parecen ser personal sanitario.

⁴² AC 1996, 2532.

aunque no lo era, ineficaz en el usuario que lo contrató porque el tipo de alopecia que padecía sólo tenía remedio a través de un tratamiento médico⁴³.

Ante la reiteración de prácticas comerciales basadas en presentar falsamente (muchas veces sugiriendo y no afirmando expresamente) la naturaleza sanitaria de un producto o servicio o sus propiedades beneficiosas para la salud⁴⁴, el legislador creyó preciso regular con una norma *ad hoc* la publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (RD 1907/1996, de 2 de agosto)⁴⁵, con la doble finalidad de impedir fraudes y abusos y proteger la salud de los ciudadanos⁴⁶. En concreto, presentar un producto alimenticio no como sanitario propiamente pero sí dotado de propiedades beneficiosas para ciertos problemas de salud ha originado más de una denuncia por publicidad engañosa⁴⁷. La publicidad de este tipo de productos está sujeta en la actualidad a control de las autoridades sanitarias.

1.2. Conductas que entrañan publicidad engañosa en medicina

⁴³ En sentido inverso, aunque ello sea, desde luego, más infrecuente, se da también el tratamiento de publicidad engañosa a la conducta que induce a error sobre la prestación de servicios de cirugía y medicina estética en una consulta de un centro de belleza (STSJ de Baleares de 26 de marzo de 1999 (RJCA 1999, 573, sala de lo contencioso-administrativo).

⁴⁴ Está prohibido utilizar la imagen de quienes parezcan profesionales sanitarios, lo sean realmente o no (art. 5 RD 1907/1996), prohibición infringida en la publicidad de “Ceregumil”, en que aparecía una entrevista con un doctor (resolución del Jurado de la Publicidad de 26 de febrero de 2009). Además se vulneraba también la norma según la cual no se puede hacer publicidad en que se pretenda sustituir el régimen de alimentación o nutrición común, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad (art. 4.8 del mismo texto legal).

⁴⁵ Se trata de productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias.

⁴⁶ En STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2006 (JUR 2009, 334366) puede verse la negación de autorización administrativa previa para publicitar tratamiento de hipnosis para dejar de fumar porque “la publicidad (...) no deja claro, como hemos señalado, que se trata un método de deshabituación tabáquica no controlado sanitariamente, y que no se aplica por profesionales sanitarios, ni por un titulado universitario en psicología”.

⁴⁷ En concreto, el art. 4.9º del RD 1907/1996 prohíbe la publicidad que atribuya a determinadas formas, presentaciones o marcas de productos alimenticios de consumo ordinario concretas y específicas propiedades preventivas, terapéuticas o curativas. Véanse las resoluciones del Jurado de la Publicidad de 28 de enero y 15 de diciembre de 2004, 24 de febrero y 27 de diciembre de 2005 (sección 3ª) en el caso “Pascual” contra “Danone” por presunta publicidad ilícita del producto “Actimel” y la de 5 de septiembre de 2007 sobre la publicidad del agua mineral “Sierra Cazorla”, publicitada como idónea para gente con problemas de hipertensión y cardiovasculares por su bajo contenido en sodio.

Aunque no es preciso que exista tipificación previa para considerar ilícita por engañosa la publicidad realizada por una empresa de prestación de servicios médicos, si la conducta encaja en las previsiones generales de los arts. 5 y 6 LCD sobre actos de engaño y omisiones engañosas, algunas previsiones legales concretas pueden entenderse útiles para identificar conductas de esta naturaleza. Así, es engañoso proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones (art. 23.3º LCD) o realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y extensión del peligro que supone para la seguridad personal del consumidor y/o su familia, el hecho de no contratar el bien o servicio (art. 27.2º LCD). En algunos textos autonómicos reguladores de la publicidad sanitaria⁴⁸ encontramos también prohibiciones concretas de que los mensajes susciten expectativas en términos de salud que no se puedan satisfacer o contengan afirmaciones que no puedan ser probadas científicamente⁴⁹. En todo caso, no ha de olvidarse que la calificación de un mensaje publicitario como engañoso debe realizarse tras una valoración global del conjunto del mismo, sin que la simple existencia de letra pequeña pueda fundamentar tal conclusión. No obstante, como indica ÁLVAREZ RUBIO, puede ser publicidad engañosa por razón de su presentación el hacer llegar el mensaje principal y destacado que incide en la sencillez de una operación quirúrgica dejando la advertencia de que existen complicaciones que se deben consultar con el médico en un segundo plano apenas perceptible⁵⁰. Quizá omitir en publicidad con detalle los efectos secundarios de un tratamiento o los riesgos o complicaciones que entraña no sea constitutivo de publicidad engañosa si se informó de ellos suficientemente al consumidor o usuario antes de la prestación del consentimiento, pero hacer ver la inexistencia absoluta de ellos a través de afirmaciones vertidas en los mensajes publicitarios sí podría ser constitutivo de actuación publicitaria ilícita⁵¹. En este sentido, es de gran interés la SAP de Madrid de 19 de enero de

⁴⁸ Así, por ejemplo, art. 5 aptdos 5 y 6 del Decreto 41/2003, de 2 de mayo, de Murcia; art. 3, aptdos 5 y 6 Decreto 97/1998, de 20 de marzo, de Galicia; art. 3 aptdos 5 y 7 Decreto foral 203/1997, de 28 de julio, de Navarra.

⁴⁹ Ni la realceza escapa del control de la publicidad que hace valer propiedades beneficiosas para la salud de ciertos productos. Recientemente se ha sabido que en el Reino Unido se ha prohibido la de la empresa de medicina alternativa del heredero a la Corona (“Duchy Originals”) tras no poder demostrar afirmaciones hechas a través de Internet sobre el poder curativo de ciertos trastornos (desde resfriados a problemas digestivos) de sus productos, fabricados con plantas. El caso pone de relieve la oscura frontera entre publicidad sanitaria y de productos alimenticios con propiedades para mejorar la salud humana.

⁵⁰ “La protección del paciente frente a la publicidad sanitaria”, en J. TOMILLO URBINA y J. CALLÓN DE LAS CUEVAS: *op. cit.*, pg. 164.

⁵¹ Es de interés tomar en consideración lo previsto en el art. 7.2º *in fine* LCD sobre la valoración de la omisión de información cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, supuesto en que habrán de analizarse las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.

2007⁵², en relación con las características de un tratamiento de micro implantes capilares (autotrasplante) ofertadas en publicidad con mucho mayor detalle que lo que se recoge por escrito al firmar el contrato, momento en que se advierte de que el resultado puede no ser el esperado porque la medicina no es una ciencia exacta. En este sentido, considera el tribunal que la publicidad supera al pacto que propiamente celebran las partes, y no puede venir cercenada por un consentimiento informado que es, también, documento redactado por la clínica o por los médicos intervinientes en el que el paciente se limita a plasmar su firma con la creencia fundada de que el resultado se ajustará a la publicidad que pudo comprobar en Internet e incluso en los distintos establecimientos la empresa tenía. Dado que la publicidad ofrecía la reparación integral del cabello a través de la técnica elegida, que se trataba de medicina satisfactiva y que el consentimiento informado fue precario se estima la demanda que reclamaba la devolución del precio del tratamiento (alternativamente se pedía la práctica correcta del mismo, lo que el tribunal estima no procedente).

A mi modo de ver, la frontera, siempre destacada en el mundo publicitario, entre las exageraciones propias de quien quiere vender un producto sobre las cualidades del mismo y el engaño al consumidor, que hace ilícita la promoción publicitaria, es mucho más tenue en el ámbito sanitario, en el que apenas tienen cabida las afirmaciones del primer tipo sin que entremos en el ámbito de la publicidad engañosa⁵³. De hecho, como ha señalado LEMA DEVESA⁵⁴, no siempre las exageraciones publicitarias quedarán exentas de su contrastación con la realidad y de la consiguiente aplicación de las normas represoras de la publicidad engañosa. En su opinión, sólo deben admitirse las exageraciones publicitarias cuando se excluya toda posibilidad de inducir a error a los consumidores, pero si el público no reconoce un determinado anuncio como exageración publicitaria o no recorta el significado de la misma, habrá que rechazar la existencia de esta figura y someter el respectivo anuncio al principio de veracidad. Aplicando esta idea general al ámbito de nuestro estudio, resulta evidente que dado el desconocimiento general del público sobre cuestiones técnicas o científicas ligadas a los tratamientos y todo tipo de servicios médicos, la posibilidad de incurrir en error al recibir información publicitaria, sin poder deslindar la frontera entre las exageraciones y el engaño, es mucho mayor. Por eso el legislador es restrictivo en ciertos campos de la publicidad sanitaria (medicamentos y productos) exigiendo casi siempre que vaya dirigida a profesionales y no al público en general. Sin embargo, cuando la publicidad

⁵² AC 2007, 937.

⁵³ Sobre la diferencia entre exageración de las cualidades de un producto y el fraude publicitario, aunque no estrictamente en el ámbito médico, puede verse, en relación con las propiedades de una faja adelgazante, la STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 1998 (sala de lo contencioso-administrativo, RJCA 1998, 4650).

⁵⁴ *La publicidad de tono excluyente*, Madrid, 1980, pg. 395.



puede ir directamente orientada a éste, la argumentación apuntada reduciría considerablemente, de ser aceptada, el ámbito de las exageraciones lícitas.

1.3. Publicidad comercial y publicidad sobre avances en biomedicina: prácticas comerciales encubiertas

Desde otra perspectiva, es preciso también diferenciar la publicidad comercial en el ámbito médico y la información que a través de los medios de comunicación se proporciona sobre avances médicos relevantes, que la sociedad espera impacientemente, de modo particular en el tratamiento de enfermedades que pueden ser mortales, como el cáncer o el SIDA, o de cada día mayor incidencia en una población envejecida, como el Alzheimer o el Parkinson. Es el caso de los descubrimientos en medicina regenerativa o de las terapias génicas. Se trata, entonces, de información difundida por periodistas especializados en el área médica o científica en general, que acceden a ciertas noticias relevantes en la materia a través de diversas fuentes⁵⁵. Tal actividad, merecedora de las valoraciones éticas pertinentes si se realiza distorsionando la realidad o exagerando o anunciando precipitadamente avances no consolidados, carece de interés desde el punto de vista jurídico a no ser que sea utilizada como medio encubierto de publicidad comercial de laboratorios o empresas biomédicas implicadas, lo que ha sido denominado “publicidad editorial”⁵⁶. Así, se ha comprobado que en reportajes genéricos sobre las investigaciones en un campo de la biomedicina o sobre una determinada enfermedad se deslizan nombres comerciales de las presentadas como empresas pioneras en ese ámbito y, en suma, se sirve a sus intereses comerciales, bien sobre un producto o servicio específico, bien, en general, invocando su solvencia y carácter emprendedor, lo que, en definitiva, deja su impronta en el consumidor, probablemente sin que él sea consciente del mensaje publicitario recibido⁵⁷. Ello, por otra parte, va en ocasiones unido a los incentivos económicos al informador o al medio de comunicación en forma de prebendas o regalos, por supuesto ilícitamente, dado que incluso se han

⁵⁵ Sin duda la mejor es la publicación de la investigación y sus resultados en revistas científicas de reconocido prestigio, que cuentan con los filtros necesarios para evitar dar cuenta de actuaciones intrascendentes o avances no contrastados, en particular la revisión científica por pares (“peer review”). De hecho, prestigiosas revistas biomédicas como Science, Nature o Lancet emiten comunicados propios a los medios de comunicación con las noticias más relevantes que publican. Sin embargo, aun en estos casos existe el riesgo de que la noticia sea distorsionada por falta de conocimientos o mala intención del periodista.

⁵⁶ Recoge esta denominación J. ÁLVAREZ RUBIO: *loc. cit.* pg. 168.

⁵⁷ Pueden verse las resoluciones del Jurado de la Publicidad de 4 de octubre de 2001, confirmada por la del Pleno de 31 de octubre de 2001, y de 15 de marzo de 2002, confirmada por la del Pleno de 9 de abril de 2002. Un problema conexas con éste, en el que no vamos a profundizar, es la tendenciosidad de algunos estudios científicos motivada por el origen de su financiación.



erradicado en nuestro sistema jurídico los que tenían como destinatarios a los médicos que debían prescribir un tratamiento⁵⁸.

Incluso se ha denunciado la creación de fundaciones pretendidamente independientes y sin ánimo de lucro, cuyas aseveraciones confirman científicos de prestigio, que en realidad encubren los intereses de empresas farmacéuticas o biomédicas y realizan también una actividad de publicidad encubierta⁵⁹.

En todo caso, las conductas descritas parecen encajar perfectamente, como prácticas comerciales encubiertas, en el ámbito de aplicación del art. 26 LCD, que las califica de desleales por engañosas. Obsérvese que son perseguibles por no aparecer directamente su naturaleza publicitaria, con independencia del contenido, veraz o no, del propio mensaje publicitario encubierto, pues en ello radica precisamente su carácter engañoso, no referido en este caso a omisiones o afirmaciones inexactas sobre las características o eficacia del producto o servicio⁶⁰.

Otra forma de publicidad habitual en las empresas biomédicas que ha originado una razonable prevención es el patrocinio de congresos, simposios y otras reuniones pretendidamente científicas. Ello presenta dos variantes, según se trate de citas estrictamente profesionales, o de actos abiertos al público en general. En el primero de los

⁵⁸ Véase el art. 3.6º de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que, con el propósito de amparar la independencia de quienes han de prescribir medicamentos o productos sanitarios, prohíbe que quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, comercialización o distribución de los mismos ofrezca incentivos, descuentos, bonificaciones, primas u obsequios a los profesionales implicados o sus parientes (una norma similar ya se incluyó en el art. 17 RD 1416/1994). Téngase en cuenta que el citado texto legal recoge un concepto muy amplio de medicamento que comprende como “medicamentos de terapia avanzada” los llamados “medicamentos de terapia génica” y los “medicamentos de terapia celular somática” (art. 47), que enlazan directamente con los últimos avances biomédicos. En el mismo sentido prohíbe los incentivos a profesionales sanitarios el art. 39 del RD 1591/2009, de 16 de octubre, de productos sanitarios.

⁵⁹ Puede verse el artículo de M. PÉREZ OLIVA “Avances médicos con intereses ocultos”, publicado en el Diario “El País” el 17 de enero de 2010, que destapaba la intencionalidad de un artículo sobre un medicamento de tratamiento del dolor presentado en un Congreso en Lisboa firmado por una periodista del propio medio de comunicación, invitada a la capital lusa por el laboratorio fabricante.

⁶⁰ Como subraya M. SÁNCHEZ RUIZ (“Comentario a los arts. 4 y 5”, en E.J. LÁZARO SÁNCHEZ –coord.–: *op. cit.*, pg. 116), el engaño puede proceder de la forma de presentación de la publicidad, no del fondo de ésta. Ello ocurre cuando la publicidad no se identifica fácilmente como tal. La reforma de la Ley de Competencia Desleal por Ley 29/2009 ha venido a subsanar la laguna, reiteradamente criticada por la doctrina, de la Ley de Publicidad, que no incluía expresamente entre las formas de publicidad ilícita la encubierta. Sin embargo, la norma que la precedió, el Estatuto de la publicidad sí recogía entre los principios publicitarios el llamado “principio de autenticidad”, según el cual el público tenía derecho a que toda actividad publicitaria se identificara claramente como tal.

supuestos las posibilidades de influir en las decisiones de los profesionales sanitarios en sus relaciones con los pacientes a través de invitaciones a los viajes, pago de honorarios, comidas, etc., ha hecho necesaria una regulación al respecto⁶¹. En el segundo, el público en general que piensa asistir a una conferencia divulgativa sobre avances médicos puede recibir encubiertamente mensajes publicitarios de productos o técnicas médicas ofrecidas por el patrocinador. En ambos supuestos podría tratarse de publicidad corporativa, es decir, de promocionar o prestigiar una empresa globalmente, sin ofrecer ningún producto o servicio concreto que aquélla tenga en el mercado, con el propósito de que el destinatario (sea profesional sanitario o público en general) la tenga presente cuando tenga que realizar una contratación en particular⁶².

Por otra parte, téngase en cuenta que, como ya hemos hecho notar, la publicidad de ciertos medicamentos y productos sanitarios no puede tener como destinatario al público en general, sino los profesionales sanitarios que han de prescribirlos⁶³. No es infrecuente, sin embargo, burlar tal prohibición poniendo a disposición de los pacientes en las salas de espera de las consultas médicas folletos publicitarios que en principio sólo podrían tener como destinatarios a los profesionales sanitarios pero que, por los términos en que están redactados y admoniciones directas a los particulares interesados, permiten fácilmente averiguar a quienes han concebido los anunciantes como destinatarios reales. De alguno de estos casos ha conocido ya el Jurado de Publicidad.

⁶¹ Art. 40 RD 1591/2009, que diferencia los incentivos a profesionales sanitarios de la hospitalidad ofrecida a éstos en el marco de reuniones profesionales y científicas, que habrá de ser moderada en su nivel y subordinada al objetivo principal de la reunión y no extenderse a personas que no sean profesionales de la salud. En las publicaciones de trabajos y ponencias de congresos y reuniones científicas se hará constar la fuente de financiación.

⁶² Puede verse la sanción a un laboratorio por hacer publicidad de un producto, a través de la celebración de un simposio, antes de obtener autorización administrativa de comercialización, en STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2007 (sala de lo contencioso-administrativo, JUR 2007, 268567), de interés por tratar de discernir reuniones científicas y promocionales.

⁶³ En el art. 78 de la Ley 29/2006, del Medicamento, se establecen los requisitos para poder hacer publicidad al público en general de algunos medicamentos, en concreto los no financiados con fondos públicos, en los que no es necesaria prescripción facultativa y que no contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes. En todo caso, la publicidad de medicamentos al público en general está sometida a control administrativo previo. Respecto a las restricciones en la publicidad directa o indirecta al público en general de productos sanitarios, téngase en consideración lo dispuesto en el art. 38 del RD 1591/2009, de 16 de octubre, que indica, en el apto. 3º, que “los medios de información y promoción utilizados como soporte, ya sean escritos, audiovisuales o de otra naturaleza, tendrán carácter básicamente científico y se distribuirán con carácter general a profesionales sanitarios”. A pesar del amplio concepto de “producto sanitario” que esta norma encierra, parece evidente que su ámbito de aplicación no se extiende a técnicas, pruebas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos, que son más propiamente servicios sanitarios, a los que, sin embargo, deberían de fijarse, a mi juicio, idénticas restricciones.

1.4. Instrumentos jurídicos contra la publicidad sanitaria engañosa

De las referencias hasta ahora realizadas se advierte que una conducta de publicidad engañosa puede tener, eventualmente, consecuencias en los ámbitos penal, administrativo y, desde luego, en el puramente privado, civil y mercantil. Dejando al margen los casos más graves en que estemos ante un ilícito penal, la publicidad engañosa puede tener sanción puramente administrativa, como infracción de la normativa aplicable sobre transparencia y veracidad⁶⁴ o de la de protección de consumidores y usuarios, o ser sustrato de acciones civiles ante los tribunales de este orden jurisdiccional. En este último caso pueden ejercitarse acciones de cumplimiento contractual o de responsabilidad por daños causados en el curso de la atención médica, vinculados a la información proporcionada en campañas publicitarias, generalmente consistente en creación de falsas expectativas en los consumidores. En este sentido se pronuncia la SAP de Navarra de 12 de febrero de 2010⁶⁵, calificando de publicidad engañosa la realizada en torno a un tratamiento contra el acné a través de Internet por generar falsas expectativas⁶⁶. Ello justifica el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños morales, aunque no que se estime la pretensión de ineficacia del contrato, con base en el incumplimiento. La devolución del precio del tratamiento y una indemnización por las secuelas físicas de aquél y los daños morales sufridos se reconoce en SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004⁶⁷ sobre la base de que

⁶⁴ Además de las ya citadas anteriormente puede verse la STSJ de Aragón de 18 de diciembre de 1999 (RJCA 1999, 5092), que sanciona como publicidad engañosa la conducta de colocación de una placa que anunciaba una clínica dental cuando el titular de la actividad era licenciado en Medicina General pero no en Odontología. Mayor interés presenta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de septiembre de 1998 (RJCA 1998, 3341) en relación con la presentación publicitaria por parte de una clínica de un tratamiento láser como solución definitiva para acabar con el problema de los ronquidos cuando en realidad debía completarse con un régimen de adelgazamiento y dejar de fumar para obtener los resultados perseguidos. Ante las alegaciones de la clínica sancionada de las evidencias científicas de los efectos positivos de la técnica de láser sobre los ronquidos, el tribunal sentencia que no se está discutiendo tal cosa sino que el tratamiento por sí mismo era capaz de solucionar el problema. Como no era cierto, la publicidad resultó engañosa al inducir a contratar a quien no deseaba ni dejar de fumar ni someterse a dieta de adelgazamiento y que, de haber tenido conocimiento de esos datos, no lo habría hecho.

⁶⁵ AC 2010, 465.

⁶⁶ Según el tribunal “El dictamen médico, ratificado en el juicio, puso de manifiesto que el tratamiento más adecuado era la medicación oral, mientras que el ofrecido por Corporación Dermoestética era complementario. Esta circunstancia es omitida tanto en los consentimientos informados como en los contratos suscritos por las partes. Se creó una falsa expectativa, privando al actor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de someterse a los tratamientos. Se evidencia aún más con la publicidad en Internet”.

⁶⁷ JUR 2005, 32471. Se trataba de intervenciones en el brazo y rostro de la actora para la supresión por láser de una marca de vacuna y la realización de un lifting facial. Los folletos publicitarios aseguraban que el tratamiento era totalmente eficaz en todos los tipos de piel y a casi cualquier edad, pero la piel de la actora quedó con manchas oscuras que afeaban su aspecto.



“ciertamente hubo consentimiento, no consta error en su realización ni tampoco desatención alguna, pero los resultados resultan tan evidentemente contrarios a las previsiones ofertadas, no sólo en los contratos suscritos donde se describían las posibles incidencias, sino lo que es más destacable en la publicidad tan llamativamente elaborada y ofrecida a los usuarios, que bien puede pensarse que en estos casos el consentimiento se vio parcialmente viciado”.

Desde otra perspectiva, no podemos olvidar la posibilidad de ejercitar acciones judiciales enmarcadas en el estricto ámbito del Derecho de la publicidad o Derecho de la competencia, que se tramitarán por los trámites del juicio ordinario, a no ser que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda según la cuantía (art. 249.1º.4 LEC)⁶⁸, siendo competentes para conocer de ellas los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter 2 LOPJ). Debe tenerse en cuenta al respecto lo previsto en los arts. 32 y ss. LCD, que unifican las acciones y remedios previstos en esta Ley y en la de Publicidad y permiten el ejercicio de una acción declarativa, de cesación en el futuro de la publicidad engañosa, de remoción de los efectos producidos, de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto⁶⁹. Tales acciones no pueden acumularse con las de naturaleza contractual ante un Juzgado de 1ª instancia⁷⁰.

Además, como complemento del control judicial en materia de publicidad cumple un papel esencial la autorregulación⁷¹, que evita la judicialización de numerosos conflictos sobre publicidad engañosa. En este sentido, aunque con escasa incidencia todavía en el ámbito estrictamente sanitario no farmacéutico⁷², debe reseñarse la función de Autocontrol

⁶⁸ Si se trata de la acción de cesación en defensa de intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, según el art. 250.1º 12 LEC, los trámites serán los del juicio verbal.

⁶⁹ Según la acción escogida existen diferencias en la legitimación activa, pues es más amplia en los casos de las acciones declarativa, de cesación, de remoción y de rectificación (incluso están legitimados el Instituto Nacional del Consumo y entidades autonómicas con competencia en la materia y las asociaciones de consumidores y usuarios) que en las que se pretende resarcimiento de daños y perjuicios o se acciona con base en un enriquecimiento injusto, caso este último en que sólo puede plantear la demanda el titular de la posición jurídica violada.

⁷⁰ No constituyen casos aislados las demandas por intromisión ilegítima en el honor interpuestas por las entidades acusadas públicamente de haber sido objeto de frecuentes acciones judiciales por publicidad engañosa. Así lo hizo “Corporación Dermoestética” contra la Asociación de Defensa del Paciente que hizo denuncias y reclamaciones de esta naturaleza, acción judicial desestimada en apelación por la SAP de Valencia de 30 de noviembre de 2005 (AC 2008, 2051). Un supuesto similar puede verse en SAP de Madrid de 15 de enero de 2000 (AC 2000, 718).

⁷¹ Vid. art. 37 LCD.

⁷² Sí existe un Código de buenas prácticas sobre la promoción de los medicamentos.



(Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) y en particular del Jurado de la Publicidad, órgano extrajudicial de resolución de controversias, ante el que pueden presentar reclamaciones particulares, asociaciones de consumidores y empresas invocando la infracción de normas éticas contenidas en los Códigos de conducta a los que se hayan adherido voluntariamente empresarios y profesionales. Su intervención en la publicidad de los denominados “productos milagro”, regulados por el RD 1907/1996, así como en la de medicamentos y otros productos farmacéuticos, ha sido muy frecuente, velando por la retirada de publicidad que incumple las exigencias legales o las obligaciones asumidas en códigos de conducta⁷³.

La existencia de estos medios de autorregulación en ciertos ámbitos así como el sometimiento a un régimen de autorización administrativa previa de la publicidad en el ámbito sanitario, generalmente aplicado por las autoridades autonómicas competentes, que han creado Comisiones de control de la publicidad sanitaria, minimiza los conflictos que llegan a la vía judicial. En todo caso, es de advertir de nuevo que el control funciona bastante satisfactoriamente en cuanto a medicamentos y productos sanitarios, pero flaquea en el caso de prestación de servicios sanitarios, sobre todo a través de Internet, a causa de su extraterritorialidad.

2. Publicidad sanitaria agresiva

Como se ha puesto de manifiesto⁷⁴, la publicidad de ordinario es una combinación de técnicas persuasivas dirigidas a zonas sentimentales y emocionales del destinatario mediante cuya excitación se influya en la decisión de aquél de contratar. Sin embargo, la presión ejercida sobre el consumidor por los mensajes publicitarios debe estar sujeta a límites que, tras la Ley 29/2009, se han incorporado al art. 8 LCD bajo la denominación de prácticas agresivas (como transposición de la Directiva de 2005 sobre Prácticas Comerciales Desleales)⁷⁵. Se trata de todas aquéllas que por sus características o

⁷³ Así, por ejemplo, resolución de 23 de marzo de 2006, sobre la publicidad de unas plantillas adelgazantes (“Dr. Metz”) que utilizaban la imagen de un médico para la promoción.

⁷⁴ ALONSO ESPINOSA: *loc. cit.*, pg. 41.

⁷⁵ Un tratamiento general de la reforma puede verse en J. MASSAGUER FUENTES: *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006; A. TATO PLAZA: “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores”. *Revista de Autocontrol*, 2007; “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal” Partes I y II, *Revista de Autocontrol*, 2010; E. LEIÑENA MENDIZÁBAL y N. IRÁCULIS ARREGUI: “La reforma del Derecho español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009”, *AC* (6), 2010, BIB 2010/1532.



circunstancias, mediante acoso, coacción, uso de fuerza o influencia indebida, mermen significativamente la libertad de elección del consumidor, incidiendo en su comportamiento económico.

En la oferta publicitaria de determinados tratamientos médicos es esencial, a mi juicio, para calificar la práctica de agresiva, valorar la situación de especial vulnerabilidad en que se puede encontrar el consumidor, a causa de sus condiciones personales, familiares o de salud, en el momento de entablarse el contacto directo con el empresario. Puede tratarse, directamente, de lo que se suele denominar explotación del miedo, en este caso a los efectos de una enfermedad o incluso a contraerla, o de aprovechar un momento de debilidad por haber sufrido una pérdida o recibido alguna mala noticia en el ámbito de salud o familiar⁷⁶. Ello encaja perfectamente en las previsiones del art. 8 c) LCD cuando califica de práctica desleal por agresiva “la explotación por el empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia conocido por el destinatario suficientemente grave como para influir en su decisión con respecto al bien o servicio”.

Por lo demás, podría calificarse de “influencia indebida” el abuso de confianza por parte de un médico que, aprovechándose de un trato habitual con su paciente, le hace llegar publicidad de ciertos servicios sanitarios y hace presión para inducirle a la contratación⁷⁷.

VI. La publicidad sanitaria en Internet

La globalización del conocimiento ha hecho que prácticamente todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño, centren buena parte de sus esfuerzos publicitarios desde el año 1990⁷⁸ en la Red. Entre sus ventajas, indudablemente destaca que se trata de un medio de comunicación de masas, con carácter extraterritorial y disponibilidad permanente, pero también que la publicidad es más barata y que puede ser más eficaz al ser posible programar de forma especial la información que cada potencial cliente debe recibir,

⁷⁶ Imaginemos la publicidad sobre pruebas genéticas de predisposición a padecer en el futuro una determinada enfermedad transmisible por vía hereditaria cuando acaba de fallecer un familiar consanguíneo a causa de ella o de la publicidad sobre un tratamiento de reproducción asistida cuando se sufre un aborto, tras varios de repetición, o se recibe del médico la noticia de que no será posible la paternidad o maternidad por métodos naturales.

⁷⁷ Parece que el empresario que presta el servicio puede ser un tercero, no necesariamente el que usa indebidamente su influencia con el consumidor, aunque sea lo más frecuente.

⁷⁸ En esta fecha desapareció la prohibición de utilizar Internet para difundir mensajes publicitarios, pues inicialmente se quiso mantener la Red al margen del marketing.



diferenciando los mensajes según sus destinatarios⁷⁹. No sólo se trata de facilitar la localización de la actividad empresarial sino de vender o fomentar la contratación, convenciendo de las bondades de los productos o servicios ofertados. Ello puede hacerse en Internet de diversos modos, entre los que parece destacable, al menos en el ámbito de salud que nos ocupa, la creación de una página web de la empresa con descripción de sus servicios y mensajes persuasivos incitando a contratar a quienes la visitan⁸⁰. En este caso es evidente que cada vez es más débil la frontera entre publicidad e información, pues los mensajes publicitarios no han de ser, como en otros medios, breves y concisos, y se mezcla la publicidad puramente corporativa con la de productos o servicios concretos.

En los últimos años se ha constado que el principal medio utilizado por los consumidores para informarse sobre cuestiones de salud es Internet y ello está siendo productivamente aprovechado por todo tipo de empresas, algunas sin demasiados escrúpulos⁸¹. En realidad, muchas de las terapias novedosas y de los tratamientos más ligados a la investigación biomédica puntera se publicitan, principalmente, a través de Internet, bien directamente, en las páginas web de las empresas que los ofrecen, bien indirectamente, en forma encubierta.

Como ha puesto de relieve la doctrina⁸², al convertirse la Red en un atractivo medio publicitario es lógico que se trasladen a este nuevo escenario conductas ilícitas habitualmente registradas en otros medios, como la publicidad engañosa. El problema es que las particulares características de Internet hacen que estas figuras tradicionales se muestren con una nueva cara, surgiendo supuestos de hecho que no se plantean en el resto de los medios de difusión⁸³. Por lo demás, en España la Disp. Ad. 2ª de la Ley 34/2002, de

⁷⁹ Estas y otras virtudes destaca A. TATO PLAZA “Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet”, en J.A. GÓMEZ SEGADE (dir.): *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pg. 189.

⁸⁰ Menos frecuente en la oferta de servicios sanitarios parece el recurso a otras formas de publicidad en Internet, como incluir publicidad en una página ajena, enviar mensajes de correo electrónico, utilizar banners o zing.

⁸¹ Generalmente suele afirmarse que el modelo de consumidor medio a que suele hacer referencia la legislación sobre publicidad ha de modularse cuando de Internet se trata porque el nivel cultural medio de los usuarios de la Red es superior al de aquellos de otros medios de comunicación. Sin embargo esta perspectiva no ha de conducir, a mi juicio, a bajar los niveles de protección frente a publicidad engañosa y agresiva por dos motivos: la rápida generalización del acceso a Internet en todos los sectores poblacionales en pocos años y el ámbito particularmente técnico de la información sanitaria, a diferencia de la de productos de consumo ordinario.

⁸² Mª R. FERNANDO MAGARZO: “Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet”. *Revista de Contratación Electrónica* (21) 2001, pgs. 3 y ss.

⁸³ Además, no puede olvidarse la dificultad de determinar la legislación aplicable para combatir las conductas ilícitas en la publicidad difundida a través de Internet y la jurisdicción competente para conocer de las



11 de julio, dispone que la prestación de servicios de la sociedad de información relacionados con los medicamentos y los productos sanitarios se regirá por lo dispuesto en su legislación específica. Por supuesto, en defecto de legislación especial son aplicables a la actividad publicitaria en Internet las normas de la legislación publicitaria general (LGP y LCD).

Desde otra perspectiva, en cuanto a la autorregulación de la publicidad en Internet es preciso destacar el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, que entró en vigor en enero de 2003⁸⁴ y será aplicado, en la resolución extrajudicial de controversias, por el Jurado de la Publicidad y la Junta Arbitral Nacional de Consumo.

En todo caso, en un mundo tan abierto y cambiante como el de Internet cada día preocupan nuevos problemas, como en la actualidad la publicidad encubierta a través de foros y chats a los que se suman sujetos retribuidos por empresas para que introduzcan, sin advertir de su naturaleza publicitaria ni, por supuesto, de su relación con ella, mensajes elogiosos de ciertos productos o servicios o de la entidad mercantil en sí⁸⁵. Tampoco es ajena la Red a otras formas de publicidad encubierta en páginas web pretendidamente científicas a través de reportajes, entrevistas o noticias de avances médicos, ilícitas por no poner de manifiesto que se trata de un mensaje publicitario⁸⁶, que ya hemos analizado en otros medios y merecen aquí idéntica calificación.

VII. Especial consideración de la publicidad en Medicina genética, regenerativa y reproductiva

1. Pruebas genéticas

eventuales demandas. Atendiendo, fundamentalmente, a razones de seguridad jurídica de los operadores económicos, se acogió en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre determinados aspectos jurídicos de la sociedad de información, el principio de control en origen, que implica que la publicidad realizada a través de la Red queda sujeta a la legislación propia del Estado donde tiene su origen el mensaje, es decir, donde el anunciante tiene su establecimiento, con independencia de la que rija en los lugares donde residen sus posibles destinatarios. No obstante, y aunque ello haya de ser objeto de interpretación restrictiva, pueden hacerse efectivas excepciones a este principio si la medida adoptada por un Estado se justifica en la protección de la salud pública.

⁸⁴ No se considerarán, a efectos de este Código, publicidad, los contenidos editoriales de las páginas web, entendiéndose por tales todos aquéllos que no estén orientados a la promoción, directa o indirecta, de la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones.

⁸⁵ La Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo trabaja en un proyecto de informe para encauzar la publicidad *on line* abusiva (vid. *La Ley* nº 7491, 19 de octubre de 2010, *La Ley* 13384/2010).

⁸⁶ Se vulnera, pues, el denominado principio de identificación publicitaria.

La realización de pruebas o análisis genéticos se oferta hoy en el mercado, particularmente a través de Internet, con finalidades muy variadas, no siempre relacionadas con la salud⁸⁷, y escaso control, tanto en cuanto a sus destinatarios como a la veracidad de sus pretendidas finalidades o al procedimiento de realización de los estudios⁸⁸. En todo caso, aunque el propósito pretendido no sea médico, el procedimiento de análisis, aunque sumamente sencillo en algunos casos, sí lo es⁸⁹, por lo que, si bien podría ser dudoso que la realizada haya de calificarse siempre de publicidad sanitaria, resulta imprescindible acabar con la laguna de regulación padecida por esta actividad. Ello es todavía más evidente tomando en consideración que pueden estar en juego intereses de menores o de terceros cuyo consentimiento para la realización de las pruebas es obviado⁹⁰.

⁸⁷ Entre las más perseguidas en la actualidad puede mencionarse la constatación o exclusión de relaciones de consanguinidad entre dos sujetos (generalmente hijo o hija y padre) o la identificación de personas, generalmente fallecidas, pero pueden apuntarse otras, sin duda más extravagantes, como la comprobación de infidelidades de la pareja o la averiguación de presuntas compatibilidades con otra persona.

⁸⁸ La realización de pruebas genéticas en España tan sólo tiene regulación, si son de finalidad sanitaria, en los arts. 46 y ss. LIB. Tales preceptos, que sirven para excluir determinadas aplicaciones en ámbitos distintos del de la salud, sólo regulan las cuestiones relativas a la prestación del consentimiento informado, protección de los datos genéticos, consejo genético y acreditación de centros. No existe, pues, normativa aplicable a otro tipo de pruebas genéticas y ninguna de las vigentes pone el acento en la publicidad de estos servicios. En el ámbito autonómico ha de destacarse la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, de Andalucía, reguladora del consejo genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía.

⁸⁹ En la mayoría de los casos se trata de un simple análisis de una muestra de saliva tomada del sujeto fuente. En ocasiones la prueba la realiza el consumidor en su propio domicilio y en otros casos se envía la muestra por correo al laboratorio genético donde sus técnicos realizan la prueba y envían a aquél los resultados en la forma pactada (sobre los aspectos contractuales puede verse A. DÍAZ MARTÍNEZ: “Los contratos de realización de pruebas genéticas y prestación de servicios de diagnóstico y asesoramiento genético”, en S. ADROHER BIOSCA y F. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN –dir.–: *op. cit.*, pgs. 1025-1041).

⁹⁰ Particular alarma ha creado la venta por Internet de kits para la realización casera de pruebas de paternidad o maternidad, denunciada por el “Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret” (OBD), de la Universidad de Barcelona (“Documento sobre pruebas genéticas de filiación”, 2006), que ha solicitado se prohíba a causa de su falta de fiabilidad, por no incluir el consentimiento informado de las personas implicadas ni asegurar la identificación de los solicitantes (<http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret>). Recientemente se ha constatado también la publicidad a través de Internet de unas pruebas presuntamente científicas que, a través del análisis de un gen, el ACTN3, informan a padres y entrenadores (según publicidad literal de la página web de la empresa que las comercializa, “Atlas Sports Genetics” sobre la aptitud de un niño en el ámbito deportivo, con el fin de encauzar su dedicación o potenciar su rendimiento. El método se publicita como simple, seguro y no invasivo, con afirmaciones como “¿Es posible desarrollar una serie de tests genéticos que puedan medir y predecir el talento deportivo? La respuesta es sí”. Diversos especialistas en Genética de Universidades americanas han denunciado ya la práctica como engañosa, poniendo de relieve que en el rendimiento deportivo entran en juego, al menos, 200 genes y ya se han realizado pruebas con deportistas de élite en que las conclusiones del único estudio que sirvió para el desarrollo de estas pruebas no resultan corroboradas.

Limitando el objeto de nuestro estudio a las de finalidad sanitaria, ocupan un lugar destacado actualmente en el mercado las pruebas genéticas predictivas, que presuntamente presentan la virtualidad de advertir del riesgo o predisposición a padecer cierto tipo de enfermedades⁹¹. Este tipo de análisis, que resulta comúnmente ofrecido de forma directa a los consumidores, juega a menudo con la explotación del miedo a sufrir una enfermedad grave que ha aquejado ya a otros miembros de la familia, con apelaciones directas incluso a la muerte de tales familiares y, a mi juicio, raya en los límites de la publicidad agresiva. Pero, además, es probable que a menudo este tipo de publicidad sea engañosa por omisión, pues la comunidad científica está de acuerdo en resaltar que, junto con la predisposición genética, otros factores, especialmente medioambientales o de hábitos de vida, pueden resultar clave para desarrollar una enfermedad, información no siempre proporcionada para no minimizar la percepción del consumidor sobre la utilidad de la información que le facilite la prueba⁹². Debido a los efectos nocivos que la realización de este tipo de pruebas sin el debido asesoramiento y correcta interpretación de los resultados puede generar en la salud de los consumidores (ansiedad, estrés...) y a lo escasamente fiable, en términos científicos, de sus respuestas, quizá lo más adecuado sería limitar drásticamente la publicidad directa a aquéllos de las pruebas genéticas, como se hace en nuestro Derecho con gran parte de los medicamentos y productos sanitarios o, en otro caso, controlar de manera más efectiva la existencia de publicidad engañosa y agresiva⁹³. El indudable

⁹¹ Indudablemente, la realización de pruebas genéticas de otra índole como las aptas para conocer el tratamiento más efectivo para un determinado organismo humano, aquejado por una enfermedad, para predecir la respuesta frente a cierto tipo de fármaco o para la aplicación de las denominadas terapias génicas es de extrema utilidad en la Medicina actual, pero desde el punto de vista que nos ocupa presenta menor interés porque generalmente se publicitan directamente a los profesionales médicos y no a los consumidores. No obstante, existen en Internet anuncios de productos genéticos para diseñar una Medicina personalizada directamente dirigidos a los pacientes (<http://www.myriad.com/products/personalized.php>).

⁹² Hace pocos años un anuncio en la prensa y televisión estadounidense sobre tests genéticos para una teórica prevención del cáncer de mama levantó una gran polémica. El spot, de la empresa “Myriad Genetics”, animaba a la realización de pruebas genéticas sobre si se era portadora de mutaciones en ciertos genes que predisponen a desarrollar un tumor mamario con imágenes de mujeres, presentadas como miembros de la familia de la destinataria del mensaje, que ya habían padecido esa grave enfermedad. Enseguida surgieron dudas sobre la exactitud de algunos de los reclamos publicitarios y, sobre todo, sobre la oportunidad de anunciar directamente a los consumidores este tipo de análisis. Además, preocupó de inmediato si se podría garantizar a las mujeres que contrataran una información adecuada sobre las implicaciones de la prueba y la interpretación de los resultados. El anuncio puede verse hoy en Internet publicitando en estos términos el denominado “BRAC analysis testing”, con testimonios pretendidamente reales e información más detallada sobre su eficacia en un segundo plano, aunque se ofrece de forma directa una interpretación de los resultados y consejos sobre las acciones a realizar según hayan sido aquéllos.

⁹³ Así lo recomienda también en el Reino Unido el “Nuffield Council on Bioethics” en su informe “Medical profiling and on line medicine: the ethics of personalised healthcare in a consumer age” (publicado en octubre de 2010 y disponible en su web, www.nuffieldbioethics.org). En él este organismo independiente insta a los



potencial de las pruebas genéticas para coadyuvar a decisivos avances en la Medicina no se debería empañar por prácticas comerciales reprobables que utilizan la credulidad de unos consumidores inexpertos en la materia para vender sus productos o servicios falseando su utilidad y valor⁹⁴.

2. Terapias celulares

En los últimos años toda la actividad relacionada con la investigación y aplicación técnica de terapias celulares en el tratamiento de graves enfermedades ha suscitado un gran interés mundial. Sin embargo, los esperanzadores avances en el ámbito de la medicina regenerativa en dolencias neurológicas o cardíacas no pueden hacer olvidar que estas terapias se encuentran todavía en un estado embrionario de desarrollo. Sin embargo, a través de sus páginas web algunos centros médicos, muchos de ellos ubicados en países centroeuropeos como Alemania, realizan agresivas campañas de captación de clientes, sirviéndose de su propia desesperación o la de sus familiares al no encontrar cura a través de tratamientos convencionales. A través de una publicidad ciertamente engañosa ofrecen, incorporando incluso testimonios de pacientes presuntamente curados o muy mejorados de sus dolencias, tratamientos con células madre, que han originado lo que ya se ha dado en llamar “turismo celular”. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, siguiendo las indicaciones de la Agencia Europea, ha emitido un comunicado alertando a la sociedad en general, a las asociaciones de pacientes y a los profesionales sanitarios sobre la oferta, de forma ilegal, por vía electrónica de este tipo de terapias⁹⁵. La terapia celular sigue siendo todavía experimental porque quedan todavía muchas dudas científicas por resolver, de manera que ofertar tratamientos curativos constituye una práctica comercial de publicidad

Gobiernos, por un lado, a concienciar a la población sobre la escasa utilidad de los tests genéticos ofertados por Internet por arrojar resultados falsos o información poco clara, no fiable o imprecisa y, por otro, a establecer un sistema de acreditación para los proveedores *on line* de este tipo de análisis para consumo personal directo.

⁹⁴ En Estados Unidos se hizo el experimento de enviar muestras de cinco donantes a cuatro de las principales empresas dedicadas a la práctica de análisis genéticos del país, recibiendo resultados contradictorios (un mismo donante fue informado de que tenía un riesgo de padecer cáncer de próstata superior al medio, inferior al medio y en la media). Ello se debe a la falta de estándares para el cálculo de riesgos, circunstancia de la que, obviamente, no se informa al consumidor.

⁹⁵ En realidad, en España las terapias con células madre utilizadas para el tratamiento de cualquier enfermedad tienen, con carácter general, el tratamiento de medicamento. En consecuencia su utilización y publicidad debe ajustarse a las normas establecidas para ellos. Hasta el momento ningún medicamento basado en células madre ha sido autorizado para su comercialización en la Unión Europea, por lo que la publicidad es, claramente, ilegal. Sólo se podrían usar sin tal autorización a través de la participación en ensayos clínicos o en el marco de lo que se denomina “un uso compasivo”, siempre controlado por las autoridades sanitarias competentes.

engañoso, además de generalmente agresiva⁹⁶ por su planteamiento. En todo caso, debido a lo previsto en el art. 47.2º de la Ley del Medicamento, que considera en España la inyección de células humanas con fines terapéuticos como medicamento⁹⁷, hemos de aplicar en materia de publicidad las normas previstas para éstos, sumamente restrictivas en cuanto a la posibilidad de orientarla directamente a los pacientes o consumidores en lugar de los profesionales sanitarios.

Por otra parte, al calor de los avances científicos en las terapias celulares, aunque en su mayor parte carezcan todavía de garantías científicas acreditadas, en los últimos años se está difundiendo publicidad de otro tipo de empresas, dedicadas al almacenamiento de células procedentes del cordón umbilical de recién nacidos, en que se ofrece a los padres que contraten este servicio la posibilidad de facilitar a sus hijos la curación de graves enfermedades que pudieran llegar a padecer en el futuro. La sensibilización de los juristas ante la publicidad, a menudo engañosa por omisión, de este tipo de bancos, anunciados no sólo en Internet sino también en folletos facilitados a los futuros padres en consultas obstétricas y clínicas de reproducción asistida, quedó patente en la STS de 9 de febrero de 2010 (Sala 3ª)⁹⁸, que enjuició la validez del Decreto de la Comunidad Autónoma madrileña reguladora de la actividad de estos centros⁹⁹. En efecto, pone de relieve el Supremo que han de tomarse medidas para garantizar no sólo la protección de la salud sino también el derecho de la madre o de la pareja progenitora a recibir una información cierta y suficiente e impedir toda publicidad engañosa, falsa o tendenciosa¹⁰⁰. En este caso, aunque la crioconservación de células troncales de la sangre del cordón umbilical significa, en efecto, una esperanza más en el tratamiento de ciertas enfermedades¹⁰¹, el modo de captar la clientela no se ajusta siempre a los criterios de transparencia y veracidad sobre la eficacia y utilidad del servicio ofertado, creándose abiertamente falsas expectativas. No puede

⁹⁶ Art. 8.2 c) LCD.

⁹⁷ Se denominan “medicamentos de terapia celular somática”, subespecie de los denominados “medicamentos de terapia avanzada”.

⁹⁸ JUR 2010, 74219.

⁹⁹ Decreto 28/2006, de 23 de marzo, definitivamente declarado nulo.

¹⁰⁰ No compartimos, sin embargo, la afirmación, vertida por el Supremo en esta sentencia, de que los destinatarios de la actividad de los centros de crioconservación de células extraídas de la sangre del cordón umbilical no son exactamente consumidores o usuarios en el sentido de las normas dedicadas a su protección, sino “usuarios del sistema sanitario”.

¹⁰¹ Se trata, principalmente, de inmunodeficiencias, cierto tipo de leucemias, anemia de Fanconi o defectos metabólicos congénitos, aunque se defiende en algunos sectores la posibilidad de aplicación en el futuro en la reparación de órganos o tejidos dañados. No obstante, la práctica carece actualmente de respaldo de las instituciones europeas (en este sentido, el “Grupo Europeo de Ética en la Ciencia y las Nuevas Tecnologías”, de la Comisión Europea, en un informe emitido en 2004, puso de manifiesto sus dudas al respecto).

olvidarse que el RD 1301/2006, de 10 de noviembre, y hoy el Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio, que lo ha sustituido¹⁰², han impuesto límites relevantes a estos establecimientos en cuanto al uso autólogo que puede darse a las muestras recogidas, principalmente perseguido por los padres y ofertado en la publicidad, debido a la prevalencia que otorga el legislador español al sistema público de trasplantes, basado en los principios de solidaridad y altruismo. Tales restricciones no son, de ordinario, suficientemente resaltadas en la publicidad que de los bancos privados se viene haciendo habitualmente en el mercado. Por ello, el art. 4.3º *in fine* de la citada norma califica de engañosa la publicidad que induzca a error sobre la utilidad real de la obtención, procesamiento y preservación de células y tejidos humanos para usos autólogos eventuales, de acuerdo con los conocimientos y experiencia disponibles y obliga a informar, antes de la obtención de la muestra, del estado de los conocimientos científicos sobre los posibles usos de las muestras. Al respecto ha de tenerse en cuenta que las células almacenadas no podrán ser empleadas finalmente para el tratamiento del sujeto fuente en ciertas enfermedades en que el uso de la sangre del propio cordón umbilical está contraindicado y, además, que pierden su potencialidad en un cierto tiempo (como máximo parece ser de diez o quince años), por lo que carece de sentido su conservación más allá. Cualquier publicidad que pueda inducir a error en la contratación del servicio por obviar este tipo de información o hacer creer al consumidor algo diferente es, sin duda, ilícita por engañosa¹⁰³. La restrictiva legislación española en la materia ha originado que las empresas que ofrecen en el mercado estos servicios generalmente no tengan su sede social principal en nuestro país ni preserven las muestras en España, aunque de ello tampoco se advierte en todos los casos en su oferta publicitaria¹⁰⁴.

3. Reproducción asistida humana

¹⁰² El RD 1301/2006 fue anulado por STS de 30 de mayo de 2014 (JUR 2014, 168845), por insuficiencia de rango, lo que obligó al Gobierno a recoger su contenido en el citado Decreto-ley.

¹⁰³ Los bancos han de informar, con anterioridad a su obtención, de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica (art. 7.2º del Real Decreto-Ley 9/2014).

¹⁰⁴ La alerta ante estas prácticas no ha surgido exclusivamente en Europa. De ello es buena muestra la Recomendación de la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante (RDCIT) a las autoridades sanitarias de los Estados miembros sobre políticas relacionadas con terapias celulares, que en su apartado d) insta a “mejorar la seguridad y la eficacia de la donación y los trasplantes de órganos, tejidos y células mediante la promoción de sus indicaciones clínicas aprobadas y el uso de prácticas con evidencia científica, a fin de impedir la publicidad engañosa y la aplicación de terapias celulares aún no validadas”. Desde otra perspectiva, en el apartado f) se recomienda “desalentar la promoción del almacenamiento de células en bancos privados para uso autólogo y promover en cambio la creación de bancos públicos para el almacenamiento de sangre de cordón umbilical”.



Desde 1978, rápidos han sido los avances en Medicina reproductiva y hoy multitud de parejas y mujeres que desean asumir una maternidad en solitario buscan las prestaciones de las clínicas privadas, que han irrumpido en el mercado de los servicios sanitarios y ofrecen su publicidad a través de diversos medios.

Especialmente polémica ha sido la orientada a obtener donaciones de óvulos de mujeres jóvenes y sanas, en la que se pone el acento en las compensaciones económicas que se recibirán y se silencian los riesgos, algunos de ellos graves, que se afrontan con el tratamiento de hiperestimulación ovárica¹⁰⁵. En cuanto al primer aspecto, el art. 5.3º LTRHA, sobre la base de que se trata de una donación y el sentido de la compensación que autoriza la Ley es resarcir simplemente molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales, advierte que “Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos”¹⁰⁶.

No obstante, tales campañas para promover la donación de ovocitos no conforman publicidad dirigida a consumidores, por lo que parece preferible centrar nuestras observaciones en la destinada a las parejas o mujeres interesadas en el tratamiento y principalmente volcada en ofrecer las tasas de éxito de los tratamientos. Ciertamente, no solemos estar ante mensajes literalmente falsos, pero también constituyen publicidad engañosa los literalmente ciertos que sean susceptibles de inducir a error a los destinatarios. Generalmente, la confusión se crea al ofrecer datos globales de gestaciones logradas sin distinguir sectores de edad ni patología concurrente. La puesta en marcha de un Registro estatal de actividad de los centros de reproducción asistida¹⁰⁷ pretende generar un mecanismo público de información objetivo y al margen de intereses comerciales al que los interesados puedan recurrir para confrontar datos y tomar una decisión bien fundada sobre la contratación. Por otra parte, por lo común no se incluyen referencias concretas al precio

¹⁰⁵ UROZ y GUERRA: “Donation of eggs in assisted reproduction and informed consent”. *Medicine and Law* 28 (2009), pgs. 565-575.

¹⁰⁶ Respecto de los riesgos de los tratamientos farmacológicos aplicados a las donantes de ovocitos, muy poco se profundiza en las páginas web de los centros o en carteles o anuncios breves, pero incluso ocurre algo similar en los documentos de consentimiento informado que preceptivamente deben firmar. Así, escasa información se proporciona del síndrome de hiperestimulación ovárica y se niega toda relación con el riesgo de cáncer, que algunos estudios científicos advierten como real.

¹⁰⁷ Su soporte legal se encuentra en el art. 22 LTRHA, aunque por el momento únicamente existe un registro, de carácter voluntario, que gestiona la SEF (Sociedad Española de Fertilidad). En algunas Comunidades Autónomas funcionan registros de actividad de los centros de reproducción asistida de la sanidad pública.



www.uclm.es/centro/cesco/
Productos y Servicios sanitarios
Estudios

de los tratamientos en la publicidad pero en ocasiones se utiliza la encubierta en reportajes en prensa para hacer llegar a los interesados datos engañosos con precios más bajos de los reales al no tomar en consideración pruebas adicionales que luego resultan pertinentes y son de práctica casi rutinaria¹⁰⁸.

¹⁰⁸ En una decisión pionera en nuestro país, la AP de Álava ha confirmado, en sentencia de 18 de febrero de 2008 (AC 2008, 855), la decisión que amparaba a la mujer a la que el centro de reproducción asistida le reclamaba una cantidad de dinero en concepto de honorarios no pagados, partiendo de su condición de consumidora y de la defectuosa información proporcionada, aplicando el art. 13 de la entonces vigente LGDCU, relativo a la información que debe proporcionarse al consumidor sobre el precio de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado (ahora, art. 20.1º c) TRLCU).