



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

PUBLICIDAD ILÍCITA: LA PUBLICIDAD QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER

Alumno: María del Mar Cuadrado Rodríguez

Junio, 2016

RESUMEN

La comunicación comercial constituye uno de los símbolos más representativos de las sociedades contemporáneas, manifestada a través de los medios de comunicación con el objetivo de incentivar al consumo utilizando una serie de estrategias empleadas a tal fin. Esto es, atraer la atención del destinatario para provocar una conducta orientada hacia la adquisición de lo anunciado. En este sentido, publicidad y mujer constituyen conceptos estrechamente vinculados, siendo una práctica habitual la utilización de su imagen como recurso de promoción comercial. En ocasiones esto supone la trasgresión de la ética social, sobrepasando unos límites ante los cuales el Derecho debe intervenir. En este contexto surge la regulación del supuesto de publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, objeto en el cual se ha centrado el estudio del presente trabajo, realizándose un análisis de la legislación al respecto, los mecanismos de defensa y los pronunciamientos más relevantes en la materia.

ABSTRACT

Commercial communication constitutes one of the most representative symbols of contemporary societies, manifested through mass media with the objective of stimulating consumption by using a series of strategies utilized with that goal. Meaning, bringing the attention of the receiver to cause a behaviour aimed at acquiring what is advertised. In this particular sense, advertising and women constitute two tightly related concepts, being the use of their image a common practice. Sometimes this means transgressing social ethics, reaching some limits at which Law must intervene. In this context, the situation where advertising infringes upon women dignity starts being regulated, being this topic the object of the present paper, in which legislation about it, defense mechanisms and most relevant pronouncements are analyzed.

PUBLICIDAD ILÍCITA: LA PUBLICIDAD QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: LA PUBLICIDAD COMERCIAL	4
3. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD CONTRARIA AL DERECHO.....	8
3.1. Publicidad contraria a los valores constitucionales	9
3.2. Publicidad contraria a la protección de los menores	11
3.3. Publicidad subliminal	13
3.4. Otros supuestos de publicidad ilícita	14
3.5 Publicidad engañosa, desleal y agresiva.....	15
4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER	23
4.1. Unión Europea.....	24
4.2. Constitución Española y Ley General de Publicidad	25
4.3. Leyes específicas: La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y La ley de Igualdad.....	27
5. MECANISMOS DE DEFENSA	29
5.1. Instrumentos judiciales	30
5.1.1. Acciones judiciales	30
5.1.2. Cuestiones procesales	35
5.2. Mecanismos extrajudiciales.....	38
6. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES	41
6.1. Pronunciamientos jurisprudenciales	42
6.2. Resoluciones del Jurado de la Publicidad	46
7. CONCLUSIONES.....	49
8. REFERENCIAS BIOGRÁFICAS.....	51

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha sido motivado como consecuencia de la percepción de una situación de desigualdad con respecto al colectivo de la mujer en el ámbito publicitario, al mostrarse su imagen vinculada a estereotipos y prejuicios o bien utilizada como objeto de captación de la publicidad. Debido a los avances en el campo de la protección de la igualdad de la mujer, resulta un tema de actualidad que no dispone de un recorrido amplio dada su reciente inclusión específica dentro del marco legal a nivel nacional.

La metodología que hemos aplicado para realizar el análisis del supuesto se basa en un estudio inductivo desde el punto de vista del derecho mercantil que parte desde la conceptualización genérica de la publicidad comercial y la determinación de los supuestos de publicidad contraria al Derecho hasta el examen de su regulación en base a la normativa aplicable, los mecanismos legales para su defensa y una puntualización de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en la materia.

Para introducir al trabajo, resulta conveniente realizar un estado de la cuestión de la situación de la publicidad sexista en la actualidad. La publicidad comercial se configura en nuestra época no solo como un medio de estimulación e impulso al consumo, sino también como un medio transmisor de valores y patrones sociales, con una influencia importante en la sociedad debido a su carácter masivo. Esto es, la publicidad entendida como instrumento de comunicación social, en el sentido de que transfiere formas de vida, actitudes y modelos orientativos de las necesidades y deseos de sus receptores¹. Por ello y llegados al culmen del desarrollo de la sociedad de consumo en la que vivimos, y en un entorno social y democrático de Derecho, resulta fundamental asegurar una efectiva protección legal frente a aquellos supuestos publicitarios que puedan atentar contra la dignidad de las personas o favorecer conductas contrarias a la ética y valores rectores de nuestra sociedad, para configurar una realidad social acorde a los mismos.

¹ Peña Marín, C. y Fabretti C. (1990), *La Mujer en la Publicidad*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, p.5.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: LA PUBLICIDAD COMERCIAL

El punto de partida teórico para comprender la materia que nos ocupa se sustancia en un análisis conceptual del término publicidad, en primer lugar desde un punto de vista doctrinal, para después abordarlo desde una perspectiva jurídica.

Desde el punto de vista doctrinal, un conjunto de autores analizan el concepto de publicidad con diversas acepciones². El examen de estas delimitaciones conceptuales nos lleva a inferir que por un lado, el aspecto amplio del término en el que la publicidad se refiere a la mera comunicación entre personas como medio a través del cual el destinatario percibe la información emitida, fundamentada en el derecho a la libre información y expresión³. Se configuraría así la publicidad como la cualidad y capacidad de hacer públicos determinados actos, hechos o informaciones⁴.

En otro orden, la publicidad se configura como un recurso que mediante una serie de estrategias utiliza esa comunicación como medio de conexión entre algo que queremos transmitir y un receptor al que se pretende persuadir⁵. De este modo, el TS y el TC concretan que la publicidad no se traduce en la mera expresión de pensamientos, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier medio de reproducción, como indica el artículo 20 de la Constitución Española, sino que la publicidad se traduce en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad⁶. Esto es, ya no se trataría la publicidad de un mero acto de comunicación, sino de un modo específico de utilización de un mensaje publicitario con un fin concreto que es convencer al receptor. Esa comunicación publicitaria tiene como objeto lo que llamamos ‘mensaje publicitario’ que contiene una doble acepción: la material y la formal, el mensaje básico y la forma creativa⁷. En esta categoría podemos agrupar otras dos en función de su finalidad y a distinción de efectos jurídicos: el mensaje publicitario no

² En este sentido, pueden consultarse autores como Bassat Coen, L. (1993), *El libro rojo de la publicidad*, Barcelona, DeBolsillo, pp. 19-21; Fernández Novoa C. (1989), *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela, Ediciones Universidad de Santiago de Compostela, pp. 57-62; Lázaro Sánchez, E. J. (2009), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Pamplona, Aranzadi, p. 54; Santaella López, M. (1989), *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Madrid, Civitas, pp. 49-59.

³ Art. 20 Constitución Española, en adelante CE.

⁴ En el sentido aludido, podemos mencionar, por ejemplo el carácter de apertura al público de las sesiones parlamentarias, de determinadas vistas judiciales, o la publicidad de las normas. Véase López García, M. (2004), *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*, Editado por Eumed.net (consultado en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/>, en febrero de 2016), p. 16.

⁵ Bassat, *op.cit.*, pp. 27-28.

⁶ STS 23 de septiembre de 1988, RJ 1988/7252, Fundamento Jurídico 3º y STC de 17 de abril de 1989, Recurso de Amparo 1908/88. Véase López García, *op.cit.*, p. 18.

⁷ Santaella López, *op.cit.*, p. 105.

comercial, y el mensaje publicitario comercial en un aspecto más concreto y delimitado que abordamos⁸.

El mensaje publicitario no comercial no es el que, aun contando con el elemento subjetivo que lo dota de carácter persuasivo, no pretende la promoción para la adquisición de un producto o servicio, sino que se realiza en virtud de otros fines de tipo no comercial. Tal es el caso de la publicidad institucional, encuadrada dentro de la comunicación pública que es la realizada por entes públicos en virtud del desarrollo de sus funciones⁹, difundiendo un mensaje con el objetivo de fomentar una determinada actividad en pos de un interés general. A tal fin, cierto sector doctrinal mantiene que el elemento diferencial de la publicidad institucional y la promoción es el carácter no comercial del mensaje publicitario¹⁰, a pesar de que nuestro ordenamiento considera institucional la publicidad por el mero posicionamiento de la Administración Pública como sujeto emisor. Junto a la publicidad institucional, es factible entender también a modo de cita, la comunicación política promovida por los partidos o líderes políticos, o propaganda de naturaleza institucional o política en particular.

En contraposición y centrándonos en el concepto que al objeto del presente trabajo nos ocupa, el mensaje publicitario comercial hace referencia al que teniendo ese carácter informativo y persuasivo, se utiliza con el fin de disuadir al receptor del mismo para que contrate determinados bienes y servicios, o en su caso se promocióne la imagen de la empresa con fines lucrativos. El emisor emplea el mensaje publicitario como un medio de promoción de bienes o servicios. A este respecto consideramos que es el fin perseguido el que configura el carácter de publicidad comercial, debiendo concurrir una intencionalidad comercial ligada a la expresión del mensaje publicitario, esto es, la presencia fundamental del elemento mercantil propio de la actividad.

La naturaleza distintiva de la publicidad comercial conferida por el elemento mercantil se asienta en la estrecha vinculación y suscitación a la existencia del sistema de economía de mercado¹¹, fundamentado en el ejercicio de los derechos de libertad de empresa e

⁸ López García, *op.cit*, pp. 15-16.

⁹ Martínez Pastor, E. (2011) "Publicidad Institucional de las Administraciones Públicas: marco jurídico y controversias" *Revista interdisciplinar de Ciencias de la Comunicación y Humanidades, Comunicación y Hombre*, núm. 8 de 2011, p. 35.

¹⁰ Souvirón Morenilla, J. M. (1999), *Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Granada, Comares, p. 461.

¹¹ Lázaro Sánchez, *op.cit*, p.30.

iniciativa privada¹². Por tanto, la oferta que el empresario realiza a los potenciales consumidores, suele estar ligada a esos componentes de información y persuasión a la demanda, reflejados en la composición de la publicidad comercial.

Como se ha indicado al inicio, el término publicidad comercial hay que analizarlo tanto desde la perspectiva jurídica como teórica de la doctrina. En consecuencia, la publicidad comercial se configura como un ejercicio del derecho de libertad empresarial encaminado a la promoción y con ello el incremento de bienes y servicios, si bien dicha facultad se encuentra sujeta a las exigencias del ordenamiento jurídico, por lo que se ha de ejercer dentro de unos límites de lealtad y licitud¹³.

En este contexto encontramos como referencia principal la Ley General de Publicidad¹⁴, quedando su ámbito de aplicación reducido a la publicidad comercial. Dicha norma trae su causa en la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa¹⁵, donde se recoge una definición del concepto de publicidad comercial¹⁶ que la norma introduce posteriormente con una redacción casi idéntica¹⁷. Su análisis nos lleva a entender que publicidad es cualquier forma de comunicación destinada a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o una imagen de una empresa, organización o persona, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión regulada. De acuerdo a esta definición y en la línea del concepto de la LGP, el carácter de los sujetos de la publicidad comercial va a estar conformado por *personas físicas y jurídicas, ya sean públicas o privadas*. En este sentido se diferencia de la redacción de la norma comunitaria en que esta última no hace mención al carácter público o privado de los sujetos. La LGP hace alusión también a los sujetos destinatarios, estableciendo como tales de manera amplia a *las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o las que éste alcance*. La lectura de ésta amplia delimitación consideramos que denota la existencia de cierta irrelevancia en cuanto a la especificación de los destinatarios a efectos de aplicación de la LGP, en el sentido de que se alude a su conjunto

¹² Arts. 38 y 33 CE.

¹³ Fernández Novoa, *op.cit.*, pp. 59 y 38.

¹⁴ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988), en adelante LGP.

¹⁵ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006), en adelante Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa.

¹⁶ Art. 2 LGP.

¹⁷ Art. 2 de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa.

de manera genérica sin hacer mención específica al carácter de los sujetos¹⁸. Otra diferencia en la redacción de esta definición en sendas normas alude a la referencia que se realiza en la normativa nacional respecto al requisito de que la publicidad debe realizarse con la finalidad de promocionar a la contratación de bienes -muebles o inmuebles- servicios, derechos u obligaciones, especificándose que podrá realizarse *de forma directa o indirecta*, referencia no incluida en el texto comunitario. Esto supone la extensión del ámbito de aplicación de la norma a aquellos medios o formas de comunicación que puedan promover indirectamente la contratación, de manera que en este sentido no se alude a la intencionalidad de la emisión del mensaje, utilizando el legislador español una expresión más amplia¹⁹.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que las modificaciones normativas acaecidas en materia de competencia desleal, a nivel comunitario y nacional²⁰, han afectado al régimen vigente en materia de publicidad. Así la Directiva sobre prácticas comerciales desleales introduce novedades a incluir en el ordenamiento español a la hora de establecer la relación entre los conceptos de publicidad y práctica comercial. En la norma comunitaria se define práctica comercial como todo acto u omisión de un empresario relacionado con la promoción, venta o suministro de un bien, concepto que incluye consecuentemente a la publicidad²¹. Esto supone en materia de competencia desleal, englobar bajo la denominación genérica de prácticas comerciales aquellas actuaciones que constituyan actos desleales vinculados al ejercicio publicitario, lo que amplía y flexibiliza el propio concepto de publicidad a la hora de tipificar conductas a efectos de su control²². En este sentido y tras su trasposición a la normativa nacional conceptualmente se entenderá el término publicidad como acto de competencia desleal en términos generales cuando distorsione de manera sustancial el comportamiento

¹⁸ También recogida en el art. 2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10 de 11 de Enero de 1991) como norma delimitadora de su ámbito de aplicación, en adelante LCD.

¹⁹ Vilajoana Aleandre, S (2011), *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona, UOC, p.19.

²⁰ A nivel comunitario: Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOUE L 149, 11 de junio de 2005). A nivel nacional: LCD.

²¹ Vid. Lázaro Sánchez, *op.cit.*, p. 96.

²² A este respecto, cabe destacar, Álvarez Rubio, J. (2009), “Nuevas tendencias Legislativas: La Directiva 2005/29/CE del parlamento europeo y del consejo del 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales”, *Estudios de derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*. Santander, Ediciones de la Universidad de Cantabria, pp. 37-41.

económico del destinatario. Así, en la LCD se incluye una remisión directa a la definición del concepto de publicidad de la Ley General de Publicidad.

3. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD CONTRARIA AL DERECHO

La publicidad entendida como un ejercicio de la libertad de expresión e información y en un contexto comercial, como un ejercicio de la libertad empresarial, está circunscrita a una serie de límites del ordenamiento jurídico a fin de salvaguardar el interés general y asegurar una efectiva protección de los destinatarios²³. Estos límites se encuentran sometidos a su vez a los juicios de racionalidad y proporcionalidad, y pretenden garantizar unas condiciones de lealtad, transparencia y veracidad del mercado, con el fin último de proteger al consumidor y a los propios competidores. Como representación de estos límites, podemos señalar el criterio de la veracidad, que prohíbe la falsedad, el engaño y la inducción al error en la publicidad. También la salvaguarda del mercado constituye un criterio delimitador mediante la protección de la libertad competitiva que protege de las prácticas publicitarias desleales por agresivas, denigratorias o abusivas. Por último cabe destacar la restricción específica que supone la protección de la dignidad de la persona y los valores y derechos reconocidos en la constitución, criterio que apela a los valores y derechos fundamentales recogidos en la constitución como norma de rango superior en nuestro ordenamiento²⁴.

A tenor de los criterios expuestos, podemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico se considera como publicidad contraria al Derecho, bajo la rúbrica de ‘publicidad ilícita’, las siguientes: la publicidad que atente contra la dignidad de la persona y los valores y derechos fundamentales reconocidos en la constitución, la contraria a la protección de los menores, la subliminal, la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y la engañosa, desleal y agresiva²⁵. Estas modalidades se encuentran recogidas en la normativa sobre publicidad, no obstante, la modificación que nuestro legislador ha hecho de la regulación de la competencia desleal en el mercado, ha supuesto la unificación de esta materia de ambos textos jurídicos, por lo que van a ser actos promocionales ilícitos

²³ Lázaro Sánchez, *op.cit.*, p. 54.

²⁴ Pardo, M., Rubio, E., Gómez, F. y Alfonso, R (2011), “Libertad, igualdad, publicidad”, (consultado en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/libertad-de-expresion-publicitaria.pdf>, en febrero de 2016), pp. 1-12.

²⁵ Art. 3 LGP.

y por ende, supuesto de comportamientos desleales²⁶. A fin de una mayor delimitación y comprensión del concepto de publicidad ilícita en nuestra legislación, resulta pertinente realizar un análisis individual de cada uno de los supuestos citados que realizaremos en línea con el orden de exposición de la normativa sobre publicidad.

3.1. Publicidad contraria a los valores constitucionales

La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución constituye el primero de los supuestos a analizar, dentro del cual se encaja el supuesto relativo a la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, objeto central de estudio de nuestro trabajo, cuyo análisis trataremos con más detenimiento en el siguiente apartado del proyecto.

En primer término, entendemos que este concepto supone una alusión directa al reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona²⁷, y con ello los derechos fundamentales como parte integrante de la misma. A este respecto, siguiendo la doctrina constitucional²⁸ que la dignidad humana no debe interpretarse solo en el sentido de abarcar los derechos fundamentales que le son inherentes y que constituyen derechos inmateriales, sino también otros derechos como los patrimoniales que garanticen y aseguren una existencia digna de la persona²⁹. Sin embargo, consideramos que esta interpretación supondría subsumir este supuesto de publicidad ilícita a cualquier interpretación en relación a que se realice de manera implícita y no explícita a través del medio publicitario la lesión de uno de cualquiera de estos derechos, debiendo aplicarse a este respecto la regla de interpretación por la cual una práctica publicitaria ha de analizarse en función de la interpretación de un consumidor medio³⁰ dentro del concreto ámbito en relación a los destinatarios de la publicidad³¹. En relación a esta amplitud

²⁶ Art. 18 LCD.

²⁷ Art. 10 CE.

²⁸ STC 113/1989 de 23 de junio; STC 53/1985 de 11 de abril; STC 120/1990 de 27 de junio; STC 11/1981 de 8 de abril y STC 57/1994 de 20 de julio, entre otras.

²⁹ Se entiende en este sentido incluso el Título I de la constitución en su totalidad. *Vid.* Catalá, M. y Díaz, O., (2014), *Publicidad 360º*, Zaragoza, Ediciones Universidad San Jorge, (formato epub), p. 19.

³⁰ La LCD hace mención al concepto de consumidor medio en su art. 4.2 en relación a la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores. Este concepto ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas según expone el preámbulo de la propia LCD, definiendo de manera amplia tal como ‘*el consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*’.

³¹ Tato Plaza, A., Fernández Carballo-Calero P. y Herrera Petrus, C. (2010), *La reforma de la ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, p. 261.

conceptual del supuesto, se estima una especial protección al respecto de determinados derechos constitucionales, concretándose que tendrán especial consideración la protección y la garantía del derecho de igualdad ante la ley de todos los españoles, del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, así como el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión³².

Así mismo cabe destacar con especial relevancia en este supuesto la inclusión específica como publicidad ilícita de la publicidad que utilice la imagen de la mujer de forma vejatoria o discriminatoria³³. En primer término, se alude a la utilización particular y directa del cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se promociona, lo que supone que deben concluir tres presupuestos: utilizar el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad –de manera que se configure en el mensaje publicitario como un elemento principal a la hora de captar la atención de los destinatarios–, como mero objeto –sin un rol activo en la publicidad, utilizándose como parte ornamental–, y de manera que exista una desconexión total entre la imagen utilizada y el producto promocionado –que su utilización no guarde ninguna relación con el objeto de promoción al que se pretende vincular, siendo un puro reclamo publicitario–³⁴. Y en segundo término, se alude a la existencia de trato vejatorio de la mujer unida al uso de comportamientos estereotipados. Esto no implica que se considere publicidad ilícita la mera presentación de la mujer desarrollando ciertas actividades o labores asignadas tradicionalmente al sexo femenino; si bien lo será, cuando se transmita de alguna manera que esas labores o actividades son propias y exclusivas de las mujeres, lo que puede contribuir a coadyuvar la violencia de género –mediante la transmisión de la existencia una cierta ‘obligación’ con respecto a que la mujer deba asumir tareas que le son propias–, debiendo para su estimación considerarse el mensaje publicitario en su conjunto y lo que este transmita, atendiendo a todas sus características³⁵. De manera general, en tanto que la comercialización de un producto depende en gran medida de su publicidad, y esta a su vez depende de la capacidad de integración del mensaje en la

³² Arts. 14, 18 y 20.4 CE.

³³ Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº2 de Málaga 307/13 de 5 de diciembre de 2013; Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia 391/2015, de 22 de diciembre de 2015; Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante RJAACC), caso ‘Particular vs. Media Markt Saturn Administración, S.A.U.’, entre otras.

³⁴ Vilajoana Alejandre, *op.cit.*, pp. 58-59.

³⁵ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 270-274.

percepción de los consumidores ligada al grado de satisfacción, el éxito en este sentido de un mensaje publicitario se encuentra suscitado al impacto y la llamada de atención frente al consumidor. Es ahí donde la publicidad puede trasgredir la ética, en nuestro caso con la utilización de la imagen de la mujer como objeto de creación de impacto y manifestación de la realidad social en base a su percepción por los consumidores. Por ello la fundamentación de este supuesto se basa no solo en la protección del colectivo de la mujer ante la utilización indebida de su imagen, sino en el fin añadido de sensibilización de la industria publicitaria hacia la problemática que supone, concienciación que debe trascender al conjunto de la sociedad acerca de su utilización inadecuada asociada al consumo³⁶.

3.2. Publicidad contraria a la protección de los menores

Los menores de edad representan un colectivo ante el cual el derecho debe presentar una especial protección y tutela, sea así en este caso en la publicidad con la inclusión de un supuesto específico que asegure su protección³⁷. Así, se considera publicidad ilícita, la publicidad que incite a los menores a la compra de un bien o servicio explotando su inexperiencia o credulidad y en la cual aparezcan menores persuadiendo a sus padres a la compra de bienes o servicios, así como la publicidad que pueda inducir a error a los menores sobre las características de los productos, sobre su seguridad o sobre la capacidad o aptitudes necesarias para su utilización sin producir daño alguno –sea así mismo o a un tercero– como extremos sobre los cuales puede recaer el engaño.

En cuanto al primero de los supuestos, constituyen presupuestos de hecho que el mensaje publicitario esté destinado al público de los menores de edad³⁸, y que existan alegaciones que puedan ser consideradas como exhortaciones directas a la adquisición del bien o servicio en cuestión. Si bien toda la publicidad por definición pretende la persuasión a la

³⁶ Balaguer Callejón, M.L. (2003), “La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico español”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, num.21 de 2003, pp.148-149.

³⁷ Esta especial tutela viene consagrada por el art. 20 de la CE con la apelación a la protección de la juventud y de la infancia como límite, en este caso, a la libertad de libre comunicación, sea a través del medio publicitario, protección ampliada en leyes especiales como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm.15, de 17 de enero de 1996).

³⁷ Catalá y Díaz, *op.cit.*, p. 21.

³⁸ Ello se determina mediante la determinación del producto o servicio en promoción, el diseño y las características del mensaje publicitario y la valoración de las circunstancias que lo rodea, debiendo realizarse una valoración conjunta de todos los elementos. Véase Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, *op.cit.*, p. 238.

compra de un bien o servicio, su extensión queda limitada en este sentido con respecto a los menores de edad en virtud de su protección.

Con respecto a la segunda hipótesis, constituyen como requisitos que la publicidad esté dirigida al público de los menores, así como su presentación incitando a sus padres a la compra de bienes o servicios de manera directa. Si bien el fin último de ésta práctica responde a la persuasión con respecto a los menores para la adquisición del bien o servicio mediante la exhortación a sus progenitores, desde el punto de vista objetivo bastará con que se muestre la situación descrita para su consideración, no siendo un requisito a este respecto que la publicidad incite efectivamente a los menores a la reproducción de ese comportamiento.

El tercero de los supuestos alude a la inducción a error de los menores, error que puede recaer sobre tres elementos. Por un lado el engaño puede referirse a las características de un producto o servicio; se protege el hecho de que por su credulidad y confianza naturales, los niños tienden a interpretar la publicidad de un modo más literal, debiendo existir un cuidado especial a la hora de presentar las cualidades y prestaciones reales de un producto dirigido a ellos. También puede recaer el error sobre su seguridad; en este sentido, el precepto se refiere a aquellos mensajes publicitarios en los que un producto o servicio se presenta de forma general como seguro, siendo incorrecto al punto de que su uso comporta ciertos riesgos para los menores, que no son especificados³⁹.

Por último, puede recaer sobre las actitudes necesarias para su uso; se alude con ello a que sin existir engaño con respecto al producto o servicio ni su seguridad, se da en cuanto a que para poder alcanzar su correcta y efectiva utilización se necesitan ciertas capacidades propias de un usuario experimentado en la materia, que no se especifican en la publicidad. En relación a los tres supuestos expuestos, concluimos que se trata de tipificaciones que pretenden proteger al menor como receptor o destinatario de la publicidad.

Por otro lado, debemos destacar así mismo la inclusión junto a los mismos del supuesto de publicidad que presente a los menores en situaciones peligrosas. Esto es, mensajes publicitarios en los que se muestre a los menores desarrollando actividades o comportamientos de riesgos, que puedan alcanzar a los menores como destinatarios. Al respecto, podemos entender que si bien no se especifica que el mensaje deba dirigirse al

³⁹ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 278-283.

público de los menores de edad, debe ser susceptible de llegar al mismo, existiendo un riesgo de reproducción mimética por parte de los mismos de los comportamientos presentados en la publicidad, fundamento de ésta protección⁴⁰. En cualquier caso, se pretende salvaguardar que las situaciones presentadas por la publicidad puedan ser reproducidas por los menores, protegiéndolos así mismo ante una utilización abusiva de su imagen⁴¹.

3.3. Publicidad subliminal

La publicidad subliminal⁴² es aquella que mediante técnicas de producción de estímulos que no pueden ser percibidas por los sentidos es susceptible de actuar sobre el destinatario de la misma sin que éste llega a percibirla. Es decir, el destinatario no llega a percibirla conscientemente, sea incluso dentro de una comunicación explícitamente publicitaria o no, exigiéndose la no percepción por parte del mismo. La no percepción se debe a que la publicidad se dirige directamente al inconsciente, estimulando una serie de necesidades entre los receptores burlando los mecanismos críticos de la consciencia. Como medios habituales para su consecución se suelen utilizar técnicas como el aprovechamiento de las diversas interpretaciones que pueden tener las imágenes en las que se incluyan formas disimuladas, así como la proyección de imágenes a velocidades tan altas que estas superen el umbral de los sentidos. A través de estas herramientas, la publicidad subliminal puede influir en los destinatarios persuadiéndolos sin que éstos tomen consciencia a realizar ciertos actos relativos al propósito comercial subyacente⁴³. El hecho de que el receptor de este tipo de publicidad no llegue a percibirla supone una importante dificultad en vistas a su enjuiciamiento, en el sentido de que para demostrar su existencia se debe tener una consciencia sobre la misma⁴⁴.

⁴⁰ Algunos autores mantienen que esta hipótesis no resulta aplicable en todos los casos, constituyendo una excepción aquellos supuestos en los que los menores sean presentados en situaciones peligrosas porque el contexto del mensaje publicitario sea precisamente el de disuadir de ciertas conductas o comportamientos. Vid, Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, *op.cit.*, p. 378.

⁴¹ Vilajoana Alejandre, *op.cit.*, pp. 60-61. Véase también: RJAACC de 14 de enero de 2014 y RJAACC de 23 de febrero de 2000.

⁴² Se incluye un precepto añadido para su regulación en el art. 4 LGP.

⁴³ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 284-287.

⁴⁴ Vid. Catalá y Díaz, *op.cit.*, p. 19. La dificultad a la hora de apreciar este supuesto de publicidad ilícita queda reflejada en la falta de jurisprudencia al respecto; así, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Barcelona de 13 de febrero de 2006 que desestimó un presunto caso de publicidad subliminal alegando que la relación mental que se asociaba al carácter subliminal del mensaje era efectivamente percibida por los destinatarios en relación a la publicidad.

3.4. Otros supuestos de publicidad ilícita

La regulación de la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios constituye un ilícito publicitario ligado a la normativa de carácter específico existente en la materia. Tal regulación viene referida a la intensa producción legislativa existente al respecto, por la cual se normalizan determinados sectores publicitarios de manera específica a través de leyes especiales al margen de la norma general sobre publicidad. Esto se refiere a lo que podemos clasificar en tres grandes grupos, las normas especiales en función del producto⁴⁵, las normas especiales en función del medio, y las normas especiales en función de los destinatarios de la publicidad⁴⁶. A este respecto resulta llamativo que el legislador solo haya incluido en el precepto la referencia a la publicidad sobre determinados bienes, actividades o servicios, esto es, la que responde a la clasificación realizada en función del producto, sin incluir mención alguna a la normativa de carácter especial en función del medio o de los destinatarios⁴⁷. No obstante lo anterior y a pesar de esta objeción, la inclusión supone en cualquier caso una vinculación de la legislación especial con la norma general sobre publicidad, lo cual representa una utilidad en lo relativo a su régimen de aplicación, en el sentido de que al constituirse los supuestos como ilícitos publicitarios se extiende el ámbito de los mecanismos de defensa, de otro modo reducidos a meras infracciones administrativas y en este caso, ampliados a su constitución como ilícitos civiles.

⁴⁵ Como ejemplos de legislación específica en función del producto podemos destacar los siguientes: Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, que regula la publicidad de medicamentos de uso humano (BOE núm. 180 de 29 de Julio de 1994); Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividad o servicios con pretendida finalidad sanitaria (BOE núm. 189 de 06 de Agosto de 1996); Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, que regula la normativa sobre etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios (BOE núm. 202 de 24 de Agosto de 1999); Real Decreto 976/2011, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (BOE núm. 163 de 09 de Julio de 2011), Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, sobre reglamento de armas; Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos (BOE de 31 de Octubre de 1997).

⁴⁶ Constituye un ejemplo de este tipo de legislación específica tanto en función del medio como de los destinatarios de la publicidad la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 01 de abril de 2010) que regula el régimen jurídico específico para la publicidad difundida a través de los medios audiovisuales, así como incluye determinados preceptos sobre publicidad dirigida a menores.

⁴⁷ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 289-292.

3.5 Publicidad engañosa, desleal y agresiva

La publicidad engañosa corresponde a la que contenga una información falsa o inexacta, siendo susceptible de inducir a error a sus destinatarios⁴⁸. La inducción a error puede darse bien en sentido estricto por ser información falsa, o bien en un sentido abstracto por tratarse de información que aun siendo veraz pueda inducir a error en el público de los consumidores por tratarse de manifestaciones indeterminadas o ambiguas susceptibles de su producción⁴⁹. Esta noción de publicidad engañosa que alude a la susceptibilidad se refiere a la idea de que lo fundamental es el resultado potencial que se genera, siendo así la inducción a error el elemento principal del engaño. El calificativo de engañoso vinculado a la inducción a error en relación al mensaje publicitario ha de interpretarse en el sentido de que hace que el destinatario emita una declaración que de otro modo no hubiera realizado, mediante una falsa representación de la realidad⁵⁰, de manera que a través de esa falsa representación se altera la capacidad de decisión del mismo, y por tanto su comportamiento económico al tratarse de un consumidor. En el supuesto de que el sujeto perjudicado no sea el consumidor sino un competidor, se responderá por perjudicar al mismo. De esta concepción se concluye como requisitos para calificar un mensaje publicitario como engañoso que este sea apto para inducir a engaño o error a sus destinatarios, y que sea apto influir en el comportamiento económico de los consumidores, o que pueda perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. En base a cierta doctrina⁵¹ y en consonancia con la reforma de la LCD, la publicidad engañosa puede entenderse en *stricto sensu* como hemos analizado, y también considerando la existencia

⁴⁸ Art. 5 LCD.

⁴⁹ Diversos pronunciamientos del TS apoyan esta concepción a la hora de calificar la publicidad como engañosa, considerando en relación al su sentido estricto que todo mensaje publicitario que se apoya en datos falsos induce a error sobre las características del producto publicitado. Véase, entre otras: STS de 19 de mayo de 2008 y STS de 23 de mayo de 2005. Y en iguales términos: SAP de Madrid de 17 de junio de 2011 y STJUE (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012. También en la jurisprudencia se apoya esta concepción en el sentido abstracto, al considerar publicidad engañosa casos de emisión de información que aun siendo veraz puede inducir a error, estimando la ilicitud en la potencialidad de que pueda producirse engaño a través de la información veraz que produce otra impresión al consumidor. Véase, SAP de Murcia, de 17 de marzo de 2005, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona, de 18 de enero de 2003 y SAP de Sevilla de 12 de mayo de 1992. Así lo señala Patiño Alvés, B. (2015), “El engaño en la publicidad” (consultado en <http://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf>, en marzo de 2016), pp.15-18.

⁵⁰ Vid. Lázaro Sánchez, *op.cit.*, p. 99.

⁵¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 4 de mayo de 1995 sobre publicidad engañosa por omisión, SAP de Madrid de 21 de marzo de 2006 y SAP de 6 de mayo de 2011. Así también lo han destacado autores como Lema Devesa, C., “Publicidad Empresarial II: Derecho Español” (consultado en <http://0-www.iustel.com.avalos.ujaen.es/v2/c.asp>, en marzo de 2016), pp 2-4 y Patiño Alvés, *op.cit.*, pp. 22-35.

de algunas modalidades específicas, como son el engaño por omisión y la publicidad encubierta recogidos también en la LCD⁵², a las que habrá que añadir el elenco de prácticas comerciales en relación con los consumidores que pueden constituir supuestos de publicidad ilícita por engañosa⁵³.

El engaño por omisión corresponde a la publicidad que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios de manera que se induzca a error de los destinatarios. Para catalogar un mensaje publicitario como publicidad engañosa por omisión, se deben cumplir dos requisitos fundamentales: el primero de ellos, que los datos que se silencien sean de carácter fundamental –datos necesarios y/o sustanciales –, lo que excluye a los datos accidentales o intrascendentes, atendiendo al caso concreto para su determinación; el segundo, que la omisión induzca efectivamente a error a los destinatarios, no bastando para esta modalidad la mera susceptibilidad de engaño, sino que debe inducirse al error de manera efectiva⁵⁴.

En lo que respecta a la publicidad encubierta, ha de entenderse como una modalidad de publicidad engañosa en la cual el engaño no se produce respecto del mensaje que envía al destinatario, sino por la forma en la que se presenta al mismo, la cual no suele ser percibida como tal por el consumidor medio⁵⁵. Es decir, el engaño recae sobre el continente y no sobre el contenido de la publicidad, sin que el público receptor llegue a ser consciente de que se encuentra ante la expresión de una actividad publicitaria determinada, de manera que se da la falsa impresión de constituir una mera manifestación de un tercero imparcial o de un acontecimiento desvinculado a un mensaje publicitario⁵⁶. El calificativo de ‘encubierta’ respecto a este tipo de publicidad apela a la apariencia de tratarse de información objetiva cuando realmente es un mensaje publicitario. El requisito esencial por tanto para estimar que nos encontramos ante un supuesto de publicidad encubierta es que esta no sea fácilmente perceptible como tal por parte de los

⁵² Arts. 7 y 26 LCD.

⁵³ Arts. 20-27 LCD, referentes a prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, prácticas señuelo, prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas; prácticas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes y servicios, su disponibilidad y los servicios posventa; prácticas de venta piramidal; prácticas engañosas por confusión; prácticas comerciales encubiertas.

⁵⁴ Destaca Patiño Alvés, *op.cit.*, pp. 24-26, al respecto: SAP de Madrid de 21 de marzo de 2006, SAP de 6 de mayo de 2011, SAP de Sevilla de 9 de febrero de 2009, SAP de Sevilla de 21 de abril de 2008, RJAACC de 10 de enero de 2003 “caso Yogur Pasteurizado II”, RJAACC de 21 de enero de 2004 caso “Avanco”, RJAACC de 30 de octubre de 2001 caso “MELIÁ DE MAR”, RJAACC 26 de mayo 1998 caso “UC vs. Radiophone” y RJAACC de 3 de diciembre de 2003 caso “KID ADSL 2003”.

⁵⁵ En este sentido: Patiño Alvés, *op.cit.*, p. 33.

⁵⁶ Sobre ello puede consultarse: Lema Devesa, *op.cit.*, p. 4.

consumidores, si bien resulta fundamental la existencia de una intencionalidad comercial⁵⁷. Esto es, que exista un propósito comercial atendiendo para su apreciación en primera instancia a si existe remuneración por parte del profesional o empresario, y en su caso, al contenido del mensaje, la reiteración en la promoción y exhibición del producto y la innecesaridad en relación al momento de emisión del mensaje⁵⁸.

Por último y tras la trasposición más reciente de la normativa comunitaria en la materia se incluye una enumeración de conductas catalogadas como prácticas comerciales engañosas en relación a los consumidores en la LCD, que resultan asimilables a la publicidad y por tanto le son de aplicación dado el caso concreto. Entre las mismas cabe destacar como prácticas habituales en materia publicitaria, las denominadas publicidad señuelo y publicidad señuelo y cambio, entendiendo por tales las prácticas publicitarias en relación a un producto en promoción cuando se saca a la venta una cantidad muy limitada y desproporcionadamente baja del mismo en relación a la publicidad realizada, con la intención final de atraer a los consumidores al establecimiento mediante esta práctica, o de que adquieran una vez en el establecimiento un producto diferente al publicitado⁵⁹. También resulta reseñable a este respecto la publicidad engañosa sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, que se estimará cuando el anunciante se afirme la adhesión a un código de conducta sin ser cierto, que dicha adhesión ha obtenido el refrendo de un organismo público o privado, o que se ha recibido una aprobación, aceptación o autorización del mismo, así como la exhibición de un sello de confianza, distintivo de calidad o equivalente sin su efectiva posesión⁶⁰.

Si bien como ya hemos indicado la publicidad ilícita se encuentra sometida a la legislación relativa a los actos de competencia desleal, ello no debe confundirse con la categoría individual de la publicidad desleal incluida dentro de los supuestos de publicidad ilícita. Entendemos como concepto del supuesto específico de publicidad desleal, la que siendo objeto de una práctica publicitaria pretenda a través de la misma sacar un provecho indebido constituyendo un acto de competencia desleal mediante la utilización indebida de los derechos de propiedad industrial o intelectual de un

⁵⁷ Art. 26 LCD.

⁵⁸ Vid. Patiño Alvés, *op.cit.*, p.35. Son relevantes algunos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto: SAN de 11 de noviembre de 2010, SAN de 11 de octubre de 2007, SAN de 23 de marzo de 2009 y SAN de julio de 2007.

⁵⁹ Catalá y Díaz, *op.cit.*, p. 22.

⁶⁰ Art. 21 LCD.

competidor⁶¹. Para la regulación de éstas prácticas, la LGP realiza una remisión a la LCD, pudiendo agruparlas en vistas a su clasificación, a saber: en primer término, todas aquellas que genéricamente pueden entenderse como desleales en base a la denominada ‘cláusula general’⁶² según la cual se reputarán desleales todas aquellas prácticas que resulten objetivamente contrarias a las exigencias de la buena y los buenos usos mercantiles, aplicable subsidiariamente a los supuestos que puedan constituir actos de competencia desleal y que no se encuentren regulados de forma concreta; y en segundo término, una serie de modalidades específicas a analizar, la publicidad confusionista, la publicidad adhesiva o de aprovechamiento de la reputación ajena, la publicidad denigratoria, la publicidad de imitación desleal, y la publicidad comparativa no permitida⁶³.

Con respecto a la publicidad confusionista⁶⁴, es la que resulta idónea para crear confusión con una cierta actividad, prestaciones o establecimiento ajenos en virtud de obtener así un aprovechamiento indebido. A través de este tipo de práctica publicitaria el empresario pretende situar el producto objeto de promoción en línea con el competidor para generar un error en la percepción de usuario. Dicho aprovechamiento se puede obtener utilizando marcas, distintivos, o cualquier otro rasgo de un competidor ajeno que lo haga identificable, de manera que exista riesgo de asociación por parte de los consumidores para así crear la confusión entre uno y otro⁶⁵. Lo que se pretende con esta práctica publicitaria es generar un riesgo de confusión en el mercado que provoque que los consumidores no sean capaces de distinguir los productos del anunciante y los productos del competidor⁶⁶.

⁶¹ Catalá y Díaz, *op.cit.*, p.23.

⁶² Art. 4 LCD.

⁶³ La LGP, a pesar de introducir esta categoría en su art. 3.e no especifica las concretas modalidades publicitarias o prácticas comerciales que pudieran englobarse bajo el concepto genérico de publicidad desleal. Tampoco se especifica en la LCD, a pesar de contener un elenco de prácticas que constituyen actos de competencia desleal susceptibles de ser entendidas a este respecto como publicidad ilícita. Pese a todo, no cabe ignorar que, en su redacción original, la LGP acuñó el concepto de publicidad desleal como *oberbegriff* que englobaba cinco modalidades publicitarias diversas: la publicidad confusionista, la publicidad denigratoria, la publicidad comparativa, la publicidad que hiciera un uso injustificado de signos distintivos ajenos, y la publicidad contraria a la buena fe o a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Por lo tanto, la remisión que se recoge en el art. 3.e) LGP ha de entenderse efectuada en referencia a la LCD a los arts.6 y 20 (actos de confusión), 12 (actos de explotación de la reputación ajena), 9 (actos de denigración), 10 (actos de comparación), 11 (actos de imitación) y 4 (cláusula general). *Vid.* Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, p. 295.

⁶⁴ Arts. 6 y 20 LCD.

Véase también: SAP de Vitoria de 26 de noviembre de 1991, SAP de Madrid de 22 de marzo de 2006, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 14 de marzo de 2007 y Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 2 de marzo de 2007.

⁶⁵ Lema Devesa, C. y Patiño Alvés, B. (2012), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en su relación con los competidores y consumidores*, Hospitalet de Llobregat, Bosch, p. 282.

⁶⁶ Lema Devesa, *op.cit.*, p. 6.

En consonancia con lo anterior, también resulta ilícita por desleal la publicidad denominada adhesiva o con la que se obtiene un aprovechamiento de la reputación ajena⁶⁷. La diferencia esencial con la anterior no es tanto la confusión respecto al competidor, sino el aprovechamiento de su prestigio mediante la exhibición de elementos propios del mismo. En particular y con respecto a estos elementos propios del competidor se hace alusión al empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto, y/o de expresiones tales como modelo, sistema, tipo, clase y similares. La finalidad de este tipo de práctica publicitaria es equiparar los productos o servicios propios a los de un competidor como medio de aproximación al mismo, aprovechándose así indebidamente de su reputación. Esto es, un medio a través del cual el anunciante atribuye a sus productos o servicios el ‘prestigio’ que suelen poseer los productos o servicios de un tercero identificados a través de una marca renombrada o notoria⁶⁸.

La publicidad denigratoria⁶⁹ constituye otro tipo práctica habitual catalogada como publicidad desleal, en el sentido de que utiliza el medio publicitario para denigrar o desacreditar a un competidor en el mercado ante los ojos del público⁷⁰. El resultado de ello es una acción lesiva para el crédito comercial, es decir, la fama o aprecio de que goza un competidor, pretendiendo menoscabar con la misma su reputación a través de esta práctica. Para su apreciación basta con que lo manifestado por el anunciante sea apto para poder incurrir en el menoscabo de descrédito comercial del competidor aludido en la publicidad, sin que se exija su producción de manera efectiva, aunque sí resulta preciso la identificación del competidor afectado, ya sea de manera directa, por indicios u otro tipo de referencias. Como medio para llevar a cabo la denigración se suele recurrir a manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un competidor, siempre que estas no sean exactas, verdaderas o

⁶⁷ Art. 12 LCD.

Véase Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao, de 8 de enero de 1992, STS de 29 de noviembre de 1993 y SAP de Toledo de 8 de enero de 2002.

⁶⁸ Catalá y Díaz, *op.cit.*, p.23.

⁶⁹ Art. 9 LCD.

Véase STS de 8 de mayo de 1997, Sentencia del Juzgado 4 de lo Mercantil de Barcelona, de 2 de septiembre de 2010, RJAACC de 18 de enero de 2005, caso “Euskal Irrati Telebista (EITB) vs. Sociedad Española de Radiodifusión (SER)”, RJACC de 30 de julio de 2007, caso “El Corte Inglés S.A. vs. Media Markt Saturn Administración España S.A.U. ‘rebajas’”, y RJAACC de 33 de 6 de mayo de 2010, caso “Telefónica Móviles España, S.A.U. vs. The Phone House Spain, S.L.U. y Xfera Móviles, S.A. (YOIGO) ‘Cada vez somos menos’”.

⁷⁰ Lema Devesa, *op.cit.*, pp. 6-7.

pertinentes⁷¹. En particular, cabe señalar la inclusión literal en la norma de las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado. En relación a que las manifestaciones emitidas sean exactas, verdaderas o pertinentes, se hace referencia a la admisión a este respecto la denominada *exceptio veritatis*, de manera que no se considerará la publicidad como denigratoria cuando estas manifestaciones constituyan informaciones objetivamente verdaderas, que representen la realidad de la forma más fidedigna posible —con una estricta correspondencia entre lo alegado o manifestado y la realidad, en vistas de un correcto entendimiento por parte del público receptor—, y tengan una relación directa con el objeto de la información⁷².

En cuanto a la publicidad de imitación desleal⁷³, ha de entenderse como un acto de deslealtad susceptible de apreciación en el ámbito de la publicidad. En primer término, debe tenerse en cuenta que la imitación de prestación empresarial o iniciativa profesional siempre y cuando no se encuentren estas amparadas por específicos derechos de exclusiva legalmente reconocidos es en todo término legal. Así, la ilicitud queda ligada a si la práctica de imitación se lleva a cabo sobre prestaciones o bienes legalmente protegidos realizándose comunicaciones publicitarias de la misma como medio de difusión, en cuyo caso constituirán actos de competencia desleal, y en virtud del medio, de publicidad desleal⁷⁴. Este tipo de práctica consiste generalmente en la imitación sistemática de comunicaciones publicitarias de un competidor cuando se pretenda con ello impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado de manera que exceda una respuesta competitiva natural. En base a ello, se recurre a provocar en los consumidores una asociación indirecta respecto de la prestación, constituyendo en determinadas ocasiones simultáneamente otro supuesto de publicidad desleal, como puede ser por ejemplo la publicidad de aprovechamiento ajeno⁷⁵.

⁷¹ Vilajoana Alexandre, *op.cit.*, p. 77.

⁷² López Jiménez, D. (2013), “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa”, *Revista Boliviana de Derecho*, Vol. 16, núm. 2 de 2013, pp. 126-127.

⁷³ Art. 11 LCD.

Véase: STS, Sala de lo Civil, de 7 julio de 2009, STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2011 y Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº2 de Alicante del 14 de Enero de 2015.

⁷⁴ Catalá y Díaz, *op.cit.*, p.23.

⁷⁵ Liberos, E., Núñez, A., Bareño, R., García, R., Guitiérrez-Ulecia, J.C., Pino, G. (2014), *El libro del Marketing Interactivo y la Publicidad Digital*, Madrid, ESIC, Capítulo 2.3.3.

En cuanto al concepto de publicidad comparativa no permitida⁷⁶, deducimos de su propia enunciación que la publicidad comparativa en términos generales no es considerada publicidad desleal. Así, la promoción que se hace en términos comparativos en general es utilizada por el empresario anunciante para realizar una comparación de su oferta con la de uno o varios competidores identificados o inequívocamente identificables, con el objetivo de destacar la superioridad de sus productos o servicios frente a los ajenos⁷⁷. A este respecto, cabe aclarar que estará legalmente permitida siempre que en la comparación concurren dos requisitos. A saber: que se realice respecto de productos que tengan la misma finalidad, características y satisfagan las mismas necesidades; y que se haga de modo objetivo entre características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los productos, sin infringir los preceptos de la ley. Por tanto, se permitirá la publicidad comparativa que haga referencia los competidores o a sus bienes o servicios de manera explícita o implícita, siempre que la comparación se haga respecto a rasgos importantes y comprobables de los productos equiparables en cuanto a características y finalidades. En base a la existencia de estos requisitos, se entenderá como publicidad comparativa no permitida aquella que no encaje en los supuestos de licitud planteados, además de la mención expresa en la norma de prohibición de la comparación de productos de distintas denominaciones de origen o indicación geográfica, y la comparación de carácter engañoso, denigratorio, adhesivo o que puedan constituir supuestos de imitación desleal⁷⁸.

Debemos destacar en último término que la modificación del régimen normativo de las prácticas comerciales que se realizan en el mercado y, en particular, que afectan a los consumidores, ha incluido un supuesto específico y novedoso de comportamientos que se han denominado agresivos en la medida que basan su práctica en el uso de técnicas agresivas ejercidas para con los consumidores con el objetivo de que éstos accedan a la adquisición forzosa de bienes o servicios. A este respecto, la publicidad agresiva en términos generales⁷⁹, va a ser, toda práctica publicitaria que mediante acoso, coacción,

⁷⁶ Art. 10 LCD.

Véase: Sentencia Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2006; Sentencia Tribunal Supremo 24 de febrero de 1997; Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10) de 26 octubre de 2004; RJAACC (Sección 5) de 28 de octubre de 2008, caso “Aprida-Lantus”; RJAACC (Sección 2) de 3 de mayo de 2006, caso “Cellcept”; STJCE, de 18 de junio de 2009 [TJCE 2009, 191] caso “L’Oreal”.

⁷⁷ Lema Devesa, *op.cit.*, p. 7.

⁷⁸ Catalá y Díaz, *op.cit.*, p. 24.

⁷⁹ Art. 8 LCD.

uso de la fuerza o influencia indebida utilizando una posición de poder -sin necesidad fuerza física o amenaza- sea susceptible de mermar la libertad de elección o la conducta del destinatario, produciéndose una injerencia en la autonomía de la voluntad del mismo para adoptar una decisión que de otro modo no hubiera tomado, de manera que esta afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. La norma precisa asimismo que se deben tener en cuenta las características y circunstancias en atención al caso concreto, así como el momento y lugar en el que se produce, su naturaleza y su persistencia, el empleo del lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante, la explotación de circunstancias que merman la capacidad de discernimiento del destinatario y la obstaculización del empresario cuando la otra parte desee ejercitar sus derechos o la amenaza de acciones legales que realmente no pueden ejercerse⁸⁰. Con respecto a los supuestos específicos de prácticas agresivas en relación con los consumidores⁸¹, debemos señalar: en primer término, las denominadas prácticas agresivas por coacción, esto es, las que inducen a hacerles creer a los destinatarios que no pueden abandonar un establecimiento sin haber contratado; las prácticas agresivas por acoso en las que el empresario o profesional realiza una visita domiciliaria en contra de la voluntad del consumidor, de manera que no abandona la vivienda aun habiendo expresado el mismo la voluntad al momento o con anterioridad, ignorando sus peticiones, y también las prácticas en las que se realizan propuestas insistentes y no deseadas –telefónicas, mediante fax, correo electrónico u otro medio de comunicación–, de manera que habiendo notificado el destinatario su deseo de no seguir recibiendo comunicaciones comerciales se persista reiteradamente ignorando su voluntad; las prácticas agresivas en relación con los menores, cuando se realiza una exhortación directa a los mismos para que éstos adquieran bienes, usen servicios enunciados o convenzan de ello a sus padres o guardadores –usualmente mediante expresiones en la publicidad como ‘cómpralo’, ‘ve a comprarlo’ o ‘dile a tus padres que te lo compren’–; y en último término, un listado de prácticas bajo la rúbrica de ‘otras prácticas agresivas’, entre las que se encuentran la exigencia de requisitos desproporcionados para quien desee reclamar una indemnización de un siniestro –ya sea tomador, beneficiario o perjudicado–, presentar documentos

⁷⁹ Véase: STS, Sección 1, del 25 de Noviembre del 2009, Recurso 1448/2005, SAN de 12 de julio de 2009, SAP de Valencia, Sección 7ª, de 27 de Mayo del 2008, Recurso 393/2007, SAP de Madrid, Sección 28 de lo Mercantil, del 23 de Junio del 2009, Recurso 339/2008.

⁸⁰ Gavilán López, J. (2010), “Prácticas comerciales desleales: prácticas agresivas por coacción”, *CEACCU, Estudios y Documentación*, n.º 7 de 2010, pp. 134-135.

⁸¹ Arts. 28-31 LCD.

innecesarios para demostrar su verificación o importe de daños, o no atender su correspondencia de manera sistemática al respecto con el objetivo de disuadirlo de ejercer sus derechos, así como la exigencia de pago, devolución o custodia de bienes o servicios que haya suministrado el empresario y que no hayan sido solicitados por el destinatario, y por último, informar al destinatario de que el trabajo o sustento del emisor empresario corren peligro de no contratar el receptor el producto o servicio ofrecido⁸².

En conclusión, estos preceptos constituyen los supuestos de publicidad ilícita regulados en nuestra legislación por la normativa publicitaria en consonancia y remisión a la normativa sobre competencia desleal, en tanto que constituyen a su vez ilícitos desleales. Una vez analizados en su conjunto, podemos centrarnos en el supuesto concreto objeto de nuestro proyecto, la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, cuyo análisis tendrá como punto de partida su estudio desde el punto de vista normativo tanto en el ámbito comunitario como nacional.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DE LA MUJER

La publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer constituye un supuesto específico de ilicitud de los recogidos en la LGP en relación con los mensajes promocionales que atentan contra la dignidad de la persona o vulneren derechos y valores constitucionales y cuyo análisis específico nos ocupa en el presente trabajo. En consecuencia, vamos a analizar las normas concretas que le son de aplicación al supuesto mediante un estudio de los marcos legales en los que se puede encuadrar dicho planteamiento tanto en el ámbito de la Unión Europea en razón del principio de jerarquización del derecho, como en nuestro ordenamiento. En este último caso, esencialmente nos detendremos en la Constitución Española y la Ley General de Publicidad como normas básicas, para después referirnos a leyes específicas en la materia, la Ley de Protección Integral de la Violencia de Género y la Ley de Igualdad⁸³. La finalidad de este estudio responde principalmente al alcance de una visión objetiva y específica de los cuerpos legislativos existentes en

⁸² Massaguer Fuentes, J. (2010), “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27 de 2010, p.32.

⁸³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004), en adelante LO 1/2004, y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE núm. 71, de 22 de marzo de 2007), en adelante Ley de Igualdad.

torno a la materia, con el objetivo subyacente de obtener un enfoque global del tratamiento del supuesto en los diferentes ámbitos legislativos planteados.

4.1. Unión Europea

El ordenamiento comunitario resulta completo en relación con las materias de las que se ocupa, si bien en cuanto al tema que abordamos llama la atención que, a pesar de existir una consciencia de la problemática que supone la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer a nivel social y de derecho, no exista ciertamente un texto que regule la materia de manera concreta. De hecho, la mayoría de normativas existentes en torno en materia publicitaria a nivel genérico se desarrollan con dependencia a aspectos como el medio de difusión empleado, el tipo de producto en promoción o los destinatarios de la publicidad, y las que lo hacen con independencia de los mismos, regulan aspectos publicitarios concretos ciñéndose a determinadas modalidades en un sentido específico. Por estos motivos, el primer inconveniente que hemos encontrado es la falta de un texto normativo que trate la materia de forma directa. Si bien, debemos destacar la existencia de una normativa que –aun estando subordinada a un campo de aplicación limitado a ciertas modalidades publicitarias– puede resultar destacable en relación a la publicidad discriminatoria de la mujer. Nos referimos a la llamada Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual⁸⁴. No obstante, si bien su ámbito de aplicación se reduce a las comunicaciones publicitarias difundidas por los medios audiovisuales –de emisión televisiva–, realiza una clara alusión en este sentido a la ilicitud de la publicidad de tono sexista, al tipificar ciertas modalidades de publicidad ilícita incluyendo en ellas este tipo de publicidad. En este sentido, el tenor de la norma establece que las comunicaciones comerciales audiovisuales deben abstenerse de atentar contra el respeto a la dignidad humana y de incluir o fomentar cualquier tipo discriminación sea por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual⁸⁵. Aunque no menciona explícitamente la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, consideramos que lo hace de manera indirecta con una clara alusión al incluir

⁸⁴ Directiva 89/552/CEE, del Consejo de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DOUE L 298 de 17 de octubre de 1989), modificada por la Directiva 97/36/CEE (DOUE L 202 de 30 de julio de 1997), y la Directiva 2007/65/CEE (DOUE L 332 de 18 de diciembre de 2007), en adelante Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.

⁸⁵ Art. 3 sexies c) de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.

expresamente la prohibición de la publicidad discriminatoria por razón sexo entre las posibles tipologías.

En nuestra opinión y a pesar de no existir un texto específico que regule la materia de manera concreta, podemos deducir la existencia de cierta relevancia a nivel comunitario en cuanto a este tipo de publicidad, al ser considerada a este respecto como ilícito también por la normativa europea abordada y expuesta⁸⁶.

4.2. Constitución Española y Ley General de Publicidad

La CE en lo que respecta a la difusión publicitaria que atenta contra la dignidad de la persona en sentido genérico, destaca una serie de derechos que tienen una especial consideración al respecto⁸⁷. En diferente sentido y para el caso concreto de publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer encontramos reseñable en primer término, el reconocimiento del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho que propugna la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento⁸⁸. En virtud del mismo, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad y libertad individual y colectiva sean reales y efectivas, a través de la remoción de los obstáculos que lo dificulten⁸⁹. Así mismo, se establece que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y al resto de derechos son el fundamento propio del orden político y de la paz social, remarcando así mismo la Declaración Universal de Derechos Humanos –y los acuerdos y tratados internacionales ratificados sobre estas materias– será el modelo en virtud del cual habrá de interpretarse lo relativo a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce⁹⁰. Por tanto, entendemos que este contenido es la referencia constitucional y el punto de partida a regulaciones más concretas en la materia que nos ocupa, en cuanto que se abarca, desde la dignidad humana, los derechos fundamentales de honor y propia imagen, hasta la defensa de una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres⁹¹. Con ello se apela a

⁸⁶ Balaguer Callejón, *op.cit.*, pp. 69-61.

⁸⁷ La LGP, al catalogar la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona como publicidad ilícita en el art. 3a, realiza una remisión directa a los arts. 14, 18 y 20.4 de la CE en vistas a una especial protección de los derechos que allí se incluyen como supuesto de hecho.

⁸⁸ Art. 1.1 CE.

⁸⁹ Art. 9.2 CE.

⁹⁰ Art. 10 CE.

⁹¹ Balaguer Callejón, *op.cit.*, pp. 137-140.

la base de los derechos humanos y los valores rectores de nuestra sociedad como punto de apoyo fundamental para construir a partir de ellos una imagen real y equilibrada de la figura de la mujer en nuestra sociedad, como un elemento esencial a la hora de asegurar esta igualdad real y efectiva.

Tales fines sustentados por una base constitucional son representados en el ordenamiento de manera más específica a través de su extensión concreta a las leyes en las diferentes materias objeto de cada regulación. Se constituyen así unos límites encuadrados o concretados en los valores constitucionales, y aplicados a las leyes que los desarrollan⁹². Así, la LGP constituye la norma de referencia principal en la materia publicitaria como límite a esta actividad, donde se regulan los supuestos de publicidad ilícita, dentro de los cuales se recoge la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer⁹³. La inclusión de este precepto de manera específica pretende, que a través de la actividad publicitaria se ofrezca una visión igualitaria y no discriminatoria de la mujer. Este fin último consideramos que viene representado en la redacción del precepto mediante dos actuaciones cuya pretensión no es otra que, restringir las prácticas publicitarias habituales que suponen una denigración de la imagen de la mujer o el uso de la misma de manera contraria al Derecho. La primera actuación, es condenar el uso del desnudo femenino como mero objeto de atracción captatorio de atención sobre el mensaje que se pretende promocionar. En este sentido, se considera ilícita la publicidad que utilice particular y directamente el cuerpo o partes del cuerpo femenino como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar. La segunda referencia se concreta en evitar que se emplee en la publicidad la imagen estereotipada de la mujer desde un punto de vista laboral, cuando se representa ligada al ámbito doméstico y subordinada en este sentido al varón, mediante la inclusión del supuesto de prohibición de la publicidad que presente su imagen asociada a comportamientos estereotipados⁹⁴. En este sentido, no solo se restringe de manera explícita estos supuestos como un reconocimiento concreto de la problemática en torno a los mismos, sino que también se prevén un conjunto de acciones civiles para obtener la cesación o rectificación de la correspondiente publicidad, entre otras previsiones⁹⁵.

⁹² Lázaro Sánchez, *op.cit.*, p. 68.

⁹³ Art. 3.1 bis de la LGP.

⁹⁴ Lázaro Sánchez, *op.cit.*, p. 72.

⁹⁵ Vid. García Nieto, M. T. y Lema Devesa, C. (2008), “Guía de intervención ante la publicidad sexista”, (consultado en <http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/docs/012-guia.pdf>, en mayo de 2016), p. 72. En distinto sentido, resulta pertinente destacar que anteriormente no

En base a lo expuesto, entendemos que el uso de la imagen de la mujer en la publicidad no siempre se estima como un ilícito; más bien, cabría concebir que los supuestos de ilicitud tipificados responden a un uso concreto que traspasa el límite de los derechos, y por ende de la legalidad. Lo cierto es que la imagen femenina se encuentra legal y sistemáticamente ligada a la publicidad en todos los ámbitos en representación a lo que podemos denominar como el icono de belleza femenino. Esta utilización de su imagen responde a la presentación de las mujeres desde un punto de vista estético, a través de la expresión del perfeccionamiento de su cuerpo vinculado a la deshumanización que caracteriza nuestra sociedad de consumo actual. En este contexto sociológico, nos encontramos ante una radicalización del modelo físico estético fundamentada en lo que se denomina ‘el gusto’ o ‘el estilo’, sustentada por la industria publicitaria con el objetivo de perpetuar la adhesión a la estética por parte de las mujeres, convirtiéndolas en consumidoras, y al mismo tiempo en objetos de consumo publicitario basados en la apariencia y la perfección como una simbología del éxito social⁹⁶.

4.3. Leyes específicas: La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y La ley de Igualdad

La previsión prevista en la LGP de la actividad publicitaria que atenta contra la dignidad de la mujer fue añadida en virtud de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁹⁷. Así, el supuesto de publicidad ilícita por atentar contra la dignidad de la persona o vulnerar los valores y derechos reconocidos en la Constitución fue ampliado añadiéndose el supuesto específico de publicidad denigratoria o vejatoria de la imagen de la mujer a través de una reforma de la LGP, pues los textos normativos iniciales que regulaban las prácticas promocionales no incluían estos casos.

existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna regulación concreta que abordara esta problemática publicitaria tipificando estos supuestos como publicidad ilícita. El texto legal en materia de publicidad anterior a la LGP, el Estatuto de Publicidad de 1964, no realizaba ninguna alusión a la publicidad sexista o discriminatoria de las mujeres, sin tener en cuenta el supuesto a pesar de contener una amplia regulación de distintas modalidades de publicidad ilícita.

⁹⁶ Bernádez Rodal, A. (2000), “Cuerpos imaginarios: ¿exhibición o encubrimiento de las mujeres en la publicidad?” *CIC, Cuadernos de Información y Comunicación*, núm.5 de 2000, pp. 68-76.

⁹⁷ La LO/1/2004 fue promovida por la creciente necesidad de una protección más efectiva en los diversos ámbitos de la sociedad contra violencia de género, entendiendo esta no como un problema que afecta meramente al ámbito privado, sino como un símbolo de desigualdad social representado a través de una violencia dirigida sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, considerándose ante sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión, derechos que el ordenamiento jurídico debe proteger.

La previsión incorporada a los supuestos de publicidad ilícita responde al enfoque de la violencia de género de un modo amplio y multidisciplinar, abarcando su regulación aspectos que van desde la temática social y asistencial, hasta la protección y atención a las víctimas de la misma. Dentro de su regulación y siendo consciente el legislador de problemática históricamente usual de utilización de la imagen de la mujer encasillada en estereotipos y reducida a objeto erótico de atracción en la publicidad, se estimó conveniente la inclusión de un precepto que asegurara la protección de la imagen de la mujer y pudiera aplicarse a la materia publicitaria⁹⁸.

No obstante, el texto normativo que abordamos incluye además diversos aspectos que tratan de proteger la imagen de la mujer a través de la imposición a los poderes públicos y a los medios de comunicación de determinadas obligaciones específicas en el ámbito publicitario. Destaca en este sentido la disposición con respecto a las administraciones públicas de velar por el cumplimiento de la legislación de manera estricta con respecto a la salvaguarda y protección de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas que puedan favorecer situaciones de desigualdad en los medios de comunicación con respecto a las mujeres. Así mismo, la obligación para los medios de comunicación de fomentar una protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres que evite toda discriminación, incluyéndose como medio la difusión informativa objetiva de informaciones relativas a la violencia de género apelando a la defensa de los derechos humanos, la libertad y la dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos, con un especial cuidado en el tratamiento gráfico de las formaciones⁹⁹.

En consonancia con esta regulación específica conviene atender a la Ley de Igualdad¹⁰⁰, cuya finalidad ha sido evitar las desigualdades existentes en la concepción cultural, social y laboral de las mujeres en nuestra sociedad, creando un modelo de igualdad de género real y efectiva construida a partir de la participación activa y equilibrada de hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida pública y privada con ausencia de cualquier tipo

⁹⁸ Esta modificación de la LGP, se realiza en relación al art. 2 de la LO 1/2004, donde recogen las disposiciones adoptadas en materia de publicidad y medios de comunicación, recogiendo además en su Disposición Adicional Sexta los supuestos concretos que se incluyen en el art. 3.1 bis de la LGP. Cabe destacar además que en virtud de la LO 1/2004, además de la ampliación del art. 3.1 bis de la LGP, se modifican otros preceptos, destacando la inclusión del apartado 1 bis del art. 25 en relación a la ampliación y concreción de los sujetos que pueden solicitar la acción y cesación de la práctica publicitaria, así como la adición de la disposición adicional relativa a ejercitar la acción de cesación cuando la publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer.

⁹⁹ Arts. 13 y 14 LO 1/2004. *Vid.* García Nieto y Lema Devesa, *op.cit.*, pp. 83-84.

¹⁰⁰ Esta ley fue aprobada el 23 de Marzo de 2007, sin embargo debemos señalar que tras posteriores revisiones, se ha limitado su vigencia a la fecha de 1 de enero de 2017.

de discriminación. En relación con ello, la regulación prevista en la misma abarca desde la concepción del principio de igualdad, la prohibición de la discriminación, las políticas públicas y acciones administrativas para la igualdad, el trabajo igualitario y la conciliación laboral entre otros, hasta la igualdad en los medios de comunicación. Concretamente en cuanto a la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, la norma alude a la consideración de la publicidad discriminatoria como un supuesto de publicidad ilícita. Así, el legislador en esta ocasión ha limitado al reconocimiento y a la mera reiteración de su consideración como supuesto de publicidad denigratoria y vejatoria de la imagen de las mujeres¹⁰¹. Cabe reseñar una serie de preceptos contenidos sobre la difusión promocional en los que se imponen obligaciones a los medios de comunicación de titularidad pública y privada. En el primer caso, han de velar por la transmisión de una imagen plural y no estereotipada de hombres y mujeres promoviendo el principio de igualdad; mientras que en los segundos, el deber de respetar la igualdad entre hombres y mujeres evitando cualquier forma de discriminación. También se apela en la norma a las Administraciones Públicas a promover por parte de los medios de comunicación la adopción de acuerdos de autorregulación como medio de contribución al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad¹⁰².

En definitiva, podemos concluir que nuestro ordenamiento contempla ciertamente una amplia regulación en cuanto a publicidad discriminatoria de la mujer con respecto a la normativa comunitaria, siendo en este sentido más avanzada en lo que respecta a la tipificación concreta del supuesto en la normativa publicitaria, y en su mención en otras leyes que abordan temáticas de igualdad de género y que incluyen preceptos relacionados con el supuesto publicitario.

5. MECANISMOS DE DEFENSA

Los mecanismos de defensa que han de tenerse en cuenta y son aplicables a los mensajes promocionales cuyo contenido atenta contra la dignidad de la mujer, en primer término son los judiciales. Estos son, las acciones ejercitables con respecto a este supuesto de publicidad ilícita y otros aspectos relativos al marco procesal. En segundo término, en el ámbito extrajudicial cabe destacar la importancia de la autorregulación publicitaria como

¹⁰¹ Art. 41 Ley de Igualdad.

¹⁰² Art. 36 y 39 Ley de Igualdad. Véase García Nieto y Lema Devesa, *op.cit.*, p. 86.

mecanismo de control de esta actividad a través de códigos de conducta, sistemas de reclamación y organismos independientes encargados de emitir resoluciones como vía de resolución de conflictos.

5.1. Instrumentos judiciales

Las reformas introducidas en la regulación de la actividad publicitaria y las normas de competencia desleal han determinado un nuevo marco procesal. Concretamente, respecto a la extensión de las acciones de defensa frente a la competencia desleal a los supuestos de publicidad ilícita, lo que supone su unificación en su nivel de aplicación que no se había previsto hasta el momento¹⁰³. En particular, en el articulado de la norma sobre publicidad se realiza una referencia directa a la regulación de la competencia desleal con respecto a la determinación de las acciones ejercitables al respecto. Esto es, las acciones que el perjudicado puede interponer frente a los actos de deslealtad recogidas en la norma, que serán aplicables así mismo con respecto a los supuestos de publicidad ilícita¹⁰⁴. Si bien estas acciones son referidas a los actos de competencia desleal en su totalidad, podemos aplicarlas a los supuestos de publicidad ilícita por atentar contra la dignidad de la mujer. También quedan incluidas en la unificación otras cuestiones procesales ligadas a la ejercitación de las acciones, como son la legitimación activa y pasiva, la prescripción y las diligencias preliminares.

5.1.1. Acciones judiciales

En primer término y como punto de partida, señalamos la acción declarativa de deslealtad, que corresponde al examen y reconocimiento jurídico de la realidad del acto como comportamiento desleal, medio de acreditación del interés legítimo de la parte demandante para accionar. Constituye una prueba de la existencia de efectos perjudiciales actuales o inminentes para el afectado, ejerciéndose con el objetivo de evitar, resolver o prevenir una situación de inseguridad o indeterminación jurídica ante un comportamiento

¹⁰³ Antes de la modificación de la LGP, los sistemas de protección frente a la competencia desleal y la publicidad ilícita se regulaban de manera independiente, siendo unificados en virtud de las reformas llevadas a cabo en la legislación. Es decir, se extienden las acciones ejercitables contempladas en la LCD con respecto a los supuestos de publicidad ilícita de la LGP. Con ello se pretende enmendar la problemática que se presentaba a la hora de iniciar procedimientos para los cuales coexistía una doble regulación por tratarse de supuestos que podían constituir infracciones publicitarias y simultáneamente actos de competencia desleal.

¹⁰⁴ Art. 6 LGP en referencia al art.32 LCD.

que supone un acto de competencia desleal. Para su apreciación se exige la concurrencia de dos presupuestos: la realidad del acto o comportamiento desleal y el interés legítimo del actor. Esto es, la efectiva existencia pasada o presente del ilícito concurrencial, en este caso la lesión de la dignidad de la mujer a través del supuesto de publicidad vejatoria y denigratoria de su imagen como publicidad ilícita; y en segundo término, la precisa relación entre el actor y la conducta publicitaria que se pretende declarar como ilícita, supuesto referido a la legitimación activa de la parte demandante, como tendremos ocasión de analizar a posteriori¹⁰⁵. Cabe señalar que esta acción puede ejercitarse con carácter autónomo, si bien se suele utilizar en conjunto con otras acciones, pues la constatación de los hechos que supone su estimación será procedente a la hora de ejercitar cualquier otra de las acciones previstas¹⁰⁶.

La siguiente de las acciones ejercitables con respecto al supuesto de publicidad ilícita que analizamos corresponde a la acción de cesación de la conducta desleal o prohibición de su reiteración futura. El requisito esencial para su ejecución viene representado por el peligro cierto e inminente de comisión de un acto desleal sin que sea requerido demostrar ni la idoneidad de la acción para generar daños y perjuicios, ni la prueba *ex ante* de dolo o culpa por parte del demandado. A este respecto, resulta indiferente si el demandado actúa con o sin conocimiento o voluntad de la deslealtad de su acción. Esta denominación engloba asimismo, tres posibles pretensiones: cesación en sentido estricto como comportamiento desleal vigente, prohibición de reiterar el ilícito ya consumado, o prohibición de actos desleales de inminente ejecución todavía no realizados¹⁰⁷. Con respecto a la primera hipótesis, el actor debe acreditar únicamente la deslealtad presente como susceptible de continuar produciéndose. Esto es, identificar el acto realizado y acreditar que se mantiene en el tiempo y que se proyecta hacia el futuro. En un distinto sentido, la parte demandada deberá demostrar para su defensa que la conducta no perdurará en el tiempo, o bien que no concurren requisitos fácticos o jurídicos que permitan al momento su estimación¹⁰⁸. En el segundo supuesto, se habrá de referir la

¹⁰⁵ En virtud de la ya aludida reforma operada en la normativa fue eliminado el presupuesto relativo al requisito de procedibilidad por el cual se exigía expresamente probar la existencia de una perturbación subsistente.

¹⁰⁶ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 348-354.

¹⁰⁷ En este mismo sentido lo contempla el art. 11.2 de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Véase SAP de Lugo de 8 de febrero de 2001, SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003 y STS 21 de junio de 2006, entre otras.

¹⁰⁸ Esto es, acreditar que no existe riesgo de mantener o repetir la conducta desleal, ya sea por la propia salida del mercado de la entidad, por el agotamiento del peligro concreto al encontrarse limitado

existencia de un riesgo inminente de repetición del acto consumado como comportamiento futuro así como el carácter ilícito del mismo, lo que permite alegar que hubo un supuesto desleal previo susceptible de reiterarse de un modo idéntico o similar. En cuanto a la última hipótesis, dado que el peligro de producción del acto desleal no cuenta con precedentes de referencia, únicamente se podrá alegar la existencia de elementos que evidencien la inminencia de producirse un comportamiento desleal –que normalmente constituyen actos preparatorios–, con la exigencia de verosimilitud con respecto a su contenido material. En definitiva, se trata de lograr la paralización efectiva del comportamiento ilícito a efectos de deslealtad que supone denigrar la imagen de la mujer a través de la publicidad, con la subsiguiente prohibición de su mantenimiento o reiteración futura cuando ésta se estime objetivamente probable o de inminente realización¹⁰⁹.

Si bien las acciones hasta ahora expuestas constituyen los medios judiciales principales y más habituales al respecto de la publicidad ilícita en cuanto al reconocimiento y represión de la misma, debemos señalar la importancia que cobra en este sentido la petición de la denominada acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. Nos referimos a la notoriedad en cuanto a efectividad que adquiere en este supuesto la ejercitación de esta acción, pues a través de la misma se pretende la supresión de los cauces materiales que hacen posible la manifestación de dicha publicidad. Como presupuestos para su apreciación, se debe probar la existencia de efectos ocasionados y su vigencia al momento de presentarse la demanda, así como justificar la necesidad de intervención judicial para su eliminación bajo la exigencia de los criterios de necesidad y proporcionalidad. El contenido de la pretensión responde a la concreción de las medidas o actuaciones específicas que sean oportunas según el supuesto para remover los efectos ocasionados, que han de justificarse y adecuarse a la extensión y gravedad del mismo¹¹⁰. El tipo de medidas variará en función del caso concreto, abarcando desde la retirada de los objetos a través de los cuales se exterioriza la publicidad -etiquetas, envases, folletos u otros elementos del tipo- y las fuentes materiales que permiten la creación de los

objetivamente el alcance de la lesión, o por la aprobación de normas que exoneren de responsabilidad al demandado o admitan el tipo de conducta.

¹⁰⁹ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 354-363.

¹¹⁰ No se estimará la demanda en la que la petición de la adopción de medidas de remoción se haga de forma genérica refiriéndose a la adopción por el tribunal de aquellas que resulten oportunas, siendo un requisito determinar con exactitud las actuaciones de forma precisa, o al menos dejando claras unas bases para su posterior concreción.

elementos que generan los efectos, hasta la suspensión de los negocios jurídicos que hayan sido constituidos en base al comportamiento desleal. En todo caso, será el tribunal el que estime su fijación definitiva en base al principio de congruencia, pudiendo acordar medidas distintas de las propuestas, y determinando la solución menos gravosa de entre las que se estimen eficaces para la tutela de la remoción.

En siguiente término, destacamos de entre las acciones ejercitables con respecto al supuesto que nos ocupa la acción de rectificación. Su pretensión corresponde a la eliminación en beneficio del perjudicado de los efectos residuales causados por la difusión de informaciones engañosas, incorrectas o denigratorias por parte del demandado en el contexto del mercado concurrencial, realizándose para ello una comunicación cuyo contenido corresponde a la declaración o desmentido de la corrección, verosimilitud o justificación de dichas informaciones emitidas por parte del mismo. Como presupuestos para su estimación, se debe acreditar tanto el carácter engañoso, incorrecto o falso de la información difundida como los efectos residuales de las informaciones concretas a las que se refiere su petición, así como pretender alcanzar con su contenido a quienes se han visto potencialmente afectados por el acto desleal¹¹¹. Respecto del supuesto que tratamos, se pretende paliar los efectos perjudiciales que la difusión publicitaria ilícita y vejatoria de la imagen de la mujer ha ocasionado como acto ilícito y desleal, rectificándose la conducta por los medios que se estimen convenientes. Habitualmente se suele estimar que la forma más idónea es su emisión por los medios de comunicación, la denominada ‘publicidad correctora’ o ‘contrapublicidad’. Así, se impone la carga a la entidad condenada de difundir un mensaje específico mediante el cual se declare la rectificación de la publicidad realizada y declarada ilícita, como forma de evidenciar en el mercado el carácter incorrecto de las informaciones comerciales emitidas previamente por el mismo. Por último, cabe señalar que aun siendo esta acción autónoma y compatible con respecto a la ejercitación del resto, su aplicación se encuentra limitada a los supuestos en los que se estime primordial y relevante en su aplicación, pues constituye una medida susceptible de tener efectos gravosos para el demandado. Esto es, en cuanto a la notoria influencia que puede ocasionar en su capacidad concurrencial en el mercado¹¹². Debemos destacar así mismo que cierta doctrina considera que la ejercitación

¹¹¹ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 364-372 y 372-380.

¹¹² Ruiz Moreno, J. M. (2012), “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales y el nuevo marco legal de protección de la publicidad”, *La armonización del derecho procesal tras el tratado de Lisboa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 399-428.

de ésta acción no procede para el supuesto de publicidad ilícita por atentar contra la dignidad de la mujer. Su justificación reside en que se especifica con respecto a la pretensión de la eliminación de los efectos residuales ocasionados por la expresión de las referidas informaciones, que éstas deberán tener carácter engañoso, incorrecto o denigratorio. Se entiende por su parte que estas manifestaciones no tendrían encaje en el supuesto que abordamos, lo que supondría por parte del legislador estrechar el campo de aplicación de la acción de rectificación en virtud de las reformas operadas en la normativa¹¹³. Sin embargo y desde nuestro punto de vista, si procede su inclusión, dado que el supuesto podría encuadrarse como publicidad denigrante en virtud de constituir las informaciones publicitarias emitidas manifestaciones de carácter denigratorio, siendo a este respecto pertinente la solicitud como pretensión de la rectificación del mensaje.

En cuanto a la acción indemnizatoria, debemos señalar que no desde nuestro punto de vista no procede su ejercitación con respecto a la publicidad atentatoria de la dignidad de la mujer, pues su pretensión responde al resarcimiento de una lesión patrimonial y/o moral efectiva en términos que permitan la imputación jurídica del infractor con respecto a la conducta desleal, ocasionada con dolo o culpa. Es decir, consideramos que su ejercitación estaría reservada a éste respecto a los actores que hayan sufrido una lesión patrimonial a título individual, no cabiendo por tanto acciones en defensa de los intereses generales de carácter colectivo o difuso, pues no existe el concepto de un patrimonio general cuya indemnidad deba ser protegida por el ordenamiento¹¹⁴.

En último término, cabe destacar la tutela complementaria prevista por la imposición al demandado de la publicación total o parcial de la sentencia, así como una declaración de rectificación si los efectos de la infracción son susceptibles de mantenerse a lo largo del tiempo. El calificativo de complementaria se encuentra referido al carácter accesorio de ésta tutela, en el sentido de que su reconocimiento precisa que se haya estimado alguna de las siguientes acciones: de remoción, rectificación o de resarcimiento de daños y perjuicios. A este respecto, no se incluyen las acciones de cesación y declarativa de

¹¹³ Vid. Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, p. 176. Concluyen así mismo en base a esta concepción, que esta nueva estrechez de supuestos se justificaría con la inclusión de la tutela de la publicación de la sentencia –que abordaremos a posteriori– como protección a los supuestos que quedarían fuera del ámbito aplicación de la acción de rectificación. Esta inclusión tendría cierta lógica en cuanto a la similitud en los presupuestos materiales de ambas acciones, duplicidad incoherente e injustificable de otro modo a ojos de estos autores.

¹¹⁴ Vid. Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, p. 383.

deslealtad, por incompatibilidad en cuanto al alcance y finalidades de las mismas¹¹⁵. Constituyen, en otro sentido, presupuestos de carácter material la exigencia de eficacia y proporcionalidad en relación a la función propia de la tutela, que es la eliminación del estado de las cosas generado por la lesión del orden concurrencial, ya sea mediante la publicación total o parcial de la sentencia o la condena a difundir publicidad rectificadora. Esta exigencia de eficacia y proporcionalidad se determinará a través del examen judicial de las circunstancias concurrentes, sobre todo teniendo en cuenta sus tipos y el alcance de la lesión causada por el comportamiento del demandado. Así mismo, supone un requisito de naturaleza procesal la previa petición expresa de esta protección por parte del actor, sea en la demanda o posteriormente. Por último, en cuanto a la naturaleza y el contenido de la pretensión, cabe señalar que constituyen medidas de naturaleza mixta, por un lado de remoción, al ser su finalidad eliminar los efectos acaecidos a raíz del comportamiento ilícito, y por otro de preparación, pues suponen una compensación *in natura* ante el perjuicio causado; su contenido habrá de fijarse por la sentencia sobre la base de la petición del demandante, siguiéndose para su precisión rigor con respecto a la pertinencia y proporcionalidad en la estimación de las medidas –número, influencia y tipos de medios de comunicación social para la difusión– en relación a la efectiva y justa satisfacción del perjudicado, de manera que ello no suponga un gravoso perjuicio al demandado, bajo la evidente exigencia de veracidad y exactitud con respecto las pretensiones estimadas.

5.1.2. Cuestiones procesales

Debemos tener en cuenta que en virtud de las referidas reformas operadas en la norma quedan afectadas por la unicidad de las acciones de competencia desleal y publicidad ilícita, la legitimación activa y pasiva en relación a su ejercitación, la prescripción de las mismas, así como lo relativo a diligencias preliminares.

La legitimación activa¹¹⁶ corresponderá a cualquier persona física o jurídica afectada por la publicidad ilícita y cualquier sujeto con capacidad para ser parte titular de un interés subjetivo o legítimo, sin embargo esta previsión resulta de aplicación con respecto a la

¹¹⁵ Esta cualidad de complementariedad supone una novedad en cuanto al precepto anterior a la reforma de la normativa, pues si bien se preveían expresamente las mismas modalidades de tutela, no se encontraban condicionadas a la estimación de otra acción interpuesta con carácter principal.

¹¹⁶ Art. 33 LCD.

legitimación de carácter individual. Distinto es el caso que nos ocupa, pues además de tener en cuenta la existencia de un precepto específico en relación a la legitimación activa para la publicidad vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer, cabría entenderse que la aplicación de la legitimación activa en sentido general –actos de competencia desleal y por ende a la publicidad ilícita– habría de interpretarse a este respecto referida al marco colectivo, es decir, en defensa de intereses generales¹¹⁷. Esto es, cuando la publicidad ilícita afecte a los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, por tratarse de lesiones a bienes jurídicos de alcance supraindividual, en cuyo caso estarán legitimados para el ejercicio de las acciones previstas el Instituto Nacional de 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, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la normativa así como las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas a tal fin; se incluye además en el mismo sentido la posibilidad de ejercitación de la acción de cesación por parte del el Ministerio Fiscal, en representación y defensa de la tutela del interés público. Con carácter más concreto, debemos destacar tal como ya hemos aludido, la legitimación activa reconocida de manera específica para los casos de publicidad ilícita por vejatoria y discriminatoria de la imagen de la mujer, en cuyo caso se contempla de modo adicional y expresa una serie de sujetos legitimados para la ejercitación de las acciones expuestas¹¹⁸. Estos sujetos son: la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico, las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la

¹¹⁷ Si bien hemos realizado esta interpretación de la normativa, debemos destacar la existencia en cierto modo de una laguna jurídica a este respecto, al no determinarse con exactitud si procede la legitimación activa individual para el supuesto de publicidad ilícita que atenta contra la dignidad de la mujer por responder su fundamento a intereses colectivos, predominando el elemento supraindividual y público. Así lo manifiestan autores como Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, que defienden así mismo el derecho de los particulares afectados por este tipo de publicidad a ejercer acciones individuales por tratarse de titulares de un interés legítimo. Dicha laguna se encuentra además relegada por la ausencia de jurisprudencia al respecto.

¹¹⁸ Art. 6.2 LGP. A este respecto debemos destacar, siguiendo la línea de opinión de Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, la deficiente técnica empleada por el legislador en su utilización del término ‘adicionalmente’ al referirse a esta legitimación activa específica, y al mismo tiempo remitir en bloque en lo relativo al marco procesal a lo contemplado en la LCD para los supuestos de publicidad ilícita con carácter general. Esto puede llevar a entender por un lado, que resulta también aplicable al supuesto la legitimación activa allí contemplada, interpretación que por otro lado no tendría mucho sentido pues supondría una duplicidad en cuanto a instituciones, entidades y órganos legitimados para interponer las acciones judiciales.

mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro, así como el Ministerio Fiscal¹¹⁹.

En lo que a legitimación pasiva respecta, se estima con carácter general que las acciones derivadas de la competencia desleal se podrán ejercitar contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado en su realización¹²⁰. De manera específica queda aclarado que cuando la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones deberán dirigirse contra el principal. Esto es, contra el anunciante en materia de publicidad ilícita en interés del cual repercute el beneficio de la publicidad, sea en calidad de persona física o jurídica.

La prescripción para ejercitar las acciones, se encuentra sujeta a un doble régimen en base a los plazos y circunstancias previstos¹²¹. Por un lado, la limitación temporal de un año desde que pudieron ejercitarse las acciones legales, teniéndose el conocimiento de la persona que realizó el acto publicitario. Y, por otro, la regla prevista referida al momento de finalización de la conducta desleal, según la cual la prescripción tiene lugar a los tres años calculados a partir de entonces. Ambos supuestos se aplican de forma autónoma, excluyente y no sucesiva, de modo que en caso de expirar cualquiera de los dos se cerraría la vía de la tutela judicial para el caso.

En relación con lo anterior, se contempla el régimen aplicable a las diligencias preliminares en los procedimientos judiciales derivados de la competencia desleal¹²². Así, quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal, podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de los hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para la preparación del juicio¹²³. Aunque representa una opción procesal de carácter voluntario y no vinculante, constituye un instrumento útil para el demandante al proporcionarle información previa sobre la realidad y las circunstancias del ilícito en cuestión a efectos de preparación de una demanda, o en su caso, una solicitud

¹¹⁹ Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus, *op.cit.*, pp. 414-456.

¹²⁰ Art. 34 LCD.

¹²¹ Art. 35 LCD. Según lo dispuesto en el art. 56 la Ley General de Defensa de los Consumidores, cuando estas mismas pretensiones se articulan en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, las acciones de cesación serán imprescriptibles.

¹²² Art. 36 LCD.

¹²³ Se establece así mismo para la determinación de las normas sobre su tramitación y sustanciación una remisión a lo dispuesto en los arts. 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1986).

de medidas cautelares previa a la misma. Si bien debemos destacar que la solicitud de este tipo de diligencias no suele ser habitual para los supuestos de publicidad ilícita.

En último término, consideramos pertinente puntualizar, la disposición explícita para los procedimientos civiles en materia de publicidad ilícita sobre la inversión de la carga de la prueba en estos procesos judiciales¹²⁴, correspondiendo al demandado la carga de probar la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas –la certeza de los hechos de los que ordinalmente se desprenda– así como de los datos materiales que la publicidad exprese¹²⁵.

5.2. Mecanismos extrajudiciales

La existencia de acciones judiciales que pueden interponerse en materia de comportamientos publicitarios contrarios a Derecho por atentar contra la dignidad de la mujer no excluye de la posibilidad de controlar la actividad publicitaria a través de otros cauces de diversa naturaleza. Nos referimos en concreto a la denominada autorregulación, que es un sistema por el cual los sujetos someten su actividad voluntariamente a unas normas propias de carácter ético o deontológico, ámbito especialmente relevante en lo referido a la publicidad ilícita¹²⁶. Esto es, un sistema por el cual empresas que integran el sector publicitario se comprometen al acatamiento de una normativa creada por ellos mismos, en beneficio de un ejercicio de la actividad publicitaria basado en los principios de legalidad, honestidad y responsabilidad. Por tanto, la autorregulación está conformada por una serie de elementos: la existencia de una agrupación voluntaria de los miembros que participan en el mercado publicitario; la imposición por parte del colectivo de unas normas de carácter moral o ético, los códigos de conducta publicitaria¹²⁷; la existencia de un órgano de control y supervisión que decida sobre la licitud de la actividad publicitaria para asegurar su efectividad; y la necesidad de dotar al órgano de control de carácter sancionador, con capacidad para ejecutar sus decisiones con respecto a los miembros¹²⁸.

¹²⁴ Art. 217.4 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

¹²⁵ Vilajoana Alejandre, *op.cit.* pp. 129-130.

¹²⁶ Martín Llaguno M. y Hernández Ruiz A. (2009), “El control de la comunicación comercial en un mundo globalizado. Regulación, autorregulación e hiperregulación de la publicidad”, *Portal de la Comunicación 1. 2009, Institut de la Comunicació UAB* (consultado en <http://www.portalcomunicacion.com/download/50.pdf>, en mayo de 2016), p. 15.

¹²⁷ Representan acuerdos voluntarios por los cuales se define el comportamiento de los adheridos bajo el compromiso de cumplir lo estipulado mediante el código.

¹²⁸ Patiño Alves, B. (2007), *La autorregulación publicitaria: Especial referencia al sistema español*, Barcelona, Bosch, pp. 41-42.

Supone un mecanismo que permite regular la actividad realizada por los distintos sujetos que intervienen en el proceso publicitario sin tener que acudir al procedimiento judicial, como vía alternativa, pero no sustitutiva, de resolución de conflictos de forma ágil, económica y específica, constituyendo un medio especialmente idóneo en el ámbito publicitario.

El alcance e importancia de la autorregulación en materia publicitaria es tal que la propia normativa de aplicación realiza una mención expresa a este sistema a través del reconocimiento y fomento de los códigos de conducta¹²⁹. La norma hace alusión al fomento de la creación de códigos de conducta sobre la base del reconocimiento expreso de su utilidad a nivel de protección de los consumidores, como medio de acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones, siempre que estos cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria¹³⁰. De igual modo, se establece la necesidad de que los sistemas de autorregulación se doten de órganos independientes de control que aseguren el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas, y la posibilidad de que los sistemas de autorregulación incluyan mecanismos de autocontrol previo de los contenidos publicitarios. Además, con el objetivo de reforzar la utilidad práctica de los sistemas de autorregulación, se reconoce la posibilidad de ejercitar acciones judiciales frente a los responsables de códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas, frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta en el caso de incumplimiento de los mismos¹³¹.

En base a lo expuesto y de manera específica, debemos destacar la importancia como sistema representativo de la autorregulación publicitaria en el marco nacional de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial¹³², una asociación de carácter privado y sin ánimo de lucro cuyo objetivo se basa en asegurar un autocontrol publicitario sencillo y eficaz evitando tener que acudir asiduamente a la vía judicial para

¹²⁹ Arts. 37, 38 y 39 LCD. Se configuran como preceptos destinados a la regulación y el reconocimiento de los códigos de conducta como contribuyentes a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, introducidos como novedad en virtud de las reformas operadas en el régimen jurídico de la publicidad y de la competencia desleal.

¹³⁰ Se fomenta y reconocen en exclusiva los sistemas de autodisciplina que incluyan mecanismos de resolución extrajudicial de controversias reconocidos por la normativa europea. Esto es, en virtud de las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CEE 30 de marzo de 1998 y 2001/310/CEE DE 4 de abril de 2001, introducidas en la normativa nacional a través del art. 37 de la LCD.

¹³¹ Art. 38 y 39 LCD. *Vid.* Vilajoana Alejandro, *op.cit.*, pp. 231-234.

¹³² Constituida en 1995, fue impulsada en 1977 por la Asociación Española de Anunciantes. Inicialmente fue llamada Asociación de Autocontrol de la Publicidad, siendo posteriormente renombrada.

su revisión, integrada voluntariamente por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios y asociaciones empresariales a nivel estatal¹³³. En primer término, debemos señalar el Código de Conducta Publicitaria¹³⁴, que recoge las normas básicas de conducta a respetar con respecto a la actividad publicitaria, incluyendo los ámbitos concretos de su interpretación, delimitación y alcance de la protección. También se determina la entidad con competencia para su velar por su cumplimiento, el Jurado de la Publicidad¹³⁵, concebido como un órgano independiente de control. Por su carácter general, las normas contenidas en este texto son de aplicación a cualquier tipo de actividad publicitaria, si bien debemos destacar con especial relevancia la referencia expresa con respecto a la publicidad discriminatoria de la mujer, estableciéndose que la publicidad no sugerirá a circunstancias de discriminación por razón de raza, nacionalidad, religión, orientación sexual o sexo, con la referencia explícita a los anuncios que puedan resultar vejatorios o denigrantes de la imagen de la mujer¹³⁶. Además de este Código general, conviene mencionar de manera específica el Código Confianza Online¹³⁷ por el que se regula la publicidad a través de los medios electrónicos de comunicación¹³⁸, y hace una mención específica a que dicha publicidad deberá ser realizada atendiendo a la responsabilidad social, y que no tendrá contenidos que atenten contra la dignidad de la

¹³³ Fue creada como medio de contribución a la ética y la lealtad en el ámbito publicitario en beneficio de consumidores y verificación del cumplimiento de la legislación publicitaria, representada mediante la resolución de reclamaciones al respecto. Su sistema de resolución de controversias ostenta gran repercusión e importancia en materia de regulación publicitaria destacando por ser el único organismo privado español en ser reconocido por la Comisión Europea. Así mismo, su funcionamiento como medio de control instrumentos principales propios: sus códigos de conducta, el sistema de asesoramiento conocido como ‘Copy Advice’ como servicio de consulta previa, y el Jurado de la Publicidad. Su formación destaca por representar más del 75% de la inversión publicitaria en España, lo que la dota al sistema de una notoria influencia a nivel nacional.

¹³⁴ La asamblea general de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial aprobó en 1996 su Código de Conducta Publicitaria, basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (International Code of Advertising Practice).

¹³⁵ Fue creado de conformidad a los principios de la Recomendación Comunitaria 98/257/CE. Representa el órgano de control de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación comercial, y es el encargado de aplicar los códigos y dirimir en conflictos en base a las reclamaciones presentadas, actuando en defensa de la publicidad lesiva con respecto a los derechos de los consumidores o vulneradora de las reglas de lealtad en el ámbito publicitario.

¹³⁶ Art. 10 del Código de Conducta Publicitaria de Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

¹³⁷ El Código Ético de Confianza Online, sobre publicidad interactiva y Comercio Electrónico fue aprobado en 2002 y modificado en 2015, promovido por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial y la Asociación Española de la Economía Digital como socios preferentes del mismo.

¹³⁸ No tendrán la consideración de medios electrónicos de comunicación a distancia a los efectos de este código, los que no reúnan las características expresadas en sus estatutos, y en particular la telefonía, correo electrónico o cualquier medio electrónico equivalente, radiodifusión televisiva, radiodifusión sonora y teletexto televisivo.

persona, o sean discriminatorios por razón de nacionalidad, raza, sexo, orientación sexual, convicciones religiosas o políticas, o cualquier otra circunstancia personal o social¹³⁹.

En conclusión, el hecho de que el sistema constituya una vía de resolución extrajudicial de conflictos no implica que, al margen de su utilización, las partes puedan optar por acudir a la vía judicial. Pues los sistemas de autorregulación a nivel nacional son complementarios en lo que hace a la protección la publicidad ilícita con respecto a la labor judicial. Así pues, Autocontrol mantiene una activa política de colaboración a nivel público a través de múltiples convenios llevados a cabo con la Administración y con diferentes organismos en distintos ámbitos publicitarios¹⁴⁰, lo que reafirma y refuerza esta labor por parte de los sistemas de autorregulación¹⁴¹.

6. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES

El supuesto de publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, si bien se encuentra tipificado como publicidad ilícita en la normativa relativa a la materia publicitaria, presenta una escasa indicación jurisprudencial. No obstante y sin pretensión de justificar este hecho, debemos señalar que su previsión jurídica surge tras las reformas operadas en la materia y que es un desafío, en cuanto que supone combatir la pervivencia de estereotipos y modelos sociales sexistas tan históricamente arraigados en ciertos sectores socioculturales. Representa una labor compleja cuanto menos desde el punto de vista jurisdiccional, pero esencial respecto a la pretensión de eliminar los obstáculos que dificultan el logro de una igualdad real y efectiva, como representación de los valores propugnados por nuestro ordenamiento jurídico y anhelados por la sociedad en su conjunto¹⁴². Por ello y en relación a nuestro estudio sobre los distintos dictámenes existentes en la materia, cabe afirmar que se trata de un campo limitado a nivel jurisprudencial, lo que a su vez dota de una mayor importancia a los escasos pronunciamientos emitidos hasta la fecha. Debemos realizar en distinto sentido, una referencia a las resoluciones emitidas por el Jurado de la Publicidad de la Asociación para

¹³⁹ Art. 3 del Código Ético de Confianza Online.

¹⁴⁰ Destacan los vinculantes a nivel nacional, por ejemplo con el Ministerio de Sanidad o la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas, así como los acuerdos firmados a nivel autonómico, como son los Consejos Audiovisuales de Andalucía (2006), Cataluña (2006) y Navarra (2007).

¹⁴¹ Vilajoana Alejandro, *op.cit.*, pp. 234-241.

¹⁴² Pérez Pérez, M.L., Fernández Morillo, C (2009), “Políticas de género y estereotipos sexistas en la publicidad de los medios audiovisuales”, *Actas del IX Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*, p.3.

la Autorregulación de la Comunicación Comercial, como sistema español de resolución extrajudicial de conflictos en materia publicitaria, destacando por su relevancia respecto al supuesto que nos ocupa.

6.1. Pronunciamientos jurisprudenciales

En primer término y como antecedente histórico al supuesto de hecho destacamos la Sentencia Juzgado de 1ª Instancia nº1 de Ibi (Alicante), de 3 de marzo de 1992, sobre el paradigmático caso FEBER S.A. Esta empresa de juguetes presentó una campaña publicitaria dirigida a menores dividida en dos bloques diferenciados en función del sexo: uno dedicado a los niños, en el que se ofrecían juguetes vinculados a la representación de actividades profesionales y relativas al mundo ‘exterior’; y otro a niñas, en el que se representaban juguetes asociados a tareas domésticas y utensilios del hogar¹⁴³. Esta división representaba una clara digresión por razón de sexo susceptible de ser entendida como un supuesto de publicidad sexista y denigratoria de la mujer mediante de la utilización de su imagen de manera estereotipada. Además era notoria la circunstancia de que el mensaje publicitario estaba dirigido al público de los menores, un colectivo ante el que el Derecho debe prestar una mayor protección por ser especialmente sensible en relación a la percepción de la publicidad. Así lo entendió la parte demandante, la Federación de Mujeres Progresistas, y cuya demanda fue estimada al entender que tanto la oferta publicitaria, como el lenguaje empleado y la realidad presentada a través del mensaje publicitario lo dotaba de contenido que era manifiestamente sexista, propiciando la creación una imagen estereotipada de la mujer a través de la instigación a la segregación social de los menores con respecto a la división de roles sociales masculinos y femeninos¹⁴⁴. Si bien como se ha indicado, en la fecha del mencionado pronunciamiento esta modalidad publicitaria que atenta contra la dignidad de la mujer no se encontraba incluso como supuesto de hecho de publicidad ilícita. Por ello, el tribunal que estimó la demanda valoró, la presencia de discriminación en el mensaje publicitario emitido, y reconoció la inexistencia de una norma específica y suficiente en la materia, a excepción

¹⁴³ Carretero García, A. (2014) “Publicidad sexista y medios de comunicación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10 de 2014, p. 135.

¹⁴⁴ López Lita, R. y Bernad Monferrer, E. (2007) “Publicidad, medios de comunicación y segregación ocupacional de la mujer: perpetuación y superación de los estereotipos de género y sus consecuencias en el mercado de mano de obra”, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales*, núm. 67 de 2007, p. 67.

del propio texto constitucional¹⁴⁵. En igual sentido, aludió al principio de igualdad ante la ley sin prevalecimiento de discriminación alguna –en este caso por razón de sexo–; la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social; y la disposición y el reconocimiento con respecto a los niños de que estos gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos¹⁴⁶. La importancia de esta sentencia reside en que, si bien no constituye una aplicación exhaustiva del supuesto de publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer tal y como se regula en la normativa vigente en la actualidad, supone un precedente en cuanto a la aplicación y el reconocimiento de la publicidad sexista como ilícita y contraria derecho.

En lo referido a pronunciamientos jurisprudenciales actuales, cabe destacar por su estimación el conocido como ‘caso Ryanair’¹⁴⁷. Este caso supuso un antes y un después en la materia creando un precedente tanto a nivel europeo como nacional por tratarse de la primera sentencia definitiva no firme de publicidad desleal ilícita sexista transfronteriza, teniendo en cuenta la circunstancia de que no existe normativa Europea que regule la materia de manera concreta. La demanda fue interpuesta por la Asociación de Consumidores y Usuarios ADECUA contra la aerolínea RYANAIR, con la pretensión de declarar ilícita por denigratoria y vejatoria de la imagen de la mujer la publicidad emitida a través de una campaña en el año 2012 realizada por la empresa demandada, postura a la que se adhirieron la Federación de Mujeres Progresistas, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado –este último en representación del Instituto de la Mujer¹⁴⁸–. Los hechos en los que se fundamentaba la petición corresponden a una promoción en la venta de pasajes de avión a través de la página *web* oficial de la entidad utilizando la representación de la imagen en bikini de diferentes mujeres bajo el lema ‘Tarifas al rojo vivo’, seguido de ‘Y la tripulación’ en alusión directa a las azafatas del vuelo, así como

¹⁴⁵ Esto es, se amparaba en el anterior precepto que consideraba publicidad ilícita la que atentara contra la dignidad de la persona o vulnerase los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo referido a la infancia, la juventud y la mujer. *Vid.* López García, *op.cit.*, pp. 40-41.

Cabe destacar así mismo que previamente a la inclusión del supuesto relativo a la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer en la LGP en el apartado 1 bis del art. 3, el precepto hacía mención únicamente a la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona y los valores y derechos reconocidos en la constitución. Hoy día se mantiene este precepto con la sustitución de la parte final del artículo: ‘especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer’ por ‘especialmente a los que se refieren sus art. 14, 18 y 20, apartado 4’.

¹⁴⁶ Arts. 14, 10.1 y 39.4 CE.

¹⁴⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, sección 2ª de 5 de diciembre de 2013.

¹⁴⁸ Instituto de la Mujer del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

la realización de la oferta de un calendario benéfico también a través de la *web* bajo la denominación ‘calendario benéfico de la tripulación en cabina’ donde se mostraba a varias azafatas de la entidad en biquini. La parte demandante entendió que el mensaje transmitido contenía una evidente connotación sexual ilustrada tanto en el lema de la campaña, como en la imagen de las mujeres a través de la exhibición de sus cuerpos meramente siendo un recurso captatorio de la atención de los potenciales consumidores ajeno al contenido del anuncio y que era ajeno al contenido del anuncio, lo que atentaba a su dignidad. Además, se realizaba una referencia genérica a la tripulación de cabina con carácter discriminatorio al excluir toda mención del colectivo masculino también integrante de la misma, limitándose con ello a mostrar la imagen de las mujeres como un reclamo publicitario¹⁴⁹. Por su parte, la entidad demandada alegaba la existencia de falta de legitimación activa de la asociación demandante, solicitando una y desestimatoria en base al carácter benéfico del calendario. En esta ocasión, el tribunal rechazó la excepción de falta de legitimación activa, pues jurídicamente cabía entender que la campaña publicitaria difundida encajaba en los actos de publicidad ilícita, así como el calendario benéfico que promocionaba, considerando con ello que mediante el mismo se encubría una campaña de marketing que perseguía indirectamente la contratación de los servicios ofrecidos por la empresa. Y además, puntualizó que la dignidad humana debe prevalecer por encima de cualquier otra cuestión y en toda circunstancia¹⁵⁰, lo que le hizo considerar que este caso menoscaba la dignidad de la mujer como colectivo con la emisión de mensajes publicitarios denigrantes de su imagen a través de la denominada cosificación del cuerpo femenino¹⁵¹. Esto es, el empleo del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, su utilización como mero objeto, y la absoluta desconexión entre la imagen – en este caso los cuerpos de las azafatas en biquini– con el producto objeto de promoción –los billetes de avión de la aerolínea–. En base a lo expuesto, concluyó el tribunal declarando ilícita y desleal la publicidad referida a la promoción de tarifas en la *web* y el calendario benéfico. Las medidas que se establecieron fueron el cese de ambas campañas

¹⁴⁹ Carretero García, *op.cit.*, p. 139.

¹⁵⁰ Esta puntualización se realiza al respecto de la existencia de un intenso debate doctrinal en relación a la materia, considerando un sector que la dignidad humana reconocida en el art. 10.2 de la CE representa un límite con respecto al discurso publicitario como valor constitucional de primer orden, y entendiendo otro que ello supone considerar la existencia de una prevalencia sobre otros derechos, como en este caso corresponde al derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20 de la CE.

¹⁵¹ Fundamentos de Derecho, Quinto y Sexto, de la Sentencia 307/13 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga sección 2ª de 5 de diciembre de 2013.

promocionales, la abstención futura de la emisión de las mismas, y la publicación del fallo de la sentencia en dos periódicos de gran difusión nacional a su exclusiva costa¹⁵².

En este mismo sentido, hay que destacar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia, de 22 de diciembre de 2015, relativa a la demanda interpuesta por el Instituto de la Mujer contra la entidad Cementos la Unión, por la emisión de publicidad susceptible de considerarse denigrante y vejatoria de la imagen de la mujer¹⁵³. Aunque la diferencia esencial con el planteamiento anterior es que en este caso la demanda fue desestimada. Los hechos en los que se fundamentaba la demanda corresponden a la publicidad realizada por la empresa en torno a los años 2005-2006, en primer término, referida al uso de la imagen impresa de una mujer ‘con un casco, con un top y pantalón desabrochado, en tanga, y sentada con las piernas abiertas’ en los sacos de cemento que comercializaba la mercantil. Y en segundo término, relativa al uso de la imagen de una mujer representando un personaje creado por la entidad con el nombre de ‘Carol Cluni’ como identidad corporativa para la promoción de productos de la empresa, incluso en una página web dedicada al mismo con contenidos interactivos, entre los que destaca un consultorio enlazado a dos juegos en los que se muestra al personaje cada vez más sexualizado, así como un vestidor donde el usuario puede elegir la vestimenta a su gusto. La pretensión de este supuesto fue la declaración de la publicidad utilizada en los sacos de cemento y realizada en la web de la entidad como ilícita y desleal, y el cese de la campaña publicitaria¹⁵⁴. En su defensa, la parte demandante alegó excepción de falta de legitimación activa por tratarse ‘Carol Cluni’ de una marca registrada¹⁵⁵, así como la existencia de prescripción con respecto a las acciones de cesación relativas a la publicidad señalada, ya que era una campaña publicitaria modificada y concluida a la fecha del

¹⁵² Rodríguez González, A. (2014), “Reformas pendientes y andantes en publicidad ilícita discriminatoria: a propósito de la Sentencia Ryanair”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.14 de 2014 (Sección Comentarios de Jurisprudencia), pp. 1-7; Véase también Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia, de 22 de diciembre de 2015.

¹⁵³ El tribunal desestimó la solicitud de intervención adhesiva simple como parte en el procedimiento de la Asociación Centre de Formació Escola de Ciutadania en Femení María Moliner, la Asociación de mujeres Red Feminista de Derecho Constitucional, la Asociación de Dones de Xirivella en Acció, la Asociación de Usuarios de la Comunicación y la Associació Ciutadania i Comunicació y la Intersidical Valenciana, coordinadas por el Proyecto Europeo SIAMURA. Dicha desestimación se basaba en la falta de legitimación activa por entender el tribunal que su adhesión no encontraba encaje en los supuestos contemplados en el art. 6.2 de la Ley General de Publicidad, ante lo cual se presentó recurso de reposición, también desestimado.

¹⁵⁴ Fundamentos de Derecho, Primero, de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia, de 22 de diciembre de 2015, pp. 4-5.

¹⁵⁵ La parte demandada alega que la demandante debía acudir a un procedimiento ordinario de nulidad con respecto a la determinación de ilicitud referida a un signo distintivo.

procedimiento. El caso concluyó con la desestimación de la declaración de excepción de legitimación activa al considerar que son independientes la acción de nulidad de las acciones de cesación y declaración de publicidad ilícita, siendo irrelevante al respecto el registro o no de la marca, al tener finalidades distintas. En lo que afecta a las alegaciones sobre la prescripción de las acciones de la parte actora, se entendió que si bien las acciones frente a la publicidad realizada al momento del procedimiento no se verían afectadas por la prescripción, cabría con respecto a la publicidad señalada, al ser esta referida a la emitida en el año 2006 y, habiendo transcurrido los plazos previstos para su estimación¹⁵⁶. El tribunal señaló que se debía valorar la ilicitud de las imágenes utilizadas en los sacos de cemento publicitados en la página *web* al tiempo de su estimación, esto es, la publicidad emitida en el año 2015. Se determinó que si bien en la misma aparecía la imagen del personaje de una mujer, dichas imágenes no correspondían con las aportadas inicialmente en la demanda. Esto suponía la existencia de una carencia sobrevenida de objeto, debiendo estar referidas las acciones con respecto a hechos presentes y no pasados. Por ello procedió a realizar un análisis de las imágenes referidas, señalando que el objeto de litigio no encajaba como supuesto de publicidad vejatoria de la imagen de la mujer al no mostrarse la misma ligada a comportamientos estereotipados, ni tampoco utilizando su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto promocionado, desestimando la demanda¹⁵⁷. La Sentencia se encuentra recurrida de oficio por el Ministerio Fiscal bajo la solicitud del levantamiento de su archivo judicial y la condena a la entidad por la emisión de publicidad vejatoria de la imagen de la mujer. El Ministerio Fiscal alega que la mercantil mantenía este perfil publicitario desde 2005-2006 prologándose hasta la fecha utilizando para su promoción publicitaria la imagen de la mujer como reclamo publicitario para la promoción de sus productos.

6.2. Resoluciones del Jurado de la Publicidad

Cabe destacar la importancia en materia publicitaria de las resoluciones emitidas por el Jurado de la Publicidad, de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, que si bien no constituyen pronunciamientos jurisprudenciales como tales, gozan de una notoria influencia en el ámbito publicitario en cuanto a control de

¹⁵⁶ Art. 35 LCD.

¹⁵⁷ Fundamentos de Derecho, Cuarto, Décimo, Undécimo y Decimotercero de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia, de 22 de diciembre de 2015, pp. 6-7, 10-16 y 20.

autorregulación se refiere. En concreto en lo relativo a la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer debemos incidir en la existencia de un elevado número de reclamaciones atendidas por el Jurado, de entre las cuales y sin ánimo de exhaustividad cabe atender por su trascendencia, el ‘caso MEDIAMARK’¹⁵⁸. El procedimiento se inició con la reclamación impuesta por un particular contra una campaña publicitaria emitida por la entidad MEDIAMARK¹⁵⁹ para la venta de televisores y otros artículos audiovisuales previamente a la celebración deportiva del Mundial de Fútbol Alemania 2003. En el mensaje publicitario aparecían dos mujeres con camisetas ajustadas con los colores de la selección brasileña y pronunciados escotes, con una flecha señalando sus pechos bajo el reclamo ‘verás las mejores delanteras del mundo’, imágenes vinculadas a la promoción de una cámara de video. Como justificación de la reclamación se aludía a la desvinculación total de la presentación de las modelos femeninas con el objeto en promoción. También se hizo referencia a que se trataba de un evento deportivo para competiciones masculinas, lo que hacía suponer que el término delanteras no podía referirse a los jugadores de fútbol sino a los pechos de las mujeres, mostrando partes de su cuerpo como mero objeto captatorio de la publicidad, y a su vez dotando a la promoción de carácter denigrante de la imagen de la mujer. Así, se solicitaba como pretensión la retirada escrito la retirada de la distribución de la publicidad existente en todos los soportes que se muestre –folletos de ofertas, publicidad en tienda y en página web-, así como la publicación de una nota informativa de disculpa en la web y en el siguiente folleto de promociones. La empresa demandada alegaba que las imágenes y lemas contenidos en los mensajes publicitarios aludían de manera inequívoca al Mundial de Fútbol, con el propósito de aprovechar su proyección para ofrecer la gama de productos que ofertan. Afirmaba en cuanto a los eslóganes utilizados, que éstos representaban simples juegos de palabras combinados con la muestra de imágenes de forma humorística, y que en concreto al referirse a ‘las delanteras’ no hacía referencia a los pechos de las mujeres si no a otra de las imágenes presentadas simultáneamente en la que si aparecía un jugador de fútbol en posición de defensa¹⁶⁰, emisión que a su vez demostraba la

¹⁵⁸ RJAACC del 7 de Junio de 2006, Asunto nº 105/R/MAYO 2006, “Particular vs. Media Markt Saturn Administración, S.A.U. (‘Verás las mejores delanteras’)”.

¹⁵⁹ Media Markt Saturn administración España, S.A.U.

¹⁶⁰ La campaña en conjunto estaba formada por dos anuncios publicitarios. El primero, compuesto por el eslogan ‘disfruta de la más amplia selección audiovisual’ acompañado de ‘verás las mejores defensas del mundo’ y de la imagen de un jugador de fútbol, varón, vestido con los colores de la selección española, protegiendo sus genitales, en la posición típica de barrera ante el lanzamiento de una falta, conjunto vinculado por una flecha a la promoción de un televisor. La imagen aludida relativa a las dos mujeres bajo

intención de no estereotipar ni discriminar a ninguno de los sexos sin que la publicidad tenga vinculación alguna con la violencia de género. En este caso, el Jurado de la Publicidad valoró la ilicitud teniendo en cuenta los principios deontológicos contenidos en sus códigos de conducta, según los cuales la publicidad deberá ser elaborada con sentido de la responsabilidad social, estableciéndose que esta no sugerirá circunstancias de discriminación por razón de sexo ni atentará contra la dignidad de la persona¹⁶¹. Así mismo se apoyaba en el supuesto de publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer como supuesto publicidad ilícita contenido en el texto legal relativo a la materia ya examinado, donde se recogen los supuestos específicos de ilicitud de la publicidad que presente, por un lado a las mujeres de forma vejatoria utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar; y por otro, su imagen asociada a comportamientos estereotipados coadyuvando a generar la violencia de género¹⁶². En cuanto a la categorización del mensaje publicitario objeto de análisis, el Jurado determinó que correspondería al primero de los supuestos normativos de publicidad ilícita –utilización de la imagen de la mujer de forma vejatoria– para cuya apreciación deben concurrir la utilización del cuerpo femenino o partes del mismo como parte captatoria de la publicidad, la representación del cuerpo femenino como mero objeto sin que realice ningún rol activo en la acción publicitaria ni guarde conexión con el argumento publicitario, así como la desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado. Examinado el mensaje publicitario reclamado, se determinó que concurrían todos los requisitos expuestos. En primer lugar, el evidente empleo de la imagen de una parte del cuerpo de la mujer, en este caso los pechos, como elemento captatorio de la publicidad. Al mismo puntualizaba que si bien es cierto que se utilizaba como gancho publicitario el evento deportivo señalado, la presentación de las dos mujeres con exuberantes pechos vistiendo ceñidas y escotadas camisetas junto con al eslogan ‘Verás las mejores delanteras’ constituía un objeto de reclamo del consumidor, centrando la atención en la imagen femenina empleada reforzada con el lema utilizado. En segundo término, concurría la representación pasiva del cuerpo femenino, al aparecer las mujeres sin realizar por si mismas ninguna acción relevante en la dinámica publicitaria. Tampoco determinaba conexión alguna entre la

el lema ‘verás las mejores delanteras’ objeto de litigio correspondía al segundo de los anuncios de la promoción.

¹⁶¹ Art. 10 del Código de Conducta Publicitaria y Art. 3 del Código de Confianza Online.

¹⁶² Art. 3.a. LGP.

imagen empleada y el objeto en promoción, utilizándose así mismo la imagen de las dos mujeres como puro elemento de atracción de los consumidores hacia la publicidad. Además, no resultaba verosímil el argumento expuesto por la entidad reclamada de que el eslogan se refería a otra de las imágenes utilizadas en la campaña, pues esta correspondía a un anuncio publicitario completamente diferenciado de la publicidad en cuestión refiriéndose además a otro producto, aunque formasen parte de la misma campaña publicitaria. En conclusión, el Jurado entendió que el anuncio objeto de análisis suponía un claro atentado contra la dignidad de la mujer¹⁶³.

7. CONCLUSIONES

El análisis del concepto de publicidad comercial y de los distintos tipos de publicidad contraria al Derecho, centrándonos en el examen de la publicidad que atenta contra la dignidad de la mujer, nos ha permitido extraer una serie de conclusiones que expondremos en orden de planteamiento.

En primer término, consideramos que el sexismo constituye una problemática endémica que debe ser afrontada, pues somete al colectivo de las mujeres a un nivel de subordinación únicamente por el hecho de pertenecer al género femenino, lo cual impide evitar alcanzar el propósito de construir una sociedad igualitaria como ideal de todo Estado social y democrático de Derecho.

En consecuencia, entendemos que la publicidad comercial puede interpretarse como un reflejo de la sociedad del momento, en tanto que su utilización supone un estudio previo de las necesidades de los consumidores que se pretenden satisfacer, buscando la forma de llegar a los mismos adaptando el producto o servicio al modo de vida del receptor con el fin último de que éste llegue a percibirlo como una preferencia o necesidad. En base a ello, observamos que el hecho de que la publicidad siga empleando fórmulas que utilizan la imagen de la mujer de forma estereotipada, vejatoria o discriminatoria es un signo del arraigamiento histórico de una concepción social sexista, lo cual nos muestra su profundo calado y la existencia de una desigualdad latente a pesar de los progresos logrados en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁶³ RJAACC del 7 de Junio de 2006, Asunto nº 105/R/MAYO 2006, Particular vs. Media Markt Saturn Administración, S.A.U. (“Verás las mejores delanteras”).

No obstante a lo anterior, consideramos que la publicidad comercial puede contribuir a su lucha mediante una manifestación comercial libre de toda discriminación, que aporte una imagen de igualdad tal y como propugna nuestro sistema de Derecho. Respecto al resto de normas generales y específicas en materia de difusión promocional y empleo de la imagen de la mujer, debemos señalar que es acertada y más aun teniendo en cuenta la previsión de los mecanismos judiciales que aseguran su aplicación. Esta afirmación nos permite considerar que se ha hecho un importante avance con respecto al ámbito europeo en esta materia al no existir una norma concreta de referencia al respecto.

Observamos que existe una dualidad en lo que respecta a mecanismos de defensa frente a este tipo de publicidad. Por un lado, los afectados pueden acudir a la vía judicial como principal instrumento de defensa, y por otro, alternativamente a los sistemas de autorregulación publicitaria a fin de obtener una resolución extrajudicial de conflictos.

Si bien es cierto que, en lo que respecta al nivel jurisprudencial no hay un número de pronunciamientos notable, consideramos que responde en parte al marco temporal en el sentido de que la tipificación del supuesto de hecho se encuentra vigente desde hace relativamente poco tiempo. No obstante, opinamos que entre los principales motivos que justifican este hecho destaca la limitación procesal en cuanto a legitimación activa, referida a su doble regulación en la norma sobre competencia desleal y publicidad. Esto es, al considerarse en determinados supuestos que no procede la personificación de asociaciones en defensa de los intereses de la mujer, lo cual dificulta el acceso a la jurisdicción.

Debemos destacar la labor complementaria en materia de resoluciones que lleva acabo el sistema español de autorregulación de la publicidad, incentivado además por la propia normativa en reconocimiento de su función. Esta labor es especialmente notoria con respecto a la publicidad denigratoria y vejatoria de la imagen de la mujer, por haber atendido un gran número de reclamaciones y estimar buena parte de ellas, en contribución a una publicidad más ética y leal en consonancia con la legislación en beneficio de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

En conclusión, el tratamiento que se ha realizado de un tema de indudable importancia y actualidad, no obsta que sea controvertido, cuanto menos significativo en lo que concierne al progreso hacia la consecución de una igualdad social real y efectiva en todos los ámbitos, incluido el publicitario.

8. REFERENCIAS BIOGRÁFICAS

AA.VV. (2009), *Estudios de derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*. Santander, Ediciones de la Universidad de Cantabria.

AA.VV (2012), *La armonización del derecho procesal tras el tratado de Lisboa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

Balaguer Callejón, M. L. (2003), “La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, num.21 de 2003.

Bassat Coen, L. (1993), *El libro rojo de la publicidad*, Barcelona, Ediciones Folio, S.A. Muntaner, S.L.

Bernández Rodal, A. (2000), “Cuerpos imaginarios: ¿exhibición o encubrimiento de las mujeres en la publicidad?” *CIC, Cuadernos de Información y Comunicación*, núm. 5 de 2000.

Carretero García, A. (2014) “Publicidad sexista y medios de comunicación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10 de 2014.

Catalá, M. y Díaz, O. (2014), *Publicidad 360º* Zaragoza, Ediciones Universidad San Jorge, (formato Epub).

Fernández Novoa (1989), *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela, Ediciones Universidad de Santiago de Compostela.

García Nieto, M. T. y Lema Devesa, C. (2008), “Guía de intervención ante la publicidad sexista”, (consultado en <http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/docs/012-guia.pdf>, en mayo de 2016).

Gavilán López, J. (2010), “Prácticas comerciales desleales: prácticas agresivas por coacción”, *CEACCU, Estudios y Documentación*, n º 7 de 2010.

Lázaro Sánchez, E. J. (2009), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Pamplona, Aranzadi.

Lema Devesa, C., “Publicidad Empresarial II: Derecho Español” (consultado en <http://0-www.iustel.com.avalos.ujaen.es/v2/c.asp>, en IUSTEL, en marzo de 2016).

Lema Devesa, C. y Patiño Alvés, B. (2012), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en su relación con los competidores y consumidores*. Hospitalet de Llobregat, Bosch.

Liberos, E., Núñez, A., Bareño, R., García, R., Guitiérrez-Ulecia, J.C., Pino, G. (2014), *El libro del Marketing Interactivo y la Publicidad Digital*. Madrid, ESIC.

López Jiménez, D. (2013), “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa” *Revista Boliviana de Derecho*, Vol. 16, núm. 2 de 2013.

López García, M. (2004): *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por Eumed.net (consultado en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/>, en febrero de 2016).

López Lita, R. y Bernad Monferrer, E. (2007) “Publicidad, medios de comunicación y segregación ocupacional de la mujer: perpetuación y superación de los estereotipos de género y sus consecuencias en el mercado de mano de obra”, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales*, núm. 67 de 2007.

Martín Llaguno M. y Hernández Ruiz A. (2009), “El control de la comunicación comercial en un mundo globalizado. Regulación, autorregulación e hiperregulación de la publicidad”, *Portal de la Comunicación 1. 2009, Institut de la Comunicació UAB* (consultado en <http://www.portalcomunicacion.com/download/50.pdf>, en mayo de 2016).

Martínez Pastor, E. (2011), “Publicidad institucional de las Administraciones Públicas: marco jurídico y controversias”, *Revista Comunicación y Hombre*, núm. 8 de 2011.

Massaguer Fuentes, J. (2010), “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27 de 2010.

Pardo, M., Rubio, E., Gómez, F. y Alfonso, R (2011), “Libertad, igualdad, publicidad”, (consultado en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/libertad-de-expresion-publicitaria.pdf>, en febrero de 2016).

Patiño Alvés, B. (2015), “El engaño en la publicidad” (consultado en <http://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf>, en marzo de 2016).

- (2007), *La autorregulación publicitaria: Especial referencia al sistema español*, Barcelona, Bosch.

Pérez Pérez, M.L, Fernández Morillo, C (2009), “Políticas de género y estereotipos sexistas en la publicidad de los medios audiovisuales”, *Actas del IX Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*.

Peña Marín, C. y Fabretti C. (1990), *La Mujer en la Publicidad*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.

Rodríguez González, A. (2014), “Reformas pendientes y andantes en publicidad ilícita discriminatoria: a propósito de la Sentencia Ryanair”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14 de 2014 (Sección Comentarios de Jurisprudencia).

Santaella López, M. (1989), *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Madrid, Civitas.

Souvirón Morenilla, J. M. (1999), *Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*. Granada, Comares.

Tato Plaza, A., Fernández Carballo-Calero, P., Herrera Petrus, C. (2010), *La reforma de la ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley.

Vilajoana Alejandre, S (2011), *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona, UOC.