

JURADO DE LA PUBLICIDAD

DICTAMEN

Reclamante	Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC)
Reclamado	Gleeden.com
Título	Sofía se queda de Rodríguez Exterior
Nº de asunto	138/R/AGOSTO/2020
Fase del proceso	Primera Instancia – Sección Cuarta
Fecha	24 de septiembre de 2020

Dictamen de 24 de septiembre de 2020 de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL por la que el Jurado entiende, en el seno de una reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) contra una comunicación comercial de la que es responsable la empresa Gleeden.com, que, a falta de prueba que acredite lo contrario, la misma resultaría incompatible con lo dispuesto en las normas 2 (Principio de Legalidad) y 11 (Derecho al Honor) del Código de Conducta de AUTOCONTROL en relación con el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

RESUMEN

Dictamen de 24 de septiembre de 2020 de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL por la que el Jurado entiende, en el seno de una reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) contra una comunicación comercial de la que es responsable la empresa Gleeden.com, que, a falta de prueba que acredite lo contrario, la misma resultaría incompatible con lo dispuesto en las normas 2 (principio de legalidad) y 11 (Derecho al honor) del Código de Conducta de AUTOCONTROL en relación con el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

La reclamación se dirige contra una pieza publicitaria difundida en exterior consistente en la imagen de una caricatura de una mujer portando una corona sobre la que se puede leer: “Sofía se queda de Rodríguez”, y el siguiente texto: “Gleeden. El 1er sitio de contactos extraconyugales pensado por mujeres”.

El Jurado entiende que son varios los elementos de la caricatura descrita los que permiten la identificabilidad de la anterior reina Sofía, por lo que la publicidad objeto del presente Dictamen estaría vulnerando el derecho a la propia imagen, en la medida en que está haciendo uso de la caricatura de un personaje público con un fin publicitario o comercial y sin que haya quedado acreditado por el anunciante que cuenta con el consentimiento expreso de la persona afectada.

En Madrid, a 24 de septiembre de 2020, reunida la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Manuel Rebollo Puig, emite el siguiente

DICTAMEN

I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 31 de agosto de 2020, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Gleeden.
2. La reclamación se dirige contra una publicidad difundida en exterior por la empresa Gleeden en la que se promociona una página web de citas extraconyugales.

La comunicación comercial consiste en la imagen de una caricatura de una mujer portando una corona sobre la que se puede leer: *“Sofía se queda de “Rodríguez”* y más abajo continúa el texto: *“Gleeden. El 1er sitio de encuentros extraconyugales pensado por mujeres”*.

Por su parte, en la página web Gleeden.com aparece la siguiente explicación: *“la web nº1 de encuentros entre personas casadas! Tanto si buscas una aventura extraconyugal cerca de casa o un amante a miles de kilómetros durante tus viajes, Gleeden.com te ofrece un espacio privilegiado para contactar con toda seguridad con infieles del mundo entero. ¿Tienes ganas de tener encuentros adúlteros? ¡Ahora te toca a ti! ¡Pensado por un equipo 100% femenino, Gleeden.com da el poder a las mujeres liberadas que quieran tener encuentros extraconyugales con total discreción!”*.

En adelante, aludiremos a esta publicidad como la **“Publicidad objeto del presente Dictamen”**.

3. Según expone AUC en su escrito de reclamación, la Publicidad objeto del presente Dictamen contraviene la legislación vigente y, por ende, el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (en adelante, el **“Código de AUTOCONTROL”**). Desde un punto de vista legal, AUC sostiene que la publicidad objeto del presente Dictamen infringe el apartado a) del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; los artículos 1 y 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; los artículos 7.6, 7.7, 2.1 y 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (en adelante, **“Ley Orgánica 1/1982”**). Desde un punto de vista deontológico, AUC sostiene que la publicidad objeto del presente Dictamen infringe las normas 2 y 11 del Código de AUTOCONTROL.

Para reforzar su argumentación, AUC alude igualmente a la jurisprudencia en la materia y al trabajo de D. Javier García Sanz titulado *“La protección civil frente a la utilización incontestada de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales”* y continúa alegando que la publicidad objeto del presente Dictamen incurre en un supuesto de publicidad ilícita y desleal, al utilizar la notoriedad de la reina emérita doña Sofía para promover una página web de citas

extraconyugales, sin que sea previsible que exista su consentimiento. A su entender, la publicidad, aunque no realiza una representación fiel de la persona afectada, facilita de modo evidente que la misma sea reconocible, pues son varios los elementos que contribuyen a que sea identificada por el público de los consumidores (el nombre “Sofía”, la corona y la alusión a la ausencia del rey emérito); y esta utilización de su imagen, sin existir un previo acuerdo entre las partes, estaría afectando a su honor y dignidad.

4. Por todo ello, AUC solicita del Jurado que requiera al anunciante acreditación de consentimiento expreso o, en su defecto, declare ilícita la Publicidad objeto del presente Dictamen y requiera a la empresa Gleeden su cese o rectificación inmediatos.
5. Trasladada la reclamación a la empresa anunciante, ésta no ha presentado escrito de contestación, por lo que en aplicación del artículo 18.2 del Reglamento del Jurado, procede la emisión del presente Dictamen.

II. Fundamentos deontológicos.

1. Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse que en la medida en que el escrito que ha dado origen al presente procedimiento se dirige contra una empresa que no es socia de AUTOCONTROL ni se encuentra por otros motivos vinculada al Jurado, el presente dictamen carece de carácter vinculante para la misma.

A este respecto, debe indicarse que, como en el resto de los organismos de autorregulación publicitaria existentes en todos los países del entorno UE, y con el fin de crear sistemas abiertos a la sociedad, el Jurado de la Publicidad tiene encomendada la resolución de aquellas controversias que le sean presentadas por cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo, contra piezas publicitarias tanto de empresas asociadas como de terceros. Sin embargo, las resoluciones que dirimen tales controversias sólo tienen fuerza vinculante para los asociados, que voluntariamente han manifestado su adhesión al Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, el cual rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad como el anunciante, no adherida al sistema de autodisciplina, este dictamen constituye una mera opinión, no vinculante, sobre la corrección ética y deontológica de la campaña publicitaria en cuestión, emitida por expertos en la materia.

En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de los dictámenes que emite este Jurado son cumplidos de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida fuerza moral de que gozan tales dictámenes. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y reconocido prestigio de los miembros del Jurado, y del respaldo legal otorgado al sistema de autodisciplina o autocontrol, tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Exposición de Motivos y artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su nuevo Capítulo V), así como por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (véase su Exposición de Motivos y su artículo 12). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica

también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos.

2. Aclarado lo anterior, corresponde ahora a este Jurado analizar la campaña reclamada a la luz de lo dispuesto en la norma 2 del Código de AUTOCONTROL, que recoge el principio de legalidad en los siguientes términos: *“Las comunicaciones comerciales deben respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”*; así como en la norma 11 del mismo Código, que establece lo siguiente: *“La publicidad ha de respetar necesariamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”*.

Dichas normas deben ponerse en relación con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tiene por objeto garantizar estos derechos, reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española, frente a cualquier género de injerencia o intromisiones ilegítimas. A este respecto, el artículo séptimo de dicha Ley Orgánica 1/1982 dispone que: *“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: (...) Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”*. Asimismo, el artículo segundo expresa, en su apartado 2 que: *“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones (...)”*.

3. En el caso que nos ocupa, AUC considera que la publicidad objeto del presente Dictamen vulnera los citados preceptos en la medida en que utiliza la notoriedad de la reina emérita doña Sofía para promover un producto (web de citas extraconyugales), sin que sea previsible que exista su consentimiento.

Pues bien, según ha podido comprobar este Jurado, la caricatura que se incluye en la publicidad es la de una mujer poco definida, sobre la que se ve una corona y junto a la que se puede leer *“Sofía se queda de Rodríguez”*. Por lo tanto, son dos las cuestiones que deben resolverse en el presente dictamen. En primer lugar, si el derecho a la propia imagen puede resultar vulnerado a través de la utilización, no de la imagen de una persona en sentido estricto, sino a través de la utilización de una caricatura de la misma. Y, en segundo lugar, y para el caso de que la cuestión anterior reciba una respuesta positiva, si la caricatura empleada en el caso que nos ocupa va a ser reconocida por los destinatarios de la publicidad, de forma inequívoca, como una caricatura de la anterior reina Sofía.

La primera de estas dos cuestiones ha sido ya resuelta por nuestra jurisprudencia. En efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, núm. 101/2007, de 16 de febrero de 2007, literalmente señala: *“Tras estas consideraciones y para entrar a examinar si se ha producido la vulneración del derecho a la propia imagen, consideramos necesario investigar el concepto jurídico de imagen y si, para que pueda entrar en juego el precepto citado 7.6 de la LO 1/1982 a la que venimos haciendo referencia, es necesario que se produzca o que pueda producirse algún tipo confusión en las personas que reciben el mensaje publicitario sobre la verdadera identidad del personaje.*

La sentencia de 30 de enero de 1998 del TS nos indica que ni "Ni el artículo 18.1 de la Constitución, ni la Ley Orgánica contienen definición legal de lo que debe de entenderse por imagen. Ha sido la jurisprudencia de esta Sala la que ha venido a delimitar su concepto, al declarar que ha de entenderse por tal la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa y a efectos de la Ley Orgánica 1/1982, equivale a representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico -y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción (SS. 11 abril 1987 , 29 marzo 1988, 9 mayo 1988, 9 febrero 1989 , 13 noviembre 1989 , 29 septiembre 1992 , 19 octubre 1992 y 7 octubre y 21 octubre 1996). La interpretación no se agota en lo que se deja expuesto y en cuanto a que equivale a reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad", lo que nos permite preguntarnos si debe incluirse bajo su concepto la figura de la imitación cuando con la misma, por sus características, es posible reconocer perfectamente a la persona a quien se imita.

Es indudable que cuando el imitador no es conocido y pretende, incluso a veces con éxito, confundir a los destinatarios del anuncio de la verdadera persona que participa en el anuncio no existe duda alguna que la conducta debería considerarse como una intromisión ilegítima, mientras que si el imitador es conocido o por el modo en que se difunde o por otras circunstancias, desde un principio, el destinatario del anuncio conoce que no es realmente el imitado quien aparece en el anuncio, la cuestión podría ser objeto de discusión, pero si tenemos en cuenta que el imitador se sirve de aquel en el anuncio y toma su figura para hacerlo más atractivo, no vemos motivo para no concederle la protección que le concede la ley, pues se está utilizando su imagen a efectos publicitarios, y no debe olvidarse que "los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos" (Sentencias del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 diciembre y 254/1988, de 21 diciembre , entre otras). Así, si comparamos el artículo 7.6 que dispone que constituye intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, con el artículo 8.2 que indica que en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, ni c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria, debemos aceptar que el legislador da un trato diferente a los programas de información, culturales, de espectáculos o de humor que a los de publicidad, exigiendo un mayor respeto a la intimidad de la persona en estos casos, para impedir que terceros puedan aprovecharse de su imagen para fines publicitarios o económicos, y para respetar el posible deseo de cualquier persona de no verse implicada, aun de modo indirecto, en la publicidad de determinadas marcas o productos que pueden ser tenidos en baja consideración por el titular del derecho o con los que no desee tener ningún tipo de relación.

Es evidente que, de acuerdo a los usos sociales, se ha admitido la caricaturización de personajes en ámbitos culturales o artísticos o en espectáculos, lo que legitima la actuación de los humoristas que realizan imitaciones, pero ello no puede llevarnos a extender tal permisibilidad a otros contextos, sobre todo cuando la imitación, aunque en tono humorístico, se hace dentro de un espacio reservado a la publicidad, pues en tal caso adquiere preponderancia este último aspecto y con ello el respeto al derecho a la propia imagen. En definitiva, la capacidad de una persona para imitar a otro no le permite apropiarse de su imagen de un modo ilimitado y para cualquier

actividad. En este ámbito podemos recordar la doctrina contenida en la Sentencia de 9 mayo 1988, acogida sustancialmente por la de 29 marzo 1996, según la cual «Que, si bien es cierto que el art. 8.2 de la misma Ley Orgánica de 5 mayo 1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se produzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales, y ello cabe sostenerlo por la siguiente argumentación: A) Porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango como es el de información, máxime cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad a ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales; B) porque así parece también desprenderse del tenor literal del número 1.º del art. 8 de la repetida Ley de 1982, cuando señala que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, precepto que ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de noviembre de 1984 (RTC 1984\110) en el sentido de que la ley sólo puede autorizar las intromisiones por imperativo de interés público, y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un interés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo; C) ello cabe sostenerlo con mayor fuerza aun cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento, tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión».

4. En atención a la jurisprudencia transcrita, resulta evidente que el derecho a la propia imagen puede ser infringido, no sólo cuando se explota publicitariamente y sin el debido consentimiento la imagen en sentido estricto de una persona, sino también cuando se explota publicitariamente una caricatura de la misma.
5. Ahora bien, el presupuesto necesario para que se produzca una infracción del derecho a la propia imagen en la publicidad -ya sea a través del empleo de una imagen en sentido estricto o de una caricatura- es (como también se desprende de la jurisprudencia antes reproducida) la reconocibilidad o identificabilidad de la persona afectada. Y esto nos lleva a la segunda cuestión que antes planteábamos, consistente en determinar si en el caso que nos ocupa la caricatura empleada será clara e inequívocamente reconocida por los destinatarios como una caricatura de la anterior reina Sofía.
6. La cuestión debe ser planteada en estos términos porque, en el caso que nos ocupa, el dibujo que se emplea para la caricatura, por si solo, probablemente no sería suficiente para identificar a la anterior reina Sofía como la persona caricaturizada. Mas no es menos cierto que este dibujo se acompaña en la publicidad de múltiples elementos que llevarán al público destinatario de la publicidad a reconocer inequívocamente a la reina Sofía como la persona caricaturizada en la

publicidad.

Así, en primer lugar, no se representa la caricatura de una mujer cualquiera, sino la de una mujer portando una corona, lo que cualquier consumidor asociará con la posición de reina. En segundo lugar, se alude directamente al nombre de la persona afectada "Sofía", que en combinación con la corona, no deja prácticamente espacio para cualquier otra interpretación que no sea la que conduce a identificar a la anterior reina doña Sofía. Pero además, la publicidad continúa con la alegación "se queda de Rodríguez", expresión conocida por el público de los consumidores y que se utiliza coloquialmente cuando un miembro de la pareja se queda trabajando mientras el otro o la familia permanecen fuera. Pues bien, teniendo en cuenta el contexto en el que ha sido difundida la publicidad, con la salida del país del rey emérito, el público de los consumidores reconocerá con claridad a la reina Sofía como aquella cuya caricatura se representa en la publicidad.

7. Por consiguiente, en la medida en que la campaña objeto del presente Dictamen está haciendo uso de la caricatura de un personaje público con un fin publicitario o comercial, este Jurado considera que la publicidad resultaría incompatible con lo dispuesto en las normas 2 y 11 del Código de Conducta Publicitaria en relación con el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, salvo que el anunciante acreditase el consentimiento expreso de la persona afectada.

Este Dictamen se emite únicamente con la información aportada por el solicitante, careciendo de cualquier naturaleza de carácter vinculante. El Dictamen expresa el parecer del Jurado sobre la corrección deontológica de la publicidad sometida a su análisis, el cual, como es habitual, queda sometido a cualquier otro mejor fundado.