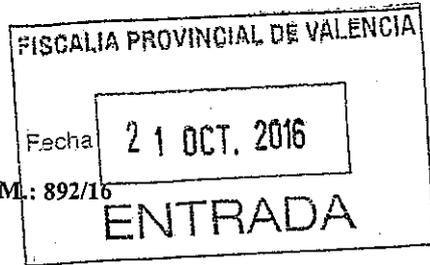




ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DON ROMÁN RODRÍGUEZ DE ALBALADEJO, LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA SECCIÓN NOVENA DE LA ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA,
DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el LIBRO DE SENTENCIAS/AUTOS, constan los particulares del siguiente tenor literal:

ROLLO NÚM. 001246/2016



RF

SENTENCIA NÚM.: 892/16

Ilustrísimos Sres.:
MAGISTRADOS
D^a ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA
D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA
D^a PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a diecisiete de octubre de
dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON/DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA, el presente rollo de apelación número 001246/2016, dimanante de los autos de Juicio Verbal - 001225/2014, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a LETRADO GENERALITAT VALENCIANA y MINISTERIO FISCAL, y de otra, como apelados a CEMENTOS LA UNION SA y INSTITUTO DE LA MUJER, MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD representado por el Procurador de los Tribunales CARMEN MIRALLES PIQUERES, y asistido del Letrado ABOGADO DEL ESTADO, en virtud del recurso de apelación interpuesto por LETRADO GENERALITAT VALENCIANA y MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 2 DE VALENCIA en fecha 22/12/15, contiene el siguiente FALLO: "QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO DESESTIMAR la demanda formulada por la Abogacía del Estado en representación de INSTITUTO DE LA MUJER MINISTERIO DE SANIDAD SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, y en la que han intervenido la LETRADO DE LA GENERALITAT VALENCIANA, y MINISTERIO FISCAL, contra la mercantil CEMENTOS LA UNIÓN SA, todo ello sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por LETRADO GENERALITAT VALENCIANA y MINISTERIO FISCAL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales, salvó en cuanto al plazo para dictar sentencia, por la carga de trabajo que pesa sobre esta Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado Mercantil 2 de Valencia dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2015 que desestimaba la demanda interpuesta por la Abogacía del Estado en representación del INSTITUTO DE LA MUJER, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad, en que han intervenido el Letrado de la Generalitat Valenciana y el Ministerio Fiscal, todo ello sin expresa imposición de costas.

Tras los trámites pertinentes y la práctica de prueba, el Juzgador de instancia dictó sentencia que:

- a) Desestimó la falta de legitimación activa de la asociación DONES DE XIRIVELLA EN ACCIÓ, ASOCIACIÓN DE MUJERES RED FEMINISTA DE DERECHOS CONSTITUCIONAL, ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC), INTERSINDICAL VALENCIANA, ASSOCIACIÓ CIUTADANIA I COMUNICACIÓ DE VALENCIA, ASOCIACIÓ CENTRE DE FORMACIÓ ESCOLA DE CIUTADANIA EN FEMENIA MARÍA MOLINER, por estar limitado el





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ejercicio de tales acciones, en supuestos como el expresado, por no ser quien demanda, y pretender intervenir en el procedimiento una vez iniciado, y no ser su objetivo único la defensa de derechos de la mujer, sino que se compaginaba con otros de diversa índole, y nada nuevo o diferente se había argumentado respecto de lo ya alegado.

- b) Rechazó la acción de cesación instada por publicidad ilícita, en cuanto no pretende declaración de futuro, sino actual, relativa a la publicidad de la página web y de los sacos de cemento. No tiene en cuenta lo relativo a "camiones" y, en cuanto a los morteros tan solo en cuanto los productos de tal clase se reflejan en la página web.
- c) Sobre la carencia sobrevenida de objeto, considera que concurre, puesto que, al haberse retirado de la web los contenidos del video promocional y de "Carol Cluni", conforme el artículo 22-1 LEC, resulta innecesario todo pronunciamiento al respecto.
- d) Se pronuncia y desestima la acción planteada por publicidad de la página web relativa a los morteros y sacos de cemento, rechazando que sea necesario acudir a la ley de Marcas por ostentar un derecho marcario, rechaza asimismo la prescripción -en cuanto a la campaña de 2006- porque la demandante se ciñe a la situación actual, lo que es cuestión distinta de qué esta publicidad actual derive de la utilizada en 2.006.
- e) Finalmente, tras exponer la doctrina sobre publicidad ilícita, conforme el artículo 3-1-a) de la Ley 34/1988 concluye, por una parte, que ciertas imágenes aportadas con la demanda (documento 15) no se corresponden con las existentes actualmente, que la propia Abogacía del Estado aportó en el acto de la vista -sentencia, folio 630 actuaciones-. Por tanto, no aparecen en la web las imágenes que fueron objeto de demanda, por lo que hay carencia de objeto, como sostiene la actora.
- f) Y examinando las actuales, considera que se utiliza un dibujo -no imágenes de carne y hueso- con exhibición de partes del cuerpo, con una vestimenta no especialmente sugerente, con los brazos cruzados y sonriente, por lo que no tiene contenido erótico sensual, distinto de lo que pretende anunciar. Tampoco hay frases sugestivas, pues en los sacos solo se dice: "utiliza el casco" o "abre fácil"

Frete a dicha resolución se plantearon sendos recursos de apelación:

I.- RECURSO DE APELACIÓN DE LA ABOGADA DE LA GENERALITAT:

- A) Sobre la prescripción de las acciones publicitarias de la campaña de 2006, porque considera que no ha finalizado la conducta, que la campaña se ha visto prolongada, y hay una reiteración de la utilización del cuerpo de la mujer como mero objeto, como reclamo promocional. No es una campaña distinta, sino una misma línea publicitaria, que no ha cesado.
- B) En cuanto al fondo, porque existe infracción del artículo 3 a) de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, general de publicidad. Es indicador de sexismo la utilización del cuerpo de la mujer para promocionar un producto no relacionado con ella. Se utiliza como reclamo, como objeto pasivo de captación de atención, sin conexión con el producto y ligera de ropa. Esto no es coherente con la actividad laboral, tampoco, puesto que la protección ha de ir encaminada a cubrir todas las partes del cuerpo.
- C) Sobre la carencia sobrevenida de objeto. Admite la retirada del vídeo promocional y de "Carol Cluni" pero tampoco la actual campaña puede considerarse lícita, y así ha de reconocerse procediendo a la revocación de la sentencia.

II.- El RECURSO DE APELACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL incide en idénticos aspectos, considerando ilícita la actuación publicitaria de Cementos La Unión, ya que concurre infracción del artículo 3 a) de la LGP, ya que es publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, que la impresión de la imagen de la mujer en los sacos de cemento utiliza de forma particular y directa el cuerpo de la mujer, como mero objeto desvinculado del producto; en segundo lugar, que no hay prescripción de la acción porque es una continuada conducta con diferentes secuencias y contenidos aun no finalizada; sobre la carencia sobrevenida de objeto, porque se considera que no es factible la declaración, aun parcial, de tal extremo, porque no puede considerarse satisfecha porque se ha retirado una cosa y sustituida por otra.

Finalmente, considera que la acción de cesación no solo se refiere a hechos presentes -no pasados- como expresa la sentencia, añadiendo que la acción de cesación tiene por objeto no solo el cese en la conducta, sino la prohibición de reiteración, tratándose de una misma línea de actuación y promoción, solicitando además la publicación de la sentencia estimatoria por publicidad ilícita.



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La parte demandada se opuso al recurso, por las razones que esgrimió, quedando planteada la cuestión, en esta alzada en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida en cuanto al planteamiento general, y en cuanto no se oponga expresamente a lo que seguidamente se indicará.

La Ley General de Publicidad (LGP) y la Ley de Competencia Desleal (LCD) convergen en la regulación de la publicidad ilícita, por cuanto, de un lado, la publicidad tiene claramente una finalidad de influencia en el mercado, y, por ello, de otra parte, puede convertirse en supuesto de acto desleal. Así, la STS, Civil sección 1 del 04 de julio de 2005 (ROJ: STS 4429/2005 - ECLI:ES:TS:2005:4429) Sentencia: 515/2005 | Recurso: 214/1999 | Ponente: ANTONIO GULLON BALLESTEROS afirmaba de conformidad con la regulación a la sazón existente que:

<<El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (arts. 32 y 33, antes de la derogación de este último por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2.000). Además, la Ley de Competencia Desleal abarca la publicidad ilícita. Así, el art. 5º reputa desleal "todo comportamiento" que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, por lo que no excluye aquella actividad; el art. 6º considera desleal "todo comportamiento" que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos; el art. 7º, al definir los actos de engaño, considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, lo mismo que el art. 9º al tipificar los actos de denigración, prevé la difusión de manifestaciones. En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente.>>

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios por transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, ha intentado solventar los problemas que planteaba la doble regulación existente, eliminando, por una parte, las especialidades procesales de la LGP y remitiéndose a las normas de carácter general para acciones derivadas de competencia desleal en la LCD, de modo que resultan de aplicación los artículos 32 y ss de esta última. Por ello, las acciones que pueden ejercitarse respecto de la publicidad ilícita son la declarativa de deslealtad, la de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su puesta en práctica o de su reiteración futura, la de remoción, la de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (respecto de todas las cuales se prevé que la sentencia pueda acordar la publicación total o parcial de la sentencia); cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora), la de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente, y la de enriquecimiento injusto, si la publicidad ilícita ha lesionado una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Por otro lado, ha modificado, asimismo, el título II LGP regulador de la publicidad ilícita en el aspecto sustantivo. Los apartados a-d de dicho art. 3 LGP tipifican como **publicidad ilícita la 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 (aunque esto es dudoso en el caso de la publicidad subliminal).

La Directiva 2005/29/CE es clara al considerar que una de las prácticas comerciales desleales típicas en relación a los consumidores puede ser la publicidad. Por tanto la Directiva prevé para la publicidad engañosa (por acción u omisión), la confusoria, la agresiva y la comparativa, cuando van dirigidas a los consumidores y son aptas para afectar de modo relevante a su comportamiento económico, el mismo régimen sustantivo y procesal que para el resto de actos desleales de naturaleza engañosa, confusoria, agresiva y de comparación, lo que se ha trasladado al Derecho interno con la reforma indicada, que además lo ha hecho extensivo no sólo a las prácticas comerciales desleales con los consumidores, sino a los actos que solo afecten a competidores o a la transparencia del mercado en general. En palabras de algún autor, el criterio de enjuiciamiento para decidir si una actuación publicitaria es ilícita por engañosa, confusoria o agresiva será el mismo que para decidir si lo es cualquier otra actuación realizada en el mercado con fines concurrenciales, siendo innegable la relación extrema entre ambas leyes, ya que, por una parte, si la Ley 29/2009 en su disposición adicional dispone que "... se entiende por publicidad la actividad así definida en el art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad", por otra parte, el artículo 18 LCD considera que la publicidad que la LGP entiende "ilícita... se reputará desleal".

Sin embargo, en el supuesto analizado en el presente procedimiento, lo que es objeto de análisis y valoración son los concretos bienes jurídicos protegidos constitucionalmente que ven, con ello, realizada su trascendencia, aunque ello no



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

comporte necesariamente una ventaja concurrencial en el mercado. Es en este último contexto en que vamos a desarrollar el análisis de las cuestiones que nos afectan.

TERCERO.- Antes de abordar la cuestión de fondo debatida, cabe efectuar dos puntualizaciones previas, al hilo de los dos recursos planteados y en relación con dos aspectos que en los mismos se suscitan:

1.- No cabe rechazar, ni siquiera entrar a valorar, si la campaña publicitaria de la demandada, tal y como se inició entre 2005-2006 se halla o no prescrita. Ambos recursos plantean que no cabe considerar que la campaña de 2006 se halle prescrita, tal y como declara el juzgador en la sentencia, aunque el razonamiento sea confuso. Concluye -final del fundamento jurídico undécimo- que *"No hay prescripción respecto de las acciones ejercitadas en la demanda, siendo una cuestión distinta si la publicidad en la que esta se basa (nasa por error, en el original) es o no ...utilizada en el año 2006, que si se vería afectada por la prescripción"*. Por tanto, lo que afirma la sentencia es que la campaña de 2006 sí se vería afectada por la prescripción, pero que nosotros examinamos una campaña derivada de aquella, por lo que no concurre la alegada prescripción. Además, **no se discute por las recurrentes la acotación del objeto enjuiciado** -las figuras en los sacos de cemento y en los morteros, en cuanto constan hoy en la página web-, por lo que resulta estéril analizar si la campaña precedente (la de 2006, por simplificar) como *antecedente* de la que aquí se analiza, está o no prescrita, ya que, en definitiva, lo relevante es el análisis de la campaña "actual" al tiempo de la demanda, siendo los precedentes *indicativos* de la evolución de la campaña publicitaria, y relevantes para analizar sus fundamentos últimos, pero, desde luego, irrelevante que el juzgador afirme que una acción fundada en la campaña de 2006 estaría prescrita cuando aquí analizamos hechos producidos *con posterioridad*, tal y como se refleja en demanda presentada en 2014.

2.- Igualmente, en segundo lugar, **sobre la carencia sobrevenida de objeto**, se acepta por las recurrentes, con el matiz que luego analizaremos -sobre condena a no reiteración de conducta- que el video promocional anterior y los juegos de la página web sobre la figura "Carol Cluni" han sido suprimidos. Por ello, en cuanto ya no constituyen campaña publicitaria efectiva, nada hemos de indicar aquí, sin que ello implique que no fuera absolutamente pertinente el planteamiento de tales cuestiones en la demanda inicial. Sencillamente, su supresión deja sin contenido -en relación a los mismos- el suplico de la demanda (la única presentada fue la inicialmente formulada por la Abogacía del Estado, a la que se sumaron la Abogacía de la Generalitat Valenciana y el Ministerio Fiscal, siendo estas dos últimas partes las recurrentes). Y en aquella demanda inicial solo se interesaba que se *"declare que la publicidad que desarrolla la demandada en la página web... es ilícita u desleal"* *"que se declare que la publicidad utilizada en los sacos de cemento es ilícita y desleal y que se condene a la demandada a hacer cesar la campaña publicitaria descrita en los puntos anteriores"*. Razones de congruencia imponen tales límites a la resolución a dictar, por lo que, obviamente, a ellos nos vamos a ceñir, lo que implica, reiteramos, que las conductas suprimidas (aunque vigentes al tiempo de interponer la demanda) queden en la órbita de la carencia sobrevenida de objeto y las anteriores a la campaña actual -tampoco ya activas- solo deban valorarse desde el punto de vista ya expresado: para considerar si la actual campaña deriva y/o trae causa de aquella campaña inicial, ya en gran medida suprimida e inactiva.

CUARTO.- SOBRE LAS FIGURAS QUE SON OBJETO DE ENJUICIAMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA.-

Las acciones ejercitadas en la demanda se ciñen a la declarativa de deslealtad y a la de cesación de publicidad ilícita, esencialmente. Y los hechos a los que se alude, se inician en 2005, según se relata en la demanda que presenta la Abogacía del Estado, en nombre del Instituto de la mujer, con intervención ulterior tanto del Ministerio Fiscal cuanto de la Abogacía de la Generalitat Valenciana, en defensa de idénticos planteamientos a los mantenidos en la demanda inicial, aunque van evolucionando, tal y como recoge la sentencia recurrida. Las recurrentes no cuestionan, propiamente, el relato fáctico, sino la conclusión obtenida.

La imagen de Carol Cluni se introdujo, efectivamente, en 2005, como medio de atraer la atención hacia los productos de la empresa demandada, que, en concreto, se trata de materiales destinados a la construcción -cementos y morteros en general-. La parte demandada, al oponerse al recurso, viene a sentar la afirmación, de que vamos a partir, de que no era cierta la aseveración introducida en el escrito del Ministerio Fiscal relativa a que en los sacos de cemento comercializados por la demandada apareciera la figura de una mujer en tanga o con el pantalón desabrochado, que, expone, no ha aparecido en ningún momento, remitiéndose al documento 1 de la demanda en que se observan los sacos comercializados en 2005 y 2013. Remite igualmente a las imágenes contenidas en la sentencia, obrantes a los folios 629 y 630 de las actuaciones, correspondiendo las indicadas en primer lugar a las inicialmente existentes en los sacos de cemento, y las segundas a las que reseña la página web en los morteros.

Esta Sala, tras observar detenidamente todo el material obrante en autos, y constatar lo que, a día de hoy, presentan los productos de la demandada -en la página web, que se ha consultado- concluye que, efectivamente, no aparece figura

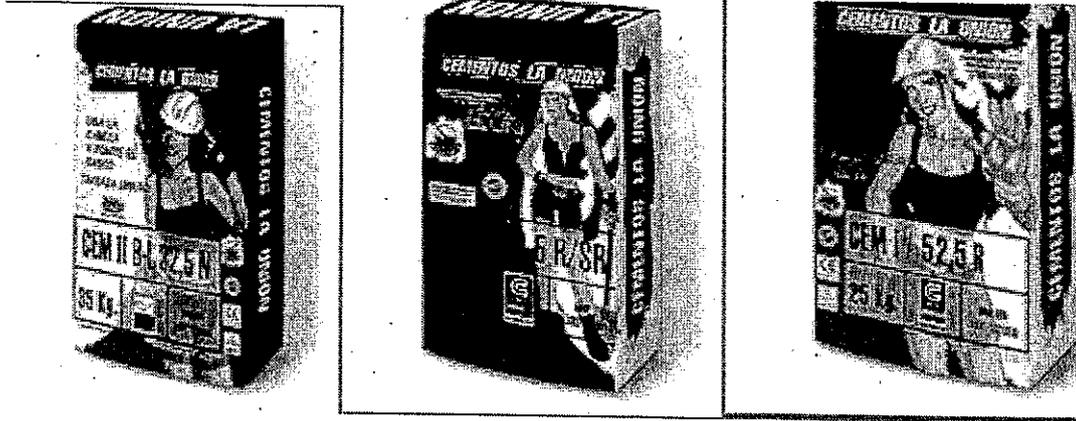


GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

femenina alguna portando un tanga en dichos sacos, pero sí siguen manteniéndose -en los sacos de cemento- grandes escotes, tops con tirantes, cintura descubierta y pantalones cortos y ceñidos.



Estas son las tres figuras -en cuatro productos- que se utilizan en los sacos de cemento de la demandada, obtenidos de la página web, y, la que seguidamente se reproduce, la que aparece en los distintos productos de mortero. Solo utilizamos la de este producto, pues aunque se utiliza en distintos productos, la figura que aparece en ellos es la misma.



Pues bien, la conclusión que cabe extraer, a la vista de las manifestaciones de la demandada, que viene a vincular el uso de tal figura femenina con la loable intención de potenciar el uso de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, no resulta, ciertamente, muy clara, si tenemos en cuenta que:

GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- a) La ropa que lleva, en todos los casos, ese 'dibujo' que representa, la figura femenina, está muy alejada de lo que vendría a ser una ropa de trabajo apropiada, y, menos aún, en el ámbito de la construcción, ya que, por una parte, la "mujer" no representa, en ningún caso, el sector mayoritario en la construcción (entiéndase "ejecución" de obra), sino muy al contrario, está en una situación minoritaria, por no decir inexistente. Recalcamos que nos referimos a la ejecución, propiamente dicha, y no a los técnicos intervinientes en ella (aparejadores/as, arquitectos/as, ingeniero/as, por ejemplo) en que ha habido un notable incremento de presencia de la mujer, como en otros tantos ámbitos tradicionalmente considerados masculinos. No ha sucedido ello en las tareas propias de la construcción, en que la fuerza física, muchas veces necesaria para su realización, u otras razones que no resulta necesario siquiera analizar, han llevado a que no resulte en absoluto representativa la figura de una mujer vinculada a la obra de construcción, ni que un cemento/mortero venga a relacionarse, de entrada, con la figura femenina, con la que nada tiene que ver, de modo que la presencia de una figura femenina, en principio, no encuentra justificación alguna en el ámbito publicitario de los cementos/morteros. Y, por otro lado, si lo que se pretendía, como afirma la demandada, era potenciar el uso de las medidas adecuadas de seguridad, mal se concilia ello con un atuendo que ni siquiera cubre las partes del cuerpo, en forma suficiente, para evitar contusiones, golpes u otro tipo de agresiones producidas por los materiales, en actividad de gran riesgo físico. Resulta significativo que en el saco de cemento que está escrito en inglés y que obra unido a las actuaciones (folio 610) la figura femenina tapa su escote, luce un chaleco, lleva un pantalón más alto y no muestra apenas la cintura. Esta figura femenina (la del saco folio 610) no se corresponde con ninguna de las reseñadas en la presente resolución, que constituyen el "actual" núcleo publicitario, pero podría entenderse más ajustado a una hipotética intención de potenciación del uso de medidas de seguridad, puesto que aparece con chaleco, casco, guantes y botas, sin exposición innecesaria de partes del cuerpo que nada tienen que ver con aquella pretendida voluntad e intencionalidad. Ninguna relación se nos alcanza que pueda existir entre una figura femenina, tipo comic, con exagerados rasgos y atributos femeninos, y ropa inadecuada, por escueta y ceñida, para las tareas que, se supone, debía desempeñar. Es más, tal y como resalta el escrito de recurso de la Letrada de la Generalitat, muy al contrario, lo lógico sería dotar de protección al cuerpo cubriéndolo con los tejidos, y no exponerlo, en su mayor parte, a cualquier impacto o agresión exterior.
- b) Aunque existen diferencias importantes entre las figuras femeninas de la página 629 y las de la 630 (tomamos como referente las imágenes de la sentencia, que es el objeto de nuestra revisión, para evitar confusiones), una primera conclusión cabe obtener, y es que parte de las figuras que se observan a folio 629 ya no aparecen en los sacos de cemento, a día de hoy, en la página web. Se han evitado, de hecho, las que presentaban prácticamente un escueto top con tirantes caídos, o insinuaban carencia de otra cobertura, con la superposición de un anuncio poco visible en la imagen que reproduce la sentencia de primera instancia. Ahora bien, compartimos con ambas recurrentes la impresión de que, realmente, nos hallamos ante la "evolución" de una misma cosa, que no ha perdido su esencia. Y que, de hecho, se ha ido "reduciendo", pero sin suprimirla, lo que, en suma, vincula, para cualquiera que conozca el producto, los residuos actuales con los precedentes de la misma, incluso en su versión más deplorable, ya suprimida, contenida en el video que era visible, anteriormente, en la página web (del que se ha aportado el correspondiente documento) o en la campaña en feria de construcción de 2006 o en los contenidos de la página web del personaje, vinculados a una especie de *strep tease*.

Lo cierto es que se ha suprimido, por la demandada, solo aquello que, en su opinión, podría ser valorado como más burdo, pero manteniendo la esencia que inició esta campaña publicitaria, a modo de vínculo intangible que, en modo alguno, entendemos que deba mantenerse.

La línea argumental de la parte demandada pivota sobre una doble argumentación justificativa, pues, por una parte, resta importancia a los modelos femeninos plasmados en los cementos y morteros, por tratarse de dibujos-cómic y, por tanto, porque no utilizan, propiamente, una figura femenina real, vinculando la forma y la vestimenta de la misma a un personaje de dibujos animados reciente (folios 546 y siguientes) y, de otro compara su propia campaña con otras de contenido tan absolutamente intolerable, tanto en sí mismas cuanto desde el punto de vista de la falta de relación entre la campaña y el producto ofertado, con explícitas referencias sexistas e incluso con una total falta de respeto hacia el uso del cuerpo femenino como soporte o receptor de los más variopintos objetos, de modo que genera la sensación de que, ante semejantes vulneraciones de los principios básicos de la publicidad lícita, resulte prácticamente una nadería la consideración como ilícita de la campaña publicitaria de la demandada.

Estos argumentos se han acogido por el Juzgador y han servido, en definitiva, para desestimar la demanda, lo que no compartimos por varias razones:

- a) En primer lugar, puntualizar que no cabe ampararse en la existencia de una marca que ha sido alterada en todos los casos y no se ha utilizado, siquiera en forma idéntica a la que refleja la misma. Y porque, además, no es objeto de este procedimiento la existencia o no de la marca, sino la plasmación de determinadas figuras -no corresponden tampoco a las de la marca- en campaña publicitaria en relación con los productos a que se refiere, y, ya hemos anticipado, no se entiende adecuada la utilización de la figura femenina, en este caso, ni en la forma, ni en cuanto al tipo de producto. No es casual,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

en absoluto, que se haya potenciado ese uso de la figura femenina, precisamente por la razón contraria: basta observar el vídeo de la -afortunadamente- desaparecida campaña en CEVISAMA, para comprender qué reacción pretendía obtener el personaje de ficción de Carol Cluni de los potenciales clientes, aprovechando la empresa esta situación (es decir, que era un personaje ficción) para llevar a cabo una animación absolutamente inviable de tratarse de una mujer de carne y hueso en el contexto de una feria dedicada a materiales de construcción. Esta idea la corrobora el anterior vídeo de la web, tampoco hoy mantenido, con la aparición, a modo de mensaje subliminal, de una misma mujer, con un gran escote y casco, y luego en bikini. La asociación que se pretende obtener es evidente, y la continuación de cualquier aspecto de aquella misma campaña, aunque suavizada, no puede ser mantenido.

b) En segundo lugar, porque nada tiene que ver la figura utilizada en una película de animación, fundamentalmente destinada a un público infantil, que capta otro tipo de mensajes, con la centrada en publicidad de materiales de construcción, cuyo uso es propio de personas adultas, en el contexto de una obra en ejecución. Tampoco la exageración de determinadas conductas puede ser un argumento que minimice otras y la actual permanencia de secuelas de la campaña inicial, como evolución de aquella, ha de ser expulsada.

QUINTO.- La consecuencia de lo hasta aquí argumentado ha de ser la supresión de tales figuras femeninas de los sacos de cemento y de las cajas de mortero, por ser una utilización sexista de aquellas, con figuras que nada tienen que ver con el producto ofertado.

Partiendo de que el artículo 3, de la LGP recoge como 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. Y puntualiza que "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 vulnere 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", entendemos que tal campaña incurre en la prohibición expresada en la primera parte de la norma, ya que solo buscan atraer la atención de los potenciales consumidores -en general hombres- con la presentación, aun en forma de dibujo, de una figura femenina con escasa vestimenta resaltando sus características físicas más llamativas. No está justificada esa utilización de la figura femenina con la potenciación de las medidas de seguridad, pues ni, para ello, lleva vestimenta apropiada al trabajo, ni se comprende que, nuevamente, se utilice una figura femenina de características muy acentuadas, como se observa en los dibujos, en una clase y tipo de trabajo en que su presencia es prácticamente irrelevante (reiteramos, en la ejecución de obra, que no en el diseño o en el control de ejecución, que no es desde luego, el ámbito al que se refieren los sacos de cemento o el mortero).

Dicho lo cual, no cabe acceder, como solicita la representación del Ministerio Fiscal, a la prohibición de la reiteración de la conducta en el futuro. Con ser cierto, como así es, que el artículo 32.1, 2º LCD recoge la posibilidad de ejercitar la "Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura", el suplico de la demanda inicial nada solicita al respecto y cabe observar que no es una consecuencia ineludible, porque se expresa en forma disyuntiva.

Ahora bien, es obvio que la prohibición de una conducta implica que la misma no deba reproducirse y la aparición de nuevas secuelas podría dar lugar a acciones de cesación análogas, si no se erradicara, en forma definitiva, la publicidad, examinada.

SEXTO.- La estimación del recurso comporta la no expresa imposición de costas en segunda instancia, y la imposición de costas en primera instancia, al revocarse íntegramente la resolución recurrida.

Nada cabe acordar sobre depósito para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados, demás concordantes y de general aplicación,

FALLO

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por LETRADA DE LA GENERALITAT VALENCIANA Y MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de mercantil 2 de Valencia, con fecha 22 de diciembre de 2015, que se revoca, y, en su lugar, se ESTIMA la demanda interpuesta contra CEMENTOS LA UNIÓN SA declarando que la publicidad que desarrolla la demandada en la página web, en cuanto presenta figuras femeninas en los sacos de cemento y



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

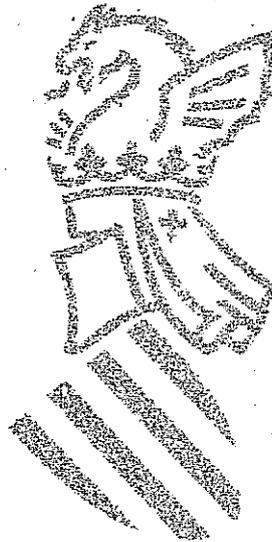
en los distintos productos -morteros- es ilícita u desleal” debiendo ser suprimida la figura femenina que se reproduce en la presente resolución, condenando a la demandada a cesar la campaña publicitaria indicada -figuras femeninas contenidas en sacos de cemento/morteros y su reflejo en página web-. Se imponen las costas de primera instancia a la demandada, no procediendo imposición de costas en esta segunda instancia. Nada cabe acordar sobre depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

CONCUERDA lo precedentemente transcrito bien y fielmente con su original al que me remito y refiero. Y para que así conste, cumpliendo lo acordado, libro y firmo el presente en VALENCIA a, diecisiete de octubre de dos mil dieciséis.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA




GENERALITAT
VALENCIANA