

Universidad de Valladolid
Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación



Universidad de Valladolid



“LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA EN ESPAÑA”

Trabajo Fin de Grado de Publicidad y Relaciones Públicas
2019/2020

Autor: Sanmartín Sampedro Fernando
Tutora: González Pachón Laura

20 de febrero de 2020

Principales Abreviaturas

TS	Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
LGP	Ley General de Publicidad
LCD	Ley de Competencia Desleal
EP	Estatuto de la Publicidad
EPI	Estatuto de la Propiedad Industrial
Art.	Artículo
Núm.	Número
CEE	Comunidad Económica Europea
UE	Unión Europea
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen

En el presente estudio abordaremos el concepto de la publicidad denigratoria, de qué manera está legislada y con qué otras normas se encuentran relacionadas.

Hay múltiples casos de la publicidad ilícita en el ordenamiento jurídico español, pero en este trabajo veremos algunos de los ejemplos más destacables en relación con la publicidad denigratoria. Además, analizaremos este tipo de publicidad a partir de diversas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de Autocontrol.

Palabras Clave: Publicidad denigración, Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, comparación, publicidad ilícita.

ABSTRACT AND KEY WORDS

Abstract

In this study we will address the concept of denigrative advertising, how it is legislated and with what other type of norms is related.

There are multiple cases of illegal advertising in the Spanish legal system, but in this work, we will see some of the most notable examples in relation to denigrative advertising. In addition, we will analyze this type of advertising according to the Supreme Court and “Autocontrol”.

Key Words: Advertising denigration, General Advertising Law, Unfair Competition Law, comparison, illegal advertising.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. MARCO JURÍDICO	7
2.1. Introducción de la regulación jurídica en España.....	9
2.2. Antecedentes legislativos.....	9
2.3. Régimen Jurídico actual.....	12
2.3.1. Ley General de Publicidad.....	12
2.3.2. Ley de Competencia de Desleal.....	14
2.4. Regulación de la publicidad denigratoria en el Derecho Comunitario.....	15
2.5. Regulación de la publicidad denigratoria en España.....	16
3. EL TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA EN LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA PUBLICITARIA DE AUTOCONTROL	20
3.1. Autocontrol.....	21
3.2. Código de conducta publicitaria.....	22
3.3. Ejemplos. Resoluciones Autocontrol.....	23
4. LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA	32
4.1. Introducción de la publicidad denigratoria.....	32
4.2. Concepto publicidad denigratoria.....	34
4.3. Medios en los que aparece.....	36
4.4. Jurisprudencia	36
5. CONCLUSIONES	42

6. BIBLIOGRAFÍA.....	45
-----------------------------	-----------

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

Introducción.....7

Introducción

En el presente trabajo, el objeto de estudio es la regulación de la publicidad denigratoria en España. Hemos optado por este tema con la seguridad de abordar un marco global de la publicidad desleal y a su vez focalizar de manera muy precisa toda aquella legislación que estuvo, y está relacionada con la denigración.

Lo que se pretende es analizar todo aquello que haga referencia a los actos denigratorios y para ello, trataremos tanto los antecedentes legislativos como los artículos que hagan cualquier mínima mención a estos actos.

La Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad son las encargadas de regular este tipo de publicidad ilícita y a su vez desleal, pero es importante destacar que sólo se encuentra tipificada en el caso de que se trate la denigración en un uso comercial. En cuanto a la regulación en el Derecho comunitario, la Unión Europea intenta tener unos códigos similares en todos los países que la conforman, con este fin se han promulgado diversas Directivas que posteriormente han sido integradas en los distintos ordenamientos jurídicos que pertenecen a la Unión Europea.

De igual modo, creemos necesario hacer hincapié en el organismo Autocontrol. Aunque salga de las fronteras del Derecho mercantil, esta asociación está formada por la mayoría de los anunciantes y medios de comunicación del país, con el objetivo de autorregularse sin la necesidad de recurrir a la justicia española. Es por ello por lo que parte del peso del trabajo recae sobre las resoluciones de su Jurado, que trabaja de manera independiente a la justicia, aunque apoyándose en ella.

Para finalizar el trabajo y ejemplificar todos los artículos, leyes y códigos relacionados con los actos de denigración, acudimos al Tribunal Supremo y por consiguiente a algunas de las sentencias en las que intervienen dichos actos. De este modo, podemos comprobar cómo funciona el más alto órgano de poder judicial en España y sobre qué artículos dictamina las sentencias en relación con los hechos.

CAPÍTULO 2. MARCO JURÍDICO

Introducción de la regulación jurídica en España.....	9
Antecedentes legislativos.....	9
Régimen Jurídico actual.....	12
Regulación de la publicidad denigratoria en el Derecho Comunitario.....	15
Regulación de la publicidad denigratoria en España.....	16

Introducción de la Regulación Jurídica en España

Data de 1964 la primera ley que entra en vigor con motivo de regular la publicidad comercial en España. En el artículo 10 del Estatuto de la publicidad española, se define como “instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las Leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal”.

Más adelante con la adhesión del país en la CCE obligó a actualizar la legislación española en ciertos aspectos, lo que implicó un reglaje sobre la publicidad engañosa que compartía con el resto de los países que formaban dicha agrupación. A medida que el tiempo seguía avanzando la legislación vigente quedaba obsoleta para marcar los parámetros más actuales, por ello, en 1988, se crea la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, Ley General de Publicidad (en adelante LGP).

Más tarde, con motivo de regir de una manera mucho más específica los actos publicitarios, en 1991 entra en vigor la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD). Esto supone que algunos artículos de la LGP se modifiquen y se tipifiquen de una manera más definida y concreta en la LCD.

Hoy en día, la publicidad se legisla a través de estas dos leyes, aunque son totalmente independientes una de la otra, pero la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo echan mano de diferentes artículos de dichas leyes para juzgar un caso, esto se debe a que las campañas de publicidad pueden incumplir la LGP y además la LCD.

Antecedentes Legislativos

Antes de existir la LGP, España regulaba la actividad publicitaria a partir de la Ley 61/1964, de 11 de junio, dando lugar a la aprobación del Estatuto de la Publicidad (EP).

Años más tarde esta actividad sólo estaba regulada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, la famosa LGP, la cual estuvo impulsada por la incorporación de

España en la CEE, cuyas normas se vieron obligadas a actualizar los reglamentos con el fin de que todos los países estuvieran regulados de una manera homogénea.

A medida que la demanda de productos a publicitar iba aumentando, los publicistas se aprovechaban de algunas realidades comerciales que escapaban a la LGP, por ello se crea la Ley 3/1991 de 10 de enero. LCD, la cual, tiene la misión de proteger los intereses de los empresarios y consumidores de una manera más enfocada que la anterior ley.

En la actualidad la denigración sólo se encuentra reglamentada en la LCD, pero al formar parte de la publicidad ilícita es importante hacer hincapié en los textos originales de la LGP y en su última actualización.

Artículo 3. Publicidad ilícita. (Ley General de la Publicidad)

En el texto original, publicado en el 15/11/1988 y que entró en vigor a partir del 05/12/1988, dividió a la publicidad ilícita en cinco grandes apartados, que en ocasiones eran difíciles de diferenciar entre sí mismas. Aún así, todas formaban parte de la publicidad ilícita:

- 1- Publicidad desleal.
- 2- Publicidad subliminal.
- 3- Publicidad engañosa.
- 4- Toda publicidad que atente contra los valores y derechos que recoge la Constitución.
- 5- Toda aquella que infrinja la normativa de regulación de bienes y servicios¹.

En la última actualización de este artículo, el cual entró en vigor el 01/01/2010 mantiene como publicidad ilícita aquella que atente contra los derechos reconocidos en la

¹ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el *Estatuto de la Publicidad*. Publicado en el B.O.E número 143, de 15 de junio.

Constitución. Además, también estaban añadidos la publicidad desleal, agresiva y engañosa, aunque están recogidas como actos de competencia desleal.

Como se puede apreciar en el texto original del artículo 3 de la LGP, en el, estaban tipificados los distintos tipos de publicidad ilícita, mientras que en la última actualización podemos observar que los supuestos de publicidad agresiva, engañosa y desleal, nos remite directamente a la nueva LCD. Y lo mismo pasa con el texto original del artículo 6 de la LGP.

Artículo 6. Acciones frente a publicidad ilícita. (LGP)

Este artículo también es digno de mención ya que enfoca mucho más el grueso de este tema, la publicidad denigratoria. Según el texto original publicado a fecha del 15/11/1988 y entrado en vigor a partir del 05/12/1988 la publicidad desleal se dividía en tres apartados, siendo el primero de ellos, aquel que hace referencia a la difusión de contenidos que lleven a provocar actos denigratorios en sus actividades. En el “b” se tipificaba las acciones que inducen a una conducta confusionista dentro del mercado y en el apartado “c” se regulaba la publicidad comparativa. En el texto original, se aprecian tres modalidades de publicidad desleal. Las cuales (confusionista, la denigratoria y la comparativa) tienen su propio artículo en la actual LCD, art 6, art 9 y art 10 respectivamente.

Cabe destacar que, desde que nació la ley de LGP, la comparación está permitida siempre y cuando “no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios”²

La última actualización de este artículo, entrado en vigor a partir del 29/03/2014, de nuevo, en los apartados uno y dos nos vuelve remitir a la LCD.

En resumen, la actual LGP ya no incluye la tipificación propia de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal. Esto quiere decir que en algunos de los propios artículos de dicha ley nos remite directamente a la Ley de Competencia Desleal ya que esta no lo cubre.

² Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el *Estatuto de la Publicidad*. Publicado en el B.O.E número 143, de 15 de junio

¿Por qué se explican otros artículos diferentes a los actos de denigración? Los actos de denigración son algo muy específico que suelen ir acompañados de otras acusaciones recogidas en los artículos anteriores de la LGP y LCD. Es por eso porque lo que creo conveniente tener en cuenta los artículos más cercanos a la publicidad denigratoria, de esta manera, más adelante, se podrán desarrollar los temas sin tener la obligación de hacer un contexto tan amplio.

Régimen Jurídico actual

Ley General de Publicidad (LGP)³

Durante la vida de la LGP ha habido numerosas modificaciones y reformas, quizá una que atañe cierta importancia es la última, introducida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. En su artículo 1, aclara que desde el momento de la aprobación la publicidad se regirá bajo dos leyes, la LGP y la LCD, además de los diferentes regímenes especiales que correspondan aplicar.

Desde el punto de vista legal, la publicidad se define en el artículo 2 de la Ley 34/1988 como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” por tanto, queda excluida toda aquella publicidad que no sea con fines comerciales. Por ejemplo: la publicidad política e institucional, que en numerosos casos van de la mano junto a la electoral. ¿Por qué? El motivo es tan sencillo como que carecen de anunciante, uno de los elementos fundamentales para considerarse publicidad comercial.

La LGP se reparte en cuatro títulos. Tanto en el I como en el II se fijan las definiciones del campo y los tipos de publicidad ilícita. Su función es articular los modelos administrativos en los bienes, servicios y/o productos que se publicitan.

³ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. Publicado en el B.O.E número 143, de 15 de junio.

En el Título III se constituye el conjunto de normas realizadas explícitamente para los contratos publicitarios. En el capítulo primero se explica y se define los tipos de anunciantes y los contratos acordados con los medios de difusión de la campaña puesta en marcha por dicho anunciante. Además, en su última sección incluye el acuerdo de patrocinio (ART 4).

En el Título IV, se establecen una serie de reglamentos que están vinculados a las sanciones correspondientes del uso de la publicidad ilícita. Sin pérdida de examen voluntario por organismos de autodisciplina.⁴

La Ley 29/2009 ha modificado el título II LGP regulador de la publicidad ilícita, de modo que la LGP ya no contiene una tipificación propia ni de la publicidad engañosa ni de la publicidad desleal que, según el art. 6 LGP en su redacción previa a la reforma, correspondía con la denigratoria, la confusionista y la comparativa, las cuales se recogían anteriormente definidas en los arts. 4 y 6 LGP de modo no totalmente coincidente con los tipos correspondientes de actos denigratorios (art. 7), confusionistas (art. 6) y de comparación (art. 10) previstos en la LCD. Tras la reforma, el art. 3.e LGP se remite a la LCD y los apartados a-d de dicho artículo se tipifican como publicidad ilícita (aquella que atente contra la dignidad de las personas o vulnere valores y derechos constitucionales, determinada publicidad dirigida a menores, la subliminal y la infractora de normativa sectorial). Esto es, la LGP sigue regulando la publicidad ilícita cuando el juicio de desvalor no se refiere al perjuicio de los intereses económicos de los consumidores, sino a otros valores protegidos por el ordenamiento jurídico.^{5 6}

De manera muy sintetizada, las nuevas actualizaciones cambiaron de orden los artículos, apartados y bloques y se movieron entre la LGP y la LCD.

⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, publicada en el BOE número 10, de 11 de enero de 1991. Vigente a partir del 1 de febrero de 1991.

⁵ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. Publicado en el B.O.E número 143, de 15 de junio.

⁶ (Jimena, *El Derecho*, 2010), recogido en mayo de 2019.

Ley de Competencia Desleal (LCD)⁷

Esta ley surge de la idea de mantener una libre competencia tanto para empresarios como para consumidores, debido a que esta, está indefensa ante un acto que menosprecie un bien o servicio, por lo tanto, se crea esta ley con la intención de proteger todas aquellas prácticas que puedan poner en riesgo este mercado tan frágil, castigando aquellas conductas que se recogen en sus artículos.

Entra en vigor a partir del 10 de enero de 1991 y dicha ley se estructura de tal manera, la cual podemos agruparla en cinco capítulos y treinta y nueve artículos.

Capítulo I. Disposiciones generales.

Capítulo II. Actos de competencia desleal.

Capítulo III. Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios.

Capítulo IV. Acciones derivadas de la competencia desleal.

Capítulo V. Códigos de conducta.

La Competencia desleal se explica a través del preámbulo de esta ley, pese establecer un peso legislativo de vital importancia dentro del sistema del Derecho Mercantil. Las normas que regulaban estas dependencias no estaban focalizadas, sino que se encontraban disgregadas en distintas legislaciones (Ley 32/1988, de 10 de noviembre de Marcas, y ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad), las cuales, únicamente trataban la competencia desleal desde un punto de vista parcial. Carecían de eficacia y esto ha provocado una brecha en las relaciones mercantiles del país⁸.

La presente ley intenta amparar todos aquellos vacíos legislativos que durante años han debilitado el mercado y mejorado las antiguas y poco precisas leyes de Marcas y Publicidad y esto surge de diferentes dificultades que vivía el sector.

- Un aumento de la demanda social ha sido la causa de la creación de esta ley.
- La entrada de España en la Comunidad Económica Europea en el 1985 requería una legislación común respecto al resto de estados que la formaban, por tanto era necesario homologar una serie de leyes conjuntas dentro del contexto del derecho mercantil.

⁷ N/a: *Aspectos más relevantes de la Ley de Competencia Desleal*. www.iberley.es , 25 de febrero de 2019

⁸ N/a: *Aspectos más relevantes de la Ley de Competencia Desleal*. www.iberley.es , 25 de febrero de 2019

La ley también obedece a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que se han visto unificados en La Constitución Española de 1978 .⁹

Regulación de la de la publicidad denigratoria en el Derecho Comunitario

La actual UE intenta pulir las fronteras en referencia a las leyes de publicidad comercial, para ello, se crearon dos directivas.

- DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005.

En ella se tratan las prácticas comerciales desleales relativo a las empresas y la relación con sus clientes.

- DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2006

Esta última regula la publicidad engañosa y comparativa.

Es cierto que estos modelos forman parte de la publicidad desleal, pero en ningún momento hacen una mención especial a los actos denigratorios. El único lugar donde se puede encontrar la palabra denigración es en art 4 amparado de la Directiva 2006/29/CE que corresponde con la regulación de la publicidad comparativa. A pesar de esto, si se puede sacar algo en positivo es, que una vez más, la comparación y la denigración pueden ir de la mano.¹⁰

⁹ Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejorar la protección de los consumidores y usuarios. Dicha Ley se lleva a cabo por la incorporación al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

¹⁰ (Martínez-Salcedo, 2015) recogida en mayo de 2019.

Regulación de la Publicidad Denigratoria en España

Pese que el cuerpo del trabajo recaiga sobre la publicidad denigratoria, la ley no es exclusiva para la publicidad, sino que también se incluye cualquier acto comercial donde toda persona física o jurídica denuncie ante un tribunal actos denigratorios.

Si se hace una revisión del BOE y de las sentencias impuestas por distintos tribunales a algunas compañías. El art 5 (LCD 109/1991), el art 9 (LCD 109/1991) y el art 10 (LCD 109/1991) son los artículos en lo que se basan a la hora de juzgar dichos actos. Aunque dependiendo de las características del litigio también se remite al art 2 de la LCD y a la LGP. Pese estos artículos, el art 9 siempre contraviene al resto.

En muchos casos el Tribunal Supremo sentencia a algún tipo de acción comercial por distintos artículos de la LCD. No es raro encontrarse una sentencia donde se acuse de actos denigración y a la vez de actos de engaño. Es por ello por lo que considero importante tener en cuenta el art 5 de la LCD, o por lo menos un par de apartados. La denigración puede hacerse visible en un spot en el que afirme que no hay un producto, cuando en realidad ese bien ya existe. La empresa que intenta comercializar dicho producto se ve denigrada por otra marca al hacer público la no existencia de un bien que comercializan.

Artículo 7. Actos de engaño. Y Artículo 5. actos de engaño

Ambos artículos corresponden con los actos de engaño, lo que ocurre es qué en el texto original, los actos de engaño correspondían al art. 7 y en la última modificación al art. 5.¹¹

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda

¹¹ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Publicado en el BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014, páginas 26967 a 27004.

inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

a) *La existencia o la naturaleza del bien o servicio.*

e) *El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.*

Última actualización, publicada el 28/03/2014, en vigor a partir del 29/03/2014.

Se incluye tres apartados del artículo 5 dentro de la publicidad denigratoria porque declarar información no pertinente, falsa, ambigua, que da pie a confusión o hacer afirmaciones en un contexto que no sea el adecuado también es considerado publicidad denigratoria.

Artículo 9 Actos de Denigración

El texto original es publicado en el 11/01/1991¹², pero no representa modificaciones en su última actualización.

"Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado."

Última actualización, publicada el 31/12/2009, en vigor a partir del 01/01/2010.

Como se puede observar no hay ningún cambio en lo que respecta a este artículo.

Con relativa frecuencia, aparecen supuestos de un consumidor que es demandado por la empresa, debido a que este usuario ha denigrado a la compañía. En cualquier caso, el TS ha dictaminado en varias ocasiones que la denigración es lícita, siempre y cuando la afirmación sea veraz, exacta, de interés general y no se empleen ofensas innecesarias sin

¹² Artículo 9. Actos de denigración en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en el BOE núm. 10, de 11/01/1991.

relación alguna con la cuestión a tratar, alegando que favorece a la transparencia del mercado y se encuentra amparado constitucionalmente. Por tanto, es aconsejable mencionar que la denigración no es lícita en aquellas manifestaciones en la que las aseveraciones no sean pertinentes, como factores de índole personal, las cuales no ayudan a la transparencia del mercado.

A pesar de que la publicidad denigratoria y la publicidad comparativa se rigen por artículos distintos, en múltiples ocasiones, ante un acto de denigración es difícil identificar bien el artículo de la ley por el cual se tiene que actuar. Esto se debe a que la comparación de productos, las falsas aseveraciones y la imputación de actividades ilícitas forman parte de la publicidad denigratoria. Por ello, considero más que necesario mencionar y explicar el artículo 10 de la LCD¹³.

Artículo 10 Actos de Comparación

"La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.

c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.

d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena."

Última actualización, publicada el 31/12/2009, en vigor a partir del 01/01/2010.

En relación con la comparación, este artículo deja claro que la comparación es lícita, siempre y cuando se reúnan una serie de requisitos que vienen mencionados en el artículo. Cabe destacar que en el supuesto "E" del mismo artículo advierte que el acto de comparación no podrá contravenir lo establecido en diferentes artículos, entre ellos el

¹³ Artículo 10. Actos de comparación en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en el BOE núm. 10, de 11/01/1991.

artículo 9, esto quiere decir que no puede actuar en contra de los actos de denigración, ni de ningún otro artículo mencionado. Por tanto, en el caso de que haya comparación ilícita, pero al mismo tiempo forme parte de actos denigratorios, automáticamente se pasará al art 9, dejando de lado el art 10.

Es conveniente explicar la publicidad comparativa a la par que la publicidad denigratoria, ya que en la mayoría de las ocasiones las resoluciones del TS van de mano y es muy difícil separarlas, por lo que se entenderá mucho mejor si tenemos los conceptos más enfocados, aunque en muchos casos la diferencia es una línea muy estrecha difícil de distinguir.

CAPÍTULO 3. EL TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA EN LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA PUBLICITARIA DE AUTOCONTROL

Autocontrol.....	21
Código de conducta publicitaria.....	22
Ejemplos. Resoluciones Autocontrol.....	23

Autocontrol

En la propia página web de Autocontrol se autodefine como “organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España. Constituido en 1995 como asociación sin ánimo de lucro. Está integrado por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales y su objetivo es trabajar por una publicidad responsable: veraz, legal, honesta y leal.”

A fecha de hoy, cuentan con alrededor de 550 miembros directos y 2000 indirectos, los cuales corresponden con el 70% de la inversión publicitaria en España. Los pilares básicos de esta asociación son El Código de Conducta Publicitaria, el Jurado de la Publicidad y el Asesoramiento Jurídico. Esta última la conforman expertos en Derecho de la Publicidad encargadas de asesorar a las empresas en el cumplimiento de las normas. Las otras dos se explicarán a fondo más adelante. (Autocontrol)

El Autocontrol funciona de una manera muy eficiente, sin la necesidad de que empresas o anunciantes tengan que verse envueltos en litigios y juzgados por la Legislación Española. Al ser una asociación en la que la mayoría de la industria publicitaria forma parte se puede autorregular de una manera más cómoda. Cuando el órgano de poder actúa es más rápido y menos costoso que un juicio. Así es como nace del compromiso por parte de la industria para elaborar un marco en la sociedad basado en la credibilidad y confianza con el fin de que los mensajes publicitarios se transmitan de una manera, veraz, legal y honesta en beneficio de los consumidores, que repercute directamente en la transparencia del mercado¹⁴.

Es un pacto de responsabilidad recogido por la industria que está regulado por los Códigos éticos y de conducta publicitaria.

¹⁴ *N/a. Presentación de Autocontrol* s.f. Recogido el 24 de mayo de 2019. Disponible en www.autocontrol.es

Código de Conducta publicitaria

Este código de conducta fue aprobado en el 1996 por la Asamblea General Extraordinaria, con el fin de autorregular la comunicación comercial. La última actualización data del 26 de abril de 2011.

Los fines de la comunicación de la autorregulación comercial son:

- Elaboración de estudios, informes sobre publicidad en el momento que sean solicitadas, ya sea por las Instituciones públicas, un asociado o un tercero.
- Colaborar de manera dinámica con la Administración Pública dando pie a una mejor regulación de las normas.
- Participar en el desarrollo y mejora de la Legislación española sobre publicidad comercial.

El jurado es un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, formada por personas de reconocido prestigio. Entre sus funciones están:

- Resolver expedientes abiertos en relación con los asociados y terceros, por presenta infracción de los códigos.
- Emitir dictámenes de carácter técnico o deontológico sobre las diversas cuestiones publicitarias.
- Actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias que le sean sometidas a su decisión¹⁵.

El Jurado podrá actuar en Pleno o por secciones.

En los principios básicos de las normas deontológicas se encuentran múltiples fundamentos por los que se debe guiar cualquier tipo de comunicación publicitaria según Autocontrol¹⁶. En el apartado “Normas sobre determinadas formas y técnicas

¹⁵ Mañas Viniestra, Luis. “Ética y deontología de la comunicación y los consumidores”, mayo de 2017 y recogido en abril de 2019.

¹⁶ N/a. *Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol*. 19 de diciembre de 1996 aprobada por la Asamblea General Extraordinaria. Recogida el día 15 de mayo de 2019. Disponible en www.autocontrol.es

publicitarias” se encuentra el punto que realmente está relacionado con este trabajo, la denigración.

De manera casi similar al art. 9 de la LCD, Autocontrol establece en la norma núm. 21 de su Código de Conducta publicitaria que “La publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se consideran denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa”¹⁷ La norma no da lugar a ambigüedad, es lo suficientemente clara para no tener que apoyarse en otras.

Al igual que en la LCD la comparación y la denigración están muy ligadas entre sí. Esto quiere decir, que en muchos casos la comparación corresponde y/o se asocia con la denigración. La norma número 22 apartado “E” del Código de Conducta publicitaria establece que “La comparación no podrá contravenir lo establecido por las normas 14, 20 y 21 del presente Código en materia de actos de engaño, denigración y confusión y explotación de la reputación ajena”. Esto quiere decir que la norma 21 goza de una posición jerárquica por encima de la norma 22, por eso creo que es conveniente mencionar la comparación y la denigración. Porque ambas forman parte de la misma categoría.

Ejemplos. Resoluciones de Autocontrol.

Mc Donalds vs Burger King

Resolución del 26 de julio de 2018 Sección segunda Autocontrol.

Mc Donalds acusa a Burger King de publicidad denigratoria y comparativa.

La reclamación por parte del responsable de Mc Donalds en España se formula contra la publicidad de Burger King en redes sociales. Los hechos tratan de una serie de videos difundidos por la red social Instagram, los cuales explicaban de manera poco explícita las

¹⁷ N/a. *Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol*. 19 de diciembre de 1996 aprobada por la Asamblea General Extraordinaria. Recogida el día 15 de mayo de 2019. Disponible en www.autocontrol.es

características de sus productos dando pie a un “feedback” con el cliente, insistiendo en la compartición de fotos y videos con la propia marca disfrutando de sus productos. En el primer video, bajo el nombre de la marca “Burger King” se puede observar un fondo de rayas marrones (a priori y si una persona no está muy familiarizada con la marca puede parecer que no tiene ningún significado y es que las hamburguesas de Burger King están muy asociadas con la parrilla, tanto es así que donde se identifica el mensaje “Nuestras hamburguesas son diferentes a las demás. Porque las hacemos a la parrilla”. De repente, una hamburguesa doble aparece en el vídeo dentro de una caja de color rojo con una franja blanca, de inmediato una mano aleatoria retira el pan que forma la hamburguesa queda visible, donde se lee “Paso 1: Haz una foto a una hamburguesa a la plancha”. A continuación, seguimos viendo la hamburguesa sin pan y en el lateral podemos leer “Paso 2: Dibuja las líneas de la parrilla en la hamburguesa”, al mismo tiempo se van formando unas rayas de color negro sobre el trozo de carne. Finalmente, sobre el fondo de rayas marrones se puede leer”. “Paso 3. Sube tu foto retocada a tu Instagram Stories y etiquétanos @burgerking_es”¹⁸



19

Aclarados los hechos, se considera que se trata de un caso de publicidad denigratoria y comparativa donde indirectamente se da a entender, que las hamburguesas de Mc Donalds

¹⁸ Resolución de 26 de julio de 2018, de la Sección Segunda del Jurado de AUTOCONTROL.

¹⁹ (Redaccion, 2018). Recogido de la www.diegocoquillat.com, el día 3 de febrero de 2019.

tienen menos sabor por la forma en la que son cocinadas, por ello, los clientes ven necesario pintar rayas de color oscuro simulando que fueron hechas a la brasa, tal y como las elaboran Burger King. Es cierto que en ningún momento mencionan a Mc Donalds, pero teniendo en cuenta: la historia, el contexto y la rivalidad de estas de estas marcas, cualquier mensaje publicitario con el objetivo de desprestigiar otras hamburguesas a costa de ensalzar su imagen se asocian a estas dos grandes cadenas. Por todo ello, el Jurado estableció pertinente la reclamación de la multinacional Mac Donalds, dado que infringía las normas 21 y 22 del Código de conducta publicitaria de Autocontrol.

Este es un ejemplo claro de que la comparación y la denigración pueden ir de la mano, pese que están regulados en normas diferentes al igual que pasa en la Ley de Competencia Desleal.

Reckitt Benckiser vs Fairy

Resolución de 23 de marzo de 2017 de la Sección Primera del Jurado.

Reckitt es una empresa con sede en Reino Unido que se dedica a comercializar diversos productos para limpieza y cuidado del hogar y Fairy es una marca de detergentes que forma parte de la compañía P&G.

Reckitt presentó una reclamación frente el anuncio emitido en televisión alegando que este mismo resultaba contraria a las normas 14, 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.

Los antecedentes del hecho recaen sobre un spot difundido en televisión por la compañía Procter and Gamble. En el anuncio tratan de promocionar uno de sus nuevos productos “Fairy Platinum Todo en uno”. En el, vemos una mujer y un hombre en edad adolescente en la cocina con una bandeja del horno con desperdicios propios de después de comer. A continuación, la pantalla se divide en dos mitades y en lado izquierdo se encuentra la frase “Bandeja de horno lavada a 50 grados”. Ese mismo lado se encuentra la imagen de una bandeja de cristal con restos de la comida que se había cocinado ahí y justo en el faldón izquierdo de la misma imagen aparece destacado “Pastilla todo en 1 más vendida”. Por el contrario, en el lado derecho aparece la misma imagen con la particular diferencia que en

la misma bandeja no hay ningún resto de comida. En el mismo lado se encuentra una cápsula de Fairy Platinum” y la frase “Acción, limpieza a la primera”. A continuación, en la escena siguiente la mujer exclama “Lo has dejado en tu habitación así que ya puedes enjuagarlo” y responde el lavavajillas con una voz en off “No hace falta, puedo limpiarlo a la primera con el nuevo Fairy Platinum. “si usas las cápsulas Fairy Platinum puedo limpiar la comida más incrustada mejor que con la pastilla más vendida”



20

La Sección “constató que la prueba aportada por las partes arrojaba resultados contradictorios, sin que fuera posible atribuir a uno de los estudios un valor probatorio superior al otro” por tanto, esta misma afirmó que este mensaje no era lo suficientemente veraz para emitirse en un spot, lo que choca de pleno con la norma 14 del Código de Conducta de Autocontrol.

En otro lugar, la Sección consideró que, a pesar de aclarar la bandeja antes de lavar con el producto “Finish All In One” siempre deja restos de comida “considerando que la imagen del side by side en la que se muestra la bandeja lavada con la pastilla todo en 1

²⁰ El video ya no está disponible en internet, pero pude encontrar una captura de imagen del spot que aseguraba que era mejor pastilla que la más vendida del mercado. La imagen fue recogida por StickerJimenez en el conocido foro online www.forocoches.com, publicada el 13 de noviembre de 2017.

más vendida con restos de comida resultaría contraria a la norma 21 del Código de Conducta” y en consecuencia a la denigración.²¹

Según expone en su escrito de reclamación, Reckitt considera que la publicidad reclamada resulta contraria a las normas 14, 21 y 22 d.

Autocontrol vs Pastas Gallo

Resolución de 28 de enero de 2016 de la Sección Segunda del Jurado.

Jurado de Autocontrol hace responsable a la empresa Comercial Gallo S.A.U. de un spot emitido por televisión e internet promocionando su nuevo producto de pasta.

Se estima parcialmente la reclamación presentada por la mercantil Gallina Blanca, S.A.U. contra una publicidad de la que es responsable la empresa Comercial Gallo, S.A.U.

El anuncio consta de varias partes. En la primera, el famoso jugador de baloncesto muestra el nuevo producto de Gallo al nieto del inventor de la pasta japonesa instantánea Momofuku Ando (se muestra un texto debajo de la imagen apuntando este dato). Ambos se encuentran en un escenario japonés en el que a priori puede parecer un jardín típico de la cultura nipona sentados en una mesa. Ricky Rubio inicia una conversación mostrando el nuevo producto “Soba”.

En la mitad de anuncio la imagen se divide por la mitad y muestran dos tipos de fideos sujetos por dos palillos chinos. En la imagen de la derecha, los nuevos fideos “Soba”, los cuales intentan destacar que es una pasta mucho más fina, sedosa y original que la pasta de la imagen de la izquierda, que está mucho más apelmazada, tiene un color más oscuro e incluso destaca la forma cuadrada de la pasta que no es de Gallo.²²

El diálogo entre ambos se reduce a:

²¹ *Resolución de 23 de marzo de 2017 de la Sección Primera del Jurado.*

²² *Resolución de 28 de enero de 2016 de la Sección Segunda del Jurado.*

¿Por qué dice Gallo que trae la original? Porque mi abuelo Momofuku inventó la pasta instantánea japonesa, la primera y número uno en Japón. Y también inventó el cup. La prensa mundial lo llamó Mr. Noodle. – Mr. Ando.

(...)

Si adoras la pasta, sólo la original, Soba de Gallo Nissin. - Ricky Rubio.



23

Tras la emisión del spot el Jurado de Autocontrol dictaminó que se trataba de una emisión que incumplía el Código de Conducta Publicitaria, concretamente las normas 14 y 21, al igual que el artículo 3.1 del Código Ético de Confianza Online, puesto que esta pieza visual también fue emitida por la red.

La norma 14 se refiere a la publicidad engañosa, ya que en el diálogo entre los dos hombres utilizan el término “pasta” para designar el producto en su totalidad, cuando en realidad se trata de una pasta muy específica. Sin embargo, la resolución aclaró que el término “pasta” puede aglutinar muchos tipos de pasta sin necesidad de especificar cada una, por lo que no serían contrarias ni a la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria, ni al 3.1 del Código Ético de Confianza Online. No obstante, el “framing” donde se encuentran los dos tipos de producto, no sólo intentan ensalzar los fideos Soba Gallo, sino que también pretenden menospreciar la imagen de la izquierda mostrando una pasta desagradable con un fondo gris, por tanto, no se ciñe a capturar las ventajas de sus nuevos

²³ Sanmartín Sampedro, Fernando, enero 2020. Captura de imagen recogida del video “Ricky Rubio y Soda” publicado en www.youtube.com en 2016. El “framing” de este video hace una comparación muy explícita entre unos fideos de calidad y unos que no lo son en el segundo diecisiete.

fideos, es obvio que también intentan menospreciar los fideos del resto del mercado en el que se encuentran sus competidores.

Ante esta resolución, la empresa responsable del spot interpuso un recurso, pero fue desestimado por el Pleno el 1 de marzo de 2016.

Particular vs. OATLY AB “Leche de Avena Exterior”

Dictamen del 27 de septiembre de 2019 de la Sección Quinta del Jurado de AUTOCONTROL.

Oatly AB es una compañía de alimentación vegana original de Suecia que produce alimentos alternativos a la leche de avena.

Un particular presentó una reclamación a esta marca por la publicidad exterior que estaban utilizando en las ciudades. Haciendo uso de algunos de los formatos físicos publicitarios más conocidos, como son: los pasillos del metro, las lonas publicitarias y las marquesinas de buses. Esta publicidad estaba marcada por la fotografía de un “tetrabrick” junto al nombre “Out-Ly” y con su eslogan “It’s like milk but made for humans”, que, traducido al español, significaría algo así: “Esto es leche, pero como para humanos”. El producto que intentan publicitar a través de estos elementos exteriores es una bebida de avena (out significa avena en castellano) y es conveniente recalcar “bebida de avena” porque ahí es donde está la clave de esta resolución.



24

En relación con el Anexo VII, parte III del Reglamento (UE) 1308/2013 de 17 de diciembre, en el apartado primero, se establece que “Se entenderá por “leche” exclusivamente la secreción mamaria normal obtenida a partir de uno o más ordeños, sin ningún tipo de adición ni extracción”.

Como se puede apreciar, el anexo no deja lugar a dudas en que caso se puede utilizar la palabra “leche”, a excepción de la leche de almendras que tiene unas normas diferentes y un poco más especiales.

Por tanto, la Sección de Jurado de Autocontrol presidida por D. José Luis Piñar Mañas considera que el eslogan, “Esto es leche, pero como para humanos” supone una infracción de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, ya que esta bebida no puede catalogarse como “leche” tras no proceder exclusivamente de la secreción mamaria. De igual manera que la forma en la que estaba escrito el eslogan infringía la norma 21 del Código de Conducta Publicitaria, ya que intentaba menospreciar el producto con la intención de desprestigiarlo y atraer así a más compradores.

²⁴ N/a, 12 de septiembre 2019 recogida de www.controlpublicidad.com, gráfica de la compañía Outly en los metros de Barcelona y Madrid.

CAPÍTULO 4. LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA

Introducción de la publicidad denigratoria.....	32
Concepto publicidad denigratoria.....	34
Medios en los que aparece	36
Jurisprudencia.....	36

Introducción de la Publicidad Denigratoria

Con el paso del tiempo, desde los orígenes de la publicidad en el Imperio Romano, se han creado millones de nuevos productos que necesitan de alguna estrategia publicitaria para ser promocionados y consumidos correctamente. Hoy en día, cualquier artículo o bien inmaterial necesita un estudio de estas técnicas para sacar un mínimo de provecho a nivel de ventas. No existe ninguna marca que no emplee una parte de su capital a estimular sus ventas a través de diversos mecanismos publicitarios. En muchos casos, no es necesario contratar cartelera exterior o spots en televisión, muchas veces está intrínseca en las propias personas. Por tanto, todo servicio es publicitado, aunque a priori sea difícil darse cuenta de que manera y en que medio.

Es aquí donde empieza la parte del estudio que presento. ¿Hasta que punto se puede hacer publicidad para el producto salga lo más beneficiado posible? Desde hace varias décadas, las personas estamos tan saturadas por los impactos publicitarios que ha llegado el momento de tener que regularlos. Pero no sólo por ello han de ser medidas, sino que también surge la necesidad de legislar por otros motivos. ¿Cuáles? Al estar en una sociedad capitalista surgen numerosos productos que cumplen una misma función, lo que lleva a emplear técnicas extremadamente elaboradas para que el bien de cada empresa sea la que se posicione mejor en el mercado. Esto implica que las compañías se intenten desprestigiar unas a otras para sacar el máximo beneficio posible, creando una guerrilla de mercado en la que tiene dos objetivos fundamentales:

- 1- Posicionarse por encima de su competencia
- 2- Que la competencia se sitúe lo más abajo posible.

En realidad, para los consumidores del mercado, tener tanta información positiva como negativa sobre los productos, los implica en cuanto al nivel y calidad de características sobre lo que van a adquirir. Los problemas empiezan cuando una empresa más grande y por tanto con más medios aparece en el juego. El mercado podría convertirse en un monopolio.

Al ser un problema que cada vez estaba más en alza. España tuvo la obligación de regular dicha situación. De esta manera comenzó a haber un tipo de publicidad que todavía no existía, la publicidad ilícita. Que era el término que se utilizaba antaño en la primera Ley de propiedad industrial de 1902 para hacer mención de la competencia desleal que consideraba “propalar a sabiendas falsas aserciones contra un rival con el objetivo de quitarle clientela” así como “publicar anuncios, reclamos, o artículos de periódico que tienden a desprestigiar la calidad de los productos de un contrincante”

La publicidad desleal es la categoría más amplia para describir todas las modalidades que tiene, que son y están reguladas por:

- La publicidad engañosa: Se corresponde con los art. 5 (La Ley 109/1991), 7(La Ley 109/1991) y los artículos que implican a los consumidores desde, art. 20 (La LEY 109/1991) hasta art. 27(La Ley 109/1991) de la LCD (Ley de Competencia desleal)
- La publicidad confusionista: Aquella que induce a confusión, está regulada por el art. 6 de la LCD (La Ley 109/1991).
- La comparativa: Art. 10 de la LCD (La Ley 109/1991)
- La imitativa: Art. 11 de la LCD (La Ley 109/1991)
- La adhesiva: Art. 12 de la LCD (La Ley 109/1991)
- La denigratoria: Art. 9 de la LCD (La Ley 109/1991)

El propio nombre indica que lo que entra dentro de su jurisprudencia, por tanto, no es necesario explicar las acciones que cubren cada una de ellas. Además, se podrían incluir otro subapartado que tiene un número menor de litigios, pero es necesario mencionarlos:

- Publicidad contraria a valores constitucionales y/o dignidad humana, donde estaría incluida la publicidad que atenta contra la dignidad de las mujeres.
- La publicidad dirigida a menores.
- La publicidad subliminal
- La publicidad contraria a la normativa sectorial (bebidas alcohólicas, tabaco, medicamentos, propiedades discutibles de alimentos).

Después de mencionar todas estas clases de publicidad desleal, es conveniente centrarse en el peso de este documento. La publicidad denigratoria.

Concepto de la publicidad denigratoria.

Según la RAE la palabra denigratoria, es un adjetivo “relativo a la denigración”, denigración es un sustantivo que significa “acción y efecto de denigrar” y denigrar es un verbo, el cual significa “Deslustrar, ofender la opinión o fama de alguien”²⁵. Si lo ponemos en el contexto de la publicidad, uno puede hacerse una idea de lo que abarca esta modalidad de competencia desleal y por tanto publicidad ilícita, ya que los actos de denigración están consideramos como los prototipos de la competencia desleal.

Conforme el escrito original del artículo 6.a) de la LGP, la publicidad denigratoria es “aquella publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades se considera desleal”. No obstante, en 1991 con la implantación con la LCD, la interpretación anterior no era de todo correcta, ya que esta nueva ley no entiende que haya denigración en el momento que las declaraciones sean verdaderas, pertinentes y exactas. Para ser más explícito el art. 9 de la LCD define este tipo de publicidad como “manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes” Respecto, que no son pertinentes “las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”. De todas maneras, la Ley 39/2002 no resuelve las dudas sobre esta interpretación.

Anteriormente este tipo de publicidad estaba tipificada por el ordenamiento jurídico del EPI (Estatuto de la Propiedad Industrial) y EP. En la actualidad nos tenemos que remitir a la LCD y LGP para conocer la prohibición de los actos.

Según una sentencia del TS, 24/02/1997 para que exista denigración no es necesario que la persona denigrada sufra las consecuencias de dicho acto, sino que basta con la posibilidad de sufrir sus efectos, incluso puede considerarse denigración pese que no haya ningún tipo de intención por parte del anunciante. Los actos de denigración para que sean

²⁵ (Real Academia Española, s.f.)

considerados desleales a tenor del art. 2 LCD deben ser realizados en el mercado y deben revelar una finalidad concurrencial (promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o las de un tercero)²⁶.

Como ejemplo y siendo consciente de que esta clase de spots no son legales en España, comparto unos de los anuncios que ejemplifica a la perfección lo que es la publicidad denigratoria. De tal manera que se pueda entender de una forma más visual y rápida esta clase de publicidad permitida en otros países como EEUU.

Por ello añado el hipervínculo de un par de videos que todo publicista conoce.

<https://www.youtube.com/watch?v=DijFob8vxgI>.

<https://www.youtube.com/watch?v=7nagr1gQeAs>.

Y por si a caso no ha quedado lo suficientemente claro, dejo aquí el ejemplo de uno de los videos en 4 imágenes muy bien sintetizadas.



27

²⁶ González Pachón, Laura. Diccionario de Derecho de la Competencia, págs. 280-282.s.f.

²⁷ Lasheras, Javier. Observatorio jurídico, s.f. La imagen es un conjunto de 4 fotogramas referidas a la secuencia de uno de los videos, concretamente al "Anuncio McDonalds (Package) McDonalds vs. Burger King 2011"

Medios en los que aparece

La denigración puede actuar en cualquier medio que esté a disposición de la marca, ya sean medios convencionales, no convencionales, line y/o offline. Sin embargo, con el paso del tiempo y teniendo en cuenta que algunos medios son demasiado recientes para poder hacer un estudio intensivo. Los datos muestran que en la mayoría de los casos en los que los tribunales han apreciado este tipo de conducta son en los medios más tradicionales. Habiendo un número mucho mayor tanto en radio como en televisión.

La experiencia judicial y el Jurado de la publicidad clasifica esta modalidad en tres grandes grupos:

- 1- Falsas aseveraciones sobre la solvencia de un empresario o profesional
- 2- Imputación de actividades ilícitas

De tercera, se encuentra la denigración de productos sustitutivos o alternativos. Este último apartado hace referencia a aquellos productos que tienen una idiosincrasia similar y dan pie a la comparación, eso sí, sin que reúnan en su totalidad todas las características del producto comparado, de tal manera que no se pueda asociar directamente.

Jurisprudencia

Sentencias de publicidad denigratoria en el Tribunal Supremo y Audiencia Provincial de Barcelona.

¿Qué es el Tribunal Supremo?

El poder judicial en España se distribuye en una serie de tribunales y juzgados, siendo el escalafón más alto el Tribunal Supremo, en adelante TS. La jurisprudencia de este se extiende por todo el territorio nacional cubriendo todas las órdenes jurisdiccionales con el objetivo de aplicar las leyes a toda persona por igual siguiendo unos mismos criterios.

¿Qué es la Audiencia Provincial?

Son tribunales de justicia que abarcan una provincia y tienen su sede en la capital respectiva. Son órganos colegiados con competencia en los órdenes jurisdiccionales civil y penal.²⁸

El Tribunal Supremo condena a Ryanair por conducta denigrante

7 de abril de 2014 (recurso número 993/2012) Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.

Antes de comenzar a explicar la sentencia del TS en la que condenó a Ryanair por conducta denigrante hacia Rumbo, es preferible conocer el sector al que pertenecen las empresas.

Ryanair (la demandada) es una aerolínea británica fundada en 1985 que se caracteriza por tener uno de los precios más bajos en relación con los destinos escogidos, es considerada la mayor transportista “low cost” de Europa.

Rumbo es una empresa que se dedica a la comercialización de viajes on-line desde líneas aéreas hasta hoteles y alquiler de coches. Además, cuenta con un motor de búsqueda que permite comparar los precios según las opciones deseadas.

Atrápalo es una agencia de ocio en la red que se dedica a comercializar, viajes, excursiones, restaurantes, coches, hoteles etc. En resumen, todas las actividades destinadas a los viajeros.

Ryanair en agosto de 2018 anunció públicamente que a partir del día 11 del propio mes, lo clientes dispondrían de nuevos métodos para la cancelación de sus billetes obtenidos mediante plataformas on-line. La misma compañía compartía expresiones sobre estas agencias tales como “venden los billetes ilegalmente...”, “están estafando a los clientes...”, “son un método moderno de robar al consumidor”, “parásitos del sector” “son madera muerta”, etc.

El Tribunal Supremo establece que, en relación con los actos de denigración “el menoscabo del crédito constituye una modalidad de denigración que no tiene necesariamente que coincidir con los contornos de la lesión del honor, por más que el

²⁸ (Poder Judicial, s.f.)

concepto de éste sea muy amplio y dependa, en cada caso, de las normas, valores e ideas sociales vigentes en el momento de que se trate.” Y califica las expresiones de Ryanair como, “mensajes insultantes, insidias flamantes y vejaciones que provocan objetivamente el descrédito”. Defiende que esta clase de expresiones no se recoge en el derecho de la libertad de expresión. Es cierto que el Tribunal de apelación consideró que en ningún momento la compañía demandada había citado ningún nombre en particular, pero valorando el posicionamiento de Rumbo en las compañías de viajes on-line, es casi imposible no pensar en ella en el momento que se nombra el sector. Finalmente, el alto tribunal condena a Ryanair por conducta denigrante (art. 9 de LCD 109/1991) y prácticas desleales contra la compañía Rumbo al realizar afirmaciones que no favorecían a la transparencia del mercado, no eran pertinentes, carecían de exactitud y desprestigiaban el nombre de la compañía²⁹.

El Corte Inglés acusa a Engel de publicidad denigratoria

Sentencia num. 130/2006 de 22 febrero

Corte Inglés S.A. acusa a Engel SA de publicidad denigratoria en su propio establecimiento.

El Corte Inglés, uno de los mayores grandes almacenes de Europa y primero en España formula una demanda contra la entidad mercantil Engel S.A. Empresa encargada de la distribución de cosméticos, especialmente colonias y perfumes. Dentro del mundo de la belleza es una firma con un reconocido prestigio en el país. La demanda impuesta en aquel momento por la procuradora doña Margarita Ecke Cerdá a Perfumerías Cañillas (nombre que forma parte de la firma Engel S.A.) impera que cese inmediatamente la conducta publicitaria que están ejerciendo a través de una demanda impuesta en el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Palma de Mallorca contra Engel SA sobre publicidad y competencia desleal. La contestación a la demanda dice tal que así “se dicte sentencia por la que se declare y condene a la parte demandada a pasar por la declaración de competencia desleal, se le obligue u ordene cesar en tal actitud, y aún en el supuesto

²⁹ (NJ, 2014) recogido el 19 de mayo de 2019.

de allanamiento se la condene a costas, dada su temeridad y mala fe en provocar esta demanda”

Los hechos son fruto de una operación comercial en la ciudad de Palma de Mallorca en un local de El Corte Inglés. La parte demandada, con el objetivo de instaurarse en la ciudad y dar a conocer sus nuevos productos, distribuyó entre finales del mes de septiembre de 1994 y principios de enero de 1995 el eslogan “En fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto...ante el gran recorte de siempre de Perfumerías Cañellas.” Esta frase fue visible en el propio local que poseían en El Corte Inglés. Además, escogieron otro tipo de prácticas para promocionar sus productos dentro de la ciudad y la isla como el “mailing” (gráficas publicitarias que se comparten a través del correo electrónico o cartas destinadas directamente al buzón del público objetivo o sin especificar) y anuncios en la prensa diaria.

La parte demandada apeló a la Audiencia Provincial que declaró que el mensaje publicitario de la campaña no se trataba de un mensaje denigratorio y no dañaba la imagen de El Corte Inglés.

Tal “eslogan” de la campaña no hace una referencia explícita hacia los grandes almacenes, pero sí de una manera inequívoca, por tanto, de manera intuitiva se asocia con el nombre de la empresa. Además, en el propio mensaje se establece una comparación la cual está regulada en el art. 10 de la LCD.

Finalmente “formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca” con fundamentos en los artículos 4, 5, 9 10 de la LCD y 3c de la LGP fallando a favor del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Palma de Mallorca.

La Audiencia Provincial de Barcelona desestima la acusación de ANEABE a Brita Iberia S.L.U.

SAP Barcelona núm. 158/2016, de 30 de junio.

A raíz de un spot introducido en la plataforma digital YouTube, la Asociación Nacional de Empresas de Aguas de Bebidas Envasadas -en adelante, ANEABE- demandó a la empresa Brita Iberia S.L.U., por pretender introducir un mensaje de contravención con la política medioambiental por parte de aquélla. Así, la resolución objeto del recurso de la

Audiencia Provincial de Barcelona, entendía que el spot en cuestión contravenía lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal -en adelante, LCD³⁰.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso y desestima íntegramente la demanda interpuesta por la ANEABE. Los fundamentos de la estimación del recurso son, entre otros, la falta de concurrencia de los elementos esenciales para que se produzca la situación de competencia desleal referida en el citado artículo de la LCD. Dichos elementos vendrían a integrar los comportamientos denigratorios, que sintetiza en los siguientes:

“En primer lugar, la emisión, difusión o divulgación de manifestaciones.

En segundo lugar, que las mismas sean inexactas, de forma absoluta o relativa, e impertinentes (en consideración a las circunstancias, a la participación en el mercado de los afectados y a la adopción por el destinatario, a la participación en el mercado de los afectados y a la adopción por el destinatario).

En tercer lugar, que esas manifestaciones versen sobre las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de un tercero.

Por último, Que sean aptas o adecuadas objetivamente (es decir, cualquiera que sea la finalidad de su autor) para menoscabar el crédito del competidor en el mercado, esto es, lesionar su reputación o prestigio.”³¹

³⁰ A tenor de lo dispuesto en dicho artículo, “se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”

³¹ SAP Barcelona núm. 158/2016, de 30 de junio.

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES

Conclusiones.....	42
-------------------	----

Conclusiones

Tras realizar el estudio sobre la publicad denigratoria, a continuación, expondré algunas conclusiones obtenidas fruto de mi trabajo:

- **PRIMERA.-** Hay pocas sentencias del TS y/o resoluciones de Autoncontrol en las que no estén relacionadas la comparación y la denigración pese pertenecer a artículos diferentes. Las resoluciones tanto del TS como de Autocontrol aluden principalmente a los actos de denigración vinculados a los actos de comparación o a los actos de engaño, pero no suele aparecer de manera independiente cuando presenta entidad suficiente para serlo. En este sentido, los actos denigratorios suelen estar acompañados de otros artículos de la LCD, de hecho, podría decirse que es muy difícil que en una sentencia o resolución condene a una persona físico y jurídico exclusivamente por actos denigratorios, normalmente le acompañan otras irregularidades como el art. 7 de la LCD y el art 10 de la misma ley.
- **SEGUNDA.-** La comparación está permitida mientras “que no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios” según la Ley 61/1964 y en la última actualización de este artículo, entrado en vigor a partir del 29/03/2014, de nuevo, nos aclara que está permitida siempre y cuando esté dentro de los parámetros permitidos marcados por el artículo 10.
- **TERCERA.-** La denigración está permitida siempre y cuando la afirmación sea veraz, exacta, de interés general y no se empleen ofensas innecesarias sin relación alguna con la cuestión a tratar, alegando que favorece a la transparencia del mercado y se encuentra amparado constitucionalmente. Por tanto, es aconsejable mencionar que la denigración no es lícita en aquellas manifestaciones en la que las aseveraciones no sean pertinentes, como factores de índole personal, las cuales no ayudan a la transparencia del mercado. Tal es así, que según una sentencia del TS, de 24/02/1997 “no es necesario que el denigrado sufra efectivamente la merma o el menoscabo de su honoro reputación, basta con que el acto en cuestión sea apto para generar tales consecuencias. Existe denigración, aunque el anunciante no tenga intención de denigrar” (Pachón).

- **CUARTA.-** Autocontrol y el TS son organismos diferentes, pero en relación con la publicidad denigratoria ambos jurados dictaminan sobre los mismos principios tras el análisis de distintas sentencias y resoluciones.

- **QUINTA.-** Como conclusión de este Trabajo de Fin de Grado, las grandes compañías intentan posicionarse a toda costa por encima de la competencia. Rozan los marcos jurídicos y en muchas ocasiones terminan por traspasar la línea de la legalidad vigente. Por ello, creo que es de agradecer que España tenga un organismo independiente a la justicia donde los principales medios, compañías y agencias estén integrados para resolver los conflictos mediante códigos éticos establecidos.

CAPÍTULO 6. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía.....	45
-------------------	----

Bibliografía

- S/a (12 de septiembre de 2019). Obtenido de Controlpublicidad:
<https://controlpublicidad.com/campanas-publicitarias/oatly-desafia-a-los-fabricantes-de-productos-lacteos/>
- AGUILA-REAL, J. A. (16 de octubre de 2014). *Derecho mercantil España*. Obtenido de <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/10/competencia-desleal-por-denigracion-y.html>
- Asamblea General Ordinaria de Autocontrol. (4 de Junio de 2019). *Autocontrol*. Obtenido de Códigos de Conducta: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2019/06/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol-2019.pdf>
- Bernard. (2003). *Revistaccinformacion*. Obtenido de <http://www.revistaccinformacion.net/>
- Gracia, J. I. (diciembre de 1998). *Revista de Derecho Mercantil*. Obtenido de Comparación y denigración de la imagen de empresas indirectamente aludidas: https://www.cremadescalvosotelo.com/sites/default/files/43_art-comparacion_denigracion_publicitarias_imagen.pdf
hahahahaha. (s.f.).
- Iberley. (2019). *www.iberley.com*. Obtenido de <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-competencia-desleal-43851>
- Jaramillo, E. O. (2014). *Tesis doctoral Universidad de Oviedo*. Obtenido de Los actos denigratorios en la Legislación Española: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/29124/1/TD_EliseoOcampo.pdf
- Jimena, R. S. (1 de noviembre de 2010). *El derecho*. Obtenido de <https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita>
- Jimena, R. S. (1 de 11 de 2010). *El Derecho*. Obtenido de <https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita>
- LASHERAS, J. (3 de Enero de 2006). *observatorio jurídico de la publicidad*. Obtenido de www.observatoriojuridicodelapublicidad.com:
<https://observatoriojuridicodelapublicidad.com/publicidad-comparativa-ilicita-y-denigratoria-de-mc-donalds/>
- LASHERAS, J. (3 de Enero de 2016). Obtenido de <https://observatoriojuridicodelapublicidad.com/publicidad-comparativa-ilicita-y-denigratoria-de-mc-donalds/>

- Lasheras, J. (s.f.). *observatorio jurídico de la publicidad*. Obtenido de PUBLICIDAD DENIGRATORIA DEL COMPETIDOR:
www.obsdervatoriojuridicodelapublicidad.com
- Luna, E. (9 de julio de 2019). Obtenido de <https://www.blogdechollos.com/chollo-pack-de-120-capsulas-de-fairy-platinum-todo-en-1-solo-20-05-euros/>
- Martínez-Salcedo, J. C. (mayo de 2015). Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v15n29/v15n29a06.pdf>
- NJ, R. (27 de mayo de 2014). *Noticias Jurídicas*. Obtenido de Competencia Deslela:
<http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/5357-el-ts-confirma-la-condena-a-ryanair-por-conducta-denigrante-y-practicas-desleales-contrarumbo/>
- Nosete, J. A. (4 de Junio de 2002). *Supremo.vlex.es*. Obtenido de Número de la resolución 575/2002 Tribunal Supremo-Sala Primera, de lo Civil:
<https://supremo.vlex.es/vid/da-perjuicios-publicidad-denigrante-15040096>
- Pachón, L. G. (s.f.). Diccionario del derecho de la competencia . *Denigración*, págs. 280-282.
- Palazón, B. B. (8 de Junio de 2016). *Poder judicial*. Obtenido de SENTENCIA NÚM.: 726/16:
<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ba46cf64b3c11c8a/20161019>
- Pastor, E. M. (DICIEMBRE- Enero de 2012). *La publicidad ¿Derecho Fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informativa*. Obtenido de Dialnet:
www.dialnet.com
- Poder Judicial*. (s.f.). Obtenido de www.poderjudicial.es:
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-Madrid/Audiencia-Provincial/>
- Real Academia Española. (s.f.). *rae*. Obtenido de www.rae.es: <https://dle.rae.es/denigrar>
- Redaccion. (17 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.diegocoquillat.com/burger-king-roba-los-clientes-a-mcdonalds-con-una-genial-trampa-digital/>
- Redacción Espacio Asesoría. (9 de abril de 2019). Obtenido de espacio asesoria:
<https://www.espacioasesoria.com/Noticias/competencia-desleal-requisitos-de-la-finalidad-concurrencial>
- Sección Quinta del jurado de Autocontrol. (27 de septiembre de 2019). *Autocontrol*. Obtenido de https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/dictamen_jurado_publicidad_desleal_y_alimentos_2478.pdf

- Shui, Y. y. (10 de mayo de 2019). Obtenido de
https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/206837/TFG_yyuanshui.pdf
- StickerJimenez. (13 de noviembre de 2017). *Forocoches*. Obtenido de
<https://www.forocoches.com/foro/showthread.php?t=6041161>
- Viniegra, L. M. (2017). *Ética y deontología de comunicación y los consumidores*.
Segovia.