



Roj: **SJM MA 447/2013 - ECLI: ES:JMMA:2013:447**

Id Cendoj: **29067470022013100005**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **05/12/2013**

Nº de Recurso: **29/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **COMPETENCIA DESLEAL**

Ponente: **AMANDA COHEN BENCHETRIT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO DOS

### MÁLAGA

#### PROCEDIMIENTO: JUICIO VERBAL 29/2.013

#### SENTENCIA

En Málaga, a 5 de diciembre de 2013.

Vistos por mí, Amanda Cohen Benchetrit, Magistrada-Juez en comisión de servicios del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Málaga, los autos de **Juicio Verbal 29/13** seguidos a instancias de la Asociación de consumidores y usuarios ADECUA, representada por la Procuradora Sra. González Pérez y asistida por el Letrado Sr. Castillo Gómez, contra la entidad **RYANAIR**, representada por la Procuradora Sra. Gallur Pardini y asistida por el Letrado Sr. Fernández Cortés, sobre **publicidad ilícita**, habiendo sido parte, asimismo, en el procedimiento, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, éste último en representación del Instituto de la Mujer.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 19 de diciembre de 2012, la asociación de consumidores y usuarios ADECUA, a través de su representación procesal, presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga demanda de juicio verbal cuyo conocimiento correspondió, por turno de reparto, a este Juzgado. En dicho escrito terminaba suplicando que se dictara una sentencia por la que se estimara íntegramente la demanda formulada.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de 15 de febrero de 2013, se admitió a trámite la demanda, citándose a las partes para la celebración de la vista el día 30 de abril de 2013, a las 12.30 horas.

**TERCERO.-** En la vista, que finalmente pudo celebrarse, por los motivos que obran en autos, el día 11 de julio de 2013, la parte actora se ratificó en su escrito de demanda, pidiendo el recibimiento del pleito a prueba. El Ministerio Fiscal y Abogado del Estado se adhirieron a la postura de la parte demandante. La parte demandada se opuso a la demanda, pidiendo una sentencia desestimatoria de la misma por los motivos que constan en la grabación. Concedida la palabra para la proposición de prueba, por la parte actora se propuso la documental. La misma prueba fue solicitada por el Ministerio Fiscal y por el representante de la Abogacía del Estado. Por la parte demandada, se propusieron los siguientes medios probatorios: documental, testifical y pericial. Todos los medios de prueba propuestos que se estimaron pertinentes y útiles, fueron admitidos.

**CUARTO.-** Practicada la prueba propuesta y admitida, los autos quedaron conclusos para sentencia, habiendo quedado suspendido el curso de los autos, al haber formulado recusación la parte demandada.

**QUINTO.-** En fecha 28 de noviembre de 2013, se acordó por diligencia alzar la suspensión que venía decretada, al haberse recibido oficio de la Audiencia Provincial de Málaga, junto con el Auto desestimatorio de la recusación formulada por la mercantil **Ryanair**, LTD.



**SEXTO.** - En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en cuanto a los plazos para el dictado de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La asociación de consumidores y usuarios **ADECUA** pretende, con la interposición de su demanda, que se dicte sentencia por la que:

1º Se declare que la publicidad desarrollada por la demandada en su página web [www.ryanair.com/es](http://www.ryanair.com/es) denominada "Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!" es ilícita y desleal.

2º Se declare que la publicidad desarrollada por la demandada en su web [www.ryanaircalendar.com](http://www.ryanaircalendar.com) en la que se promociona la venta de un calendario titulado "Las chicas de **Ryanair**. Calendario Benéfico de la tripulación de cabina 2013" es asimismo ilícita y desleal.

3º Se condene a la demandada a estar y pasar por las consecuencias jurídicas inherentes a las anteriores declaraciones de ilicitud y deslealtad publicitaria, en concreto:

- a) Cesar la campaña publicitaria a la que se refieren los anteriores apartados 1º y 2º de este suplico.
- b) Abstenerse de la reiteración futura de la campaña publicitaria a la que se refieren los apartados 1º y 2º de este suplico.
- c) Publicar a su exclusiva costa el fallo de la sentencia estimatoria en el plazo de 15 días desde su notificación en los dos periódicos de mayor difusión nacional que estime el Juzgado (v.gr. El País y el Mundo) con caracteres tipográficos que garanticen la legibilidad y notoriedad del anuncio a criterio del Juzgador (por ejemplo, letra times new roman con tamaño superior a 10 en sistema informático word).

4º Se condene a la demandada al pago de las costas del procedimiento".

La petición de la parte actora se fundamenta en los siguientes hechos: En el mes de octubre de 2012, la aerolínea demandada **Ryanair** Limited comenzó a promocionar en la página principal y de inicio de su web [www.ryanair.com/es](http://www.ryanair.com/es) la venta de billetes de avión usando como reclamo publicitario la imagen en bikini de distintas mujeres que van rotando sucesivamente, bajo el lema "TARIFAS AL ROJO VIVO", constandingo seguidamente la expresión "¡Y LA TRIPULACIÓN!", en alusión directa a las azafatas de vuelo, lo que lleva aparejado el mensaje publicitario consistente en que las azafatas integrantes de la tripulación de los vuelos que opera la demandada están también "al rojo vivo", con la evidente connotación sexual inherente a las gráficas imágenes de dichas azafatas con distintos bikinis de vivos y llamativos colores. En definitiva, la demandada utiliza la imagen de la mujer como mero reclamo sexual desprovisto de cualquier relación con el objeto de dicha publicidad (billetes de pasajes aéreos).

Asimismo, en la página web de la entidad **Ryanair** Limited se oferta un calendario benéfico, apreciándose en la portada de dicho calendario la imagen de seis azafatas de la entidad **Ryanair** con sendos bikinis, identificando a dichas azafatas como "Las chicas de **Ryanair**" (The girls of **Ryanair**) con el subtítulo de "Calendario benéfico de la tripulación en cabina" (cabin crew charity calendar), empleando la demandada la imagen de la mujer con carácter discriminatorio, pues hace referencia de forma genérica a la tripulación de cabina, que también está constituida por personal masculino pero, sin embargo, se limita a mostrar la imagen de azafatas, valiéndose así del cuerpo de la mujer como mero gancho publicitario.

Estima la asociación actora que no se puede equiparar el calendario de **Ryanair** con el realizado por los bomberos que, como funcionarios públicos, actúan sin ánimo de lucro (artículo 2 LGP), concluyendo que con la campaña lanzada por la aerolínea demandada se pone en cuestión la dignidad de la persona.

Ejercita la demandante la acción de cesación y prohibición de reiteración futura de publicidad ilícita y desleal al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley General de Publicidad, en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, y en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal.

El **Ministerio Fiscal** se adhirió a la postura de la Asociación demandante ADECUA y solicitó que se dictara una sentencia estimatoria de la demanda.

El **Abogado de Estado** intervino en el procedimiento en representación del Instituto de la Mujer, pidiendo el dictado de una sentencia por la que se estimase la demanda, señalando que el Instituto de la Mujer ha recibido queja por la campaña de **Ryanair**, habiendo esta compañía desatendido los requerimientos de dicho Instituto. Afirma el representante de la Abogacía del Estado que nos encontramos ante una campaña de promoción y marketing que utiliza el cuerpo de la mujer como reclamo, lo que también ocurre en el caso del calendario, en el que aparecen mujeres que forman parte de la tripulación de **Ryanair** con posturas sexualmente sugerentes,



lo que ha provocado 27 quejas desde el año 2.007. Considera el Abogado del Estado que en el caso de la campaña "tarifas al rojo vivo" "12 - o 10 - euros" "y la tripulación también", junto a la imagen de una azafata en bikini y adoptando una postura sugerente, es una invitación sexual para adquirir el billete.

Respecto del calendario, defiende el Abogado de Estado que constituye una discriminación hacia la mujer, tratándose de una campaña encubierta de marketing y publicidad que realiza un uso torticero del cuerpo de la mujer, pues no se ha elaborado un calendario similar empleando la imagen de la tripulación masculina de **Ryanair**.

La parte demandada, la aerolínea **Ryanair**, pidió el dictado de una sentencia por la que se le absolviera de los pedimentos de la demanda, oponiendo la excepción de falta de *legitimación activa* de la asociación demandante conforme a lo dispuesto en el artículo 6 LGP. Citó, en apoyo de su argumento, la STS de 9 de octubre de 1.993, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Subsidiariamente, para el caso de que no se acogiera la excepción de falta de legitimación activa, solicitó el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda, basándose en el carácter benéfico del calendario ("calendarios caritativos con finalidad solidaria y benéfica"), alegando que se trata de un producto autónomo de la venta de otros productos, empleado como "herramienta de responsabilidad social corporativa".

Respecto de la campaña "Tarifas al rojo vivo", "12 - ó 10 - euros", "y la tripulación también", junto a la imagen de una azafata en bikini, adoptando una postura sugerente, señaló el Letrado de **Ryanair** que todo ello se refería exclusivamente al precio del calendario (10 ó 12 euros).

**SEGUNDO.**- Centradas así las posiciones de las partes, y habiéndose planteado por la demandada la excepción de falta de legitimación activa de la asociación ADECUA, ésta será la primera cuestión a analizar.

Estima la demandada que la actora carece de legitimación activa pues para que estuviera legitimada la asociación, debería tener como fin primordial la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 bis LEC, no bastando con que la asociación tenga como finalidad genérica la defensa de los consumidores y usuarios.

La excepción opuesta debe ser rechazada, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Competencia Desleal, que regula la legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32 de la misma Ley, la legitimación activa de la asociación demandante resulta patente. Dispone aquel artículo que "1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª

Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios".

El artículo 33 LCD ha sido analizado por el Profesor Sr. Vega Vega en la obra colectiva "Comentarios a la Ley de Competencia Desleal", Editorial Aranzadi, dirigida Por A. Bercovitz Rodríguez-Cano, que indica



que "La necesidad de incluir mecanismos de coordinación para defender los intereses económicos de los consumidores en lo atinente a la publicidad ilícita y competencia desleal, ha llevado al legislador a introducir el párrafo segundo del ordinal 1 del artículo 33, el cual concede legitimación para el ejercicio de las cinco primeras acciones previstas en el artículo 32.1 frente a la publicidad ilícita a cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. El contenido de este precepto hay que completarlo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley General de Publicidad, que otorga adicionalmente una legitimación especial para combatir este tipo de publicidad ilícita cuando se utilice de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer. En consecuencia, la razón de ser de tipificar estas acciones contra la publicidad ilícita en la LCD responde a la necesidad de disponer en un mismo cuerpo legal de remedios contra las prácticas concurrenciales que perjudiquen los intereses económicos de los intervinientes en el mercado. Para coordinar esta tutela, la Ley 29/2009 modifica la LGPu, especialmente lo previsto en los artículos 1 y 3, y deroga el Capítulo IV ( arts. 25 - 32), relativo a las acciones de cesación y rectificación y a los procedimientos para el ejercicio de las mismas". Y sigue diciendo el autor que "El artículo 6.1 de la LGPu remite a la LCD para tipificar las acciones por publicidad ilícita. Por tanto, habrá que entender que todas las acciones tipificadas en el artículo 32 de la LCD son válidas para reprimir la publicidad ilícita que, por otra parte, a tenor del artículo 18 de esta última ley, tal como hemos dicho, se reputa competencia desleal. Se han unificado, pues, las acciones judiciales en estos dos campos. Es patente que las acciones previstas en la LCD habrá que entenderlas, mutatis mutandi, como acciones frente a la competencia desleal por publicidad ilícita. Pero también podrán ejercitarse las mismas acciones frente a supuestos de publicidad ilícita por personas que no estén afectadas directamente por el acto de competencia desleal, pero que tengan interés en reprimir dicha publicidad ilícita como conducta que atenta contra derechos o valores tutelados jurídicamente por nuestro Ordenamiento jurídico. Es el caso de la publicidad ilícita por utilización discriminatoria o vejatoria de la imagen de la mujer, en el que, además de los afectados, para el ejercicio de las acciones del artículo 32.1.1ª a 4ª LCD se legitima a la Delegación de Gobierno para la violencia de Género, el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico, asociaciones feministas y al Ministerio Fiscal ( artículo 6.2 LGPu)... El segundo párrafo del número 1 del artículo 33 LCD extiende el ejercicio de las acciones declarativas y de cesación, remoción, rectificación y resarcimiento de daños y perjuicios al ámbito de la publicidad ilícita, con algún matiz diferenciador respecto de la legitimación para el ejercicio frente a acciones contra la competencia desleal. La publicidad ilícita, que se reputa por ley competencia desleal, puede tener una incidencia respecto a competidores, consumidores o usuarios que participen en el mercado y que, por ende, estén en disposición de ejercitar acciones de competencia desleal amparadas en actos de publicidad ilícita. Pero también habrá hipótesis en que las prácticas de publicidad ilícita resulten más relevantes en orden a la vulneración de otros derechos o intereses no estrictamente competenciales o que no perjudique a intereses económicos, o que afecta a personas que no participen en el mercado, de ahí que, el legislador haya rebajado el campo de exigencias en lo atinente a la legitimación para el ejercicio de estas acciones. En consecuencia, la regulación legal del ejercicio de acciones procedentes de publicidad ilícita ofrece un régimen especial de legitimación, cualquiera que sea la trascendencia respecto de la competencia desleal". Y concluye que "cualquier afectado, aunque no sea consumidor o usuario, ni empresario o, incluso en este último caso, cuando no tenga proyección directa en el mercado propio del sujeto activo de las prácticas de publicidad ilícita, estará legitimado para ejercitar estas acciones, siempre que cumpla los demás requisitos previstos en la norma. Requisitos que, como veremos a continuación, también se rebajan desde el punto de vista de las exigencias respecto de interés subjetivo con los actos de publicidad ilícita". Respecto de la legitimación de todos los que tengan un derecho subjetivo o interés legítimo, apunta el Prof. Sr. Vega Vega que "Es obvio que la ley no consagra una legitimación pública y general, sino que la restringe a las personas afectadas. La afectación, según una hermenéutica interpretativa literal, no debe llevarnos a entender que esta acción se identifica con el primer significado que podemos inferir del término, que es "atañer" (lo que se relaciona o toca), sino con otro sentido que tiene esta forma verbal, equivalente a menoscabar, perjudicar o influir negativamente. Por esto, estará afectada y por ende legitimada, la persona que resulte perjudicada o influida negativamente como consecuencia de la publicidad ilícita".

**TERCERO.-** Rechazada la excepción de falta de legitimación activa, se abordará el estudio del resto de las cuestiones suscitadas en el presente procedimiento. Por ello, estimo que debe partirse del cuadro normativo aplicable, haciendo una relación, asimismo, de la doctrina sobre la materia, así como de las resoluciones administrativas y, en su caso, judiciales que se pudieran haber dictado para, finalmente, determinar los hechos que han quedado probados tras el examen de la prueba practicada y si los mismos, tienen encuadre en no en la norma legal.

**CUARTO.-** *Normativa aplicable al caso. Las medidas legales frente a la publicidad discriminatoria.*

Señala la Profesora de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, Leonor Aguilar Ruiz, en su artículo "La publicidad sexista: nuevos instrumentos de regulación en derecho privado" que "A impulsos del ordenamiento

jurídico comunitario -mediante las Directivas comunitarias de 1997 sobre Publicidad engañosa y comparativa y la conocida como de Televisión Sin Fronteras-, el Derecho español ofrece hoy día instrumentos coactivos para la lucha contra la publicidad discriminatoria, entendida como aquella "que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución" ( ... ) "incluidos los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento" [Ley 34/1988 General de Publicidad (LGP), en su última versión, adoptada en 2004 a instancias de la Ley de Protección Integral contra la

Violencia de Género].

Pese a su referencia expresa a los derechos y valores constitucionales, no es frecuente que el tema de la publicidad sexista sea abordado desde el punto de vista de su protección constitucional. M.L. BALAGUER, Catedrática de esta disciplina, propone en varios de sus trabajos un análisis de la defensa de la imagen de la mujer desde la perspectiva constitucional a partir, básicamente, de la aplicación conjunta de los arts.1.1 , 9.2 , 10 , 14 , 18 y 20 de la Carta Magna . Además de su relación con los principios constitucionales de igualdad, libertad o dignidad de la persona, esta autora aboga por realizar una lectura más social de los arts.18 y 20 CE , para que dentro del derecho al honor y a la propia imagen pueda desarrollarse una tutela de las mujeres, como colectivo, frente a una utilización indiscriminada de su imagen. "El verdadero problema -apunta- quizás esté en conseguir un consenso acerca de si la sociedad considera mayoritariamente que ese uso de la mujer como consumo tiene esta importancia, o si en el momento actual los hombres constituyen también un grupo de riesgo, por así decir, de manera que no estaría justificada la defensa del cuerpo de la mujer, si también se está utilizando el del hombre. Y, en este orden de cosas, el planteamiento abandona su lógica jurídica para adentrarse en una lógica de contenidos de valor".

Abandonado, por tanto, este planteamiento constitucionalista, la regulación legal de la publicidad sexista debe centrarse en las previsiones de la LGP de 1988 que la califica de forma genérica en el artículo 3 LGP como práctica publicitaria "ilícita".

El art. 3 a) de la Ley de publicidad de 1998 regula la publicidad ilícita discriminatoria.

La D.A. 6' de la Ley 1/2004 modifica la LGP de 1988, ya que incluye un segundo párrafo al art. 3 letra a) de esta última. A través de este segundo párrafo, se introduce una explicación de aquellas conductas mencionadas en el art. 3 a): "Los anuncios que presenten de forma particular y directa el cuerpo de la mujer en forma vejatoria o su imagen asociada a comportamientos estereotipados que impliquen discriminación".

La primera parte del nuevo art. 3 a) coincide prácticamente con la redacción original del precepto. La diferencia entre la regulación de la LGP anterior a la modificación introducida en 2004, y la actualmente vigente, se encuentra en que ahora existe una referencia especial a los valores reconocidos en la CE , en los arts. 18 y 20.4.

En este sentido establece el nuevo art. 3 a) LGP: "Es ilícita: a) la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución , especialmente a los que se refieren sus art. 18 y 20 ap. 4. "Se entenderán incluidos en la previsión anterior, los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género".

Apunta sobre el artículo transcrito INÉS PÉREZ MARIN, Becaria de Investigación FPI del Departamento de Derecho Civil, Universitat de les Illes Balears, en "Autorregulación: análisis de las resoluciones del jurado de autocontrol de la publicidad discriminatoria de la mujer", dentro de la obra "El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado" que "Los límites referidos en este precepto de la LGP, en relación a la mujer, además de fundamentados en la Constitución, están señalados en dos leyes orgánicas: la Ley Orgánica 11/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en adelante LOMPIVG, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOIEM. Por otro lado, existe un abanico de normativas europeas, así como también recomendaciones internacionales en materia de igualdad y no discriminación de la mujer en publicidad y no poca legislación autonómica de igual contenido, sin olvidar otras normas de regulación transfronteriza o la misión de los Observatorios de la Publicidad en defensa de la mujer y la regulación y asesoramiento de Autocontrol. Todas ellas constituyen las herramientas jurídico-sociales que desarrollan un cometido preciso de control y vigilancia, de prevención y de intervención en diferente casuística sobre la utilización inapropiada de la imagen de la mujer con fines publicitarios".



Se refiere el supuesto contemplado en la norma, por un lado y en primer lugar, a los casos en los que los anuncios representan a las mujeres de forma vejatoria. Dos supuestos más se recogen en el precepto. En ambos cabe entender que se produce este trato vejatorio, y por tanto, contrario a la dignidad de la mujer. El primero se refiere a aquellos casos en que se utiliza particular y directamente el cuerpo de la mujer, o bien partes del mismo, como objeto desvinculado del producto que pretende promocionarse. El segundo a la presunción de existencia de un trato vejatorio de la mujer en aquellas hipótesis en las que se utilice su imagen asociada a comportamientos estereotipados.

El precepto tipifica un caso concreto en el que debe entenderse que la publicidad, por definición, atenta contra la dignidad de la persona y los valores y derechos constitucionalmente reconocidos: aquel en que los anuncios presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria. (Página 270 de "La reforma de la Ley de Competencia Desleal", Editorial LA LEY, A. Tato Plaza, P. Fernández Carballo Calero y C. Herrera Petrus).

Por lo que se refiere al primer supuesto, es necesario para que se dé que concurren tres requisitos: en primer lugar la utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad. En segundo término, que se utilice el cuerpo femenino como mero objeto y por último existencia de una desconexión absoluta entre la imagen utilizada y el producto que se promociona.

Se entiende por parte captatoria aquella del mensaje publicitario que por su configuración atrae en primer término la atención de los destinatarios focalizando el interés de éstos (en este sentido véase, asimismo, "La publicidad en internet. Regulación y Autorregulación", Editorial Aranzadi, págs. 120 y siguientes. Autor: D. López Jiménez y de "La reforma de la Ley de Competencia Desleal", Editorial LA LEY, A. Tato Plaza, P. Fernández Carballo Calero y C. Herrera Petrus).

En el caso del segundo presupuesto habrá que estudiar caso por caso. A juicio de algún autor dependerá esta circunstancia en gran medida, del papel que juegue la imagen del cuerpo femenino en el contexto del anuncio. El legislador parece referirse a la utilización de imágenes en las que el cuerpo femenino aparece como elemento puramente decorativo. El tercer presupuesto exige la desconexión absoluta entre la imagen femenina que se representa y el producto promocionado. No debe existir esa relación.

La segunda hipótesis, es la presunción de existencia de un trato vejatorio de la mujer en los supuestos en los que se utilice la imagen de aquélla asociada a comportamiento estereotipado. Exige en este caso el legislador para la apreciación de esta presunción, en primer lugar, la representación de la mujer desarrollando un trabajo o labor tradicionalmente asignado a la mujer y en segundo término, que el anuncio de alguna forma manifieste a sus destinatarios el mensaje según el cual el trabajo o labor desarrollada es propia y exclusiva de una mujer. Debe atenderse al anuncio en su conjunto y al mensaje que pretende transmitirse, en torno a la naturaleza de la actividad desarrollada y a su protagonista. Este precepto añade finalmente lo que debe evitarse: presentación de la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados "coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de 2004" (Autora: Amalia Rodríguez González. Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid. Artículo: "Últimas aportaciones normativas sobre publicidad discriminatoria en el Derecho internacional y europeo").

A juicio de algún autor la nueva redacción del artículo 3 a) tras la reforma de la ley de 2004, no aporta ninguna novedad relevante respecto a la anterior redacción. En este sentido, señala A.,TATO PLAZA en "Publicidad y violencia de género", A.D.I. 2004-2005, núm. 25, pp. 495 y ss. que la anterior redacción teniendo en cuenta una prudente y correcta interpretación, permitía ya llegar y hacer frente a las hipótesis más graves de publicidad sexista y discriminatoria. Por tanto, una interpretación de estas características permitía ya una adecuada protección de la mujer frente a la utilización de su imagen en la publicidad y concluye que "obviamente, sólo con el transcurso del tiempo se podrá determinar si la nueva redacción del art. 3 a) LGP incrementa la sensibilización de la industria publicitaria hacia la problemática derivada de la utilización de la imagen de la mujer en la publicidad".

En cuanto al *procedimiento* para la defensa de la mujer afectada por un supuesto de publicidad ilícita-discriminatoria, la Ley ofrece diversas vías para la defensa de sus derechos que van desde una reclamación administrativa dirigida al órgano competente, a un procedimiento sumario para la defensa de los derechos lesionados por la publicidad emitida (arts. 25 y ss).

Dentro de la vía judicial, la Ley permite al perjudicado por la misma interponer dos tipos de acciones defensivas:

- De un lado, y pese a que no sea ésta la principal finalidad prevista en la Ley, cuando la publicidad discriminatoria provoque una lesión efectiva en los derechos concretos de determinada/s persona/s, será posible el ejercicio de acciones para obtener resarcimiento (moral o patrimonial); acciones que, a falta de una vía de reclamación específica, podrían acogerse al sistema de responsabilidad extracontractual o al de las acciones de protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad o a la propia imagen.



- De otro lado, al quedar configurado el ilícito de publicidad discriminatoria como de mero "peligro", los instrumentos defensivos elegidos por el legislador para la represión de estas prácticas exigen la interposición de acciones de cesación y rectificación por parte del afectado, que tienen como principal objeto la salvaguarda del principio de veracidad que debe presidir la actividad publicitaria, si bien con perfiles algo diferenciados. Mientras la acción de cesación se dirige principalmente a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la publicidad ilícita y a prohibir su reiteración futura, la acción de rectificación persigue adecuar las informaciones erróneas, inexactas o de contenido inadecuado a la normativa vigente, sin que necesariamente ello implique la supresión o cese de la emisión publicitaria (AGUILAR RUIZ, L.)

En el caso de autos, la asociación demandante opta por el ejercicio de la acción declarativa de la publicidad desleal, por ilícita por discriminatoria, y por la acción de cesación, cuya regulación se contiene en el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal (LCD).

Dispone el **artículo 1** de la citada Ley que "Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad".

El **artículo 18** del mismo cuerpo legal, introducido en su actual redacción, por el apartado diez del artículo primero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, establece que "La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal". De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, "los conflictos existentes entre los ilícitos en materia publicitaria y los ilícitos en materia de competencia desleal se van a resolver mediante una simple equiparación: la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal (Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Editorial Aranzadi, Director: A. Bercovitz Rodríguez-Cano; Autor del Capítulo relativo al artículo 18 LCD, I. QUINTANA CARLO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza).

Y el **artículo 32 LCD**, relativo a las acciones que pueden ejercitarse frente a la competencia desleal, indica que "1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª 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.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora".

#### **QUINTO.- Doctrina.**

En la doctrina se observa un intenso debate entre los autores, de manera que algunos dan relevancia por encima de cualquier cuestión a la dignidad de la persona, a la que expresamente alude el artículo 10.2 CE, dignidad que se vería menoscabada por aquellos anuncios que cosificaran el cuerpo de la mujer y atentan contra la imagen de la misma, frente a aquellos otros que, sin olvidar los principios constitucionales, también tienen en cuenta el hecho de que la Constitución Española recoge como derecho fundamental en su artículo 20 la libertad de expresión, dentro de la cual podrían tener cabida estas manifestaciones publicitarias. En este último sentido, merece una mención especial la tesis de RUBÍ I PUIG, A., Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, bajo el título "PUBLICIDAD COMERCIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. La protección constitucional de la información en el mercado", bajo la dirección del Prof. Dr. Pablo Salvador Coderch, en la que concluye que "La publicidad y otras formas de comunicación comercial realizadas por empresarios en el mercado constituyen expresión y, en algunas ocasiones, información y, además, promueven las funciones que tradicionalmente se asocian a la libertad de expresión: así, un discurso comercial contribuye o puede contribuir al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía individual, a la información, a la verdad, a la democracia y al aumento de los niveles de eficiencia en el mercado. Por ello, son adscribibles prima



facie al ámbito de protección de los artículo 20.1 a ) y d) de la Constitución , que reconocen los derechos a informar y a expresarse libremente", apuntando que "La identificación del grado de protección de la publicidad y otras comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión requiere de un ejercicio de interpretación constitucional. Puesto que se trata de una cuestión periférica en la hermenéutica de la libertad de expresión, las concepciones absolutas de este derecho fundamental, que construyen reglas categoriales a partir de las convicciones de la comunidad jurídica, son insatisfactorias para la resolución del problema y resulta más útil recurrir a teorías relativas del contenido esencial de un derecho fundamental o, en otros términos, a la interpretación de su grado de protección mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, una determinada comunicación comercial deberá quedar protegida por la libertad de expresión si una medida que la restringe:

- a) No persigue un objetivo constitucionalmente legítimo.
- b) Es inadecuada para la protección del objetivo propuesto.
- c) Es innecesaria, pues existen medidas alternativas menos gravosas para la libertad de expresión.
- d) Es desproporcionada, ya que, ponderando sus consecuencias, comporta más costes sociales que beneficios.

La utilización de este método interpretativo pone de relieve que, en ocasiones, la libertad de expresión jugará una posición preferente en el conflicto con otros bienes jurídicos y, en efecto, las comunicaciones comerciales recibirán el mismo grado de protección constitucional que formas de discurso público (expresión política, artística o científica). En otras ocasiones, sin embargo, el grado de protección de las comunicaciones comerciales, atendiendo a la protección de otros derechos fundamentales u intereses generales, equivaldrá al propio ofrecido a la libertad de empresa".

#### **SEXTO.- Resoluciones administrativas nacionales y europeas.**

Respecto de las *resoluciones administrativas nacionales* sobre publicidad discriminatoria, se puede encontrar un completo análisis de las resoluciones de Autocontrol en el trabajo "Las mujeres y el Derecho del Consumo", de Marín Pérez, I., dentro de la obra, antes citada, "El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado" y en el artículo "¿Mujer, objeto publicitario?", que distingue dos etapas en la forma de resolver de dicho organismo, observándose diferencias según la resolución sea anterior o posterior a la modificación del artículo 3.a) LGP por la LOMPIVG.

En la *primera etapa* de andadura de dicho organismo, que va desde sus comienzos en el año 1996, hasta la modificación legislativa expresada, apunta la autora que "el artículo 3 a) LGP tipificaba como publicidad ilícita aquella que pudiera atentar contra la dignidad de la persona o que contraviniera los valores y derechos reconocidos en la Constitución , en especial referidos a la población más vulnerable como es la infancia, la juventud y la mujer. De la normativa-marco de la LGP, amplia y ambigua, se inspiró el CCP de Autocontrol para hacer frente a las reclamaciones sobre publicidad sexista, incorporando los principios éticos de las comunicaciones comerciales, ya mencionados, en las normas deontológicas aplicadas por el Jurado, en concreto, la norma 10 CCP sobre la discriminación, la norma 8 CCP sobre el respeto al "buen gusto", la norma 2 CCP, sobre el respeto a la legalidad vigente y a la Constitución, además de la norma 3 CCP12... Con estas herramientas éticas, y supliendo la indefinición de la ley y la carencia de jurisprudencia en publicidad sexista, el Jurado de Autocontrol inició una línea interpretativa basada en una regla general como punto de partida, con su excepción y unos requisitos, criterios que ha ido argumentando en los sucesivos pronunciamientos creando una doctrina propia, no jurídica". Estos criterios y reglas se resumen del siguiente modo: Para valorar la utilización publicitaria del desnudo de la mujer en los anuncios, el Jurado parte del supuesto sociológico de que "España se asienta ante una sociedad muy plural, abierta moderna, permisiva, y tolerante, con disparidad de criterio", y establece la siguiente regla general: "Que la simple representación del cuerpo humano (ya sea desnudo, semidesnudo o con sugerentes vestimentas) no puede ser entendida per se como un atentado contra la dignidad de las personas; socialmente se viene admitiendo el uso moderado del desnudo humano o la provocación sugerente ... Incluye aquí una excepción a esa premisa:(. . .) 'salvo cuando la representación que se haga del mismo resulten vejatoria, procaz o pornográfica'. El Jurado introduce un requisito, en negativo, que condiciona la premisa o regla anterior en los siguientes términos: "( .. .)No deberán concurrir en la publicidad elementos ajenos al desnudo en si, en los que se pudiera apreciar una vulneración da algún derecho fundamental de la mujer bien por hacerla aparecer a ésta de cualquiera da las tres posibilidades:

- 1° Como un simple objeto de satisfacción sexual a disposición del hombre.
- 2° En posición de inferioridad o en actitud de sometimiento.





3° Relegándola a un papel secundario en nuestra sociedad mediante la utilización de mensajes discriminatorios directos o implícitos.

Porque en tal caso existiría un atentado contra la dignidad".

Con la concreción de estos criterios, el Jurado introdujo un acercamiento a las dos hipótesis o supuestos que posteriormente, en el 2004, quedaron tipificados en el precepto 3.a) LGP: la cosificación de la mujer como "objeto de satisfacción sexual..." y la mención a comportamientos estereotipados que la sitúa en una posición de inferioridad.

Del análisis de los casos de esta etapa, la argumentación esgrimida por el Jurado fue:

- Sobre el concepto admitido del uso moderado del desnudo o semidesnudo del cuerpo de la mujer en los anuncios. La doctrina del Jurado se valió de las diferentes resoluciones, estimadas y desestimadas durante esta etapa, para ir perfilando y ampliando pautas que han dado forma a este concepto. La andadura comenzó con la resolución del anuncio "Virgin Express", en el que se utilizaba la imagen de una mujer joven desnuda en postura de acostada, para anunciar tarifas aéreas acompañada del texto "Date prisa, no me dejes pensar". A colación de este caso, el Jurado admitió abiertamente el "uso moderado del desnudo", afirmando no tener "reparos frente al grafismo público del cuerpo humano", siempre y cuando se valorase del desnudo o semidesnudo su forma armoniosa o estética; no obstante, sigue apuntando que si se trata de una exhibición sexista, provocativa, como era este caso, podía "ofender tanto al buen gusto social" como a la propia condición de mujer, ya que la convierte "en simple pretensión de sugestión sexista". En esta cadena de adjetivos para definir el uso moderado del desnudo o semidesnudo, entendía el Jurado en el caso Como 2, que la utilización de la imagen del pecho desnudo de la modelo se presentaba de forma "neutra, pulcra y estilizada", que no atentaba contra la dignidad de la persona, y que representaba "el buen gusto" sin incurrir en "una actitud morbosa, obscena y procaz"...Más adelante se incorporó el término "sobriedad" en relación al caso Twist Levi's. En este anuncio fue considerando que las imágenes de los cuerpos de los modelos no se presentaban de forma "sobria, estilizada y armónica" sino que en ellas se observaba "un tratamiento procaz superando el límite de lo tolerable, desde el punto deontológico (aparecían dos modelos, una mujer y un hombre con el torso desnudo vistiendo unos vaqueros, y mostrando una escena de "contenido erótico cuasi-implícito", sobre todo si se atendía "a las posiciones de los brazos y de las manos de uno de los modelos en relación con la zona genital del segundo)". Y reiterando la regla general, introduce el adjetivo "vejatorio", junto al de procaz y pornográfico, para limitar el uso del desnudo por atentatorio a la dignidad de la mujer. Es de observar, de nuevo, que con este calificativo, "vejatorio", Autocontrol también se adelanta a la terminología empleada en la redacción del actual artículo 3.a) LGP....

-Sobre el concepto de provocación sugerente del cuerpo de la mujer en los anuncios. La doctrina admitió dos supuestos, por un lado, el uso de "sugerentes vestimentas", y por otro, el de "insinuación o simple sugerencia del desnudo" al no tratarse de un desnudo como tal.

El primero de los supuestos, el de "sugerentes vestimentas" se localiza en el caso del anuncio de "Ron Negrita"...El jurado consideró que el uso de estas "sugerentes vestimentas" no era discriminatorio ni reprochable, pues en caso contrario sería incurrir en censura de buen o mal gusto.

El segundo de los supuestos, el de "insinuación" del desnudo o "simple sugerencia del desnudo" humano sin tratarse de un desnudo como tal, se analizó al desestimar el caso "Jacq's", un spot en tv...El Jurado admitió que la joven protagonista del anuncio era "exuberante y atractiva", pero no apreciaba que la sugerencia del desnudo constituyese "per se un atentado contra la dignidad de la persona", pues no aparecía un desnudo como tal sino sencillamente una "insinuación del mismo", y no percibía, en su opinión, elementos "obscenos, procaces o pornográficos" contra el buen gusto y el decoro social. Justificando esta decisión, manifestó que la publicidad empezaba también a recurrir a la figura masculina como reclamo publicitario". En definitiva, la doctrina aprecia de manera constante que el simple hecho de la utilización del cuerpo no constituye una discriminación que atente a su dignidad, que la disparidad de criterios sociales que existe en toda sociedad plural, dinámica y democrática, se refleja en la expresión creativa, en constante innovación. Se alega por el Jurado que la prohibición del uso moderado del desnudo podría suponer una censura y un atentado contra la libertad de expresión ( art. 20 CE ) y que este derecho fundamental encuentra sus límites en los demás derechos constitucionales protegidos, entre ellos la dignidad de las personas; sin embargo, si ésta se respeta, el simple desnudo de una mujer no debería ser discriminatorio.

- Sobre el buen gusto, mal gusto y el decoro social. Se aduce la dificultad que entraña la interpretación de estos conceptos aplicados especialmente a la publicidad sexista, en especial por la consubstancial carga sociológica, moral y subjetiva que conlleva, toda vez que la percepción de estos conceptos varía de unas sociedades a otras, ya sea por la fuerza de las tradiciones culturales, por las convicciones religiosas por el mayor o menor nivel de permisividad y tolerancia de los grupos que las conforman; ello supone que sea un



criterio circunstancial y opinable, de dudosa objetividad. Por tanto, el análisis de casos es complejo a la luz de esta norma, y este procedimiento debe de hallar un equilibrio entre los extremos, justo y ponderado, entre intereses y sensibilidades enfrentadas", ya que de lo contrario el buen gusto y el decoro social se convertiría en una norma blanda y arbitraria a merced de la libertad de expresión de las comunicaciones comerciales, donde ésta carecería de límites constitucionales". En este sentido, el Jurado estimó la resolución sobre el caso de la "revista Cosmopolitan". En este anuncio de tv aparecía una mujer joven y atractiva pedaleando en una bicicleta estática; a la vez que incrementaba el ritmo, simulaba mediante movimientos y jadeos, la progresiva obtención de placer orgásmico. En este caso el Jurado alegó que la expresión del mensaje y "su reclamo, puede herir muy determinadas sensibilidades, sobre todo de tipo religioso".

- Sobre la coherencia o vinculación de la figura femenina y los productos publicitados. El Jurado vuelve anticiparse al precepto 3a) LGP utilizando en la praxis de su doctrina el concepto de "coherencia" por el uso del cuerpo femenino en consonancia con el producto publicitado, y a la que hace acopio de ilicitud el mencionado artículo sobre la "desvinculación del cuerpo femenino con el producto anunciado". En el caso ya mencionado Como 2, el Jurado consideró que el uso del torso desnudo de la mujer era coherente con el producto publicitario, ya que los pantis anunciados eran como un sujetador cómodo, cuyo mensaje se centraba en el paralelismo entre la utilización de los pantis promocionados y la comodidad de un sujetador.

- Sobre el uso del cuerpo de la mujer como reclamo publicitario: en el caso de Baricentro, el Jurado consideró que la presencia del desnudo no estaba justificada e iba dirigido fundamentalmente a captar la atención de los destinatarios; es decir, usar a la mujer como medio de sugestión para el consumo".

- Sobre el soporte o medio utilizado. El soporte de difusión fue el criterio empleado por el Jurado como requisito, junto al de coherencia (cuando la imagen de la mujer se limita a reflejar fielmente el producto que se promociona), para aplicar e interpretar los criterios imperantes del buen gusto y el decoro social. El Jurado, cuidadoso y cauto por la ambigüedad de la norma, ponía el énfasis en restringir el medio de difusión para aquellos anuncios con cierto contenido sexual o imagen erótica o pornográfica, de tal forma que consideraba contrario al buen gusto si se difundía en un medio inadecuado (tv sin restricción horaria, vallas, internet...), porque si no podría alcanzar indiscriminadamente a una población vulnerable como era la juventud y la infancia, especialmente sensible a estos contenidos, y asegurar que el canal de difusión elegido llegase específicamente a su target o público objetivo al que iba dirigido. En relación al caso de la página web Liveshow34, se cuestionó la publicidad exterior de la empresa Audiomat, S.A. en una valla que publicitaba un espectáculo pornográfico donde se reflejaba la imagen de una mujer desnuda con el eslogan: "El show más caliente de España ... en vivo e interactivo. Internet: www. Livesshow.es". El Jurado consideró que por la naturaleza del bien publicitado, el grado de tolerancia era mayor que el exigido a productos de consumo diario, pero que los cauces de difusión y acceso debían de ser otros más apropiados, en consonancia al público objetivo al que iba dirigido, y no de forma indiscriminada como era la publicidad exterior de este caso; se alegó que atentaba contra el buen gusto, el decoro social y las buenas costumbres. El Jurado en sus resoluciones matizaba dos conceptos: distinguía entre objeto de satisfacción sexual a disposición del hombre, y objeto de deseo (entendido éste como dirección hacia la que se dirige, por regla general, el deseo masculino); es decir, establecía una zona fronteriza de licitud donde se situaba la representación de la mujer como objeto "admisible". De esta manera, el anuncio que representara a la mujer como objeto de satisfacción sexual a disposición del hombre implicaría un claro atentado contra su dignidad, no así la representación de la mujer como objeto de deseo, de atracción "propia" masculina, que no traspasaba los límites que permitiera realizar una declaración de incorrección. Con esta distinción, el Jurado fue desestimando reclamaciones de casos como Jacq's entre otros, o las campañas de "Ron Barceló" de 1997 y de 2003.

-Sobre la interpretación de los anuncios en su conjunto y/o posibles partes captatorias, e influencia del mensaje en la percepción del consumidor medio, criterios recogidos en la norma 3 del CCP, que ha permitido al Jurado analizar aspectos parciales y globales del anuncio que pudieran ofender o no la dignidad de la mujer. Se refleja en el caso de Relojes Promaster. Se trataba de una campaña publicitaria de relojes difundida en prensa para la promoción de una gama determinada denominada "Pro master". En el anuncio reclamado, bajo la frase: "Sólo para grandes exploradores", aparecía "una fotografía de una mano masculina -con el reloj promocionado en su muñeca- apoyada sobre la cintura de las nalgas mojadas de una mujer en bikini. El Jurado interpretó que esta publicidad no resultaba por sí misma procaz ni pornográfica y se podía interpretar como un mero "objeto de deseo" y no como "objeto de satisfacción sexual".

-Sobre la imagen de la mujer en posición de inferioridad o en actitud de sometimiento o relegándola a un papel secundario mediante la utilización de mensajes discriminatorios directos o implícitos. Estos supuestos invocan la imagen de la mujer asociadas a comportamientos estereotipados sexistas que no sólo vulnerarían el principio de igualdad y atentan contra su dignidad, sino que podrían incitar a la violencia de género. Como ilustración de esta situación ha de remitirse a los casos que la doctrina del Jurado resolvió en esta



etapa: Bacardí-Martini (posición de servilismo), automóviles Ford Focus/Fiat Punto (miedo inseguridad y agresividad), desodorante Axe (sometimiento en clave de humor) y relojes IWC (tratamiento de inferioridad, roles en función del sexo, incitación a la violencia de género).

Respecto de las *resoluciones de autocontrol de la segunda etapa*, la modificación del art. 3.a LGP por la LOMPNG, permitió que el legislador contemplara dos hipótesis en las que cabe entender se produce un trato vejatorio y por lo tanto contrario a la dignidad de la mujer: la hipótesis sobre la cosificación de la mujer, cuando se utiliza "particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar", y la segunda hipótesis sobre anuncios que vehiculan estereotipos de género mostrando una relación de fuerzas desigual entre los sexos, y que se utiliza la imagen de la mujer "asociada a comportamientos estereotipados"; ambas situaciones se podría considerar publicidad ilícita al contravenir "los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género". El Jurado, por remisión a su norma 2 CCP (principio de legalidad), aplicó el nuevo precepto en la argumentación de las resoluciones, adaptando sus criterios interpretativos al mismo, con lo que su doctrina marcó una nueva etapa. A) La cosificación de la mujer, en referencia a la primera hipótesis, exigió la concurrencia de tres requisitos para su aplicación en la publicidad discriminatoria de la mujer. El Jurado los fue matizando y concretando a través de sus resoluciones durante estos años; estos son: "1) La utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas como parte captatoria de la publicidad. 2) Su representación como mero objeto, sin que realice ningún rol activo en la acción publicitaria, ni guarde conexión con el argumento publicitario. 3) La desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado". Todos los casos resueltos de esta etapa", a excepción de Noa Cacharel, el Jurado mantuvo que existía una utilización de la imagen de la mujer para atraer y localizar en ella la atención de los destinatarios; por tanto en todos se consideró que se daba este primer requisito (Casos Magnum, Media Markt, Seat León, Air Berlin, entre otros).

Por último, cabe decir que por la misma publicidad de **Ryanair** que es objeto del presente enjuiciamiento "Tarifas Calientes", la Asociación de Usuarios de Comunicación, a través de su Secretario General, presentó en fecha 31 de mayo de 2013, reclamación ante Autocontrol, pidiendo el cese o rectificación de la referida publicidad, pronunciándose el citado organismo administrativo en el sentido de que no podía entrar a conocer del caso mientras el mismo continuara "sub iudice".

Respecto de las *resoluciones administrativas que se han dictado fuera de España sobre esta materia*, deben destacarse las siguientes:

\* La resolución francesa de Le Jury de Déontology Publicitaire, de 18/01/12, sobre el calendario de **Ryanair** 2.012.

En este caso, el Jurado (órgano equivalente a Autocontrol) se pronuncia, a raíz de dos denuncias de particulares, sobre la conformidad a las reglas deontológicas en vigor de una publicidad difundida en prensa e Internet para el calendario benéfico 2012 de las azafatas de la compañía aérea **Ryanair**.

Los denunciantes estimaban que la publicidad en cuestión inducía a pensar que el precio del billete de avión comprendía la disponibilidad sexual de las azafatas y constituía un abuso al tratar a las mujeres, en este caso, azafatas de la compañía, como objetos sexuales en el ámbito de su función.

El Jurado concluye que el anuncio no vulnera las normas deontológicas, pues respecto de las imágenes recogidas en el calendario del personal femenino de **Ryanair**, la publicidad tiene por objeto promover la venta del calendario benéfico y no la promoción de la compañía o sus servicios. El Jurado constata que las mujeres jóvenes que figuran en la publicidad examinada no aparacen adoptando posturas indecentes y que su representación no es ni humillante ni degradante.

\* Resolución de ASA Adjudication on **Ryanair** LTD, de fecha 15/02/2012 (debe hacerse notar que la fecha de esta resolución es posterior a la del organismo francés y versa sobre la misma publicidad). En este caso, el órgano irlandés estima la denuncia presentada por trece particulares, considerando que las azafatas presentan en el calendario poses y atuendos sexualmente sugerentes y que ello, en conjunción con el slogan "Tarifas al rojo vivo y la tripulación también" sería interpretado por la mayor parte de los lectores en el sentido de que las azafatas mantienen en su trabajo un comportamiento sexualmente sugerente o, si se quiere, de disponibilidad sexual. Por ello, el órgano resolutorio obliga a **Ryanair** a cesar en dicha publicidad.

**SÉPTIMO.- Resoluciones judiciales .**

Pocas resoluciones judiciales se han dictado hasta el momento en materia de publicidad ilícita por sexista. Debe destacarse la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibi de 3 de marzo de 1992** . En el caso que se planteó, la Federación de Mujeres Progresistas demandó ante el Juzgado de Primera Instancia de Alicante a Feber por una campaña publicitaria de Navidad por entender que ésta era claramente



ilícita por sexista. La campaña publicitaria estaba compuesta por dos bloques. Uno de ellos iba dirigido a las niñas en el que se ofertaban exclusivamente muñecas y utensilios para la casa y la cocina y otro bloque, dirigido a los niños, con una oferta de juguetes más amplia, relativos al mundo exterior y de las profesiones. La demandante consideraba que era una campaña sexista y discriminatoria en la medida en que consagraba diferencias entre niños y niñas basadas exclusivamente en el sexo. Al margen del interés jurídico que, por la aplicación directa del art. 14 de la Constitución Española puede tener este caso, lo cierto es que el Juez hizo suya la petición y entendió que los anuncios en cuestión reforzaban en los destinatarios, los niños, los papeles y estereotipos encasilladores y limitativos para las personas creando dos mundos separados, en atención al sexo, supuestamente complementarios y en la mayoría de los casos antagónicos, construyendo a una concepción sexista de la sociedad que deriva de una visión de las mujeres inferiores y dependientes de los varones (Consideraciones Generales en torno a la publicidad sexista. ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE, Catedrático E. U. de Derecho Mercantil. U. Salamanca).

Debe citarse, asimismo, la **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 1ª), de 26 de noviembre de 2008**, que resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de 28 de mayo de 2008 del Juzgado Central Contencioso - administrativo número Cinco de Madrid, que confirmó la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de fecha 14 de junio de 2007, por la que se imponía a Sogecable S.A. una sanción de multa de 50.500 € como responsable de una infracción grave de carácter continuado por vulneración del artículo 8.1 de la Ley 25/1994 (por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisivas), modificada por la Ley 22/1999, y del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, General de Publicidad. Confirma, en suma la sentencia apelada, una resolución sancionadora por emisión de publicidad ilícita, desestima el recurso de apelación, confirmando la resolución recurrida que, como se ha dicho, ratificaba una resolución sancionadora por emisión de publicidad ilícita, en concreto, por la emisión durante los días 25, 26, 27, 28 y 29 de diciembre 2006 de un anuncio publicitario para la promoción del Seat León, que se considera que presenta a las mujeres de forma vejatoria por utilizar directamente partes de su cuerpo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, y vulnera el artículo 8.1 de la Ley 25/1994 y el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad 34/1978.

Se indica en la resolución de la Audiencia Nacional (fundamento jurídico quinto) que "Enlazando con el fondo del asunto, se estima de interés efectuar unas consideraciones sobre el marco normativo aplicable, que es el establecido por la Ley 25/1994 y la Ley 34/1998, General de Publicidad. La citada Ley 25/1994 atribuye a la Administración (bien sea la General del Estado, bien la de las Comunidades Autónomas) el control e inspección, así como el ejercicio de la potestad sancionadora, de la publicidad televisiva.

En lo que se refiere a la publicidad televisiva, la Ley tiene por objeto, entre otros, como señala la STS de 30 abril 2008 (Rec. 5500/2005), proteger a los telespectadores "frente a ciertas formas de publicidad y objetos publicitarios". Para cumplir tal designio los organismos competentes de la Administración han de ejercer, como ya ha sido dicho, el "control e inspección" de la publicidad televisiva y podrán, en su caso, sancionar a quienes infrinjan la prohibición de emitir publicidad ilícita por su contenido, que contravenga las prohibiciones insertas en los artículos 8, 9, 10 y 16 de la citada Ley.

En cuanto al contenido material del mensaje publicitario, dedica la citada Ley un capítulo (el III) a la publicidad televisiva y en él precisa, lo que el legislador considera publicidad ilícita (artículo 8).

El citado artículo 8.1 de la Ley 25/1994, reformada por la Ley 22/1999, conceptúa como publicidad ilícita, las formas de publicidad indicadas en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y además, en todo caso, la publicidad por televisión o televenta, que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social.

La ilicitud de los mensajes publicitarios televisivos se producirá, en consecuencia, o bien cuando incurran en las modalidades prohibidas por el artículo 3 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, o bien cuando "(...) fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas..."

Por su parte, el artículo 3 de la Ley General de Publicidad, y por lo que aquí nos interesa, en la modificación operada por la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, considera en su apartado a), ilícita: "La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus arts. 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios



que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género".

La contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas, entre otros, en el artículo 8 de la Ley 25/1994 reformada por la Ley 22/1999, se tipifica como infracción grave en el artículo 20.2 de la citada Ley".

Y en el Fundamento de Derecho Sexto recoge que "La sentencia de instancia argumenta para fundamentar la desestimación del recurso, que se trata de la emisión de un spot publicitario de un automóvil en el que se muestra una carrera de coches en la que se introduce un plano que "Muestra a mujer de espaldas, de cintura para abajo, a la que se le levanta la minifalda, dejando al descubierto las nalgas" descrito sin error alguno por la resolución administrativa originariamente impugnada, plano que no tiene nada que ver con lo que se anuncia, siendo acertada la calificación del anuncio como publicidad ilícita en el sentido recogido por el artículo 3.1.a) de la Ley de Publicidad. La entidad apelante insiste en la fugacidad de dicho plano que aduce es difícil de apreciar cuando se visualiza el anuncio en cuestión. La Sala considera que el citado plano se puede observar claramente aunque sea de breve duración y está totalmente desvinculado del producto o vehículo que se pretende promocionar, con el que no guarda conexión alguna". Por ello desestima el recurso de apelación interpuesto.

**OCTAVO.-** *Hechos controvertidos en el caso **Ryanair**. Hechos probados en el supuesto objeto de enjuiciamiento.*

Dicho lo anterior, y abordando ya el examen del material probatorio en los presentes autos, ha de tenerse en cuenta que corresponde a la parte actora la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y a la parte demandada los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquellos, según el criterio general de carga de la prueba establecido en el art. 217.2 y 3 LEC.

De la prueba practicada en autos, consistente en la documental aportada por ambas partes, se concluye que queda acreditada la versión de los hechos ofrecida por la parte actora. Y ello, por los siguientes motivos:

1º Del documento 3 de la demanda, no impugnado por la parte a la que pueda perjudicar su contenido, con las consecuencias previstas en el artículo 326 LEC, resulta que en el cuarto trimestre del año 2012 comenzó a difundirse en la página web de la Compañía **Ryanair** ([www.ryanair.com/es](http://www.ryanair.com/es)) el slogan "TARIFAS AL ROJO VIVO", debajo del mismo la cifra de 10 (ó 12) euros, y más abajo, la frase ¡Y LA TRIPULACIÓN!, todo ello, apareciendo a la izquierda de la pantalla, junto con dicha publicidad, la imagen de una mujer en bikini en actitud sexualmente sugerente.

2º Las mujeres que figuran en los citados anuncios forman parte de la tripulación de **Ryanair** (hecho admitido por la demandada y, por tanto, exento de prueba).

3º No se han realizado por la compañía campañas similares que empleen en idénticas circunstancias el cuerpo del hombre, a pesar de que la tripulación de la entidad también cuenta con personal masculino (hecho tampoco discutido).

4º Asimismo, en la propia web de la compañía se puede acceder a un enlace dentro del apartado "¡PINCHA AQUÍ Y COMPRA EL CALENDARIO BENÉFICO 2013 DE LA TRIPULACIÓN **RYANAIR!**", en el que muestran la imagen en bikini de seis integrantes de su tripulación de cabina (identificadas como "las Chicas de **Ryanair**", en actitud igualmente sugerente (documento cuatro de la demanda).

5º En fecha 30 de noviembre de 2012 la asociación ADECUA requirió al Notario a fin de que éste levantara acta de constancia de los hechos descritos en los apartados anteriores (documento cinco de la demanda).

6º La finalidad de calendario era destinar lo recaudado a fines benéficos - Documento 6 de la demanda (hecho no discutido), entregándose los fondos a una asociación benéfica polaca.

7º El visionado del vídeo de los preparativos para la elaboración del calendario (documento 7, reproducido en el acto de la vista), muestra a seis azafatas de la compañía en bikini, adoptando posturas sexualmente provocativas, identificándose su nombre y país de procedencia, apareciendo al final del vídeo la imagen de un hombre en bañador (presumiblemente un modelo, al no identificarse como miembro de la compañía), como adelanto del calendario benéfico de 2014, pero el movimiento de la cámara acaba con el mensaje en inglés "Sólo bromeábamos".



8º La campaña publicitaria de **Ryanair** - tarifas calientes - (incluido el calendario) ocupa el puesto número seis en el Top 10 de los productos más denunciados por publicidad sexista, según Informe anual de 2012 del Instituto Andaluz de la Mujer (documento 6 aportado por la Abogacía del Estado).

**NOVENO.-** Desde que saltó a los medios la noticia de la interposición por una asociación de consumidores y usuarios de la presente demanda por la campaña publicitaria de **Ryanair**, enseguida se empezaron a escuchar comentarios del tipo "Si no es para tanto". La cuestión no es si es para tanto o para tan poco, ni tampoco se trata de que se mantenga una postura machista, feminista, puritana o no. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión es muy sencilla. Se debe dilucidar si la campaña publicitaria difundida por la compañía demandada, tanto al ofertar sus billetes, como en el calendario benéfico, encuentra encaje en la conducta descrita en el artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad. Y, analizados los hechos que se han declarado probados en el fundamento jurídico anterior, habida cuenta del tenor de la norma aplicable (artículo 3 LGP), y respecto de la campaña "Tarifas al rojo vivo" "10 euros" "Y la tripulación también", junto con la imagen de la azafata en bikini, no cabe duda, a juicio de esta Magistrada, de que no existe supuesto más claro en que deba aplicarse la norma transcrita. Y ello, por los siguientes motivos:

1º Porque se emplea el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad.

2º Porque se utiliza el cuerpo femenino como mero objeto, y

3º Porque se aprecia una absoluta desconexión entre la imagen utilizada y el producto que se promociona (venta de billetes de avión).

En cuanto al calendario, nadie duda de que el mismo pueda tener fines benéficos y que se hayan destinado los fondos obtenidos a una asociación polaca dedicada al cuidado de los niños con fibrosis quística. En modo alguno pretende esta Juzgadora atajar la loable actitud caritativa de la mercantil demandada.

Pero, lo que resulta obvio es que el calendario enmascara una campaña de marketing de la compañía, que utiliza el cuerpo de la mujer como reclamo para la venta de billetes, adoptando las azafatas que figuran posturas en clara invitación sexual, incurriendo además, en trato discriminatorio respecto de la mujer, pues cuando se anuncia el calendario de 2014, tras aparecer, como se ha dicho, el cuerpo de un hombre en bañador, se acaba con la frase en inglés "sólo estábamos bromeando". Como se dice en el Informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Abogacía de Estado, de fecha 18 de febrero de 2.008, aportado por el Abogado del Estado "el instrumento utilizado (calendario) - para la obtención de fondos con fines benéficos- persigue indirectamente la contratación del servicio de transporte aéreo a través de la compañía, por lo que el calendario - en ese caso, era el de 2008) tiene igualmente un fin publicitario.

Es evidente que, en pleno siglo XXI, pocas personas se van a escandalizar por el hecho de ver el cuerpo de una mujer en bikini, pero lo que aquí se discute es si con la campaña publicitaria directa de la web de **Ryanair** o indirecta - del calendario se incurre en cosificación de la mujer, en trato discriminatorio y en atentado contra la dignidad de la persona - debe recordarse, en este punto, el brillante informe que efectuó el Ministerio Fiscal, tras la práctica de la prueba, en el acto de la vista-, al aparecer en la publicidad la mujer asumiendo siempre los mismos roles (objeto sexual, mujer de su casa o madre de familia o a cargo de personas dependientes), sin tener en cuenta la realidad social vigente. En este caso se estaría utilizando el cuerpo de la mujer reducido a un mero objeto sexual, como un recurso para captar la atención del potencial consumidor, ajeno al contenido del anuncio y de lo anunciado.

Por tanto, procede el dictado de una sentencia por la que se estime íntegramente la demanda interpuesta, con los pronunciamientos a ello inherentes, que se recogerán en el fallo de la presente resolución.

**DÉCIMO.-** Respecto de las costas del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, que recoge el principio objetivo del vencimiento, serán impuestas a la parte demandada.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

## FALLO

Que **estimando** la demanda presentada por la Asociación de Consumidores y Usuarios ADECUA, representada por la Procuradora Sra. González Pérez, contra la entidad **COMPAÑÍA AÉREA RYANAIR LTD**, representada por la Procuradora Sra. Gallur Pardini, siendo parte en el procedimiento el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** que:

1º La publicidad desarrollada por la demandada en su página web [www.ryanair.com/es](http://www.ryanair.com/es) denominada "Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!" es ilícita y desleal.



2º La publicidad desarrollada por la demandada en su web *www.ryanaircalendar.com* en la que se promociona la venta de un calendario titulado "Las chicas de **Ryanair**. Calendario Benéfico de la tripulación de cabina 2013" es asimismo ilícita y desleal.

En consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a estar y pasar por las consecuencias jurídicas inherentes a las anteriores declaraciones de ilicitud y deslealtad publicitaria, en concreto:

- a) Deberá cesar la campaña publicitaria a la que se refieren los anteriores apartados 1º y 2º de este fallo.
- b) Deberá abstenerse de la reiteración futura de la campaña publicitaria a la que se refieren los apartados 1º y 2º de este fallo.
- c) Deberá publicar a su costa el fallo de esta sentencia en el plazo de 15 días desde su notificación en los dos periódicos de mayor difusión nacional (El País y el Mundo) con caracteres tipográficos que garanticen la legibilidad y notoriedad del anuncio (por ejemplo, letra times new roman con tamaño superior a 10 en sistema informático word).

Todo ello, imponiendo las costas del presente procedimiento a la parte demandada condenada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE APELACIÓN, que habrá de interponerse, en su caso, en el plazo de veinte días ante este Juzgado, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución y que será resuelto por la Itma. Audiencia Provincial de Málaga.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi Sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de la fecha por la Magistrada - Juez en comisión de servicios que la suscribe, hallándose celebrando Audiencia Pública, de lo que doy fe.