



Roj: **SJM M 6047/2020 - ECLI:ES:JMM:2020:6047**

Id Cendoj: **28079470052020100003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/01/2020**

Nº de Recurso: **786/2017**

Nº de Resolución: **28/2020**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **TEODORO LADRON RODA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 05 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 4 - 28013

Tfno: 914930570

Fax: 914930577

42020306

NIG: 28.079.00.2-2017/0123613

Procedimiento: Juicio Verbal (250.2) 786/2017

Materia: Consumidores y usuarios (Acción de cesación)

Clase reparto: DEMANDAS FUNDADAS LEY DE PUBLICIDAD NEGOCIADO C

Demandante:: Abogacia del Estado Madrid Civil y Mercantil

INSTITUTO DE LA MUJER-MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Demandado:: MC FIT ESPAÑA SLU

PROCURADOR D./Dña. ANGEL LUIS MESAS PEIRO

SENTENCIA Nº 28/2020 JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. TEODORO LADRÓN RODA

Lugar: Madrid

Fecha: veintiocho de enero de dos mil veinte

Vistos y oídos por D. TEODORO LADRÓN RODA, Magistrado-Juez titular del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, los presentes autos de Juicio verbal civil seguidos bajo el número **786/2017**, a instancia del INSTITUTO DE LA MUJER - MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, ostentando su defensa y representación E/L/A ABOGADO/A DEL ESTADO, designado en la persona de D./Dª. JOSÉ MARÍA MOLERO HERNÁNDEZ, contra **McFIT** ESPAÑA, SLU, ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. ÁNGEL MESAS PEIRÓ y su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./Dª. URS JOHANNES JARFE, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, designado en la persona de D./Dª. ADRIÁN ZARZOSA HERNÁNDEZ, sobre ejercicio de acciones declarativa de deslealtad, de cesación de la conducta desleal y de prohibición de reiteración futura de la Ley de Competencia Desleal, en relación con la publicidad ilícita y desleal y resultando los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por e/l/a ABOGADO/A DEL ESTADO, en defensa y representación del INSTITUTO DE LA MUJER - MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E



IGUALDAD, se presentó escrito formulando demanda de juicio verbal civil contra **McFIT** ESPAÑA, SLU . Demanda basada en los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar por suplicar al Juzgado dicte SENTENCIA "por la que:

1º Se declare que la publicidad referida e identificada en los hechos segundo y tercero, y que la demandada desarrolla en su página web, redes sociales, y en lonas y carteles publicitarios, es ilícita y desleal.

2º Se condene a la demandada a cesar la campaña publicitaria descrita en los puntos anteriores, y se prohíba su reiteración futura.

3º Se condene a la demandada a la publicación de la sentencia, a su cargo, en los medios de comunicación digital, página web o redes sociales en los que ha llevado a cabo esta publicidad ilícita.

Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Se dictó decreto por el que fue admitida a trámite la demanda interpuesta y se confirió traslado de la misma emplazándose a la parte demandada. Por e/l/a Procurador/a D./D^a. ÁNGEL MESAS PEIRÓ, en nombre y representación de **McFIT** ESPAÑA, SLU, se presentó escrito solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de que se dicte SENTENCIA "acordando la desestimación íntegra de la demanda interpuesta, con expresa imposición de las costas a la actora",

El MINISTERIO FISCAL, parte en los procedimientos sobre publicidad ilícita y *discriminatoria o vejatoria para la mujer, se ha personado en la causa por considerar que existe un interés social que justifica su personación en las actuaciones.*

Solicitada la celebración de vista, se señaló juicio. A la celebración del mismo comparecieron las partes. Por SS^a. se resolvió *in voce* el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la providencia de fecha de 16/9/19 en la que se admite la prueba documental propuesta por e/l/a ABOGADO/A DEL ESTADO, así como el visionado de los vídeos aportados, desestimando dicho recurso por las razones que constan en autos y en la grabación. Por la representación procesal de la parte demandada se hizo constar la protesta, a los efectos de la segunda instancia y se solicitó la redacción escrita del recurso. Las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. La actora reiteró la prueba ya solicitada, consistente en la documental ya aportada, por reproducida y el visionado de los vídeos. El MINISTERIO FISCAL, se adhirió a la prueba de la parte actora. Por la demandada se propusieron como pruebas la documental aportada con la contestación de la demanda, por reproducida y la prueba en soporte informático, aportada en el acto de la vista, consistente en la grabación de vídeos, a reproducir en el acto de la vista. Todas las pruebas propuestas fueron admitidas y se practicaron con el resultado que es de ver en autos, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales, por la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el Órgano Judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Son objeto de análisis y enjuiciamiento en el presente procedimiento:

a).- El vídeo 'Proud to be **McFit**', publicado el 23 de diciembre de 2016 en Youtube, en la dirección <https://www.youtube.com/watch?v=McBvr8sD6ZU> (Medio Probatorio 3 de la demanda) (*Fotogramas 2, 3 y 4*).

b).- La imagen femenina de la campaña publicitaria en lonas publicitarias colocadas en edificios y en la página web de la empresa demandada (Documento nº 1 de la demanda) (*Imagen 2*).

Expresa la representación procesal de la parte actora que las referidas imágenes y vídeos tenían por objeto publicitar la tarifa del 20º aniversario del **gimnasio** (actualmente de acceso privado, pero visible una versión más corta en el perfil de Facebook).

Los hechos relevantes para la decisión del presente pleito son los siguientes:

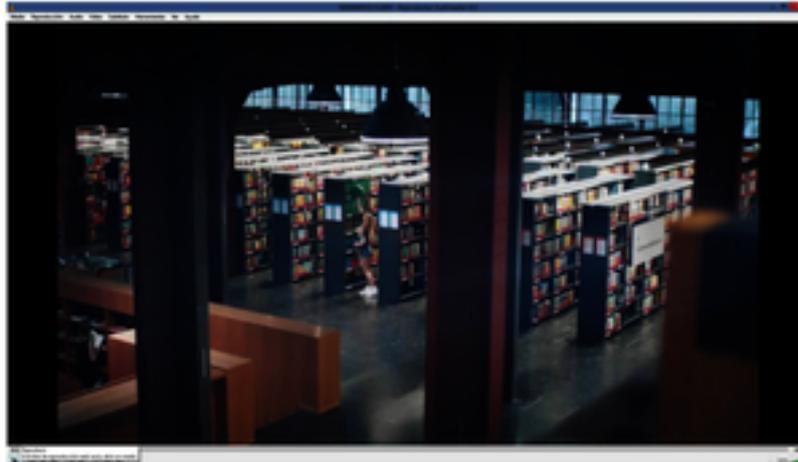
Distinguimos los que afectan al vídeo 'Proud to be **McFit**' (*Fotogramas 2, 3 y 4*) y los que afectan a la imagen femenina de la campaña publicitaria (*Imagen 2*).

PRIMERO.1.- EL VÍDEO 'PROUD TO BE MCFIT'.

El origen del vídeo enjuiciado es el vídeo que se puede visualizar en italiano en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=cImpRFxk0cc> (también, vídeo italiano, en adelante)

Como se observará, se trata de los mismos actores, mismo desarrollo de la acción y los *mismos escenarios, con la diferencia de que el vídeo español es más corto y está en español, en lugar de en italiano.*

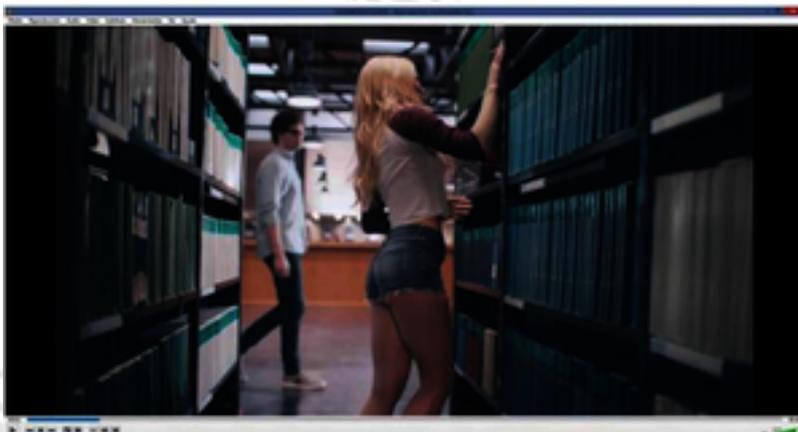
Una de las escenas de ambos vídeos es la que muestra lo que puede ser una gran biblioteca de una universidad o de una administración pública, repleta de estanterías y libros, en la forma que muestra el *Fotograma 1* que subsigue:



Tal como se observa en el *Fotograma 1*, aparece difuminada en la gran cantidad de estanterías con baldas repletas de libros una chica joven que está colocando un libro en una estantería, que ayudamos a visualizar con la flecha amarilla que aparece en dicho *Fotograma*.

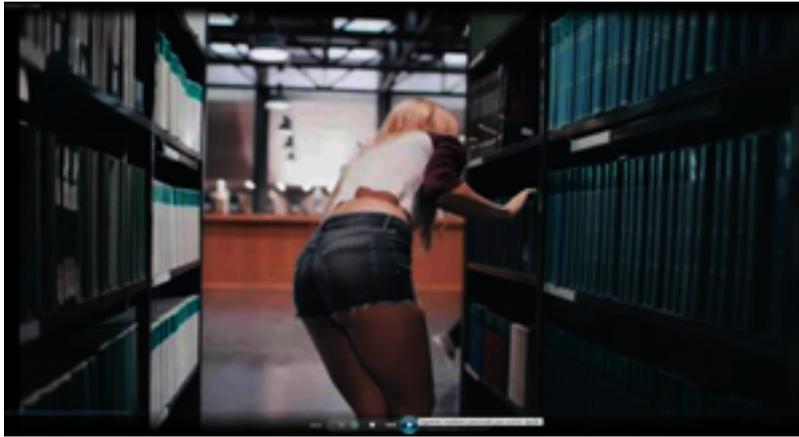
El significado del *Fotograma* es evidente: estamos ante un gran centro del saber, con estanterías repletas de libros que acumulan conocimiento y ciencia y donde el saber, la inteligencia, el orden y la organización tienen la máxima importancia.

Destacado el contexto en el que nos encontramos en el *Fotograma 1*, podemos ver de cerca en el *Fotograma 2* a la chica que colocaba libros y a un chico que pasa y gira la cabeza para ver a la chica:



Fotograma 2.

Entre el *Fotograma 2* y el *Fotograma 3* se oye en el vídeo español: " *Somos la razón por la que te giras al pasar*":



Fotograma 3.

En el video, se observa como la chica baja su cuerpo para coger otro libro, en un movimiento descendente y doblándose por la cintura, de forma que termina destacando el trasero de la mujer, tal como puede verse en el *Fotograma 3*.

El video italiano, entre los *Fotogramas 1* y *3* que, como se han dicho, son coincidentes en imágenes con el vídeo español, literalmente, dice:

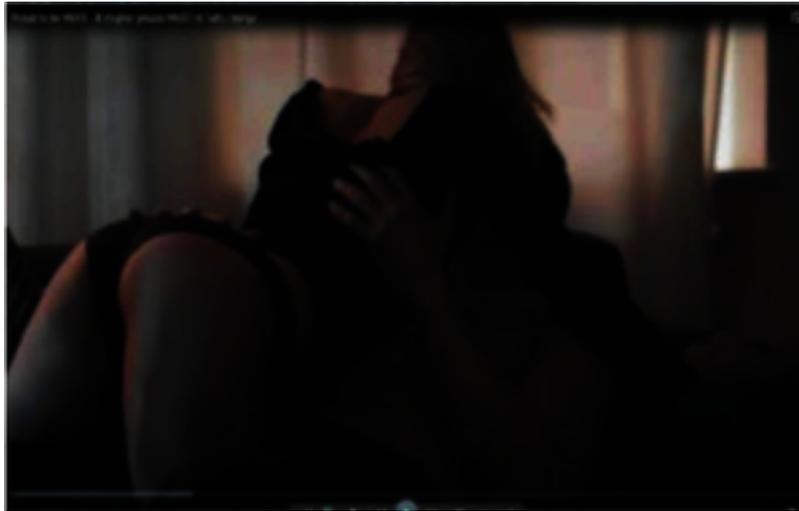
"Siamo quello che ti fa girare la testa"; traducido literalmente: *"Somos aquello que te hace girar la cabeza"*.

Pues bien; la razón por la que el chico se gira al pasar o aquello que le hace girar la cabeza se explica en el *Fotograma 3*: el trasero de la chica. Esta parte del cuerpo es lo que capta la atención del chico en el *Fotograma 2* y lo que, en el *Fotograma 3*, capta la atención del espectador y le explica a éste el motivo del movimiento de la cabeza del chico.

El contexto del *Fotograma 1* **nada tiene que ver con un gimnasio**. Es una gran biblioteca con muchas estanterías y *numerosísimos libros que recogen una gran cantidad de conocimientos, saber y ciencia. Parece la biblioteca de una universidad o de una administración pública (ayuntamiento, etc...)*. Pues bien; en este contexto de conocimientos, ciencia, saber e inteligencia, para el chico que pasa, la chica no es la que busca ese saber y/o conocimiento entre los libros que coloca y mira sino que, simple y solamente, " *es un trasero bonito y con connotaciones eróticas*".

Por tanto, el contexto en el que discurren los referidos *Fotogramas* del vídeo denigra a la mujer: en el contexto del conocimiento, el saber y la inteligencia no es ni la bibliotecaria que proporciona los libros a los usuarios de la biblioteca, ni la mejor alumna de algunos de los cursos que puedan darse en las Facultades de la universidad a la que pueda pertenecer la biblioteca que se vé en los *Fotogramas* ni la futura catedrática de uno de los departamentos de la universidad ni la futura número uno de una promoción de opositores a plazas del Estado o la Administración Pública, ni tampoco una lectora ávida de conocimientos o de aprender y saber que acude a una biblioteca pública. Es, sólo y simplemente, " *un trasero bonito y con connotaciones eróticas*".

Pues bien; la chica que puede verse en el *Fotograma 4* del vídeo manteniendo una relación sexual con un varón, también " *es un trasero bonito y con connotaciones eróticas*", por que esta parte del cuerpo de la mujer es la que se destaca en el *Fotograma*, en una postura física bastante forzada para conseguir captar nuestra atención, y centrarla en esa parte del cuerpo femenino. El contexto de una relación sexual íntima tampoco tiene nada que ver con un **gimnasio**.



Fotograma 4.

PRIMERO.2.- LA IMAGEN FEMENINA DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA.

La imagen femenina de la campaña publicitaria, colocada en lonas publicitarias en lugares accesibles al público es la que subsigue en la *Imagen 1*, que puede verse ampliada en la *Imagen 2*:

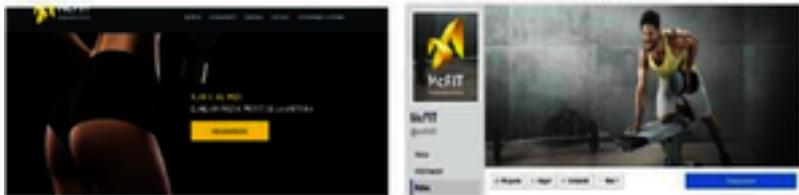


Imagen 1.

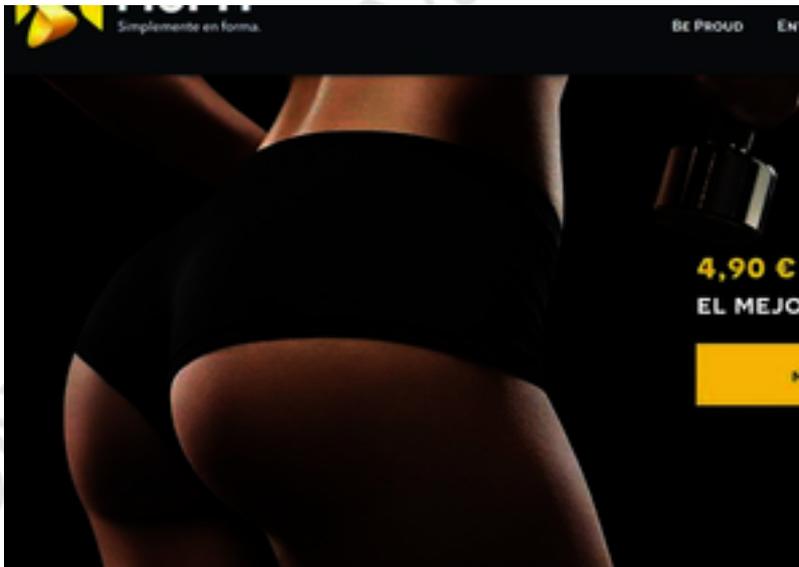


Imagen 2.

Lo primero que ha de indicarse a la vista de estas *Imágenes* es que la mujer aparece con un supuesto short o pantalón deportivo que más bien parece ropa íntima de lencería femenina. Se trata de una prenda que deja al descubierto más de la mitad de las nalgas de la mujer y que se ciñe a la línea interglútea de forma parecida a un tanga. Una ropa interior de mujer puede verse en el *Fotograma 4* y es, claramente, ropa íntima que tapa la línea interglútea bastante más que la *Imagen 2*, supuestamente, ropa deportiva. La ropa que lleva la mujer de la *Imagen 2* es, claramente, incómoda para un **gimnasio**: basta imaginarse cómo queda esta ropa cuando la mujer se sienta o se suba a una de las varias máquinas existentes en el **gimnasio**, la ropa sufra las presiones del cuerpo por el esfuerzo físico y por las posiciones que se adoptan en las máquinas del **gimnasio** y las transmita a la línea interglútea.

Es una ropa inadecuada para ser usada en un **gimnasio** al que acuden tanto hombres como mujeres y que se usa para captar la atención del público y mostrar el trasero de forma procaz. No se parece en nada a la ropa deportiva que usan las mujeres en el **gimnasio** en otras campañas publicitarias de **McFit**, como son los pantalones deportivos que pueden verse en la *Imagen 3* (promoción de enero de 2020 de **McFit** https://www.mcfi.com/es/promocion-de-enero/?utm_source=SEA&utm_medium=Google&utm_campaign=JK2020_ES). Pero, lo más destacable de la comparativa de la *Imagen 2* y la *Imagen 3*, es el carácter procaz de la *Imagen 2*, ideada para provocar seducción y atracción sexual derivada de la parte del cuerpo de la mujer que se exhibe y la forma de exhibirla, y dirigida a centrar la atención en el trasero de la mujer; mientras que en la *Imagen 3* destaca, por encima de las modelos, el movimiento y la actividad deportiva que están realizando. La *Imagen 2*, para nada consigue centrar la atención en la parte final de la mancuerna que se ve en ella; mientras que la *Imagen 3* consigue centrar la atención en el movimiento de las modelos.



Imagen 3

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada plantea la improcedencia de esta demanda por meros motivos formales, ya que en el momento de redactarse el "*Informe sobre Publicidad Sexista del Gimnasio McFIT*" (DOC N° 9) - que es de fecha 18.5.2017 - la situación de supuesta ilegalidad publicitaria ya no se daba, ni en nuestra web, ni en YouTube ni en ningún cartel u otro soporte físico...En el momento de redactarse el "*Informe sobre Publicidad Sexista del Gimnasio McFIT*" (DOC N° 9), ya no se daba la situación de supuesta ilegalidad publicitaria, lo que en cualquier caso desvirtúa la acción de cesación recogida en el suplico segundo de la demanda".

La Sentencia de la Audiencia Provincial (también, SAP, en adelante) de Madrid, de 11/12/15 (Repertorio Oficial de Jurisprudencia, ROJ, en adelante: SAP M 18043/2015) expresa al respecto lo siguiente:

"27.- La acción de cesación contemplada en el artículo 32.1.2ª LCD (recordemos en este punto que a raíz de la reforma introducida por la Ley 29/2009, el artículo 6.1 LGP pasa a establecer que "Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal") puede amparar tanto una orden precisa de interrupción del acto desleal como la prohibición de la repetición de su realización. En el primer caso, **es preciso que la conducta desleal se esté desarrollando al tiempo de la interposición de la demanda**, lo que aquí no acaece, pues, como ha quedado evidenciado en las actuaciones, la publicidad objeto de litigio cesó bastante tiempo antes de que la demanda se presentase.

28.- En relación con la segunda posibilidad que autoriza el precepto anteriormente identificado, para que la acción prospere es preciso (sentencias de este tribunal de 30 de octubre y 30 de diciembre de 2009) **que concurra una situación de riesgo objetivo o probabilidad de reiteración**, extremo este que habrá de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Pues bien; en el presente caso concurren las dos circunstancias.

1ª).- El anuncio no ha sido retirado de Youtube. En estos momentos, no es posible acceder públicamente al anuncio. Pero de forma privada es posible acceder a él. Si el 21/1/2020 se entraba en la dirección <https://www.youtube.com/watch?v=McBVr8sD6ZU>, se podía leer lo siguiente:

"Advertencia de contenido. Si el propietario de este vídeo te permite acceder, inicia sesión. Este Vídeo es privado".

Todo ello en la forma que refleja la siguiente *Imagen 4*.

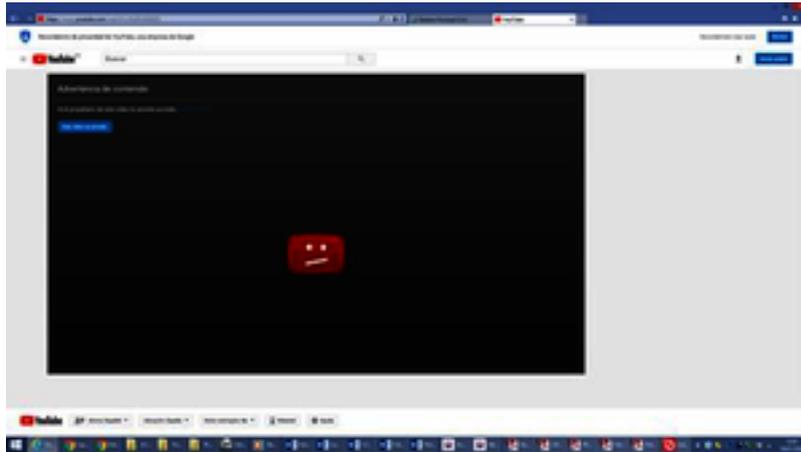


Imagen 4.

Luego, de alguna manera, el vídeo todavía está en Youtube y es posible acceder a él, iniciando sesión, "Si el propietario de este video te permite acceder".

2ª).- Concorre una situación de riesgo objetivo de reiteración, pues la representación de la parte demandada reitera en la contestación de la demanda que los hechos realizados no constituyen publicidad desleal "por la estrecha vinculación entre las imágenes y el servicio promocionado y la ausencia de cualquier trato vejatorio o inadecuado de la mujer".

La demandada tampoco reconoció haber infringido normativa publicitaria alguna en las dos respuestas que dio a los dos requerimientos extrajudiciales anteriores a la demanda que le practicó del Instituto de la Mujer (documentos nº 5 y nº 8 de la demanda).

En conclusión: la demanda, en ningún momento ha reconocido infracción alguna de la normativa publicitaria.

En consecuencia, la acción de cesación que se ejercita en la demanda sigue teniendo sentido y finalidad y en absoluto está desvirtuada por la remoción de efectos de la publicidad que dice haber realizado la parte demandada.

TERCERO.- El motivo de oposición de fondo que se plantea en la contestación de la demanda es que no es cierto lo que se dice en ella: que hay una "absoluta desconexión" entre la fotografía (imagen de la mujer) y el servicio o producto que se ofrece. La representación procesal de la parte demandada lo expresa en los siguientes términos literales en la contestación de la demanda:

"Por lo tanto, también hay una **estrecha relación entre la fotografía y el servicio que ofrecemos**, pero no una "absoluta desconexión" como lo sostiene genéricamente la demandante. Hemos explicado anteriormente que promocionamos también el atractivo físico y el bienestar subjetivo, **por lo cual nos parece lógico y coherente que en la fotografía aparezca una mujer con un cuerpo "en forma" cuyas comúnmente llamadas "zonas rebeldes" - glúteos, muslos, vientre - juegan un papel central en el mensaje publicitario**".

En el trámite de informe y conclusiones de la vista oral, la representación procesal de la *parte demandada fue totalmente clara en la defensa de este hecho extintivo, impeditivo y/o enervatorio de las pretensiones de la demanda y dijo lo siguiente: la desconexión que debe existir entre la imagen de la mujer y el producto que se anuncia debe ser "total y absoluta"; no "parcial o relativa"*. Por tanto, cuando la desconexión entre la imagen femenina y el producto es *parcial o relativa*, y no *total y absoluta*, el requisito de desconexión entre imagen femenina y producto no se da, con lo cual la publicidad no puede considerarse ilícita, vejatoria o discriminatoria para la mujer. Esto lo decía dicha representación procesal en relación a los requisitos exigidos en el "Caso Ryanair" que estudia la (ROJ: SJM MA 447/2013). Dicha sentencia se refiere a estos requisitos cuando analiza las resoluciones de Autocontrol. Autocontrol es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, creada el 13 de junio de 1995, con la denominación de Asociación de Autocontrol de la Publicidad (en adelante, Autocontrol) es el sistema de autorregulación publicitaria en España. Como explica Sagrario (EL JURADO DE LA PUBLICIDAD: MEDIDAS SANCIONADORAS A LOS NO ASOCIADOS, págs. 3 y ss.,

<https://www.beatrizpatino.com/el-jurado-de-la-publicidad-medidas-sancionadoras-a-los-no-asociados/>) "este sistema de autorregulación publicitaria incluye dentro de su organización un órgano de control que, entre



otras funciones, ostenta la facultad de resolver las reclamaciones que se presenten en relación con las comunicaciones comerciales realizadas o difundidas por terceros no asociados que acepten expresa o tácitamente su competencia. El artículo 1 del Reglamento del Jurado, que delimita la naturaleza de este órgano de control, denominado el Jurado de la Publicidad, establece que "es un órgano especializado en materia deontológico-publicitaria, formado por personas independientes, con las atribuciones que se especifican en el presente Reglamento. En cuanto a órgano especializado encargado de la resolución extrajudicial de controversias y reclamaciones en materia de comunicación comercial el Jurado gozará de plena y absoluta independencia en sus funciones". De tal forma que el propio Reglamento del Jurado define al Jurado como un órgano de resolución extrajudicial de conflictos, cuya actuación se debe fundamentar en el principio de la voluntariedad. A la vista de lo expuesto, la AACC, como un sistema de autorregulación que incorpora un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, debería cumplir con lo dispuesto en el artículo 37.4 LCD, que dispone lo siguiente: "4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente".

En el artículo 10 del epígrafe II NORMAS DEONTOLÓGICAS del Código de Conducta Publicitaria elaborado por Autocontrol, se transcribe en buena parte el párrafo segundo del 3

a) de la Ley General de Publicidad con la siguiente redacción: " 10. PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA

Las comunicaciones comerciales no sugerirán circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, discapacidad, edad, género u orientación sexual, ni atentarán contra la dignidad de la persona. En particular, se evitarán aquellas comunicaciones comerciales que puedan resultar vejatorias o discriminatorias para la mujer, incluidas las que utilicen el cuerpo de la mujer, o de partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto o servicio que se pretende promocionar o asociado a comportamientos estereotipados que menoscaben la igualdad entre mujeres y hombres ".

El artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad (también, LGP, en adelante), Publicidad ilícita, expresa lo siguiente:

" Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4 .

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género".

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 5/1/17 (ROJ: SJM B 11/2017) realiza la exégesis del párrafo segundo del artículo 3 a) de la LGP en los términos que siguen:

"9. El inciso segundo de la letra a) del art. 3 LGP tipifica, según la doctrina científica, un caso concreto en el que debe entenderse que la publicidad atenta contra la dignidad de la persona y los valores y derechos constitucionalmente reconocidos, cual es aquel en el que los anuncios presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria.

10. El citado inciso alberga dos supuestos diversos en los que se produce este trato vejatorio y contrario a la dignidad de la mujer, a saber:

a) El primero se produce cuando se utiliza particular y directamente el cuerpo femenino o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar.

Tradicionalmente, la doctrina científica exige la concurrencia de tres requisitos: la utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, la utilización del cuerpo femenino como mero objeto y la desconexión total y absoluta entre la imagen utilizada y el producto promocionado. En este mismo sentido, la resolución del Jurado de Autocontrol de 8 de enero de 2007 indica que los elementos que deben concurrir para que un anuncio publicitario incurra en el primer supuesto de ilicitud contemplado por el artículo 3.a) LGP son: "



i) La utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad. ii) 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; y iii) La desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado...". A estos efectos, también podemos tener en cuentas las resoluciones del Jurado de Autocontrol dictadas en el Caso Magnum, Resolución de 15 de diciembre de 2005; Caso Media Markt Saturn, Resolución de 7 de junio de 2006; y el Caso Air Berlín, Resolución de 20 de junio de 2006.

En relación al primero de los requisitos expuesto, la doctrina científica establece que la parte captatoria de la publicidad es aquel fragmento del mensaje publicitario que, por su configuración, capta en primer término la atención de los destinatarios, focalizando el interés de éstos. *Si la imagen del cuerpo femenino constituye, por sus propias características, el elemento principal o protagonista del mensaje publicitario, es decir, el elemento que, por sus propias características, atrae en mayor medida la atención de los destinatarios, dicha representación del cuerpo femenino sería constitutiva del citado ilícito publicitario.*

En relación al segundo presupuesto consistente en que el cuerpo femenino se represente como mero objeto, se tendrá que determinar caso por caso, dependiendo del papel que juegue dicho cuerpo femenino en el contexto del anuncio. La doctrina científica considera que el legislador alude a que el empleo de imágenes femeninas se haga como puro elemento decorativo, es decir, un elemento de *atrezzo*, sin que se le conceda ningún rol activo o protagonismo en la acción publicitaria.

El tercer elemento exige la desconexión total y absoluta entre la imagen femenina que se representa y el producto promocionado. También la doctrina sostiene que el legislador se ha centrado en la represión de aquellos supuestos en los que el cuerpo femenino –por su relevancia en el contexto del anuncio, su poca implicación en la acción publicitaria y su desvinculación con el producto– ha sido utilizado como simple elemento de atracción. Ello significa que el cuerpo femenino se usa como puro reclamo sin que guarde relación con el producto que se anuncia, sirviendo dicho cuerpo para atraer la atención de los consumidores sobre el objeto anunciado. Este elemento no concurre cuando entre la imagen utilizada en la publicidad y el producto objeto de promoción exista una conexión directa e indiscutible, según indica la doctrina científica.

b) El segundo supuesto contemplado en el art. 3.a) presume la existencia de un trato vejatorio de la mujer en aquellos casos en los que se utiliza su imagen asociada a comportamientos estereotipados. La doctrina científica interpreta esta parte del precepto como la presentación publicitaria de comportamientos estereotipados, es decir, la presentación de actividades o trabajos como comportamientos estereotipados de la mujer y no a la presentación de la mujer realizando dichas tareas. Para la presentación de un estereotipo, la doctrina exige dos elementos: en primer lugar, la representación de una mujer desarrollando un trabajo o labor tradicionalmente asignado al sexo femenino, y en segundo lugar, que el anuncio transmita a sus destinatarios el mensaje de que el trabajo o la labor desarrollada son propios y exclusivos de las mujeres. Por ello debe tomarse en consideración, para determinar la concurrencia del citado ilícito, lo siguiente: el tipo de trabajo o actividad que desarrolla la mujer en el anuncio y el mensaje que el anuncio transmite a sus destinatarios".

Dos son los tipos de anuncios que se consideran publicidad ilícita conforme al artículo 3 a) de la LGP:

1º).- *Los que utilizan de forma particular y directa el cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar.*

2º).- *Los que utilizan la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados.*

En el presente caso, nos encontramos con publicidad que utiliza de forma particular y directa el cuerpo de la mujer o partes del mismo, dado que en la publicidad enjuiciada no se asocia a la mujer con comportamientos estereotipados.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga transcribe la exégesis que Autocontrol realiza del párrafo segundo del artículo 3.a) de la LGP, en parte coincidente con el artículo 10 del epígrafe II NORMAS DEONTOLÓGICAS del Código de Conducta *Publicitaria*. *La referida Sentencia dice lo siguiente:*

"Respecto de las *resoluciones de autocontrol de la segunda etapa*, la modificación del art. 3.a LGP por la LOMPNG, permitió que el legislador contemplara dos hipótesis en las que cabe entender se produce un trato vejatorio y por lo tanto contrario a la dignidad de la mujer: *la hipótesis sobre la cosificación de la mujer, cuando se utiliza "particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar"*, y la segunda hipótesis sobre anuncios que vehiculan estereotipos de género mostrando una relación de fuerzas desigual entre los sexos, y que se utiliza la imagen de la mujer "asociada a comportamientos estereotipados"; ambas situaciones se podría considerar publicidad ilícita al contravenir "los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género". El Jurado, por remisión a su norma 2

CCP (principio de legalidad), aplicó el nuevo precepto en la argumentación de las resoluciones, adaptando sus criterios interpretativos al mismo, con lo que su doctrina marcó una nueva etapa. A) La cosificación de la mujer, en referencia a la primera hipótesis, exigió la concurrencia de tres requisitos para su aplicación en la publicidad discriminatoria de la mujer. El Jurado los fue matizando y concretando a través de sus resoluciones durante estos años; estos son: "1) La utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas como parte captatoria de la publicidad. 2) Su representación como mero objeto, sin que realice ningún rol activo en la acción publicitaria, ni guarde conexión con el argumento publicitario. 3) La desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado". Todos los casos resueltos de esta etapa", a excepción de María Inmaculada, el Jurado mantuvo que existía una utilización de la imagen de la mujer para atraer y localizar en ella la atención de los destinatarios; por tanto en todos se consideró que se daba este primer requisito (Casos Magnum, Media Markt, Seat León, Air Berlín, entre otros)".

La representación procesal de la parte demandada analiza el tercer requisito concretado por el Jurado de la Publicidad ("La desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado") y dice que la publicidad enjuiciada en el presente caso no es ilícita, vejatoria o discriminatoria para la mujer **por que la desconexión entre la imagen de la mujer y el producto no es absoluta o total, sino, a lo sumo, relativa o parcial**, con lo que no se cumple el requisito 3) del Jurado de la Publicidad para declarar ilícita su publicidad, por vejatoria y discriminatoria para la mujer.

Sin embargo, este Juzgador no comparte la conclusión de la representación procesal de la parte demandada de que **sólo la desconexión absoluta** entre la imagen de la mujer y el producto, permite calificar la publicidad de ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer.

Es más; si analizamos los casos en los que el Jurado de la Publicidad (Autocontrol) o los Tribunales han determinado que estábamos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer, en todos ellos, e/l/a/o/s anunciantes han alegado que existía relación entre la imagen de la mujer y el producto publicitado y que, por tanto, no se daba esa desconexión absoluta.

Sin duda, el enjuiciamiento de esta publicidad es una labor compleja, por que para poder enjuiciar esta publicidad es preciso determinar cómo es percibida la publicidad enjuiciada por el público. Esta percepción ha sido tenida muy en cuenta por el creador publicitario, puesto que el éxito de su creación viene dado por el resultado final, que es la compra del producto por el público. Para conseguirlo, el creador publicitario busca, en primer lugar, captar la atención del público a través del anuncio (cómo "enganchar" al público), para luego conseguir que el público compre el producto. Pues bien; las posibilidades de "enganchar" al público son variadísimas. El creador publicitario puede buscar conexiones directas entre la imagen de la mujer y el producto o conexiones indirectas. Estas conexiones indirectas también son variadísimas, y pasan por utilizar elementos gráficos que establecen la relación entre el cuerpo de la mujer y el producto, o utilizar eslóganes que relacionan imagen y producto, ya sea por que el eslogan o la frase pueden aplicarse a la imagen de la mujer y al producto, ya sea por que la relación se establece por un juego de palabras, ya sea por la creación de estímulos en el público que le lleven a adquirir el producto, distinguiéndose la creación de estímulos que son percibidos de forma consciente por el público de aquellos que no son percibidos de forma consciente, estando prohibidos estos últimos en los casos de publicidad subliminal [artículos 3 c) y 4 de la LGP].

Seguidamente, pasamos a analizar esos casos del Jurado de la Publicidad (Autocontrol) y de los Tribunales, en los que se aprecia desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto promocionado y en los que, a juicio de este Juzgador, dicha desconexión no era absoluta, en el estricto significado del término desconexión absoluta:

1º.- Dos casos en que el Jurado de la Publicidad (Autocontrol) ha determinado que estamos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer y que hay desconexión entre la imagen de la mujer y el producto.

Exponemos el desarrollo de los casos descrito en la Guía de Intervención ante la Publicidad Sexista (también, en adelante, Guía de Intervención), promovida por el Instituto de la Mujer, realizada por la Profa. Dra. Andrea y el Prof. Dr. Victorino y editada por el Instituto de la Mujer-Ministerio de Igualdad (<http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/docs/012- guia.pdf>).

1º.1.- El asunto "Air Berlín".

El anuncio publicitario puede verse en la Imagen 5.

En la Guía de Intervención (págs. 101 y 102) se describe el asunto en la forma que sigue: "En este caso, el Jurado se enfrentaba al análisis de un anuncio publicitario en el que ocupaba todo el espacio la fotografía de una mujer desnuda vista de espaldas, en la que se destacaban especialmente sus nalgas manchadas de arena. En la parte superior del anuncio se leía: "Vuela todo incluido y paga menos: Sol. Playa. Mar", a un lado de la fotografía "Toda Península, Portugal, Ibiza y Menorca desde € 29. Y, por supuesto, muchos más



destinos". En su resolución de 20 de junio de 2006, el Jurado, una vez más, concluyó que este anuncio infringía la norma 10 del Código de Conducta Publicitaria e instó al anunciante su cesación. Sus razonamientos a este respecto fueron los siguientes: "podría apreciarse en principio la existencia de una infracción de la norma 10 del Código derivada de la utilización de la imagen de la mujer como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, cuando concurriesen ciertos requisitos: **i) La utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad. ii) 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; y iii) La desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado**". Al abordar el primero de los requisitos expuestos, el Jurado concluye que "resulta evidente que en el anuncio controvertido se utiliza el cuerpo de la mujer, en este caso principalmente sus nalgas desnudas, como elemento captatorio de la atención de los destinatarios. A la vista del anuncio que nos ocupa, resulta inverosímil la *argumentación de la reclamada según la cual no se puede distinguir si el cuerpo mostrado es femenino o masculino. Claramente se trata de la fotografía de espaldas de una mujer desnuda, cuyo cuerpo, por otra parte, no está cubierto de arena, sino simplemente manchadas (o cubiertas si se prefiere) de arena sus nalgas. La fotografía de la mujer desnuda ocupa la práctica totalidad del anuncio. Y, además, es la imagen que atrae principalmente la atención del lector, al ser la única empleada en el anuncio objeto de análisis. El segundo requisito también parece concurrir en el presente caso, ya que el cuerpo femenino mostrado juega un rol absolutamente pasivo en la dinámica del mensaje publicitario, en la que el protagonismo de la mujer sólo se limita a ser mero objeto de atracción. En efecto, aún cuando el anuncio pretende promocionar viajes de playa y mar, lo cierto es que la imagen empleada (la imagen de un cuerpo desnudo de mujer focalizando la atención sobre sus nalgas) no se justifica por el argumento publicitario. Con su utilización, así pues, más que buscarse el desarrollo de aquel argumento, se pretende simplemente provocar -aparentemente- el impacto del lector y la atracción de éste hacia el anuncio publicitario reclamado. Por último, las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso también permiten afirmar la falta de conexión entre la imagen femenina representada y el producto anunciado. De un lado tenemos las nalgas de la mujer y de otro, la oferta de vuelos, conceptos entre los que es clara la inexistencia de conexión alguna. Sobre este particular, es insuficiente la explicación alegada por la reclamada con la pretensión de justificar el uso de la imagen de la mujer en la forma descrita en los antecedentes, asociando la fotografía mostrada, de un lado a la libertad y la despreocupación y de otro, a los destinos de vuelos que ofrece bajo el eslogan "Sol. Playa. Mar". Tampoco puede ser acogida en el presente caso para legitimar la utilización publicitaria que se hace del cuerpo desnudo de la mujer, la argumentación de que lo que se transmite es un momento perfecto de la vida, puesto que no se quiere vender sólo vuelos, sino también sueños. Pues, independientemente de otras reflexiones, el producto que se oferta en el anuncio reclamado son vuelos aéreos. Por tanto, estamos ante un anuncio que, aparentemente, utiliza la imagen del cuerpo de la mujer de manera instrumental, con la intención de impactar y atraer la atención del espectador sobre un anuncio publicitario que, acto seguido, presenta ofertas y productos que no guardan relación con la imagen empleada para conseguir aquel efecto".*



Imagen 5.

Lo primero que hemos de destacar es que el Jurado concreta la desconexión absoluta atendiendo a un criterio conceptual y abstracto:

"De un lado tenemos las nalgas de la mujer y de otro, la oferta de vuelos, conceptos entre los que es clara la inexistencia de conexión alguna".

De forma conceptual y abstracta, no hay conexión alguna.

Pero este Juzgador considera que el público no percibe el anuncio de forma conceptual y abstracta. Y que, de alguna manera, siquiera de forma secundaria, también es posible percibir la *Imagen 5* como una sensación de libertad y despreocupación, manifestada en que en las vacaciones a las que te lleva el viaje te permiten, si quieres, no llevar ropa alguna, en el entorno de playa y mar que resulta exteriorizado por la arena sobre las nalgas y varios tonos de azules de fondo del anuncio, con los rompientes blancos de las olas. Evidentemente, se venden sueños de un momento perfecto de la vida y se buscan estímulos para captar al público, no sólo de ansias de libertad y despreocupación, sino también -y sobretodo- de contenido erótico.

Todo eso también es posible percibirlo en la *Imagen 5*. Por ello, el criterio de la desconexión absoluta, se muestra insuficiente para determinar de una forma clara lo que es publicidad ilícita, discriminatoria y vejatoria para la mujer.

1º.2.- El asunto "Media Markt".

El anuncio publicitario puede verse en la *Imagen 6*.

En la Guía de Intervención (págs. 100 y 101) se describe el asunto en la forma que sigue:

"En este supuesto, el Jurado intervino como consecuencia de una reclamación interpuesta contra una campaña publicitaria difundida por la cadena de electrodomésticos Media Markt.

En esta campaña publicitaria, difundida con ocasión de unos campeonatos mundiales de fútbol, se utilizaba -para promocionar unos televisores- la imagen de dos chicas con *camisetas muy ceñidas y pechos de gran tamaño*. En la publicidad se utilizaba el eslogan "*verás las mejores delanteras del mundo*". La reclamación presentada frente a esta publicidad fue finalmente estimada por el Pleno del Jurado de Autocontrol de la Publicidad en su resolución de 4 de julio de 2006. En primer lugar, el Pleno recuerda los cambios legislativos operados en esta materia con motivo de la utilización de la imagen de la mujer que se venía haciendo en la

publicidad, lo que se tradujo en la reforma del art. 3 de la Ley General de Publicidad, para evitar la utilización del cuerpo de la mujer o de partes del mismo como mero reclamo publicitario. El Pleno reiteró su concordancia con el análisis realizado por la Sección, considerando que se infringe la norma 10 del Código de Conducta Publicitaria en relación con el art. 3 a) de la Ley General de Publicidad cuando **pueda entenderse que el cuerpo femenino, por su relevancia en el contexto del anuncio, su escasa implicación en la acción publicitaria y su desvinculación del producto anunciado, haya sido utilizado como mero objeto o puro y simple elemento de atracción**. A la vista de las imágenes empleadas en la publicidad reclamada, junto al destacado eslogan "Verás las mejores delanteras", que sin duda está aludiendo a los pechos de las mujeres, el Pleno concluye que concurren todos los requisitos exigidos para considerar ilícita la publicidad. No resulta a este respecto verosímil el argumento de la reclamada de que "las mejores delanteras" se refiere a las jugadas de los "delanteros" regateando, puesto que esa imagen ni siquiera aparece junto al eslogan, ni es la impresión que tendría un consumidor medio del visionado global del anuncio. Finalmente, el Pleno manifiesta que no se trata de impedir que el cuerpo, de mujeres o de hombres, aparezca de manera más o menos sugestiva en la publicidad, ni de que mostrar partes del mismo o desnudos sea per se ilícito, sino de evitar la utilización de la imagen de la mujer como mero objeto de atracción".



Imagen 6.

El creador publicitario trata de promocionar la venta de televisores asociándolo a la celebración de los próximos mundiales de fútbol, a partir de las siguientes expresiones: "Disfruta de la más amplia selección audiovisual", "Verás las mejores delanteras del mundo". La parte anunciante explicó ante el Pleno del Jurado de la Publicidad su argumento, consistente en que la expresión "las mejores delanteras" se refiere a las jugadas de los "delanteros" regateando que podrían verse en el próximo mundial de fútbol. En el presente caso, el propio Jurado expresa que " **el cuerpo femenino, por su relevancia en el contexto del anuncio, su escasa implicación en la acción publicitaria...**". Es decir; el propio Jurado admite que el cuerpo femenino sí tiene implicación en la



acción publicitaria; pero que esta implicación es escasa. A partir de dicho reconocimiento, tampoco es posible, en términos estrictos, hablar de desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto promocionado.

Si se aplica el criterio conceptual y abstracto, el cuerpo de la mujer tampoco tiene nada que ver con la venta de televisores.

Aquí es donde la labor del creador publicitario empieza a actuar, para relacionar en concreto lo que en abstracto no tiene relación alguna.

En primer lugar, introduce el eslogan que va a unificar los elementos que no tienen conexión alguna en abstracto: "Verás las mejores delanteras del mundo". El eslogan aparece enmarcado en líneas blancas, con un fondo que es la fotografía un césped, representando el césped de un campo de fútbol. Una de las mujeres lleva una camiseta amarilla, con las letras Brasil, escritas delante; conocido es que Brasil ha dado magníficos jugadores de fútbol. Además, las dos mujeres llevan sendas marcas de pintura en el cuerpo (en mejilla y hombro, respectivamente), como suelen llevarlas l/a/o/s hinchas de los equipos de fútbol. Y, por último, entre las palabras "Media" y "Markt", aparece representado un balón de fútbol.

El eslogan "Verás las mejores delanteras del mundo" relaciona una expresión coloquial - normalmente entre hombres- para designar a una mujer que destaca por su pecho ("tener una buena delantera") con la línea delantera de los equipos de fútbol.

Esta es la forma en que el creador publicitario puede relacionar de forma concreta, tanto con la utilización de elementos gráficos (fotografía del césped del campo de fútbol, camiseta de Brasil, pinturas de l/a/o/s hinchas en partes del cuerpo, representación de un balón de fútbol), como conceptuales (eslogan "Verás las mejores delanteras del mundo", aplicable tanto al fútbol como, en lenguaje coloquial, a una parte de la anatomía de la mujer), elementos que, desde el punto de vista conceptual y abstracto, no tienen conexión entre sí. Con motivo de la próxima celebración del mundial de fútbol, utiliza como elemento de captación de la atención del público dos mujeres con escotes generosos. La venta de televisores va dirigida, fundamentalmente, al público aficionado al fútbol. Lógicamente, el Jurado considera dicha *publicidad ilegal por tratar a la mujer como objeto o como simple elemento de captación del público, pero no por que no tenga conexión en absoluto con el producto, sino por que esta conexión es escasa o por que la venta de televisores se puede promocionar entre los aficionados al fútbol de muchas formas, sin acudir a la imagen de dos mujeres con escotes generosos.*

De nuevo, el criterio de la desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto se muestra insuficiente y difuso a la hora de establecer un criterio claro para distinguir la publicidad ilícita, discriminatoria y vejatoria de la mujer de la que no lo es.

2º.- Dos casos en que los Tribunales han determinado que estamos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer y que hay desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto: la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga de 5/12/13 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 5/1/17. Desde el punto de vista de las resoluciones judiciales, aparte de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26/11/08 (ROJ: SAN 4722/2008), en la que mantiene la sanción impuesta al medio televisivo por la proyección del spot televisivo anunciando el Seat León en la campaña del 2007, considerado publicidad ilícita por la resolución de 8 de enero de 2007 del Jurado de la Publicidad, destacan las dos resoluciones que ya se han citado: la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga de 5/12/13 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 5/1/17. El problema viene a ser parecido al que se plantea en el Jurado de la Publicidad (Autocontrol). En ninguno de los dos supuestos que tratan las dos resoluciones judiciales se da una desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto o servicio promocionado. Vamos a analizar ese aspecto en las dos sentencias.

2º).1.- La Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga de 5/12/13, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22/12/16 (ROJ: SAP MA 2285/2016), declara que la publicidad desarrollada por la demandada en su página web www.ryanair.com/es denominada "Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!" (*Imagen 7*) es ilícita y desleal y que también lo es la desarrollada por la demandada en su web www.ryanaircalendar.com en la que se promociona la venta de un calendario titulado "Las chicas de Ryanair. Calendario Benéfico de la tripulación de cabina 2013" (*Imagen 8*).

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

La resolución considera que se aprecia una absoluta desconexión entre la imagen utilizada y el producto que se promociona (venta de billetes de avión). Y entiende que, en este caso se estaría utilizando el cuerpo de la

mujer reducido a un mero objeto sexual, como un recurso para captar la atención del potencial consumidor, ajeno al contenido del anuncio y de lo anunciado.

Sin embargo, la parte demandada sostenía que las mujeres que posaban en la campaña eran azafatas de la compañía, que participaban en ella con fines benéficos, para destinar los ingresos obtenidos a una asociación polaca dedicada al cuidado de los niños con fibrosis quística.

En la *Imagen 7*, la desconexión entre la imagen de la mujer y una campaña en la que se están *publicitando las tarifas de Ryanair*, es clara y evidente. Pero para paliar dicha desconexión, el anuncio añade la referencia a la campaña caritativa incluyendo el enlace "¡PINCHA AQUÍ Y COMPRA EL CALENDARIO BENÉFICO 2013 DE LA TRIPULACIÓN RYANAIR!",

en la que aparecen también seis mujeres en bikini, supuestamente, azafatas de Ryanair (*Imagen 8*).

Para justificar que se trata de azafatas, la representación procesal de Ryanair propuso en el procedimiento judicial el visionado del vídeo de los preparativos para la elaboración del calendario (documento 7, reproducido en el acto de la vista), muestra a seis azafatas de las compañías en bikini, adoptando posturas sexualmente provocativas, identificándose su nombre y país de procedencia, apareciendo al final del vídeo la imagen de un hombre en bañador (presumiblemente un modelo, al no identificarse como miembro de la compañía), como adelanto del calendario benéfico de 2.014, pero el movimiento de la cámara acaba con el mensaje en inglés "Sólo bromeábamos". En el sentido de que la grabación respondía a una broma entre ellas, y que no estaba destinada a fines publicitarios.

La compañía demandada trata de justificar el posado en bañador, con la campaña benéfica. En la *Imagen 7* es incuestionable que se está promocionando la venta de billetes, con evidente desconexión entre la imagen en bikini de la mujer y el producto promocionado (venta de billetes). Para justificar la presencia de la mujer en bikini, se alude y pone el enlace del calendario benéfico, al uso de los realizados en otros ámbitos (bomberos, policías, etc...). En la *Imagen 8* no se está promocionando directamente la venta de billetes, sino que se promociona el calendario de caridad y, en general, a Ryanair. Conforme a dicha *Imagen*, no está tan claro que se esté promocionando la venta de billetes.

Con mayor o menor fundamentación, la compañía anunciante siempre puede intentar justificar una conexión entre la imagen de la mujer y el producto publicitario.



Imagen 7

La desconexión entre la imagen de la mujer y el producto es muy acusada en la *Imagen 7*, por que lo que se destaca en el anuncio es la mujer en bikini (supuesta azafata) y la venta de billetes, con el argumento de que tanto las tarifas como la tripulación están "al rojo vivo". Para entender por qué la tripulación está "al rojo vivo", hay que pinchar el enlace que lleva al calendario benéfico de 2013 de la tripulación de cabina de Ryanair, en el que también aparecen en bikini seis supuestas azafatas.



Imagen 8

2º).2.- **La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 5/1/17** . Dicha sentencia describe el anuncio litigioso, indicando que "utiliza la totalidad del cuerpo femenino con evidentes connotaciones eróticas, pues dicho cuerpo está totalmente desnudo y mirando de frente al receptor del mensaje publicitario. La mujer que aparece en el anuncio se oculta un pecho con el brazo, mientras que el otro está parcialmente tapado con la mano, y el pubis se tapa con la otra mano y con una pequeña parte de una toalla que cuelga entre las piernas. Consideramos que dicho cuerpo femenino es el elemento captatorio de la atención de los destinatarios, esto es, el elemento del anuncio que sirve para atraer de forma directa e inmediata la atención de los destinatarios de la publicidad. La citada imagen del cuerpo femenino desnuda, tapando parcialmente sus atributos femeninos de manera sugerente, es el único elemento del anuncio que sirve para captar, retener o intensificar claramente la atención de los espectadores del mismo. Por lo que concurre el primero de los requisitos del primer supuesto del art. 3,a) LGP".

El anuncio litigioso puede verse como *Imagen 9*.

La sentencia declara que el anuncio es un caso de publicidad ilícita del *inciso segundo del art. 3,a) de la Ley General de Publicidad* al utilizar particular y directamente el cuerpo femenino como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar y considera también "que existe una desconexión total y absoluta entre la imagen desnuda de la mujer que se representa y el producto promocionado, cual es un tratamiento capilar. La melena de la imagen femenina es el único elemento del anuncio que podría tener alguna relación con el tratamiento capilar que se quiere anunciar. Sin embargo, dicha melena está en un segundo plano, pues a pesar de tener la mujer el pelo largo, éste no está totalmente visible para el espectador, sino que cuelga por detrás de los hombros y la espalda, siendo tapado parcialmente por tales partes del cuerpo. Además, las frases principales del anuncio facilitan dicha desconexión entre la imagen desnuda femenina y el tratamiento

capilar anunciado. Tales frases son las siguientes: "¡NO TE OBSESIONES CON ELLA! Tu también puedes tener una igual... ...¡LA MELENA CLARO!".

Es decir, que la desconexión entre la imagen de la mujer y el producto promocionado no es total y absoluta, puesto que "La melena de la imagen femenina es el único elemento del anuncio que podría tener alguna relación con el tratamiento capilar que se quiere anunciar". Como ocurría en el asunto Media Markt, tampoco nos encontramos con una desconexión absoluta y total, sino relativa y parcial, ya sea por la escasa conexión existente entre la imagen de la mujer y el producto promocionado (asunto Media Markt) ya sea por la poca importancia (segundo plano de la melena de la mujer, parcialmente visible en el anuncio, en la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona).



Imagen 9

El resultado de lo expuesto es que el requisito de la desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto promocionado plantea problemas cuando se limita a la comparación conceptual y abstracta entre la imagen y el producto, por que no es esta la forma en que es percibido por el público; tampoco es un requisito que sirva para analizar de forma clara las situaciones, por que la desconexión absoluta y total, en sentido estricto, es bastante difícil que se dé, y siempre hay un mayor o menor grado de conexión que hace que los hechos a enjuiciar se presenten de una forma un tanto difusa, apreciándose una desconexión relativa y parcial.

La opinión de este Juzgador es que el criterio que sirve para clarificar esas situaciones es la **conexión directa e indiscutible** entre la imagen de la mujer y el producto publicitado. **Cuando se da esa conexión directa e indiscutible (Imagen 3) , no estamos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer.** Los creadores publicitarios, anunciantes y órganos administrativos y judiciales con competencias en materia de publicidad deben saber que cuando no se da esta conexión directa e indiscutible y estamos ante **conexiones indirectas**, aumenta el riesgo y las posibilidades de hallarnos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer. Como el requisito de la conexión directa e indiscutible entre la imagen de la mujer y el producto se puede dar más fácilmente que el requisito de la desconexión absoluta entre ellos, sólo por eso, el requisito de la conexión directa e indiscutible se muestra más práctico y útil que el de la desconexión absoluta paradiscernir entre los supuestos que sí constituyen publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer de los que no constituyen esta publicidad.



No obstante, para determinar la licitud o ilicitud de publicidad con **conexiones indirectas** entre la imagen de la mujer y el producto promocionado **también hemos de entrar a emitir un juicio de valor**, atendiendo a la forma de presentarse la imagen de la mujer y la percepción de la misma que se pretende (por ejemplo, predominio del contenido erótico en la Imagen 5 en un anuncio sobre viajes), el contexto (más o menos relacionado con el producto o el argumento publicitario), la importancia (mayor o menor) que tiene dicha imagen en el anuncio para la captación de la atención de público, la percepción que tiene el público de la imagen y la conexión (mayor o menor) entre la imagen de la mujer y el argumento publicitario.

Como indica el Jurado de la Publicidad en los Asuntos Air Berlín y Seat León (Resolución de 8 de enero de 2007) y reiteran las dos resoluciones judiciales de los Juzgados Mercantiles que se han citado, puede apreciarse en principio la existencia de una infracción de la norma 10 del Código de Conducta Publicitaria [y del párrafo segundo el artículo 3 a) de la LGP, coincidentes en redacción] cuando concurren ciertos requisitos:

"i) La utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad. ii) 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; y iii) La desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado".

La importancia del requisito de la conexión directa e indiscutible entre la imagen de la mujer y el producto promocionado, como sustitutiva del tercer requisito [iii).- *desconexión absoluta*], tiene una relación clara con los otros dos requisitos fijados por la doctrina de Autocontrol:

i) *La utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad.*

Como hemos visto en el Asunto Media Markt, puede haber conexiones indirectas que relacionan la imagen de la mujer (con las nalgas manchadas de arena de la playa, y el mar de fondo) en el anuncio publicitario con el producto promocionado (venta de viajes en avión a destinos de sol, playa y mar). Sin embargo, la *Imagen 5*, muestra el trasero de una mujer como parte captatoria de la atención del público y con connotaciones eróticas.

La cuestión estaría en saber si en supuestos en que la conexión de la imagen de la mujer con el producto es directa, la imagen de la mujer puede presentarse con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad. Es decir, cuando la conexión entre imagen y producto es directa, pero no es todo lo directa que debiera ser. Es una de las cuestiones que debe estudiarse en el presente caso.

Este requisito puede ser tanto causa como efecto de la falta de conexión directa de la imagen de la mujer con el producto promocionado.

Podemos concluir que el requisito de "*la utilización del cuerpo femenino, o partes del mismo, con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad*" **sirve para determinar el grado de mayor o menor conexión directa entre la imagen de la mujer y el producto promocionado.**

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.

El segundo de los requisitos exigido por la doctrina del Jurado de la Publicidad (Autocontrol) **también puede servir para medir la mayor o menor conexión directa entre la imagen de la mujer y el producto publicitado.** Como el requisito i), el requisito

ii) también puede ser tanto causa como efecto de la falta de conexión directa de la imagen de la mujer con el producto promocionado.

Podemos concluir que el acto de percepción de la imagen publicitaria -en ese caso, de la mujer- es un acto complejo, en el que los tres requisitos establecidos por el Jurado de la Publicidad y los Tribunales y el requisito de la conexión directa e indiscutible, no sólo sirven para ser aplicados individualmente a la hora de analizar la publicidad ilícita, sino que están estrechamente interrelacionados entre sí, hasta el punto de que un requisito implica otros, puede determinar el contenido de otros y puede ser causa o efecto de los otros requisitos.

Por último, recordar que ya hemos dicho que no son objeto de análisis en esta resolución los *anuncios que presentan la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia [segundo inciso del párrafo segundo del artículo 3 a) de la LGP].*

CUARTO.- Teniendo en cuenta lo expuesto, analizamos las imágenes de la mujer que son objeto de enjuiciamiento:

CUARTO.1.- *Fotogramas 2 y 3.*

La imagen de la mujer capta la atención de los destinatarios focalizando el interés en destacar el trasero de la mujer. La conexión entre la imagen de la mujer, el argumento publicitario y el producto promocionado dista mucho de ser directa e indiscutible:

a).- No es directa por que se sitúa la imagen de la mujer en una gran biblioteca y cogiendo y dejando libros, con ropa de calle, y no en un **gimnasio**, haciendo ejercicios físicos y con ropa deportiva.

b).- No es indiscutible, por que es totalmente discutible el argumento publicitario de que para tener tonificados los glúteos igual que la chica que está en la biblioteca, haya de acudir al **gimnasio** anunciante. En primer lugar, una mujer puede tener tonificados los músculos glúteos sin ir al **gimnasio**, ya sea por que natural y anatómicamente tiene el trasero bien conformado, ya sea por que tonifica los músculos glúteos haciendo deporte fuera del **gimnasio**, ya sea por que, simplemente, se desplaza en bicicleta o camina largas distancias.

La consecuencia de lo expuesto es que en los *Fotogramas 2 y 3* se utiliza el cuerpo de la mujer como objeto y no hay conexión directa e indiscutible entre la imagen de la mujer y el producto promocionado.

CUARTO.2.- *Fotograma 4.*

Estamos en los mismos supuestos que los de los *Fotogramas 2 y 3*. La conexión entre la imagen de la mujer, el argumento publicitario y el producto promocionado dista mucho de ser directa e indiscutible:

a).- No es directa por que muestra a un hombre y a una mujer teniendo una relación sexual en la habitación de una vivienda. Algo que no tiene nada que ver con el **gimnasio**.

b).- La conexión no es indiscutible. Como en el caso de los *Fotogramas 2 y 3*, se intenta captar la atención del público destacando el trasero de la mujer, para sugerir al espectador que un trasero como el que está viendo es así por que sus músculos han sido tonificados en el **gimnasio**. Ya hemos indicado que la tonificación de los músculos glúteos no tiene por qué conseguirse necesariamente en el **gimnasio**, sino que puede conseguirse en la forma que se ha dicho al comentar los *Fotogramas 2 y 3*. Estamos ante la utilización de una parte del cuerpo de la mujer (el trasero) como mero objeto erótico, con la mano derecha del hombre sobre el trasero de la mujer, destinada a captar la atención del público y estimular el instinto y las fantasías y deseos sexuales asociados al atractivo físico que se puede lograr en el **gimnasio**.

La consecuencia de lo expuesto es que en el *Fotograma 4* se utiliza el cuerpo de la mujer como objeto y no hay conexión directa e indiscutible entre la imagen de la mujer y el producto promocionado.

CUARTO.3.- *Imagen 2*

En dicha *Imagen* la mujer viste una ropa que deja desnuda más de la mitad de los glúteos. Distinguiamos:

a).- Conexión directa. En este caso, la conexión directa entre la imagen de la mujer y el producto, viene dada por que, en colores oscuros que destacan muy poco del fondo negro, puede verse la parte inferior de una mancuerna que la mujer sujeta con la mano derecha. Estaríamos ante una conexión directa entre la imagen de la mujer y el producto. Sin embargo, el grado de conexión directa es muy débil, por las siguientes razones:

1º).- La forma de presentar la parte del trasero de la mujer, tiene una finalidad captatoria de la atención del público y se presenta con connotaciones eróticas. Ya se ha dicho que el supuesto pantalón de deporte que cubre sólo la mitad de las nalgas de la mujer, es inadecuado para ir a un **gimnasio** e incómodo para practicar ejercicios físicos.

2º).- La forma de presentar la parte de mancuerna que se ve es mucho menos destacada que la forma de presentar el trasero de la mujer. La parte de mancuerna que se ve queda menos iluminada, más difusa sobre el fondo negro del anuncio y desplazada en el elemento de captación de la atención, que es el trasero de la mujer.

b).- La conexión no es indiscutible. La mancuerna es un instrumento o aparato ideal para tonificar músculos de brazos y pecho. Sin embargo, hay aparatos y ejercicios mucho más adecuados y relacionados con la tonificación de los glúteos que la mancuerna. En el anuncio, se pone una referencia directa al **gimnasio**, la mancuerna, con color oscuro y en un plano que no capta la atención del público; contrariamente a lo que ocurre con el trasero de la mujer, que capta dicha atención desde el primer momento.

Por tanto, nos encontramos con una conexión directa débil que muestra una cierta utilización como objeto de una parte del cuerpo de la mujer.

La consecuencia de lo expuesto es que en la *Imagen 2* hay conexión directa muy débil entre la imagen de la mujer y el producto promocionado, utilizándose una parte del cuerpo de la mujer como elemento captatorio y con connotaciones eróticas, lo que da lugar a una cierta utilización de la imagen de la mujer como objeto.

La demanda ha de ser totalmente estimada.



QUINTO.- Procedencia de la imposición de costas. Establece el artículo 394.1 de la LEC que "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". En el presente caso, procede imponer las costas a la parte demandada porque sus pretensiones han sido rechazadas.

FALLO

ESTIMAR TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de INSTITUTO DE LA MUJER - MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD contra **McFIT ESPAÑA, SLU**,

1º).- DECLARAR que la publicidad referida e identificada en los hechos segundo y tercero, y que la demandada desarrolla en su página web, redes sociales, y en lonas y carteles publicitarios, es ilícita y desleal.

2º).- CONDENAR a la demanda a cesar la campaña publicitaria descrita en los puntos anteriores, y PROHIBIR su reiteración futura.

3º).- CONDENAR a la demandada a la publicación de la sentencia, a su cargo, en los medios de comunicación digital, página web o redes sociales en los que ha llevado a cabo esta publicidad ilícita.

4º).- CONDENAR a la demandada a satisfacer a la actora las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. No cabrá interponer dicho recurso contra las sentencias dictadas en juicios verbales por razón de la cuantía, **cuando ésta no supere los 3.000 euros**.

Al notificarse la resolución a las partes, se les indicará que, conforme a la D.A. decimoquinta de la LOPJ, introducida por la LO 1/09, para el anuncio o la preparación o la interposición del **recurso de apelación**, será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado en la entidad Banco de Santander y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Así por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones originales y se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

E/L/A MAGISTRADO/A JUEZ

E/

PUBLICACION.-La precedente sentencia ha sido leída en audiencia pública, por el Magistrado-Juez que la dicta, el mismo día de su fecha, de lo que yo, e/l/a Letrado/a de la *Administración de Justicia*, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.