

Resolución de 26 de julio de 2018, de la Sección Segunda del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima la reclamación presentada por la mercantil Restaurantes McDonald's, S.A.U, frente a una publicidad de la que es responsable la empresa Burger King España, S.L.U. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad infringía las normas 21 (publicidad denigratoria) y 22 (publicidad comparativa) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

Frente a dicha resolución, la empresa Burger King España, S.L.U., interpuso recurso de alzada que fue estimado por el Pleno en su resolución de 19 de septiembre de 2018, declarando que la publicidad reclamada no contravenía las normas 21 (publicidad denigratoria) y 22 (publicidad comparativa) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

Resumen de la Resolución: **Restaurantes McDonald's, S.A.U. vs. Burger King España, S.L.U.** "Promoción Instagrill. Internet"

Resolución de 26 de julio de 2018, de la Sección Segunda del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima la reclamación presentada por la mercantil Restaurantes McDonald's, S.A.U, frente a una publicidad de la que es responsable la empresa Burger King España, S.L.U.

La reclamación se formula contra una acción publicitaria difundida en la red social Instagram consistente en una serie de vídeos mostrados de manera sucesiva. En el primer vídeo, bajo el nombre de la marca "Burger King", se muestra un fondo a rayas marrones donde leemos: "Nuestras hamburguesas son diferentes a las demás. Porque las hacemos a la parrilla". A continuación, se muestra una hamburguesa de dos pisos en una caja roja con una franja blanca y una mano retira el pan de la parte superior para dejar al descubierto la carne, en donde podemos leer: "Paso 1: haz una foto a una hamburguesa a la plancha". Tras ello, seguimos viendo la hamburguesa sin pan. A su lado leemos: "Paso 2: Dibuja las líneas de la parrilla en la hamburguesa", al tiempo que se van dibujando unas rayas de color oscuro sobre la superficie de la carne. Por último, sobre el fondo a rayas marrones, leemos: "Paso 3. Sube tu foto retocada a tu Instagram Stories y etiquétanos. @burgerking_es".

En primer lugar, la Sección estimó que la publicidad constituye un supuesto de publicidad comparativa. Sentado lo anterior, aclaró que la anterior calificación no afecta al enjuiciamiento del fondo del asunto, esto es, la calificación de la publicidad como denigratoria en la medida en que, si bien la denigración es un requisito de licitud de la publicidad comparativa, no es exclusivo de dicha modalidad publicitaria. Al contrario, es un requisito de licitud general para cualquier mensaje publicitario. Aclarado lo anterior, la Sección consideró que la publicidad debía ser calificada como denigratoria en tanto no se limita a trasladar las diferentes formas de elaboración de la carne llevadas a cabo por Burger King y McDonald's, sino que este mensaje se acompaña de una mecánica promocional que sugiere, a través de una burla o menosprecio, que a las hamburguesas de McDonald's les falta algo y por ello se invita al consumidor a pintar unas líneas negras sobre la misma identificadas como "líneas de la parrilla". Por todo ello, el Jurado entendió que la publicidad reclamada infringía las normas 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

Recurso de alzada



Frente a dicha resolución, la empresa Burger King España, S.L.U., interpuso recurso de alzada que fue estimado por el Pleno en su resolución de 19 de septiembre de 2018, declarando que la publicidad reclamada no contravenía las normas 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

El Pleno revisó los argumentos esgrimidos por las partes y, por un lado, suscribió lo resuelto por la Sección en cuanto a la calificación de la publicidad como comparativa, pero discrepó en la calificación de la publicidad como denigratoria. Así, el Pleno estimó el recurso y consideró que, del conjunto de la publicidad, un consumidor percibirá correctamente el mensaje transmitido por la comparación, consistente en la diferente forma de elaboración de la carne llevada a cabo por McDonald's y Burger King, el cual pretende ser reforzado con una promoción en tono humorístico, sin que de lo anterior se derive descrédito o menosprecio hacia el producto comercializado por McDonald's.

Texto completo de la Resolución del Jurado:
Burger King España, S.L.U. vs. Resolución Sección Segunda de 26 de julio de 2018
"Promoción Instagrill. Internet"

En Madrid, a 19 de septiembre de 2018, reunido el Pleno del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Jose Antonio Gómez Segade, para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por la compañía Burger King España. S.L.U., contra la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 26 de julio de 2018, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 13 de julio de 2018, la compañía Restaurantes McDonald's, S.A.U. (en adelante, "**McDonald's**") presentó una reclamación frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Burger King España. S.L.U. (en lo sucesivo, "**Burger King**").

2.- Se dan por reproducidos la publicidad reclamada, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 26 de julio de 2018 (en lo que sigue, la "**Resolución**").

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Segunda del Jurado estimó la reclamación presentada por McDonald's, declarando que la publicidad reclamada infringía las normas 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (de aquí en adelante, el "**Código de Autocontrol**").

4.- Frente a la citada Resolución, Burger King ha interpuesto recurso de alzada al no encontrarse conforme con su contenido.

En primer lugar, Burger King expone que la publicidad no puede ser considerada como comparativa en tanto:

- (i) No existe una referencia inequívoca a otro competidor ni a su producto y, por tanto, no puede entenderse que resulte identificable una hamburguesa de McDonald's. En apoyo de lo anterior, aporta un estudio demoscópico (documento nº1) realizado por la mercantil Intercampo el 4 de septiembre de 2018 sobre una muestra de 50 personas.
La recurrente destaca que tras mostrar a los consumidores la imagen empleada en la publicidad y formular la pregunta "¿Qué ve en esta foto?" y plantear tres opciones: "a) hamburguesa; b) hamburguesa de Burger King; c) Hamburguesa de McDonald's" el 92% de la muestra respondió "una hamburguesa".
- (ii) No existe ningún detalle que permita determinar la superioridad de las hamburguesas de Burger King frente al resto de competidores ya que lo único que pretende la publicidad es destacar el modo de elaboración de sus hamburguesas (la parrilla). Burger King pone de manifiesto que la publicidad reza "Nuestras

hamburguesas son diferentes”, y en ningún momento se han empleado adjetivos como “mejores” o “superiores” que sí indicarían ese fin de superioridad que exige la publicidad comparativa.

En segundo lugar, Burger King alega que la publicidad no es denigratoria en tanto no es apta para dañar el crédito de McDonald’s a la luz de los resultados mostrados por el estudio demoscópico aportado. En este sentido, destaca que tras mostrar la publicidad objeto del presente procedimiento a los consumidores y formular la pregunta “Si esta hamburguesa fuera de McDonald’s ¿Considera que esta publicidad es denigrante o lo ve simplemente como un guiño divertido?” el 76% de los consumidores lo calificó de guiño divertido.

La recurrente señala que la publicidad presenta una situación exagerada o ficticia, como es pintar líneas en una hamburguesa, para promocionar el modo empleado para elaborar sus productos. Burger King considera que en ningún caso se transmite un mensaje creíble que permita concluir que estamos ante un supuesto de publicidad denigratoria.

Por ello solicita a este Pleno que estime el recurso presentado, revoque la resolución recurrida y declare que la publicidad reclamada no infringe las normas 21 y 22 del Código de Autocontrol.

5.- Habiéndose dado traslado del recurso a McDonald’s, la mercantil ha presentado escrito de impugnación en el cual se opone al recurso, muestra su total conformidad con la Resolución y solicita su confirmación.

En primer lugar, McDonald’s aprecia que el estudio aportado en sede de recurso por Burger King es improcedente por no haber sido presentado en el momento oportuno, que habría sido el inicio del procedimiento. Así, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 20.4 del Reglamento del Jurado de la Publicidad, entiende que no puede admitirse.

Adicionalmente, McDonald’s resta valor al estudio demoscópico aportado por Burger King tanto por la manera de llevarse a cabo (ámbito, universo, muestra) como por el hecho de emplear preguntas orientadas y respuestas sugeridas. En cualquier caso, McDonald’s expone que su contenido no sirve para alterar la conclusión alcanzada por la Sección respecto a que la publicidad es comparativa y denigratoria.

En segundo lugar, en relación con la posibilidad de calificar o no como denigratoria la publicidad reclamada, McDonald’s mantiene que es compatible considerar la publicidad divertida y a la vez denigratoria, y considera innecesario el tono de descrédito y menosprecio para que Burger King realce las características de su producto.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Con carácter previo a la resolución del presente recurso de alzada, este Pleno debe pronunciarse sobre la admisibilidad del estudio demoscópico presentado por Burger King en esta segunda instancia. Cuestión ésta que debe resolverse, tal y como señala McDonald’s en su escrito de impugnación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 20.4 del Reglamento del Jurado de la Publicidad: “*En la tramitación de este recurso [de alzada] sólo se admitirían las pruebas que por*

razones objetivas o temporales, debidamente acreditadas, no hayan podido practicarse ante la Sección”.

Pues bien, Burger King aporta extemporáneamente un estudio demoscópico realizado por la mercantil Intercampo sin acreditar razón objetiva o temporal que lo justifique. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 20.4, este Pleno, al analizar los distintos motivos de recurso planteados por Burger King, no tendrá en cuenta el contenido del mismo. Dicho con otras palabras, el estudio no puede admitirse en tanto no se ha justificado el motivo o motivos que impidieron presentarlo ante la Sección.

2.- Una vez aclarado lo anterior, y en aras de una mejor comprensión de la presente resolución, el Pleno considera conveniente hacer una breve síntesis de la resolución de instancia.

La Sección entendió que en la publicidad concurren los dos requisitos necesarios para estimar que nos encontramos ante un supuesto de publicidad comparativa. Así, permite identificar a McDonald's como aludida en la comparación -atendiendo a distintos elementos como son la alusión a “hamburguesa a la plancha”, la estructura del mercado y la imagen de la hamburguesa mostrada en la publicidad-, y el contenido de la misma ha sido diseñado para destacar las diferencias entre los productos de Burger King y los de McDonald's y, en particular, por razón del modo de elaboración de la carne empleado por cada una de ellas.

Sentado lo anterior, la Sección aclaró que la calificación de la publicidad como un supuesto de publicidad comparativa no afecta al enjuiciamiento del fondo del asunto, esto es, la calificación de la publicidad como denigratoria. Esto es así en la medida en que, si bien la denigración es un requisito de licitud de la publicidad comparativa, no es exclusivo de dicha modalidad publicidad. Al contrario, es un requisito de licitud general para cualquier mensaje publicitario.

Por último, la Sección consideró que la publicidad debía ser calificada como denigratoria en tanto no se limita a trasladar las diferentes formas de elaboración de la carne llevadas a cabo por Burger King y McDonald's, sino que este mensaje se acompaña de una mecánica promocional que sugiere, a través de burla o menosprecio, que a las hamburguesas de McDonald's les falta algo y por ello se invita al consumidor a pintar unas líneas negras sobre la misma identificadas como “líneas de la parrilla”.

3.- A la vista de los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, el Pleno en primer lugar ha de determinar si, como concluyó la Sección Segunda, la publicidad objeto del presente procedimiento constituye un supuesto de publicidad comparativa.

Para resolver esta cuestión es necesario recordar, del mismo modo que hizo la Sección, la definición de publicidad comparativa que ha sido dada por este Jurado en numerosas ocasiones. De este modo, se entiende por publicidad comparativa aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de los productos del anunciante frente a los de aquéllos. De este concepto se extraen los dos presupuestos que deben concurrir para calificar un anuncio publicitario como publicidad comparativa. Así, es necesario, en primer lugar, que en el mensaje publicitario analizado se realice una referencia a uno o varios competidores. Por otra parte, y en segundo lugar, sólo existe publicidad comparativa desde el momento en que en el mensaje publicitario se entable una comparación entre la oferta del

anunciante y la oferta del competidor o competidores a los que se hace referencia, con el fin de destacar las diferencias entre ambas.

Pues bien, este Pleno suscribe lo expuesto por la Sección en su Resolución y, por tanto, estima que nos encontramos ante un supuesto de publicidad comparativa.

Por un lado, si bien no se realizan referencias explícitas a ningún competidor, atendiendo a la estructura del mercado de restaurantes de servicio rápido (el 30,1% de la cuota de mercado pertenece a McDonald's, el 22,9% a Burger King y el 47% restante se encuentra repartido entre los demás competidores), a la alusión a "hamburguesa a la plancha" que los consumidores identifican como la forma de elaboración empleada por McDonald's además de como un elemento diferenciador de éstas respecto a las de Burger King, y a la imagen de la hamburguesa empleada en la cual tanto el aspecto como el envase se identifican con la forma típica de los productos de McDonald's, el público de los consumidores identificará a la mercantil McDonald's como la aludida en la comparación.

Por otro lado, la publicidad ha sido elaborada con el fin de destacar las diferencias entre los productos de McDonald's y los de Burger King, en concreto, en lo que a la forma de elaboración se refiere. Es decir, se entabla una comparación entre los productos de ambas por razón del método empleado para la elaboración de la carne.

Todo lo anterior provocará que un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, tras el visionado de la publicidad, concluya con facilidad que en la misma se están comparando las hamburguesas comercializadas por Burger King con las comercializadas por McDonald's por razón de la forma de cocinado de la carne.

4.- Este Pleno estima oportuno precisar, igual que hizo la Sección, que la calificación de la publicidad analizada como un supuesto de publicidad comparativa no afecta al análisis de fondo de la resolución recurrida. En este sentido, ha de tenerse presente que, conforme a lo dispuesto en la norma 22 del Código de Autocontrol, la publicidad comparativa, para ser lícita, ha de cumplir con determinados requisitos de licitud. Algunos de estos requisitos son específicos para las comparaciones publicitarias. Otros, en cambio, son reiteración de los límites generales que afectan a cualquier actividad publicitaria, como la prohibición de la denigración.

Pues bien, ha de recordarse que, en el caso que nos ocupa, y más allá del debate en torno a la calificación de la publicidad reclamada como publicidad comparativa, la reclamación que ha dado origen al presente procedimiento imputaba a la publicidad reclamada, no la infracción de los requisitos de licitud específicos de la publicidad comparativa, sino la infracción de los límites generales derivados de la prohibición de la denigración. Y esta prohibición, como decíamos, tiene un ámbito de aplicación general, con independencia de la calificación del anuncio como publicidad comparativa o no.

5.- Una vez llegados a este punto, debemos recordar que la publicidad denigratoria es aquella que, por cualquier circunstancia, es apta para generar el descrédito o el menosprecio del producto o de los productos competidores, y se encuentra regulada en la norma 21 del Código de Autocontrol, que establece: *"La publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas*

y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa”.

Tal y como se expresaba en la resolución de instancia, este precepto prohíbe la publicidad denigratoria desde una perspectiva deontológica, coincidiendo esencialmente con la prohibición prevista a nivel legal en el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal, según el cual *“se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.*

De conformidad con estas normas, con el fin de determinar si nos encontramos ante un supuesto de publicidad denigratoria, ha de determinarse si la misma resulta apta para generar el descrédito o el menosprecio de los productos o servicios competidores.

Para realizar este análisis, -tal y como ha expresado el Jurado en numerosas ocasiones- no ha de atenderse a lo que el anuncio dice desde una perspectiva estrictamente literal o gramatical. Ha de atenderse ante todo al mensaje que el anuncio transmite al público de los consumidores. Esto es, ha de afirmarse un supuesto de publicidad denigratoria, cuando el anuncio publicitario analizado, tal y como es percibido, entendido e interpretado por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, transmite a éste un mensaje que sea objetivamente apto para dañar el crédito de los competidores

Pues bien, este Pleno no entiende que en la presente publicidad se denigre o menosprecie el producto comercializado por McDonald’s. A juicio de este Pleno, la publicidad se limita, por un lado, a trasladar el mensaje según el cual existe una diferencia básica entre los dos productos comparados: mientras el del anunciante se elabora a la parrilla, el competidor se elabora a la plancha. Y, para ilustrar publicitariamente esta diferencia, presenta también en segundo lugar la mecánica de una promoción consistente en dibujar unas líneas negras sobre una hamburguesa elaborada mediante la técnica de plancha y subir dicha imagen a la red social Instagram para con ello intentar conseguir una hamburguesa gratis en los establecimientos de Burger King.

Este Pleno no comparte el parecer de la Sección según el cual un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz desprenderá de la publicidad que la hamburguesa de McDonald’s necesita cambiar o un menosprecio a la hamburguesa a la plancha frente a la cocinada a la parrilla. Antes bien, del conjunto de la publicidad, considera que percibirá correctamente el mensaje transmitido por la comparación, consistente en la diferente forma de elaboración de la carne llevada a cabo por McDonald’s y Burger King. Mensaje que pretende ser reforzado con una promoción en tono humorístico consistente en ilustrar o dibujar sobre la fotografía de una hamburguesa las líneas propias de una parrilla, sin que de esta mecánica promocional se derive tampoco ningún descrédito o menosprecio del competidor.

Así las cosas, ha de concluirse afirmando que en el supuesto que nos ocupa la publicidad reclamada no es apta para menoscabar el crédito de las hamburguesas comercializadas por McDonald’s. Por ende, la publicidad reclamada no resulta contraria a la norma 21 del Código de Autocontrol.

En consecuencia con lo anterior, el Pleno del Jurado de Autocontrol



ACUERDA

1.- Estimar el recurso de alzada interpuesto por la empresa Burger King España. S.L.U. contra la Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 26 de julio de 2018.

2.- Desestimar la reclamación presentada por McDonald's, S.A.U. frente a una publicidad de la que es responsable Burger King España. S.L.U.

3.- Imponer a McDonald's, S.A.U., el pago de las tasas devengadas ante Autocontrol, por la tramitación del presente procedimiento, de conformidad con las tarifas vigentes aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.