

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1097/2009 de 17 noviembre**

**DELITO RELATIVO AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES POR FALSEDAD PUBLICITARIA: INEXISTENCIA.** Aplicación limitada a casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores: forma de determinación de la condición de engañosa de la publicidad ejercida; inexistencia: Centro de Estudios Superiores privado que ofrece curso sobre osteopatía informando en los folletos que será convalidado por organismo oficial británico, realizándose el curso con tal fin en Madrid, cuando el curso se debía hacer en Londres, no siendo la oferta intencionalmente engañosa al tener el acusado inicialmente la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizaría en Madrid.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.**-Ha quedado probado y así se declara que Carlos Miguel, de 42 años de edad y sin antecedentes penales, constituyó el 20 de mayo de 1998 la sociedad mercantil Universidad Popular Unión Europea, Regiones Europeas, Open University of European Unity S.L. (UPUERE S.L.). La sociedad, de la que es administrador único el acusado, tiene como domicilio social el sito en la calle Arganda número 34 bajo de Madrid y es su objeto social es "impartir educación, cultura y formación teórica y práctica a todos los niveles, superior, medio y elemental, en especial en Ciencias de la Salud, así como la creación, instalación y explotación de clínicas y fundaciones".

Para ello se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra), denominado posteriormente British College of Osteopathic Medicine (BCOM) un acuerdo por el que este último podría reconocer el diploma que se expidiera en UPUERE a los alumnos para poder optar, tras un curso de conversión, a una titulación universitaria oficial británica.

Ante la expectativa de una pronta concreción de dichos acuerdos y sobre todo por la existencia de una cláusula de exclusividad fechada el 3 de diciembre de 1997, Carlos Miguel creó la UPUERE y comenzó su actividad, ofertando sus servicios.

**SEGUNDO.**-Con motivo de tal creación y para comenzar su funcionamiento llevó a cabo una campaña de publicidad, consistente fundamentalmente en folletos, en los que había constar expresamente que los estudios para el curso "Estudios superiores de osteopatía" estaban homologados por el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra), denominado posteriormente British College of Osteopathic Medicine (BCOM).

En el folleto más específicamente dedicado a la publicidad de dicho centro se indicaba expresamente lo siguiente: "Nuestro programa académico está supervisado y homologado por el colegio británico, British College of Naturopathy & Osteopathy, BCNO, y la supervisión con éxito del programa permite obtener el Diploma de Osteopatía, DO. Una vez obtenido el Diploma de Osteopatía de BCNO-UPUERE, el alumno podrá continuar con el programa de

conversión del BCNO en la UPUERE para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine (titulación universitaria oficial británica, equivalente a las licenciaturas españolas)".

Dichos folletos se presentaron en la exposición EXPO MASAJES, celebrada en el hotel Chamartín en los años 1998 y 1999, siendo en la misma donde se captó a la mayoría de los alumnos.

Con fecha de 1 de octubre de 2002 la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid requirió a UPUERE S.L. para que eliminase toda información que incluyese el término "Universidad", al no poder utilizar dicha denominación con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, cambiando la denominación el 19 de diciembre de 2003 a CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES UPUERE. OPEN UNIVERSITY OF EUROPEAN UNITY S.L.

**TERCERO.-**Motivados por tales expectativas y sobre todo por el hecho de que la carrera de osteopatía carece en España de título oficial alguno, Lorena, Cornelio, y Natividad se matricularon comenzando sus estudios en el año 1999, mientras que Eusebio y Fructuoso se matricularon y comenzaron sus estudios en el año 2000, abonando las correspondientes matrículas, tasas, etc., que en el caso de Lorena, Cornelio, y Natividad ascendió a un total de 13.468 euros cada uno, mientras que en el de Eusebio y Fructuoso ascendió a un total de 11.845,35 euros cada uno. Cuando ya estaban próximos a finalizar los estudios, en el año 2003, se percataron de que la homologación antes mencionada no se producía de forma mecánica o automática tras superar el expediente académico, sino que era necesario realizar un curso de conversión en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Y en contra igualmente a lo que se indicó, el curso de conversión no tuvo lugar dentro del último curso sino que se inició meses después de la finalización del mismo, con un coste global a cargo del alumno no concretado de forma exacta pero en torno a los 5.000 euros, y con una duración cuando menos, de varios meses.

Ante tal frustración de sus expectativas y una protesta del alumnado en el año 2003, decidieron abandonar sus estudios y presentar una querrela contra Carlos Miguel, querrela que dio origen a las presentes actuaciones.

**FALLAMOS:** CONDENAMOS a Carlos Miguel como autor responsable de un delito relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. [...]

ABSOLVEMOS a Carlos Miguel del delito de estafa por el que venía siendo acusado.

[...]

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el procesado.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS:**

[...]

1.-La mayor o menor minuciosidad de los términos en que se presenta la publicidad de un producto son decisivos para su valoración desde una perspectiva jurídica, dentro del marco de los derechos de los consumidores o bien cuando el reproche se eleva a las esferas penales que sólo deben intervenir cuando la falsedad de los términos publicitarios sea manifiesta o puede inducir a engaño. Es cierto que, como diremos más adelante, la línea divisoria entre la publicidad lícita que sobrevalora las cualidades del producto, la que las exagerándolas hasta

términos irreales y la que lisa y llanamente utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales consumidores, es siempre muy tenue, de tal modo que llegar al extremo más riguroso de la sanción penal debe limitarse a casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores como titulares de derechos que vienen marcados por los principios rectores de la política social y económica sancionados por la Constitución. El artículo 51 impone a los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

**2.-** El análisis de la **figura delictiva de la publicidad engañosa**, que se tipifica en el **artículo 282 del Código Penal, para los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores**. Hasta este párrafo el legislador se sitúa en la modalidad de un delito de peligro que se consuma por la utilización y puesta en el mercado, la oferta pública engañosa sin que sea necesario un resultado concreto. El legislador, consciente de esta postura, hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría una posible defraudación o estafa cuando las consecuencias perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio. [...]

**9.-** Los **indicadores** de la posible **existencia de una publicidad engañosa** son muy **variables** y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. También es relevante si se ha omitido información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión. Se equipara la omisión a la inclusión de informaciones poco claras, ininteligibles o ambiguas. En el caso que nos ocupa se oferta una titulación de una especialidad médica, jugando un papel determinante el alcance de los compromisos que se adquieren. Además, su concesión se subordinaba a un patrocinio o control externo y ajeno al proponente u ofertante.

**10.-** La Directiva que venimos comentando en el anexo incluye algunas prácticas desleales, entre las que incluye que su oferta ha sido aprobada, aceptada o autorizada por un organismo público o privado. Cuando éste no sea el caso, hacer esta afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización, es evidentemente un procedimiento desleal.

**11.-** Este es precisamente el punto en el que debemos detenernos para comprobar si los hechos probados proporcionan datos para considerar la publicidad como engañosa. El acusado actuaba como una sociedad mercantil cuya denominación era " Universidad Popular Unión Europea, Regiones Europeas, Open University of European Unity S,L. ( UPUERE.S.L)".

El objeto social era, según los estatutos y así se recoge en el hecho probado: " impartir educación, cultura y formación teórica y práctica a todos los niveles, superior, medio y elemental, en especial en Ciencias de la Salud, así como la creación, instalación y explotación de clínicas y fundaciones". No se exterioriza si disponía del capital o de los medios para conseguir sus objetivos con una cierta dosis de realismo.

**12.-** Avanzando en el desarrollo de la trama, se declara probado que para conseguir alguno o la totalidad de los fines " se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra) denominado posteriormente British College of Osteopathy Medicine BCOM".

El acuerdo consistía en que este último organismo " podría reconocer el diploma que se expidiera en UPUERE a los alumnos para optar, tras un curso de conversión, a una titulación oficial británica".

**13.-** Llevó a cabo una campaña de publicidad, consistente fundamentalmente en folletos en los que se hacía constar que el Curso de Estudios Superiores estaba homologado por el organismo británico mencionado. Es importante recoger la parte del folleto que se incorpora al hecho probado y que transcrito dice así: " Nuestro programa académico está supervisado y homologado por el Colegio británico, British College of Naturopathy & Osteopathy, BCNO y la superación con éxito del programa permite obtener el diploma de osteopatía, DO. Una vez obtenido el diploma de osteopatía de BCNO-UPUERERE, **el alumno podrá continuar el programa de conversión** del BCNO en la UPUERERE para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine (Titulación universitaria oficial británica equivalente a las licenciaturas españolas)".

**14.-** Los folletos se presentaron en una exposición en los años 1998 y 1999, siendo en la misma donde se captó a la mayoría de los alumnos. La Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid le obliga a eliminar cualquier referencia a su cualificación como Universidad, cambiando la denominación a Centro de Estudios Superiores, el 19 de Diciembre de 2003.

**15.-** Cinco personas se apuntaron, tres en el año 1999 y dos en el año 2000 abonando las correspondientes tasas cuyas cuantías se especifican. Cuando ya estaban próximos a finalizar sus estudios en el año 2003 se percataron de que la homologación no se producía de forma mecánica o automática, sino que era necesario realizar un curso de conversión en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Tampoco en contra de lo que se indicó el curso tuvo lugar dentro del último año sino después de finalizado el mismo lo que supuso un desembolso adicional. Aquí termina el relato de los hechos.

**16.-** A la vista de su contenido que recoge en esencia los hechos básicos aunque pudo ampliarse con la inclusión de otros detalles del folleto publicitario tenemos elementos suficientes para comprobar si se dan los componentes del delito de publicidad engañosa ya que el delito de estafa ha sido descartado por la Sala sentenciadora y nadie ha recurrido este punto.

**17.-** De la lectura de la sentencia debemos llegar a la conclusión de que los cursos de formación en la especialidad de osteopatía se impartieron y que los alumnos, en general, y los que formularon querrela adquirieron los conocimientos propios de sus contenidos y llegaron a la última fase o culminación del tiempo que se les había informado sobre su duración y pautas de homologación.

**18.- El punto en el que radica la discrepancia** entre lo ofrecido y la realidad, radica en la **forma de obtener una convalidación más o menos oficial de la titulación y su homologación en el centro británico.** Según el hecho los alumnos sabían y admitieron que tenían que realizar un curso de homologación o conversión. Las expresiones y las ofertas del folleto eran claras en cuanto a la necesidad del programa de conversión del BCNO, pero como se ha dicho parece que se ofrecía la realización de esta fase en Madrid sin necesidad de trasladarse a Londres, aunque esto último se omite en el hecho probado.

**19.-** Esta Sala ha reiterado en varias ocasiones que las absoluciones o condenas tienen que basarse en un relato de hechos probados claro y taxativo. Cualquier dato sobre hechos, introducida en el seno de los fundamentos de derechos no reúne la seguridad y certeza plena del hecho probado. Puede admitirse que los razonamientos contengan argumentaciones fácticas, que sirvan para interpretar o comprender los hechos que se contienen en el sustrato fáctico de la sentencia, pero nunca pueden integrarlo, añadiéndose como nuevo párrafo al

relato fáctico.

**20.- El punto decisivo radica en la existencia o no de engaño** al que ya nos hemos referido. Todo el sustento argumental de la sentencia gira en torno a la homologación. La omisión de elementos componentes de la oferta puede realizarse con ánimo engañoso, pero su impacto ilícito habrá que determinarlo en cada caso concreto. No se trata de discutir sobre sí el término "validación" hubiera sido más correcto que "homologación" porque en definitiva lo verdaderamente perjudicial para los intereses de los denunciados consumidores sería haberles creado la falsa expectativa de la posible convalidación en Madrid en lugar de en Londres.

**21.-** Llegado a este punto, la sentencia despeja la cuestión en el folio 19, cuando aclara que una vez surgida la natural polémica en el año 2003, **los representantes ingleses de BCOM vinieron a España para reunirse con el alumnado, lo que indica que las referencias sobre la validación por parte de la entidad británica no eran totalmente imaginarias sino que existía una relación real.** Es cierto que los ingleses decidieron que existía "falta de seriedad apreciable" y que se negaron a que la convalidación se realizase en Madrid para facilitar un mayor control de su parte.

**22.-** Ahora bien, la sentencia se decanta por estimar que la oferta no era intencionalmente engañosa sino que el acusado inicialmente tuvo la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizase en Madrid, lo que aleja la ocultación, tergiversación u oferta engañosa. Afirman los juzgadores de la instancia que fueron los ingleses los que, a partir de esta conversación en el año 2003, y no antes, decidieron el traslado del lugar de estudios a Londres, luego la información proporcionada no era falaz ni indujo de forma decisiva a la aceptación por los alumnos de las condiciones ofrecidas, lo que elimina también la publicidad engañosa.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado** por lo que no es necesario entrar en el análisis de los restantes.

### **III. FALLO:**

**FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por** la representación procesal de Carlos Miguel, casando y anulando la sentencia dictada el día 18 de Marzo de 2009 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª en la causa seguida **contra el mismo por un delito de relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria.** Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

### **SEGUNDA SENTENCIA**

**FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Carlos Miguel del delito relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria por el que venía acusado.**