

# JURADO DE LA PUBLICIDAD

## RESOLUCIÓN



|                  |  |
|------------------|--|
| Reclamante       | XFERA MÓVILES, S.A.U. (MASMOVIL)                             |
| Reclamado        | FINETWORK MOBILE, S.L. (Finetwork)                           |
| Título           | FITNETWORK LAS MEJORES TARIFAS, LA MEJOR RED. RADIO/INTERNET |
| Nº de asunto     | 173/R/ OCTUBRE 2020  |
| Fase del proceso | Primera instancia – Sección Primera                          |
| Fecha            | 27 de octubre de 2020  |

Resolución de 27 de octubre de 2020 de la Sección Primera del Jurado por la que se estima parcialmente la reclamación presentada por XFERA MÓVILES, S.A.U. en relación con una publicidad de la que es responsable la mercantil FINETWORK MOBILE, S.L. La Sección acordó estimar parcialmente la reclamación presentada en base a las normas 14, 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

Frente a dicha resolución, la mercantil XFERA MÓVILES, S.A.U. interpuso recurso de alzada que fue estimado en su totalidad por el Pleno del Jurado en su Resolución de 19 de noviembre de 2020.

### RESUMEN

Resolución de 27 de octubre de 2020 de la Sección Primera del Jurado por la que se estima parcialmente la reclamación presentada por XFERA MÓVILES, S.A.U. en relación con una publicidad de la que es responsable la mercantil FINETWORK MOBILE, S.L.

La reclamación se dirige contra una campaña difundida en radio e internet (redes sociales). La publicidad difundida por medios radiofónicos consiste en dos anuncios en los que se vertían, entre otras, las siguientes alegaciones: (i) “Me encanta decir que Finetwork tiene la mejor tarifa del mercado español y me encanta decir lo de Finetwork con una música especial. (...)”; (ii) ¿Sabes lo del Finetwork? Un operador de telecomunicaciones 100 % español con las mejores tarifas, fíjate qué locura: (...) Que operadores móviles hay muchos, pero como Finetwork no hay ninguno (...)”.

La publicidad difundida en internet consiste en las siguientes publicaciones en redes sociales:

- En primer lugar, el siguiente *post* publicado por Pascual Pérez Castillo, presidente y fundador de FINETWORK, en su perfil de LinkedIn: “Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas todo lo malo se pone amarillo. Somos la mejor magdalena al mejor precio”. Sobre la imagen de una *cupcake*, salen anotaciones de sus distintas capas que van aclarando: “Precios definitivos. La mejor red. Sin permanencia. Gigatransfer. Gigabank. Finetwork”.

- En segundo lugar, los siguientes *posts* publicados en el perfil de Finetwork de Twitter: “¿Cupcake o Magdalena? Da igual como lo llares, nosotros no te vamos a juzgar, aquí lo único que importa es que en Finetwork tienes las mejores tarifas en fibra y móvil. Somos la mejor magdalena al mejor precio”. Sobre la imagen de la *cupcake* leemos: “Precios definitivos. La mejor red. Sin permanencia. Gigatransfer. Gigabank. Finetwork” (...) Contrata las mejores tarifas de fibra sin que te la cuelen. Fi. Esta es la única letra pequeña de Finetwork. Finetwork”.
- En tercer lugar, los siguientes *post* publicados en el perfil de Finetwork de Facebook: “(...) Contrata las mejores tarifas de fibra sin que te la cuelen. Fi” y “¿Cupcake o Magdalena? Da igual como lo llares, nosotros no te vamos a juzgar, aquí lo único que importa es que Finetwork tienes las mejores tarifas en fibra y móvil. Somos la mejor magdalena al mejor precio”. Sobre la imagen de una *cupcake* leemos: “Precios definitivos. La mejor red. Sin permanencia. Gigatransfer. Gigabank. Finetwork”.

Mediante la citada Resolución, la Sección Primera del Jurado acordó estimar parcialmente la reclamación presentada en base a las normas 14, 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (“Código de AUTOCONTROL”).

En primer lugar, el Jurado entendió que el mensaje según el cual las tarifas promocionadas son “las mejores del mercado”, resultaba engañoso y contrario a la norma 14 del Código de AUTOCONTROL. Así, consideró que no quedó acreditado por la reclamada que ostentase una posición de liderazgo frente a cualesquiera de sus competidores en todos los parámetros posibles y medibles ni tampoco que sus tarifas fueran las más económicas; razón esta última por la cual la Sección Primera entendió igualmente engañosa la alegación relativa al “mejor precio”. Sin embargo, la Sección desestimó la pretensión de la reclamante según la cual resultaría engañosa la alegación “la mejor red”, en alusión a la red utilizada por Finetwork (red de Vodafone). Así, el Jurado consideró suficientemente acreditada dicha alegación publicitaria en base a los estudios aportados por la reclamada sin que MASMOVIL aportara prueba específica, más allá de alegar que la red utilizada por la reclamada no podía ser considerada la mejor.

En segundo lugar, la Sección estimó que la publicidad reclamada infringía la norma 21 del Código de AUTOCONTROL al considerar denigratorias las alegaciones “*Somos la mejor magdalena al mejor precio*” y “*Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas. Todo lo malo se pone amarillo*”, en la medida en que aludían claramente tanto al color de la marca MASMOVIL como a la magdalena utilizada por ésta en su publicidad y resultaban aptas para generar su descrédito y menosprecio.

Por último y en relación con la utilización de una magdalena como recurso publicitario, la Sección concluyó que Finetwork incurría en un supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo de MASMOVIL, contrario a la norma 20.2 del Código de AUTOCONTROL al aprovecharse (mediante el uso de elementos idénticos) del canal de comunicación abierto previamente por ésta -y todavía vivo en el recuerdo del consumidor- para transmitir el mismo mensaje.

## II. Recurso de Alzada.

Frente a dicha resolución, la mercantil XFERA MÓVILES, S.A.U. interpuso recurso de alzada que fue estimado en su totalidad por el Pleno del Jurado en su Resolución de 19 de noviembre de 2020 declarando

finalmente que la alegación “la mejor red” infringía también la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. En efecto, si bien quedó acreditado en alzada que la alegación “la mejor red” se apoyaba en un estudio concreto (realizado por una compañía concreta que medía unos determinados parámetros), esta información no se desvelaba en la publicidad, y por tanto el mensaje trasladado en ella mediante “la mejor red” era un mensaje absoluto según el cual la red utilizada por Finetwork es la mejor con independencia del parámetro analizado y del estudio que lo analice, mensaje que no se acomodaría plenamente a las exigencias derivadas de la norma 14 del Código (publicidad engañosa).

## TEXTO COMPLETO

En Madrid, a 27 de octubre de 2020, reunida la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D<sup>a</sup>. María José Morillas Jarillo, emite la siguiente.

### RESOLUCIÓN

#### I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 14 de octubre de 2020, la mercantil XFERA MÓVILES, S.A.U. (en adelante “**MASMOVIL**”) presentó una reclamación frente a una publicidad de la que es responsable la empresa FINETWORK MOBILE, S.L. (en adelante “**Finetwork**”).
2. La reclamación se dirige contra una campaña difundida en radio e internet (redes sociales).

La publicidad difundida por medios radiofónicos consiste en dos anuncios cuya locución es:

- En primer lugar: “Me encanta hablar de marcas en tiempo de juego que revolucionan un mercado. Por eso me encanta hablar de Finetwork que ha revolucionado el mercado de los operadores de telecomunicaciones. Me encanta decir que Finetwork es un operador totalmente español. Me encanta decir que cuando llamas al 1777 de Finetwork te va a atender una persona, no un robot ahí en las quimbambas. Me encanta decir que Finetwork tiene la mejor tarifa del mercado español y me encanta decir lo de Finetwork con una música especial. (...). Fíjate, la tarifa de Finetwork: Fibra 100 megas por 20 con 90 euros al mes sin cuota de línea. Tarifa móvil con voz ilimitada desde solo 9 con 90 euros al mes sin permanencia. Además, han mejorado las tarifas móviles 23 gigas y voz ilimitada por 14 con 90 euros al mes. Llama ya al 1777 o en Finetwork.com o en cualquier tienda Finetwork. Porque tú también te mereces ser de Finetwork”.
- En segundo lugar: “¿Oye tú eres Fi ya? Yo soy Fi ¿Tú eres Fi? Tienes que ser Fi. Ser Fi es ser de Finetwork. ¿Sabes lo del Finetwork? Un operador de telecomunicaciones 100 % español con las mejores tarifas, fíjate qué locura: Fibra 100 megas por 20 con 90 euros al mes sin cuota de línea. Añádele tarifa móvil con voz ilimitada desde solo 9 con 90 euros al mes sin permanencia. Y han mejorado las tarifas móviles 23 gigas y voz ilimitada por solamente 14 con 90 euros. Llama al 1777. 1777. Y te responderá una voz amiga, no un robot allí en las

quimbambas. Sin permanencia. Sin letra pequeña. También puedes informarte en Finetwork.com. Finetwork.com. o en cualquier tienda FI. No sé qué esperas para ser de Finetwork. Que operadores móviles hay muchos, pero como Finetwork no hay ninguno. Finetwork, Finetwork. Finetwork”.

La publicidad difundida en internet consiste en las siguientes publicaciones en redes sociales:

- En primer lugar, el siguiente *post* publicado por Pascual Pérez Castillo, presidente y fundador de FINETWORK, en su perfil de LinkedIn: “Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas todo lo malo se pone amarillo. Somos la mejor magdalena al mejor precio”. Sobre la imagen de una *cupcake*, salen anotaciones de sus distintas capas que van aclarando: “Precios definitivos. La mejor red. Sin permanencia. Gigatransfer. Gigabank. Finetwork”.
- En segundo lugar, los siguientes *posts* publicados en el perfil de Finetwork de Twitter: “¿Cupcake o Magdalena? Da igual como lo llames, nosotros no te vamos a juzgar, aquí lo único que importa es que en Finetwork tienes las mejores tarifas en fibra y móvil. Somos la mejor magdalena al mejor precio”. Sobre la imagen de la *cupcake* leemos: “Precios definitivos. La mejor red. Sin permanencia. Gigatransfer. Gigabank. Finetwork” y “Esta que has visto va a ser la única letra pequeña que vas a ver con nosotros. De verdad. Cuando te decimos un precio, es ese precio. Sin trampa ni cartón. Contrata las mejores tarifas de fibra sin que te la cuelen. Fi. Esta es la única letra pequeña de Finetwork. Finetwork”.
- En tercer lugar, los siguientes *post* publicados en el perfil de Finetwork de Facebook: “Esta que has visto va a ser la única letra pequeña que vas a ver con nosotros. De verdad. Cuando te decimos un precio, es ese precio. Sin trampa ni cartón. Contrata las mejores tarifas de fibra sin que te la cuelen. Fi” y “¿Cupcake o Magdalena? Da igual como lo llames, nosotros no te vamos a juzgar, aquí lo único que importa es que Finetwork tienes las mejores tarifas en fibra y móvil. Somos la mejor magdalena al mejor precio”. Sobre la imagen de una *cupcake* leemos: “Precios definitivos. La mejor red. Sin permanencia. Gigatransfer. Gigabank. Finetwork”.

En adelante, aludiremos a esta publicidad como la “**Publicidad reclamada**”.

3. Según expone en su escrito de reclamación, MASMOVIL considera que la Publicidad reclamada resulta engañosa y denigratoria y, por tanto, contraria a las Normas 14, 20, 21 y 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en lo sucesivo, el “**Código de AUTOCONTROL**”).

En este sentido, manifiesta, en primer lugar, que las alegaciones publicitarias “la mejor tarifa del mercado español” y “un operador de telecomunicaciones (...) con las mejores tarifas” son engañosas al no ser Finetwork ni el mejor en todas las variables ni tan siquiera en cuanto al precio. Para ello, MASMOVIL realiza en su reclamación una comparativa de precios de varias compañías en relación con tres tarifas distintas sin que Finetwork ostente el primer puesto en ninguna de ellas.

En segundo lugar, considera que la utilización de la imagen de una magdalena y las alegaciones publicitarias “La mejor red”, “Somos la mejor magdalena al mejor precio” y “Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas todo lo malo se pone amarillo” aluden claramente a MASMOVIL, cuyo color principal es el amarillo, y a su campaña publicitaria. En cuanto a la alusión a “el mejor precio”, MASMOVIL recuerda que no se trata de la tarifa más

económica; en cuanto a “la mejor red”, MASMOVIL considera que se trata de una afirmación ambigua puesto que no aclara si se refiere a red fija o móvil, red con mayor cobertura, red con mayor capacidad de implantación de 4G o 5G, etc.; e incierta en cualquier caso puesto que la red Vodafone (red utilizada por Finetwork) no es la primera en ninguno de los parámetros anteriores. En este sentido, la reclamante considera que, dado que Finetwork no es la mejor tarifa ni tiene los mejores precios o red, realiza una comparación engañosa denigratoria respecto de MASMOVIL aprovechándose, además, de la repercusión mediática que obtuvo MASMOVIL con el recurso publicitario de la magdalena.

Como consecuencia de lo anterior, MASMOVIL entiende que la Publicidad reclamada resulta igualmente contraria a las Normas 20 (explotación del prestigio ajeno e imitación) y 22 (comparaciones) del Código de AUTOCONTROL.

Por todo ello, MASMOVIL solicita a esta Sección que declare ilícita la Publicidad reclamada por infracción de las normas 14, 20, 21 y 22 del Código de AUTOCONTROL, acuerde su cese definitivo o rectificación, así como la imposición de las costas y demás gastos a Finetwork.

4. Trasladada la reclamación a la empresa anunciante, ésta ha presentado escrito de contestación en plazo. En él aclara, en primer lugar, que no se trata de una campaña publicitaria sino de meros *post* orgánicos insertados en sus perfiles de redes sociales sin coste alguno y dirigidos únicamente a sus seguidores y no al público en general.

Al margen de lo anterior, Finetwork sostiene que la palabra “mejor” es un adjetivo puramente subjetivo que contempla multitud de factores además del precio y que consiste en la opinión de quien lo emite. A pesar de ello, manifiesta que las alegaciones publicitarias mencionadas por MASMOVIL en su reclamación están respaldadas por estudios y comparaciones de mercado que la consideran la operadora con las tarifas más bajas en muchos servicios. Asimismo, menciona que la red móvil utilizada es la de Vodafone, habiendo sido nombrada esta compañía como el mejor operador en España por la Organización de Consumidores y Usuarios sobre la base de mediciones llevadas a cabo con usuarios. Adicionalmente, Finetwork pone de relieve que MASMOVIL no ha tenido en cuenta los servicios extra que ofrecen, tales como GIGABANK o GIGATRANSFER, incluidos en sus precios y que mejoran significativamente y objetivamente la oferta respecto de otras compañías.

En cuanto a la imagen de la magdalena, Finetwork niega que la misma pueda resultar ofensiva o denigrante para MASMOVIL. Por el contrario, considera que únicamente sirve para expresar su opinión partiendo de un mismo ejemplo, del que, por otra parte, MASMOVIL no tiene derecho de uso exclusivo. Por otro lado, y en relación con las alegaciones efectuadas por Pascual Pérez Castillo en su perfil de LinkedIn (“Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas todo lo malo se pone amarillo”), defiende que se trata de su estricta opinión personal y privada sin carácter publicitario y ajena a Finetwork. Tampoco los *posts* integrados en redes sociales serían publicidad sino meros *posts* orgánicos insertados en sus perfiles de las redes sociales. En todo caso, sostiene Finetwork que esas alegaciones no suponen de ningún modo una denigración o menosprecio para MASMOVIL, ni tampoco contiene alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa.

Por todo ello, solicita a esta Sección que desestime la reclamación en su totalidad e imponga las costas y demás gastos a MASMOVIL.

## II. Fundamentos deontológicos.

1. Antes de entrar al fondo de los motivos de reclamación planteados por MASMOVIL, es preciso dar respuesta a una cuestión previa que Finetwork plantea en sus alegaciones: la aplicación del Código de AUTOCONTROL al presente supuesto, en la medida en que considera que la campaña denunciada por MASMOVIL, no se corresponde con una campaña publicitaria.

En este sentido, Finetwork afirma que los *posts* insertados en las redes sociales, no serían publicidad sino mensajes dirigidos a sus seguidores y que no han supuesto coste alguno.

Así, el Jurado debe en primer lugar determinar si nos encontramos o no ante una campaña publicitaria. Nada alega la reclamada respecto de las cuñas difundidas en radio, que también son objeto de reclamación en este procedimiento, por lo que nos ceñiremos al análisis de las piezas difundidas en redes sociales. Pues bien, no cabe ninguna duda de que estos *posts* insertados en redes sociales tienen como finalidad única promocionar la empresa reclamada; en efecto, son dos los elementos que en este caso determinan el propósito publicitario del mensaje: por un lado, el origen de los *posts*, y por otro, su contenido.

En primer lugar, la ubicación de los *posts* no es otra que los perfiles de la propia marca Finetwork en Twitter y Facebook, así como el perfil personal del presidente fundador de dicha marca en LinkedIn. Respecto a las dos primeras redes citadas, no hay que olvidar que la creación de páginas de empresa en estos perfiles sociales responde a varios motivos, que pueden resumirse en ganar visibilidad, difusión, contacto con los usuarios, comunicar promociones, gestionar la imagen de la marca, etc., todos ellos orientados como vemos a promover la empresa y sus servicios. Respecto de la red social LinkedIn, no hay que olvidar tampoco que se trata de una red de uso empresarial, orientada a las relaciones comerciales y profesionales, en la que participan empresas y profesionales que buscan promocionarse. Por tanto, si bien uno de los *posts* se corresponde con el perfil personal del presidente y fundador de Finetwork, se trata de un perfil profesional y público en el que habla en nombre de la empresa (“*Nosotros*”) con el fin de presentar sus productos. Por lo tanto, en la medida en que nos encontramos con mensajes proporcionados por la propia marca anunciante o por su fundador, resulta evidente la naturaleza publicitaria de los mismos. En segundo lugar, el contenido de los mensajes responde efectivamente a la voluntad de promocionar los servicios y productos de la marca reclamada, puesto que se focalizan en el producto del anunciante, en sus características, exaltan su liderazgo “*somos la mejor*” o “*las mejores tarifas*”, y contienen invitaciones directas a su compra: “*Contrata las mejores tarifas de fibra y móvil*”.

A ojos de este Jurado, nos encontramos ante piezas creadas con la finalidad de promocionar las características y ventajas de las tarifas de Finetwork, que buscan una gran capacidad de difusión al ser insertadas en las redes sociales y que contienen una petición clara de captar nuevos clientes, a los que apelan para que las contraten. Basta recordar en este punto, la definición de “publicidad” que ofrece la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad en su artículo 2: “*A los efectos de esta Ley, se entenderá por: Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*”. Como se puede apreciar en la definición transcrita, para que una comunicación sea catalogada como publicidad, no se requiere la existencia de inversión económica alguna, al contrario de lo que sostiene la reclamada.

Por su parte, hay que tener en cuenta el ámbito de aplicación del Código de AUTCONTROL, el cual establece lo siguiente: *“Estas normas deontológicas se aplican a toda actividad de comunicación publicitaria, independientemente de su forma, formato o medio, tendente a fomentar, de manera directa o indirecta, la contratación de bienes o servicios o la potenciación de marcas y nombres comerciales. También serán aplicables a cualquier comunicación comercial emitida por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos. Las presentes normas deontológicas no serán de aplicación a la publicidad política”*.

Pues bien, el Jurado debe concluir que el Código de AUTOCONTROL es aplicable al presente supuesto en la medida en que nos encontramos claramente ante una campaña publicitaria, en la que se promociona no solo la marca Finetwork, sino sus productos concretos, en este caso sus servicios y tarifas de fibra y móvil.

2. Aclarado lo anterior, procede entrar al fondo de los motivos de reclamación planteados por MASMOVIL. Así, como primer motivo de reclamación, MASMOVIL alega una infracción de la norma 14 del Código de AUTOCONTROL, que dispone lo siguiente: *“Las comunicaciones comerciales no deberán ser engañosas. Se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: (...) b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio”*.

Según la reclamante, la publicidad objeto del presente procedimiento resultaría engañosa en la medida en que las tarifas promocionadas por la reclamada en las cuñas radiofónicas se presentan como las mejores, cuando ni deja claro en qué parámetro se consideran mejores, ni dicha supremacía sería en ningún caso cierta.

3. Tras un análisis de estas cuñas radiofónicas, es cierto que en las mismas se incluyen las siguientes alegaciones publicitarias que constituyen la expresión de una posición de liderazgo o supremacía: *“la mejor tarifa del mercado español”* o *“un operador de telecomunicaciones (...) con las mejores tarifas”*.

Pues bien, resulta claro que este mensaje publicitario debe calificarse como publicidad de tono excluyente. En efecto, el Jurado ya ha definido en numerosas ocasiones la publicidad de tono excluyente como aquella publicidad en la que el anunciante manifiesta su posición de primacía o liderazgo.

Así las cosas, es obvio que a través de expresiones como *“la mejor tarifa”*, el anunciante, en el caso que nos ocupa, manifiesta una clara posición de supremacía consistente en contar con las mejores tarifas, en todos aquellos parámetros medibles existentes.

Frente a esta conclusión, el Jurado debe rechazar las alegaciones de la parte reclamada que pretende la calificación de este mensaje como una mera opinión personal y subjetiva, imposible



de medir por basarse en preferencias personales.

Al contrario, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante publicidad de tarifas de fibra y móvil. Y los mensajes que examinamos aluden a aspectos que resultan determinantes a la hora de elegir la tarifa que se quiere contratar, como pueden ser los precios, el compromiso de permanencia, la cantidad de GB o el servicio de voz ilimitada. Ante esta situación, no parece probable que los destinatarios de la publicidad interpreten aquellas alegaciones y mensajes como afirmaciones carentes de fundamento objetivo. Antes al contrario, las percibirán como la expresión objetiva de una posición de liderazgo o supremacía y, por tanto, como que la tarifa promocionada es efectivamente la mejor en todos esos parámetros.

Dicho esto, este Jurado ya ha declarado también en numerosas ocasiones que la publicidad de tono excluyente constituye una modalidad publicitaria esencialmente lícita, siempre que la posición de supremacía o liderazgo que se afirme en la publicidad sea exacta y veraz.

A este respecto, la carga de la prueba de la exactitud de la posición de liderazgo afirmada incumbe siempre y en todo caso al anunciante, conforme a lo dispuesto en la norma 23 del Código de AUTOCONTROL (que, en esencia, coincide con lo dispuesto en el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El tenor literal de este precepto es el siguiente: *“Corresponde al anunciante la carga de probar la veracidad de las afirmaciones y alegaciones incluidas en las comunicaciones comerciales”*.

En el caso que nos ocupa, la entidad anunciante, asumiendo la carga de la prueba que le incumbe, ha aportado distinta documentación al expediente, a través de la cual pretende acreditar que la tarifa promocionada es efectivamente la mejor del mercado.

Sin embargo, una vez analizadas las alegaciones y las pruebas aportadas por la reclamada en este punto, el Jurado ha comprobado que la tarifa promocionada en la publicidad, esto es *“Fibra 100 mb 20,90 euros al mes sin cuota de línea, tarifa móvil con voz ilimitada, desde 9,90 euros al mes sin permanencia; tarifas móviles 23 gb y voz ilimitada por 14,90 euros al mes”* únicamente aparece en uno de los documentos aportados por la reclamada, en el que, según un estudio de la organización FACUA - Consumidores en Acción, la tarifa de fibra 100 mb sin línea fija por 29,90 euros, sería una de las tarifas más económicas del mercado, posición que compartiría con la tarifa de Global. Por su parte, la propia reclamante aportaba en su escrito documentación según la cual, la tarifa de Movilfly con las mismas características (fibra 100 mb sin teléfono fijo), se ofrecería igualmente por ese mismo precio. Este Jurado también ha apreciado en la documentación aportada por la reclamada, como el estudio FACUA determina que, entre las ofertas con datos, una de las tarifas más económicas sería la de Finetwork (9,90 euros con 7 GB), junto con Xenet (9,95 euros con 8 GB) y Suop (7,99 euros por 2 GB) siendo esta última la tarifa más barata.

Por lo tanto, el mensaje según el cual las tarifas promocionadas son las mejores del mercado, no resultaría acreditado por dos motivos. En primer lugar, porque si únicamente hubiera de entenderse dicho mensaje en el sentido de que las tarifas de la reclamada son las más económicas, este mensaje no sería cierto, puesto que, tal y como se ha expuesto anteriormente, existen operadores con las mismas tarifas o con tarifas más baratas que la reclamada. En segundo lugar, porque aun cuando existiera una eventual prueba según la cual la tarifa promocionada es efectivamente la más barata del mercado, no sería suficiente para poder acreditar las menciones contenidas en la publicidad, según las cuales la tarifa promocionada es



“la mejor” en el mercado, esto es, la mejor en todos y cada uno de los parámetros que pudieran ser medibles y no únicamente en cuanto a su precio. Como vemos, en la publicidad radiofónica en ningún momento se indica que la tarifa promocionada es la más barata, sino que es “la mejor”. Pues bien, lo cierto es que no hay prueba alguna en el expediente que permita afirmar dicho mensaje, según el cual la tarifa promocionada ostentaría una posición de liderazgo frente a cualesquiera de sus competidores y en absolutamente todos los parámetros posibles y medibles, tales como la cantidad de GB y de megas, los servicios incluidos en la tarifa, la calidad de los mismos, etc.

Por las razones expuestas, el Jurado entiende que concurre en este punto una infracción de la norma 14 del Código de AUTOCONTROL.

4. Continuando con el análisis de la Publicidad reclamada a la luz de la norma 14 del Código de Autocontrol, este Jurado ha de detenerse ahora en las piezas difundidas en las redes sociales, respecto de las cuales MASMOVIL considera igualmente engañosas las menciones ahí insertadas “al mejor precio” y “la mejor red”. Tal y como se ha expuesto en el punto anterior, estas alegaciones deben catalogarse como excluyentes, puesto que a través de ellas el anunciante manifiesta su posición de primacía o liderazgo en cuanto al precio de sus tarifas, en este caso, y en cuanto a la red utilizada.

Respecto de la primera alegación, “el mejor precio”, este Jurado se remite al punto anterior, puesto que, tras una comprobación de la documentación aportada al expediente por ambas partes, no puede extraerse la conclusión de que la tarifa de la reclamada sea la más barata; antes al contrario, se han detectado tarifas de otros competidores equivalentes o incluso más económicas, por lo que la alegación “el mejor precio” sería engañosa, como sostiene la reclamante.

En cuanto a la alegación “La mejor red”, la reclamada aporta de nuevo documentación con el fin de acreditar su veracidad. En ella, este Jurado ha podido comprobar que la red utilizada por la reclamada (Finetwork utiliza la red de Vodafone) ha sido calificada por la compañía de consultoría, ingeniería y pruebas P3 Communications y la Revista internacional de telecomunicaciones Connect, como la mejor, tras una serie de pruebas para medir su rendimiento. En particular, la red utilizada por la reclamada sería líder en voz, datos y en velocidad de descarga. La reclamada aporta igualmente al expediente un estudio realizado por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), en el que se mide la velocidad de descarga, el porcentaje de red 4G y la cobertura por comunidades autónomas. Pues bien, según dicho estudio, Vodafone, la red utilizada por la reclamada, ha resultado el mejor operador, tras una puntuación global calculada en base a la combinación de los test de velocidad, calidad del servicio de navegación web y calidad del servicio de *streaming* (YouTube).

Por su parte, la parte reclamante, si bien ha alegado que la red de Vodafone utilizada por la reclamada no puede ser considerada la mejor, no ha aportado prueba específica al respecto.

Por tanto, de la combinación de pruebas aportadas al expediente, y atendiendo única y exclusivamente a los elementos de prueba obrantes en él, esta Sección debe concluir que la alegación “la mejor red” ha resultado suficientemente acreditada por la reclamada, que ha aportado prueba relativa al liderazgo de dicha red en los principales parámetros (esto es, voz, datos y cobertura) sin que dicha prueba resultase contrarrestada por otra aportada por la reclamante.

Así las cosas, procede desestimar en este punto la pretensión de la reclamante, siendo la alegación “la mejor red” conforme a la norma 14 del Código de Autocontrol.

5. En segundo lugar, la reclamante entiende que la publicidad de Finetwork difundida en redes sociales es denigratoria e incumple lo dispuesto en su norma 21, según la cual *“Las comunicaciones comerciales no deberán 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”*.

Según la reclamante, las alegaciones *“Somos la mejor magdalena al mejor precio”* y *“Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas. Todo lo malo se pone amarillo”*, resultan denigratorias, en la medida en que aluden claramente al anuncio producido por la reclamante y protagonizado por Antonio Resines, con el objetivo de menospreciar la campaña de MASMOVIL. Cabe recordar que en dicho anuncio, aportado igualmente al expediente, Antonio Resines mostraba una *cupcake* con una serie de adornos, que se iban eliminando a medida que en pantalla se iba reduciendo el precio y la *cupcake* se transformaba en una simple magdalena, mientras se escuchaba *“Si a este cupcake le quitamos la bengalita, el unicornio, y tanto brilli brilli, se convierte en una riquísima magdalena de las de aquí. Pues MASMOVIL es la magdalena de los operadores telefónicas. Aquí pagas por lo que necesitas (...)”*.

Pues bien, a juicio de MASMOVIL, las alegaciones *“Somos la mejor magdalena al mejor precio”* y *“Nosotros sí somos la mejor magdalena. Lo demás son copias y de las malas. Todo lo malo se pone amarillo”* resultan denigratorias al referirse claramente y de manera peyorativa a su producto.

Como ha explicado el Jurado en ocasiones anteriores, la publicidad denigratoria puede ser definida como aquella que, por cualquier circunstancia, es apta para generar el descrédito o el menosprecio del producto o de los productos competidores.

En este sentido, debemos recordar que, a la hora de determinar si la publicidad es apta para generar descrédito o menosprecio de otros productos o servicios, 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, esta Sección considera que la publicidad difundida por Finetwork, basada en el concepto de la magdalena, que es, como se ha expuesto, el recurso publicitario utilizado en la última campaña de MASMOVIL de forma notoria, es suficiente para que el consumidor lo entienda como una alusión directa a la reclamante, identificación que se facilita también al mencionar la Publicidad reclamada el color amarillo de la marca. Así, de forma prácticamente automática, el consumidor entenderá que la reclamada se revela como “la mejor magdalena”, en clara alusión a MASMOVIL, que se definía como “la magdalena de los operadores telefónicos”.

Una vez que se identifica claramente a la compañía MASMOVIL, la Publicidad reclamada no sólo se refiere a su producto, las tarifas de la reclamante, como “copias”, sino que las califica como “malas”, transmitiendo al consumidor un mensaje peyorativo y denigratorio del producto, de la compañía y de su marca (“*todo lo malo se pone amarillo*”).

Como vemos, el anuncio no se limita en informar al consumidor de las virtudes de las tarifas promocionadas, sino que va más allá y, para promover su producto, califica expresamente como “malas copias” a las tarifas ofrecidas por la reclamante. Esto no es una simple opinión como sostiene Finetwork en su escrito, sino que es un mensaje sin duda apto para menoscabar el crédito en el mercado de las tarifas ofrecidas por MASMOVIL y de la propia reclamante.

Así pues, a juicio de esta Sección, la publicidad, tal y como es percibida por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, transmite un mensaje objetivamente apto para dañar el crédito de los productos ofrecidos por la reclamante.

A la vista de las anteriores consideraciones, y atendiendo al contenido de las normas transcritas, hemos de confirmar la existencia de una vulneración de la norma 21 del Código de AUTOCONTROL.

6. La reclamante afirma también, respecto de las piezas difundidas en redes sociales, una infracción de la norma 20.2 del Código de AUTOCONTROL, según la cual *“Las comunicaciones comerciales tampoco deberán imitar el esquema general, texto, eslogan, signos distintivos, presentación visual, música, ni los efectos sonoros de otros anuncios, nacionales o extranjeros, aunque sean de campañas ya concluidas, cuando cualquiera de estos elementos estén protegidos por derechos de propiedad industrial o intelectual o la publicidad pueda generar un riesgo de confusión en los consumidores, o implique un aprovechamiento indebido del esfuerzo o de la reputación ajenas”*.

Según la entidad reclamante, y como hemos visto en el punto anteriormente expuesto, Finetwork estaría empleando los mismos recursos publicitarios empleados previamente por MASMOVIL para su campaña, y esta utilización no solo le sirve a la reclamada para denigrar los productos de la reclamante, sino que supone también un aprovechamiento indebido por parte de la reclamada del esfuerzo invertido por MASMOVIL en su creación publicitaria.

Este Jurado ya se ha pronunciado en ocasiones sobre esta figura, argumentando que efectivamente se consideraría desleal aquella imitación que implicara la parasitación del esfuerzo publicitario desarrollado por un tercero para abrir un canal de comunicación específico con el público de los consumidores. Existen ocasiones, en efecto, en las que el gran esfuerzo publicitario desarrollado por un anunciante lleva al público destinatario de la publicidad a vincular un elemento publicitario utilizado por aquél con un significado preciso o un mensaje concreto. En estas circunstancias, la utilización de un elemento publicitario idéntico o similar para transmitir idéntico mensaje podría eventualmente implicar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

Por lo demás, para que se produzca un supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno como el que estamos describiendo, deben concurrir tres presupuestos. Así, es preciso que la creación publicitaria imitada haya supuesto la apertura de un canal de comunicación propio y específico –para la transmisión de un concreto mensaje- entre el anunciante y el público de los consumidores, y así sea percibida por estos últimos. En segundo lugar, el mensaje publicitario difundido con posterioridad debe aprovecharse de ese canal de comunicación específico,

merced a la utilización de elementos publicitarios idénticos o similares para la transmisión de un mismo mensaje. Por último, debe existir una cierta proximidad temporal entre ambas campañas publicitarias.

A este respecto, resulta muy ilustrativa la Resolución de la Sección Segunda del Jurado de Autocontrol de 14 de enero de 2004 (sobre una pieza publicitaria difundida por una empresa comercializadora de loterías), en la que el Jurado analizaba unos anuncios situados en el interior de un centro comercial, en los que aparecía un hombre completamente calvo que llevaba una gabardina o abrigo negro de espaldas. En el anuncio aparecían varias bolas de Navidad flotando, y se leía el eslogan: “Para los que la suerte les da la espalda” y “Lotería de El Saler. Participa y gana fabulosos premios”. Pues bien, el Jurado entendió que la utilización de este personaje (el calvo de la lotería) implicaba un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno; en particular, implicaba un aprovechamiento indebido del esfuerzo de comunicación desarrollado por Loterías y Apuestas del Estado, esfuerzo de comunicación con el cual se había conseguido identificar un determinado personaje con un concreto mensaje, aprovechándose indebidamente ahora una tercera empresa de este específico canal de comunicación abierto gracias al esfuerzo de Loterías y Apuestas del Estado. Las palabras del Jurado a este respecto fueron las siguientes: *“Por último, debe tenerse presente que en este supuesto, la utilización del personaje central y exclusivo de la campaña publicitaria de un determinado servicio que se reitera anualmente, que es objeto de una amplísima difusión y que ha alcanzado una gran notoriedad entre el público, entraña un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno en la medida en que se revela apropiada no sólo para facilitar la promoción del sorteo objeto del anuncio (aspecto que se enjuicia más acertadamente desde la perspectiva de la confusión, pues esa facilitación resulta en lo esencial de la proximidad que se establece entre el sorteo promocionado y la lotería de Navidad de la LAE) sino sobre todo para conducir a la banalización de ese personaje central de la estrategia de comunicación comercial decidida y puesta en práctica por la LAE única y exclusivamente respecto de uno de los sorteos que organiza y por tanto para debilitar su potencial comunicativo y su asociación con esa particular prestación, obstaculizando de este modo la penetración las campañas de la LAE basadas en el citado personaje”*.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, podría decirse que MASMOVIL logró con su esfuerzo abrir un canal de comunicación específico con los consumidores. Fue el grado de singularidad y de notoriedad de su campaña publicitaria, lo que le permitió a la reclamante abrir dicho canal de comunicación con el consumidor, que vinculó el elemento publicitario de la “cupcake” (*versus* magdalena sencilla) con un mensaje concreto, esto es, que se pueden ofrecer los servicios necesarios a un mejor precio. Como ha podido apreciar este Jurado en los materiales reclamados, la reclamada pretende aprovecharse de ese mismo canal, en la medida en que el elemento publicitario utilizado, la *cupcake*, es, no ya similar, sino idéntico al empleado por MASMOVIL en el anuncio protagonizado por Antonio Resines. Y este canal se utiliza por la reclamada para emitir incluso el mismo mensaje, pero en su beneficio. Se muestra el recurso gráfico creado por MASMOVIL, una *cupcake* muy ornamentada, para trasladar que cada adorno se corresponde con un servicio o característica de la tarifa; y se utiliza el mismo lenguaje “la mejor magdalena del mercado”, reproduciendo esa metáfora según la cual los operadores telefónicos son magdalenas y en función de lo que incluyen, son mejores o peores. Incluso su texto parece contestar al eslogan de la reclamante, difundido unos meses atrás “Somos la magdalena de los operadores” a lo que contesta la reclamada “Nosotros sí somos la mejor magdalena”, como si de un diálogo se tratara.

De esta forma, la reclamada, aprovecha el canal de comunicación abierto previamente por

MASMOVIL y todavía vivo en el recuerdo del consumidor, dada la proximidad temporal de las dos campañas, para, con elementos idénticos a la reclamante, transmitir el mismo mensaje, lo que, a juicio de este Jurado, supone un aprovechamiento indebido del esfuerzo de la reclamante, contrario a la norma 20.2 del Código de AUTOCONTROL.

Por las razones expuestas, la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial,

#### ACUERDA

1. Estimar parcialmente la reclamación presentada por XFERA MÓVILES, S.A.U. contra la publicidad de la que es responsable FINETWORK MOBILE, S.L.
2. Declarar que la Publicidad reclamada, en aquellos extremos que han sido identificados en los fundamentos deontológicos de la presente resolución, infringe las normas 14, 21 y 20.2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.
3. Instar a FINETWORK MOBILE, S.L. la rectificación de la Publicidad reclamada en aquellos extremos que han sido considerados incompatibles con el Código de Conducta Publicitaria, según lo expuesto en los fundamentos deontológicos de la presente resolución.