

Normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: una breve aproximación



Natalia Olmos
Socia de Pérez-Llorca
DERECHO PÚBLICO Y LITIGACIÓN



Miguel Ángel Fernández
Asociado de Pérez-Llorca
DERECHO PÚBLICO Y LITIGACIÓN

| | | |
|-------------|--|------------|
| I. | Introducción | 126 |
| II. | Antecedentes y situación actual | 126 |
| III. | Breve mención a las iniciativas de la Unión Europea en relación con el blanqueo ecológico o <i>greenwashing</i> | 128 |
| | 1. Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica. Estado de tramitación | 128 |
| | 2. Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales. Estado de tramitación | 129 |
| IV. | Alternativas que brinda la legislación nacional vigente frente al blanqueo ecológico o <i>greenwashing</i> | 133 |
| V. | Pronunciamientos relevantes en Reino Unido | 138 |
| | 1. Shell UK | 138 |
| | 2. Repsol S.A. | 139 |
| | 3. Petronas | 139 |
| VI. | Conclusión | 140 |



Fecha de recepción
25 de octubre de 2023



Fecha de aceptación
2 de noviembre de 2023



Resumen: En este artículo se realiza un breve repaso de la normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o greenwashing, para conocer el estado actual de la regulación existente, así como la dirección que se está siguiendo en esta materia.

Abstract: This article provides a brief overview of the current and developing European and national regulations on greenwashing practices, in order to understand the current state of existing regulations, as well as the trend that is being followed in this area.



Palabras clave: blanqueo ecológico, publicidad engañosa, competencia desleal, transición ecológica, declaraciones medioambientales.

Key words: greenwashing, misleading advertising, unfair competition, green transition, environmental claims.

Normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: una breve aproximación

I. Introducción

La evolución de la conciencia ecológica a raíz de desastres ambientales ocurridos en las últimas décadas, ha llevado a numerosas empresas a intentar dotarse de una imagen de mayor compromiso con el medioambiente y, a tal efecto, han venido implementando distintas estrategias de marketing verde que no siempre son congruentes con el desempeño medioambiental real de las compañías.

Es en este contexto en el que nace el término “*greenwashing*” o “ecoblanqueamiento”, para tratar de sancionar este tipo de conductas y demostrar que, en efecto, existe un importante desfase entre discursos y prácticas ambientales.

En el presente artículo realizaremos un breve repaso de la normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*, para conocer el estado actual de la regulación existente, así como la dirección que se está siguiendo en esta materia.

Dado que en España los reguladores competentes no han procedido todavía a sancionar conductas de ecoblanqueamiento, realizaremos también un breve análisis de algunos casos de *greenwashing* sancionados por el regulador independiente de la publicidad en el Reino Unido, la *Advertising Standards Authority* (ASA), lo que nos permitirá conocer cómo se están combatiendo estas prácticas en otros países.

II. Antecedentes y situación actual

En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 ya definió el blanqueo ecológico (o *greenwashing*) como “la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal comercializando un producto financiero como respetuoso con el medio ambiente cuando, en realidad, no cumple los requisitos medioambientales básicos”. Como puede comprobarse, dicho Reglamento se centra en el blanqueo ecológico en productos financieros. Merece la pena destacar, igualmente, la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva

2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. La norma, entre otras cuestiones, tiene como objetivo mejorar el marco de presentación y verificación de la información sobre sostenibilidad, definiendo las relacionadas con la sostenibilidad y estableciendo pautas para la presentación de dicha información por parte de las empresas.

A raíz de lo anterior, la Comisión Europea presentó el 30 de marzo de 2022 una propuesta de Directiva que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información (la **“Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica”**). Dicha Propuesta de Directiva tiene por objeto mejorar los derechos de los consumidores mediante la modificación de dos directivas que protegen los intereses de los consumidores a escala de la Unión: la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales y la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

Del mismo modo, la Comisión Europea presentó el 22 de marzo de 2023 su propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales (la **“Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales”**), que pretende (i) regular más específicamente el blanqueo ecológico, (ii) impedir que se formulen declaraciones medioambientales engañosas y (iii) atajar la proliferación de etiquetas públicas y privadas que crean confusión en los consumidores y que también pueden aportar información engañosa sobre el carácter ecológico de productos o servicios.

También la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA, por sus siglas en inglés), publicó el 31 de mayo de 2023 un informe en el que se evalúa el riesgo de que se produzcan por parte de las empresas declaraciones engañosas sobre sostenibilidad que induzcan a error a los inversores en sus decisiones, en toda la cadena de valor de la inversión sostenible. La identificación de los tres roles principales que pueden desempeñar los participantes en el mercado en relación con el *greenwashing*-desencadenante, difusor y receptor de una comunicación engañosa- ayudó a la ESMA a comprender mejor las interrelaciones en toda la cadena de valor y señaló la importancia de las responsabilidades de diligencia debida de cada participante en el mercado. La evaluación confirmó que las declaraciones engañosas pueden referirse a todos los aspectos clave del perfil de sostenibilidad de un producto o una entidad. La selección, la omisión, la ambigüedad, las afirmaciones vacías (incluida la exageración), así como el uso engañoso de la terminología ESG (*Environmental, Social and Governance*), se consideran las cualidades engañosas más extendidas¹.

Por su parte, en el ámbito nacional, la CNMV ha dado sus primeros pasos en relación con la materia:

Por un lado, se hizo eco de la convocatoria de datos (*call of evidence*) de las Autoridades Europeas de Supervisión sobre blanqueo ecológico (*greenwashing*)², con la que dichas

1 ESMA30-1668416927-2498 Progress Report on Greenwashing (europa.eu)

2 <https://www.cnmv.es/DocPortal/DocFaseConsulta/CESR/GW.pdf>

autoridades buscaron información sobre posibles prácticas de *greenwashing* en todo el sector financiero de la UE, incluidos el sector bancario, de seguros y los mercados financieros.

Incluyó en su plan de actividades de 2023, el refuerzo de “la supervisión ante los riesgos del contexto actual y define como prioridad la identificación del blanqueo ecológico o *greenwashing*”.

Asimismo, también se está incorporando paulatinamente esta problemática a la legislación autonómica. Buena prueba de ello es la Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunitat Valenciana, que en su artículo 147 (Promoción de técnicas y tecnologías para la reducción de emisiones) establece que “Se promoverá así mismo la elaboración de un catálogo de técnicas y tecnologías para la reducción de emisiones sobre la base a la taxonomía europea para evitar el ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico”. La celebración de elecciones generales el pasado mes de julio ha provocado que otras iniciativas normativas se encuentren paralizadas.

III. Breve mención a las iniciativas de la Unión Europea en relación con el blanqueo ecológico o *greenwashing*

1. Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica. Estado de tramitación

La Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica introduce, entre otras, las siguientes modificaciones relevantes de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales:

- i)** Se modifica la lista de características del producto respecto de las cuales una empresa no debe engañar a un consumidor, para incluir el “impacto medioambiental o social”.
- ii)** También se incluyen dos nuevas prácticas comerciales en la lista de acciones que deben considerarse engañosas si hacen, o es probable que hagan, que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. La más relevante es hacer una alegación medioambiental relacionada con el comportamiento medioambiental futuro sin compromisos y metas claros, objetivos y verificables y un sistema de supervisión independiente.
- iii)** Se añade un nuevo elemento a la lista de información que debe considerarse fundamental en el caso de prácticas comerciales específicas, cuya omisión puede hacer que la práctica comercial de que se trate se considere engañosa. En particular, cuando una empresa preste un servicio que compare productos, incluso a través de una herramienta de información sobre la sostenibilidad, se considerarán fundamentales la información sobre el método de comparación, los productos objeto de

3 <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B1307810f-3152-411e-9bcd-38c2f5db28f9%7D>

la comparación y los proveedores de dichos productos, así como las medidas para mantener la información actualizada.

- iv)** Además, la lista de prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia se amplía a las prácticas asociadas a la obsolescencia temprana de los productos y al blanqueo ecológico. En particular, las prácticas comerciales adicionales más relevantes añadidas al anexo I de la Directiva 2005/29/CE que deben considerarse desleales en cualquier circunstancia son las siguientes:
 - a)** Exhibir una etiqueta de sostenibilidad que no se base en un sistema de certificación o no esté establecida por autoridades públicas.
 - b)** Hacer una alegación medioambiental genérica con respecto a la cual la empresa no pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido pertinente para la alegación.
 - c)** Hacer una alegación medioambiental sobre todo el producto, cuando en realidad solo se refiera a determinado aspecto de él.

La Directiva aún no ha sido aprobada, aunque el 19 de septiembre de 2023, el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento alcanzaron un acuerdo político provisional con respecto a la Propuesta de Directiva. Conforme a la información disponible del Consejo Europeo, dicho acuerdo, si bien mantiene los objetivos de la Propuesta, introduce algunas mejoras, como:

- i)** la inclusión de alegaciones injustas basadas en la compensación de las emisiones de gases de efecto invernadero en la lista de prácticas prohibidas;
- ii)** medidas más estrictas contra la obsolescencia prematura de productos;
- iii)** la aclaración de la responsabilidad de los comerciantes en determinados casos;
- iv)** la introducción de una etiqueta armonizada con información sobre la garantía comercial de durabilidad; y
- v)** mejoras en el aviso armonizado sobre la garantía legal de conformidad.

En todo caso, como decimos, la versión final de la Directiva aún está pendiente de ser adoptada formalmente por ambas instituciones.

2. Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales. Estado de tramitación

Un estudio de la Comisión Europea publicado en marzo de 2020 concluyó que el 53,3% de las afirmaciones ambientales examinadas en la UE resultaron vagas, engañosas o infundadas y el 40% no estaban fundamentadas. Para la Comisión Europea, "la ausencia de normas comunes para las empresas que hacen declaraciones verdes voluntarias conduce

a un “lavado verde” y crea un campo de juego desigual en el mercado de la UE, en desventaja para las empresas genuinamente sostenibles”⁴.

Para atajar esta situación, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales tiene como objetivo abordar la creciente preocupación sobre el uso de afirmaciones engañosas o falsas en relación con aspectos medioambientales en la comercialización de productos y servicios, estableciendo un marco normativo para garantizar que las alegaciones medioambientales sean veraces y respaldadas por las correspondientes evaluaciones.

El ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales comprende aquellas alegaciones medioambientales explícitas y voluntarias, realizadas por empresas que ejercen sus actividades en la Unión Europea, sobre productos u otras empresas en sus prácticas comerciales con consumidores. A este respecto, cabe destacar que únicamente afecta a las declaraciones que no se encuentren reguladas en otras normas de la Unión Europea.

En este sentido, por alegaciones o declaraciones medioambientales ha de entenderse como todo mensaje o representación, incluida la representación textual, pictórica, gráfica o simbólica, en cualquier forma (incluidas las etiquetas), en el contexto de una comunicación comercial, que indique o implique que un producto o una empresa tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, es menos perjudicial para el medio ambiente que otros productos o empresas, respectivamente, o ha mejorado su impacto medioambiental a lo largo del tiempo.

Como principal medida, esta Propuesta de Directiva obliga a las empresas a llevar a cabo una evaluación para justificar las alegaciones medioambientales explícitas, la cual deberá, entre otras cuestiones: (i) especificar si la alegación está relacionada con la totalidad, parte o determinados aspectos de un producto, empresa o actividad, (ii) basarse en pruebas científicas reconocidas, y (iii) mostrar que los impactos medioambientales son significativos y relevantes para el producto o servicio en cuestión.

Así, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales obliga a que alegaciones medioambientales explícitas, como “envases fabricados con un 30% de plástico reciclado”, “zumo respetuoso con las abejas”, “viaje con compensación de carbono” o “compromiso de reducir en un 50% las emisiones de CO₂ vinculadas a la producción de este producto”, deberán ser fundamentadas y dicha fundamentación deberá ser verificada *ex ante*.

Del mismo modo, siempre que se afirme que un producto o empresa tiene menos impactos medioambientales o un mejor comportamiento medioambiental que otros productos o empresas, deberá hacerse de una manera justa y basarse en información y datos reales y acreditados.

⁴ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0085

Además, se establece la obligación de cumplir con reglas específicas para la correcta comunicación de las alegaciones medioambientales: por ejemplo, se hace obligatorio proporcionar información adicional al consumidor en relación con la respectiva alegación medioambiental, que facilite la comprensión del alcance e impacto de aquello que se alega.

La Propuesta de Directiva también aborda los sistemas de etiquetado ambiental, frenando la proliferación de etiquetas públicas y privadas y garantizando la transparencia y solidez de los sistemas de etiquetado. Así, solo las etiquetas medioambientales concedidas en el marco de sistemas de etiquetado medioambiental establecidos en virtud del Derecho de la Unión podrán presentar una calificación o puntuación de un producto o empresa sobre la base de un indicador agregado de los impactos medioambientales de dicho producto o empresa.

Estos sistemas de etiquetado medioambiental deberán reunir ciertos requisitos relacionados con la transparencia y accesibilidad de la información. Adicionalmente, deberán contar con un mecanismo de reclamación y resolución de litigios, así como establecer procedimientos para hacer frente a su revisión periódica, incumplimiento de requisitos y retirada o suspensión de la etiqueta medioambiental.

Por lo que se refiere a los mecanismos de control para comprobar el cumplimiento de estas nuevas obligaciones, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales prevé lo siguiente:

- i)** Los Estados miembros deberán establecer procedimientos para verificar la justificación y la comunicación de alegaciones medioambientales explícitas, así como la conformidad de los sistemas de etiqueta medioambiental. Dicha verificación deberá ser realizada por un verificador acreditado antes de que se haga pública la alegación medioambiental o de que la empresa exhiba la etiqueta medioambiental. Una vez finalizada la verificación, el verificador elaborará, cuando proceda, un certificado de conformidad que acredite que la alegación medioambiental explícita o la etiqueta medioambiental cumplen los requisitos establecidos.
- ii)** Además, las autoridades competentes efectuarán controles periódicos de las alegaciones medioambientales explícitas y de los sistemas de etiquetado medioambiental aplicados en el mercado de la Unión. Cuando detecten un incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en la Directiva, llevarán a cabo una evaluación que abarque todos los requisitos pertinentes establecidos.
- iii)** Cuando tras la evaluación, las autoridades competentes constaten que la justificación y la comunicación de la alegación medioambiental explícita o del sistema de etiquetado medioambiental no cumplen los requisitos establecidos, notificarán el incumplimiento a la empresa que efectúe la alegación y le exigirán que adopte todas las medidas correctoras adecuadas, a fin de adaptar la alegación medioambiental explícita o el sistema de etiquetado medioambiental a lo dispuesto en la Directiva o de dejar de utilizar la alegación medioambiental explícita no conforme y de hacer referencia a esta.

Por otro lado, es particularmente relevante destacar que la Propuesta de Directiva establece un procedimiento para la tramitación de reclamaciones y acceso a la justicia, así como un procedimiento sancionador ante potenciales incumplimientos, de acuerdo con el cual:

- i)** Las personas físicas o jurídicas u organizaciones que tengan un interés legítimo tendrán derecho a presentar reclamaciones fundadas ante las autoridades competentes cuando consideren que una empresa no cumple las disposiciones de la Directiva. En este sentido, se considerará que tienen un interés suficiente las organizaciones o entidades no gubernamentales que promuevan la salud humana, el medio ambiente o la protección de los consumidores y que cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional.
- ii)** Las autoridades competentes evaluarán la reclamación y, en caso necesario, adoptarán las medidas oportunas, incluidas inspecciones y audiencias de la persona u organización, con el fin de verificar dichas reclamaciones. En caso de confirmarse, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para hacer cumplir la normativa.
- iii)** Los Estados miembros deberán velar por que se puedan presentar recursos ante un tribunal o cualquier otro órgano público independiente e imparcial relativos a la legalidad, procedimental y sustantiva, de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad competente que resolverá las referidas reclamaciones. Ello, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional que exijan que se agoten los procedimientos administrativos de recurso antes de recurrir a procedimientos judiciales.
- iv)** Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Las sanciones y medidas aplicables en caso de infracción de la Directiva incluirán: (a) multas que priven efectivamente a los responsables de los beneficios económicos derivados de sus infracciones, aumentándose el nivel de dichas multas en caso de reincidencia; (b) la confiscación de los ingresos obtenidos por la empresa de una transacción con los productos pertinentes de que se trate; (c) la exclusión temporal, por un período máximo de doce meses, de los procesos de contratación pública y del acceso a la financiación pública, y en particular de los procedimientos de licitación, las subvenciones y las concesiones.

Esta Directiva aún está siendo objeto de debate por los colegisladores europeos, por lo que su fecha de aprobación dependerá de las negociaciones y posteriores modificaciones o enmiendas sugeridas por el Parlamento y/o el Consejo a la Propuesta de la Comisión.

IV. Alternativas que brinda la legislación nacional vigente frente al blanqueo ecológico o *greenwashing*

Como hemos anticipado, ni la Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica, ni la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales, han sido aprobadas a la fecha del presente artículo, de manera que podría parecer que, en la actualidad, las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* no están siendo perseguidas o sancionadas a nivel nacional. Sin embargo, sin perjuicio de su adaptación una vez aprobadas las referidas Directivas, la legislación nacional vigente ya ofrece una serie de herramientas que permiten combatir estas prácticas.

En este sentido, este tipo de conductas podrían incardinarse en los artículos 5 (Actos de engaño) y 7 (Omisiones engañosas) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”).

El artículo 5 (Actos de engaño) de dicha norma establece lo siguiente:

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...]

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. [...]

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. [...]

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. [...]

2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de

distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. [El subrayado es nuestro]

Por su parte, el artículo 7 (Omisiones engañosas) de la LCD establece lo siguiente:

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. [El subrayado es nuestro]

En la misma línea, el artículo 3.e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad determina que la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, son consideradas como publicidad ilícita y además tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD.

Como puede comprobarse, la falsedad o incongruencia en las declaraciones medioambientales sobre un producto o servicio que realice una empresa podría sancionarse conforme a los citados preceptos, máxime teniendo en cuenta el desarrollo normativo europeo analizado anteriormente que, aunque no esté aún en vigor, puede ser tenido en cuenta, aun con carácter orientador, por los tribunales a los que se someta un litigio por esta cuestión.

Conforme a lo anterior, al amparo de la LCD, frente a conductas de *greenwashing* podrían plantearse alguna o varias de las siguientes acciones:

- i)** acción declarativa de deslealtad;
- ii)** acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura;
- iii)** acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal;
- iv)** acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- v)** acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; y
- vi)** acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Como ejemplo del tratamiento de esta cuestión por nuestros tribunales, puede citarse al Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 11 de julio de 2018⁵ analiza un supuesto de hecho en el que una empresa se publicita como la primera empresa en el sector en obtener una certificación especial (“*Q de oro*”) y es demandada por un competidor al considerar que se trata de publicidad engañosa y, por tanto, constituye competencia desleal:

Para calificar la información difundida por Bellota en su nota de prensa, de la que se hicieron eco algunos medios de comunicación, es preciso que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que la información suministrada sea apta para inducir a error a sus destinatarios; y, en segundo lugar, que sea idónea para incidir en su comportamiento económico. Conforme a lo declarado probado en la instancia, la información suministrada podría considerarse formalmente veraz, si atendemos a que Bellota es fabricante de herramienta de mano y Egamaster, si bien monta y comercializa este tipo de herramienta con su propia marca, no lleva a cabo su entera fabricación. Pero el tipo desleal incluye también aquella información que, siendo formalmente veraz, induce a error a sus destinatarios, que es lo que ocurre en este caso.

Egamaster había obtenido con anterioridad la “Q de oro” y realiza trabajos de montaje y ensamblaje de piezas prefabricadas por otro, y pone su marca en los productos terminados, de tal forma que de cara al público y a sus clientes figura como fabricante. Por eso, la afirmación contenida en el comunicado de prensa de que Bellota es la primera empresa del sector en obtener la “Q de oro” induce a error, en cuanto que el público consumidor de esos productos puede entender que el sector incluye también a empresas como Egamaster, pues a fin de cuentas se comercializan herramientas de mano con su marca. Es por ello que, en contra de lo apreciado por la sentencia recurrida, en este caso la información suministrada por Bellota era apta para inducir a error a sus destinatarios, con lo que se cumple el primero de los requisitos exigidos para calificar el comportamiento de la demandada de «actos de engaño» del art. 5.1 LCD.

El segundo requisito exige la aptitud de esta información engañosa para incidir en el comportamiento económico de los destinatarios. Para precisar qué debemos entender por “comportamiento económico del consumidor o usuario”, hemos de acudir al art. 4.1. LCD, donde se encuentra una descripción aplicable a toda la Ley y no solo a las conductas tipificadas en dicho precepto:

Toda decisión por la que éste -consumidor o usuario- opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente; b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) La conservación del bien o servicio; e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

5 Sentencia nº 435/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de julio de 2018 [ES:TS:2018:2742].

Para juzgarlo hay que acudir al parámetro del destinatario medio -normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz-, dentro del círculo de los destinatarios de la información. En este caso son los adquirentes y usuarios de este tipo de herramienta, principalmente en el País Vasco.

En cualquier caso, la distorsión del comportamiento debería ser significativa. Esta exigencia si bien no se encuentra en la dicción del art. 5 LCD, es razonable y se extrae del párrafo segundo del art. 4.1 LCD.

La doctrina entiende, con buen criterio, que la relevancia de la conducta viene en parte dada por la propia tipificación en el art. 5.1 LCD. En esos casos, hay que partir de qué es relevante, sin perjuicio de que pueda acreditarse o ponerse en evidencia lo contrario, a la vista del propio contenido de la noticia, de su escasa o nula difusión, y de las circunstancias concurrentes.

De este modo, en nuestro caso, en principio, la información engañosa sobre los premios de excelencia puede tener una relevancia a la hora de incidir en el comportamiento económico de los usuarios.

Cuando Bellota informa que es fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, y la primera empresa de ese sector en recibir el galardón de la «Q de oro», está negando que otra empresa del sector, Egamaster, hubiera alcanzado antes este reconocimiento. Lo que equivale a negarle este reconocimiento público de calidad empresarial.

De tal forma que esta publicidad no sólo es apta para generar error en sus destinatarios acerca de la calidad empresarial de la demandante, sino que además es idónea para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, pues transmite una información, por comparación, peyorativa de la demandante en relación con la demandada (no tiene el reconocimiento de calidad empresarial que tiene esta última).

También, en el ámbito concreto de las alegaciones medioambientales, puede citarse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, de 1 de abril de 2014⁶, que califica de engañosa una campaña de publicidad que pretendía crear en el consumidor una impresión errónea respecto a una supuesta mayor protección del medio ambiente, que no aparecía avalada por ninguna base objetiva:

No obstante lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, respecto a determinados parámetros del agua filtrada y a la veracidad o inveracidad de los mismos, a partir de un análisis global de la publicidad realizada por Brita S.A en relación a los filtros “Maxtra Marella” y “on tap”, puede estimarse según las reglas de la sana crítica que la publicidad de Brita S.A. incurre en engaño al inducir a error a los consumidores, equiparando el agua mineral embotellada y el agua filtrada, pese a sus notables diferencias. Todo ello conforme a las siguientes razones:

6 Sentencia nº 63/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, de 1 de abril de 2014 [ES:JMB:2014:216]

Respecto a las alusiones al medio ambiente y a una mayor protección que supuestamente se consigue con el agua filtrada, también debe calificarse como una información engañosa que pretende crear en el consumidor la impresión de que con el consumo de agua filtrada en lugar del agua embotellada, se protege el medio ambiente. No obstante tal afirmación carece de cualquier tipo de base objetiva. No se apoya o realiza estudio alguno sobre el impacto medio ambiental de la fabricación de los filtros de Brita.

Así mismo se realizan tales afirmaciones sin hacer referencia alguna a la política medio ambiental de los productores de agua embotellada. Tal omisión tiene particular importancia y vicia de manera clara la comparativa realizada respecto al medio ambiente. Y ello porque a partir de la documental número 12 acompañada al escrito de demanda se colige que Aneabe, asociación que engloba a las empresas de agua de bebidas envasadas se dedica también al desarrollo de sistemas encaminados al reciclaje y reutilización de envases de agua, con objeto de contribuir a la protección del medio ambiente.

De dichas consideraciones y circunstancias prescinde de modo integral, la publicidad y comparación realizada respecto a las ventajas en torno al medio ambiente. Se trata pues de una información engañosa que pretende crear en el consumidor una impresión errónea respecto a una supuesta mayor protección del medio ambiente, que por otro lado no aparece avalada por ninguna base objetiva.

En definitiva publicidad realizada por Brita en torno a sus filtros debe reputarse engañosa dado que induce a error a los consumidores. Creándoles (a partir de la forma de presentación de la información y de la comparativa y referencias al agua embotellada) la incorrecta impresión de que gracias al filtro el agua del grifo se convierte en algo distinto, equiparándose al agua mineral embotellada. Y que además el agua filtrada presenta frente al agua embotellada ventajas de ahorro económico y protección del medio ambiente.

La publicidad realizada al contener informaciones sobre el medio ambiente, omitiendo cualquier referencia a la política medio ambiental de las entidades representadas por la parte actora, transmiten una imagen o información apta para menoscabar el crédito de las entidades comercializadoras de agua embotellada en el mercado, no habiéndose probado por la demandada que las manifestaciones realizadas en torno al medio ambiente sean exactas, verdaderas y pertinentes. Debiendo reputarse desleal por tanto al amparo del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal. [El subrayado es nuestro]

Como puede observarse, aunque todavía no se hayan aprobado las Directivas analizadas, los tribunales nacionales ya están sancionando estas prácticas al amparo de la normativa de competencia desleal vigente. No cabe duda de que el contenido de las Propuestas de Directiva analizadas puede ayudar a impulsar este tipo de procedimientos y a orientar su resolución.

V. Pronunciamientos relevantes en Reino Unido

Como hemos anticipado, si bien los tribunales españoles han venido sancionando prácticas de ecoblanqueamiento conforme a la normativa de competencia desleal vigente, los organismos reguladores competentes en la materia no han procedido todavía a sancionar este tipo de conductas⁷.

Por ello, es oportuno destacar algunos pronunciamientos recientes de la Advertising Standards Authority (ASA), el regulador independiente de la publicidad en el Reino Unido, para situar la aplicación de la normativa de *greenwashing* en dicho país, lo que pueden darnos algunas pistas acerca de potenciales acciones futuras en España en la materia.

1. Shell UK⁸

Descripción del anuncio: Un póster, un anuncio de televisión y un video de YouTube que contenían afirmaciones engañosas y declaraciones ambientales, tales como “Bristol está listo para una energía más limpia. En el suroeste, 78,000 hogares usan electricidad 100% renovable de Shell Energy” sobre un texto más pequeño que decía: “La electricidad renovable de Shell Energy es suministrada por National Grid y certificada por Renewable Energy Guarantees of Origin, igualando la electricidad comprada con la cantidad equivalente de fuentes 100% renovables”. Y “El Reino Unido está listo para una energía más limpia” e incluía texto en su título que decía: “Desde la carga de vehículos eléctricos hasta la electricidad renovable para su hogar, Shell está brindando a los clientes más opciones bajas en carbono y ayudando a impulsar la transición energética del Reino Unido. El Reino Unido está listo para una energía más limpia”.

Decisión: La ASA reconoció que era probable que los anuncios indujeran a error a los consumidores puesto que tergiversaban la contribución real de Shell a las iniciativas con bajas emisiones de carbono, como parte del equilibrio general de las actividades de la empresa. La impresión general del anuncio era que los productos energéticos bajos en carbono comprendían una proporción significativa de los productos energéticos en los que Shell invirtió en 2022 (y no es así).

Según el Informe de sostenibilidad 2021 de Shell, las operaciones de Shell dieron lugar a emisiones de gases de efecto invernadero en 2021 que se estimaron en equivalentes a 1375 millones de toneladas de dióxido de carbono. La inversión y extracción de petróleo y gas a gran escala comprendía la gran mayoría del modelo de negocio de la compañía en 2022 y continuaría haciéndolo en el futuro cercano.

Consecuencia: Se le comunicó a Shell que los anuncios no debían volver a aparecer en esos términos, además se les requirió que se asegurara de que sus futuros anuncios con declaraciones ambientales no indujeran a error exagerando u omitiendo información

⁷ Determinadas actuaciones de publicidad engañosa en el ámbito de la comunicación audiovisual también pueden ser denunciadas y sancionadas por la CNMC al amparo de lo previsto en la Ley General de Comunicación Audiovisual.

⁸ Shell UK Ltd - ASA | CAP.

material sobre la proporción de sus actividades comerciales que consistían en actividades con menos emisiones de carbono.

2. Repsol S.A.⁹

Descripción del anuncio: Un anuncio online que decía: “En Repsol, estamos desarrollando biocombustibles y combustibles sintéticos para lograr emisiones netas cero”. Después de lo cual se mostraba un automóvil estacionado en una zona boscosa, rodeado de hojas, con un texto que decía: “Combustibles renovables para una movilidad más sostenible”.

Decisión: Los consumidores podían interpretar la afirmación anterior, además de la imagen de la naturaleza y el entorno natural, en el sentido de que el desarrollo de biocombustibles y combustibles sintéticos de Repsol constituía un elemento significativo de sus actividades actuales, hecho que hoy no representa la realidad.

Consecuencia: Se le comunicó a Repsol que el anuncio no debía volver a aparecer en esos términos. La base de las declaraciones ambientales en futuras comunicaciones de marketing debe ser clara, y garantizar que las comunicaciones de marketing no omitan engañosamente información material, por ejemplo, cómo y cuándo Repsol lograría emisiones netas cero, y el papel que desempeñaría el desarrollo de biocombustibles en ese plan.

3. Petronas¹⁰

Descripción del anuncio: Un anuncio de televisión que decía “Nuestra historia comenzó con un sueño, para ver si podíamos enfrentarnos a una industria. No fue fácil, pero poco a poco, el bien comenzó a suceder”. Se mostraron escenas de tráfico en movimiento, un puerto lleno de contenedores de envío, hielo roto flotando en el mar, basura en un río y un incendio forestal. La voz en off continuó: “Pero a medida que el mundo producía más energía, se convirtió en un problema de la naturaleza, y nosotros éramos parte de ello. Se necesitaba una respuesta, así que comenzamos a conectar los puntos, para convertirnos en un socio progresivo de energía y soluciones, enriqueciendo vidas para un futuro sostenible”. Se mostraron paneles solares, niños en las aulas, un pozo construido y reciclaje en una fábrica. La voz en off decía: “Para reducir las emisiones, aumentar la energía renovable, llevar la educación a más, defender el impacto social y promover una economía circular, así como lograr emisiones netas de carbono cero para 2050” y el texto que decía “Net Zero 2050”. La voz en off continuó: “Conectemos los puntos y creemos un futuro más sostenible para todos para que nuestra próxima generación siempre tenga algo que esperar” y se mostró a un niño mirando a lo lejos.

Decisión: La ASA consideró que los consumidores entenderían este anuncio como que Petronas ya era una empresa de energía que estaba contribuyendo a un futuro sostenible al avanzar hacia la reducción de emisiones y aumentar el uso de energía renovable, así como tener un plan en marcha que resultaría en que alcanzara estos objetivos y cero neto para 2050. Los consumidores no entenderían el alcance de la contribución real de

⁹ Repsol SA - ASA | GORRO.

¹⁰ Petroliam Nasional Berhad - ASA | CAP.

Petronas a las emisiones de gases de efecto invernadero dada la presentación y las afirmaciones en el anuncio.

Consecuencia: Se le comunicó a Petronas que el anuncio no debe volver a emitirse en su forma actual. Se le requirió para que se asegurara de que sus futuras campañas de marketing no omitieran información material de manera engañosa.

VI. Conclusión

Las prácticas de *greenwashing* o ecoblanquamiento –aparentar ser ‘verde’ sin serlo realmente–, preocupan cada vez más a consumidores y empresas, tanto a nivel europeo como nacional, por lo que desde la Unión Europea y, de momento, a nivel autonómico en España, se están adoptando una serie de medidas para tratar de combatirlas.

En este contexto, en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, la Propuesta de Directiva para la Transición Ecológica tiene por objeto mejorar los derechos de los consumidores mediante la modificación de dos directivas que protegen los intereses de los consumidores a escala de la Unión: la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales y la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

Del mismo modo, la Propuesta de Directiva sobre Declaraciones Medioambientales pretende regular más específicamente el blanqueo ecológico, impedir que se formulen declaraciones medioambientales engañosas y atajar la proliferación de etiquetas públicas y privadas que crean confusión en los consumidores y que también pueden aportar información engañosa sobre el carácter ecológico de productos o servicios.

Si bien estas Directivas todavía no han sido aprobadas, las prácticas de publicidad engañosa, incluidas las declaraciones medioambientales falsas, ambiguas o incongruentes, están siendo denunciadas y sancionadas en España desde hace varios años ante los tribunales nacionales por prácticas de competencia desleal conforme a la normativa vigente. Sin embargo, los reguladores españoles competentes no han comenzado a sancionar prácticas de *greenwashing*, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Reino Unido, en donde el regulador independiente de la publicidad ha sancionado a varias empresas por conductas o declaraciones medioambientales que inducen a error a los consumidores. Entendemos que esta situación en España cambiará una vez aprobadas las referidas Directivas y transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico.