

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

En Madrid, a 26 de julio de 2018, reunida la Sección Segunda del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Julio Costas, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por la compañía Restaurantes McDonald's, S.A.U., contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Burger King España. S.L.U., 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.- La reclamación se formula contra una acción publicitaria consistente en una serie de vídeos breves difundidos en el perfil de Burger King en la red social Instagram, en el apartado de Instagram Stories. Los vídeos se muestran 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. @burguerking\_es".

3.- Según expone en su escrito de reclamación, McDonald's considera que la publicidad reclamada vulnera las normas 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante, "**Código de Autocontrol**") referidas, respectivamente, a la publicidad denigratoria y a la publicidad comparativa.

En primer lugar, McDonald's expone que la publicidad realiza una comparación entre la hamburguesa "Whopper" comercializada por la reclamada y la hamburguesa "Big Mac" comercializada por ellos. A través de dicha comparación, a juicio de la reclamante, se transmite que la hamburguesa a la parrilla ("Whopper") es mejor que la cocinada a la plancha ("Big Mac").

McDonald's defiende que concurren los dos supuestos necesarios para que una publicidad pueda calificarse como comparativa, esto es, resulta identificable un competidor y la comparación se realiza con la finalidad de ensalzar los productos de la anunciante respecto a otros existentes en el mercado. En cuanto al primero de los puntos, McDonald's considera que el consumidor medio de restaurante de comida rápida conoce razonablemente bien las diversas hamburguesas

existentes en el mercado, y es capaz de diferenciarlas con facilidad, lo que se traduce en que, al ver la imagen de la publicidad, éstos asociarán la hamburguesa mostrada con la comercializada por ellos.

En ese sentido, la reclamante puntualiza que una referencia que se haga por parte de Burger King a un competidor a través de la identificación de su producto, un consumidor la va a considerar relativa al competidor más directo que no es otro que McDonald's, dado que el mercado de restaurantes de servicio rápido está distribuido de la forma que sigue: McDonald's posee el 30,1% de la cuota de mercado, Burger King el 22,9% y el resto de competidores suponen el 47% restante.

Aclarado lo anterior McDonald's estima que la publicidad se limita a resaltar la superioridad de las hamburguesas de Burger King frente a las de McDonald's por ser a la parrilla, sin que lo anterior se soporte en razón objetiva alguna.

En segundo lugar, McDonald's sostiene que la publicidad debe calificarse como denigratoria en tanto el conjunto de la misma traslada un mensaje a los consumidores según el cual la hamburguesa a la plancha necesita cambiar, necesita ser a la parrilla. Lo anterior supone un descrédito de las hamburguesas comercializadas por McDonald's por el simple hecho de que su forma de elaboración es a la plancha y no a la parrilla.

Por todo lo anterior, McDonald's solicita al Jurado que declare que la publicidad infringe las normas 21 y 22 del Código de Autocontrol e inste a Burger King el cese de su difusión.

**4.-** Traslada la reclamación a Burger King, esta compañía ha presentado escrito de contestación en el que se opone a la reclamación instada por McDonald's.

En primer lugar, Burger King defiende que la publicidad reclamada no constituye un supuesto de publicidad comparativa y ello porque:

- i) No se realiza una referencia inequívoca a otro competidor ni a su producto, dado que la hamburguesa que se muestra en la publicidad se corresponde con una hamburguesa que un consumidor puede encontrar en los establecimientos de Burger King bajo la denominación de "The Big King" -aporta al expediente una imagen de la misma-, y la caja en la que se muestra puede pertenecer a diseños dispares empleados en el mercado de manera que no resulta posible que un consumidor la asocie indudablemente con un competidor concreto.
- ii) La publicidad en ningún momento alega la superioridad de los productos elaborados a la parrilla frente a aquellos elaborados a la plancha. La misma, según el parecer de Burger King, se limita a fomentar en un tono desenfadado y de humor la venta de sus productos, caracterizados por ser elaborados a la parrilla.

En segundo lugar, Burger King alega que la publicidad reclamada no puede calificarse de denigratoria en tanto va dirigida a un público lo suficientemente formado para entender que la finalidad de la acción promocional es poner de manifiesto la característica principal de la elaboración a la parrilla, y en ningún caso, menospreciar a ningún tercero, que no se menciona, y que difícilmente los consumidores pueden relacionar directamente con la parte reclamante.

---



En este sentido, Burger King considera que el tono humorístico o jocoso empleado en la promoción “Instagrill” junto con el empleo de una hamburguesa y una caja de hamburguesa común excluyen totalmente la apreciación de publicidad denigratoria.

Por todo lo anterior, Burger King solicita al Jurado que desestime la reclamación presentada por McDonald’s.

## **II.- Fundamentos deontológicos.**

1.- A la vista de los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, este Jurado debe determinar, en primer lugar, si la publicidad reclamada constituye un supuesto de publicidad comparativa, dado que las partes discrepan en torno a esta calificación.

Para ello, conviene recordar que esta modalidad publicitaria ha sido definida en numerosas ocasiones por este Jurado como 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 desprenden con facilidad 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. Esta referencia no tiene porqué ser expresa, pero en todo caso deberá ser inequívoca; esto es, deberá permitir a un sector significativo de los consumidores identificar al competidor o competidores a los que se está haciendo referencia. 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. Esta comparación, además, deberá realizarse con el fin de destacar la superioridad de los productos del anunciante frente a aquellos otros que son objeto de comparación.

Pues bien, respecto al primer presupuesto, si bien es cierto que en la publicidad no se incluye una referencia expresa a un competidor, según el parecer de este Jurado, sí se incluyen en la misma diversos elementos que permiten al consumidor medio de restaurante de servicio rápido identificar a dicho competidor, en este caso, a McDonald’s.

Antes de exponer aquellos elementos que conducen a este Jurado a concluir que la publicidad permite identificar a McDonald’s como la aludida en la comparación, resulta conveniente aclarar que a la hora de valorar la misma debe tenerse presente la estructura de mercado de restaurantes de servicio rápido que, tal y como recoge McDonald’s en su escrito de reclamación, se distribuye de la manera que sigue: 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.

En este sentido, un mercado en el cual dos empresas cuentan con más del cincuenta por ciento de la cuota de mercado favorece que la referencia que una de ellas haga a otro miembro de dicho mercado pueda ser eventualmente percibida por el público de los consumidores como realizada frente a su principal competidor. Así las cosas, en el contexto actual del mercado de la comida rápida, lo anterior se traduce en que una referencia que realice Burger King a un competidor en genérico podría ser eventualmente asociada por los consumidores a McDonald’s, e igualmente a la inversa.

---

Aclarado lo anterior procede explicar cuáles son los elementos que, a juicio de este Jurado, permiten concluir que en la publicidad resulta identificable McDonald's.

El primero de estos elementos es la alusión a "hamburguesa a la plancha", ya que ésta es la forma de elaboración que caracteriza a las hamburguesas de McDonald's. Es conocido por el público de los consumidores que uno de los elementos diferenciadores entre las hamburguesas comercializadas por McDonald's y las comercializadas por Burger King es el modo de elaboración de las mismas, siendo el de las primeras la plancha y el de las segundas la parrilla. La propia publicidad que da lugar al presente procedimiento incide en este elemento diferenciador indicando que "Nuestras hamburguesas son diferentes a las demás porque las hacemos a la parrilla".

Un mercado con la estructura anteriormente descrita, esto es, en el que Burger King y McDonald's suman más de la mitad de la cuota de mercado, y en el que los consumidores están al tanto de la forma de cocinado empleada por cada una de ellas, hace que la referencia que una de éstas haga a una forma de elaboración distinta de la suya sea inmediatamente asociada por los consumidores con la forma de elaboración comúnmente asociada a la competidora, permitiendo así que se identifique sin necesidad de incluir referencia explícita en la publicidad.

El segundo elemento que, a juicio de esta Sección, permite al consumidor identificar a McDonald's es la imagen de la hamburguesa incluida en la publicidad objeto de controversia, y más concretamente en los videos segundo y tercero en los cuales se explican los pasos 1 y 2 de la promoción. Tanto el aspecto de la hamburguesa como el envase en el que se presenta facultan que un consumidor medio de este tipo de servicios de comida rápida identifique con facilidad el producto de McDonald's. Así, el hecho de que la hamburguesa se encuentre dentro de una caja, y que la misma sea de color rojo con una franja blanca permiten al consumidor asociar rápidamente esa imagen con la forma típica de embalaje de los productos de McDonald's.

En este punto, este Jurado no puede acoger el argumento de Burger King según el cual la hamburguesa mostrada en la publicidad se corresponde con la comercializada en sus propios establecimientos bajo el nombre "The Big King"; y ello porque, conforme a la imagen aportada por la propia reclamada, la carne de dicha hamburguesa está elaborada a la parrilla y no a la plancha, modo de elaboración éste que se corresponde con la hamburguesa mostrada en la publicidad y en el que además se incide con la sobreimpresión "Paso 1: haz una foto a una hamburguesa a la plancha". En consecuencia, no es posible defender que al ver la publicidad un consumidor concluirá que la hamburguesa presentada es la denominada "The Big King".

El conjunto de todo lo anterior conduce a concluir que, aunque en la publicidad no se incluye mención expresa a McDonald's, teniendo en cuenta todas las circunstancias hasta aquí enunciadas, dicha mercantil resultará identificable como la aludida en la comparación.

En cuanto al segundo presupuesto, este Jurado considera que el mensaje contenido en la publicidad ha sido diseñado para destacar las diferencias entre los productos de Burger King y los de McDonald's; y, en particular que las hamburguesas del anunciante se elaboran a la parrilla, frente a los de su principal competidor, McDonald's, que se elaboran a la plancha. Así las cosas, se entabla una comparación entre las hamburguesas comercializadas por ambas mercantiles por razón del modo de elaboración de la carne empleado por cada una de ellas.

Consecuentemente, este Jurado entiende que concurren los dos requisitos necesarios para estimar que nos encontramos ante un supuesto de publicidad comparativa.

---

2.- No obstante lo anterior, procede aclarar también que la calificación de la publicidad que nos ocupa como un supuesto de publicidad comparativa no afecta al enjuiciamiento del fondo del asunto planteado. Como habremos de ver más adelante, la reclamante alega que, en el presente caso, nos encontramos ante un supuesto de publicidad comparativa de carácter denigratorio. Y en este sentido, es cierto que, como veremos, la prohibición de la denigración constituye uno de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa. Mas no es menos cierto que no estamos en presencia de un requisito de licitud específico de esta modalidad publicitaria. Antes al contrario, nos encontramos ante un requisito de licitud general para cualquier mensaje publicitario. Dicho con otras palabras: la prohibición de la denigración tiene un ámbito de aplicación general, de forma que cualquier mensaje publicitario denigratorio (sea o no publicidad comparativa) ha de ser considerado contrario al Código de Conducta Publicitaria.

Por consiguiente, y de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el anterior fundamento deontológico, este Jurado analizará el supuesto de hecho planteado como un caso de publicidad comparativa. Pero debe destacar que, en la medida en que se trata de analizar el eventual carácter denigratorio de la publicidad, sus conclusiones serían exactamente las mismas aunque se hubiese rechazado la calificación de la publicidad analizada como publicidad comparativa.

3.- Una vez aclarado lo anterior, debe destacarse que, como ha señalado este Jurado en otras ocasiones en las que ha tenido ocasión de ocuparse de esta modalidad publicitaria, la publicidad comparativa es una modalidad publicitaria esencialmente lícita. Ahora bien, para una adecuada protección de todos los intereses implicados en la difusión de comparaciones publicitarias (el interés de los consumidores, el de los competidores aludidos y el interés general) aquella modalidad publicitaria se ve sometida a unos estrictos requisitos de licitud.

En nuestro sistema deontológico, estos requisitos de licitud son los que se reflejan en la norma 22 del Código de Autocontrol, cuyo tenor literal es el siguiente: *“La publicidad comparativa, directa o indirecta, deberá respetar los requisitos expuestos seguidamente: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una 5 marca o nombre comercial protegido. e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por las normas 14, 20 y 21 del presente Código en materia de engaño, denigración y confusión y explotación de la reputación ajena”*.

Esta norma coincide en esencia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que regula la publicidad comparativa del siguiente modo: *“La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial*

---

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

**4.-** Así pues, a la vista de los escritos de las partes, corresponde a este Jurado determinar si la publicidad constituye un supuesto de publicidad comparativa de carácter denigratorio. A estos efectos, procede recordar que la publicidad denigratoria es aquella que, por cualquier circunstancia, es apta para generar el descrédito o el menosprecio en el mercado del producto o de los productos de un tercero. Así definida, esta modalidad publicitaria se encuentra regulada en la norma 21 del Código de Autocontrol, que establece lo siguiente: *“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”.*

Esta prohibición deontológica, por otra parte, coincide en esencia con la prevista a nivel legal en el artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, 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”.*

Por lo demás, a la hora de determinar si la publicidad es apta para generar el descrédito o el menosprecio de otros productos o servicios, este Jurado ha declarado en numerosas ocasiones que 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, al igual que se hace con las normas sobre engaño, 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 creíble que sea objetivamente apto para dañar el crédito de otras empresas, actividades, productos o servicios.

Pues bien, este Jurado considera que la publicidad que analizamos no se limita a trasladar el mensaje según el cual el producto promocionado se elabora a la parrilla mientras el competidor se elabora a la plancha. Antes bien, acompaña este mensaje de una mecánica promocional que implica una cierta burla o menosprecio hacia el producto competidor. Sugiriendo de forma implícita que a éste le falta algo, se invita al público de los consumidores a tomar una foto del producto competidor y a pintar sobre él unas líneas negras identificadas como “líneas de la parrilla”.

Dicho con otras palabras, parece claro para esta Sección que la publicidad analizada no se limita en este punto a comparar las distintas formas de elaboración de la carne empleadas por Burger King y McDonald’s. Antes bien, acompaña este mensaje de una mecánica promocional que puede implicar un cierto menosprecio hacia el producto competidor.

En efecto, ya el mismo hecho de que se invite a los consumidores a hacer una fotografía del producto competidor y pintar o dibujar sobre la misma implica una cierta burla hacia el mismo. Pero, en el caso que nos ocupa, dicha invitación encierra un mensaje implícito, consistente en sugerir que al producto competidor que se fotografía le falta algo -las líneas de la parrilla- que ha de añadirse pintándolo, ya que no lo tiene por naturaleza.

A la vista de las anteriores consideraciones, esta Sección debe concluir que la publicidad objeto de reclamación infringe las normas 21 y 22 del Código de Autocontrol.





Por las razones expuestas, la Sección Segunda del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial,

## **ACUERDA**

- 1.-** Estimar la reclamación presentada por McDonald's, S.A.U., contra una publicidad de la que es responsable Burger King España. S.L.U.
  - 2.-** Declarar que la publicidad reclamada infringe las normas 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.
  - 3.-** Instar al anunciante el cese de la publicidad reclamada.
  - 4.-** Imponer a Burger King España. S.L.U. el pago de los gastos generados por la tramitación del presente procedimiento, de conformidad con las tarifas oficiales aprobadas por los órganos directivos de Autocontrol.
-