

EDJ 2016/265217

AP Málaga, sec. 6ª, S 22-12-2016, nº 894/2016, rec. 344/2014
Pte: Orellana Cano, Nuria Auxiliadora

Resumen

Publicidad ilícita. Acción de cesación. Considera la AP que la libertad de expresión y la libertad de empresa ceden cuando se trata de publicidad vejatoria y discriminatoria para la mujer, que ha de considerarse ilícita. La publicidad ha de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, con la finalidad de prevenir y evitar la violencia de género (FJ 8 y 10).

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 29/2009 de 30 diciembre 2009. Modificación del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios

LO 1/2004 de 28 diciembre 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Ley 47/2003 de 26 noviembre 2003. Ley General Presupuestaria

art.3.a

Ley 3/1991 de 10 enero 1991. Competencia Desleal

art.18

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	14

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

PRINCIPIOS PROCESALES

IGUALDAD

PROCESO CIVIL

SENTENCIA

Motivacion. Fundamentos de Derecho

En general

PUBLICIDAD

PUBLICIDAD DESLEAL

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa / Empresario; Desfavorable a: Empresa / Empresario

Procedimiento: Recurso de apelación

Legislación

Cita Ley 29/2009 de 30 diciembre 2009. Modificación del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios

Cita LO 1/2004 de 28 diciembre 2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Cita art.3.a de Ley 47/2003 de 26 noviembre 2003. Ley General Presupuestaria

Cita art.18 de Ley 3/1991 de 10 enero 1991. Competencia Desleal

Cita Ley 37/2011 de 10 octubre 2011. Medidas de agilización procesal

Cita Dir. 114/2006 de 12 diciembre 2006. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Cita Rgto. 2006/2004 de 27 octubre 2004. Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

Cita art.2, art.3, art.6 de Ley 47/2003 de 26 noviembre 2003. Ley General Presupuestaria

Cita art.218, art.265.4, art.265.14, art.394.1, art.398.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

Cita Ley 34/1988 de 11 noviembre 1988. General de la Publicidad

Cita art.326 de Ley 19/1985 de 16 julio 1985. Cambiaria y del Cheque

Cita Dir. 450/1984 de 10 septiembre 1984. Publicidad Engañosa
Cita art.9.3, art.10.1, art.14, art.38, art.117.1, art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.1.7 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita SAP Valencia de 17 octubre 2016 (J2016/246766)
Cita STC Pleno de 8 mayo 2012 (J2012/98376)
Cita STC de 14 mayo 2009 (J2009/81897)
Cita STC Sala 2ª de 20 abril 2009 (J2009/81869)
Cita STC Sala 2ª de 9 marzo 2009 (J2009/31584)
Cita STC Sala 2ª de 5 noviembre 2007 (J2007/205904)
Cita STC Sala 2ª de 26 marzo 2007 (J2007/19462)
Cita STC Sala 1ª de 15 enero 2007 (J2007/1020)
Cita STC Sala 2ª de 3 julio 2006 (J2006/105182)
Cita STC Pleno de 14 febrero 2002 (J2002/1523)
Cita STC Pleno de 4 octubre 2001 (J2001/32232)
Cita STC Sala 2ª de 17 septiembre 2001 (J2001/29647)
Cita STC Sala 2ª de 27 marzo 2000 (J2000/3845)
Cita STC Sala 2ª de 13 julio 1998 (J1998/10013)
Cita STS Sala 1ª de 6 febrero 1998 (J1998/588)
Cita STC Pleno de 3 julio 1997 (J1997/4017)
Cita STS Sala 1ª de 31 enero 1997 (J1997/318)
Cita STC Sala 1ª de 11 abril 1994 (J1994/3087)
Cita STC Sala 1ª de 14 diciembre 1992 (J1992/12338)
Cita STC Pleno de 11 diciembre 1992 (J1992/12237)
Cita STS Sala 1ª de 12 febrero 1992 (J1992/1290)
Cita STC Sala 2ª de 26 septiembre 1988 (J1988/482)
Cita STC Sala 2ª de 16 julio 1987 (J1987/128)
Cita STC Pleno de 22 noviembre 1983 (J1983/103)
Cita STC Pleno de 3 agosto 1983 (J1983/75)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

SECCIÓN SEXTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

CIUDAD DE LA JUSTICIA

C/ Luis Portero s/n

Tlf: 951 939 216/951 939 016. Fax: 951 939 116

NIG: 2906742M20130000023

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 344/2014

Asunto: 600357/2014

Autos de: Juicio Verbal 29/2013

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE MALAGA

Negociado: 34

Apelante: RYANAIR LIMITED

Procurador: MARÍA LUISA GALLUR PARDINI

Abogado: VÍCTOR MORENO CATENA

Apelado: MINISTERIO FISCAL, INSTITUTO DE LA MUJER, ALIANZA PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS ACTIVOS y FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS

Procurador: MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ PÉREZ

Abogado: ANTONIO CASTILLO GÓMEZ y MARÍA DURAN i FEBRER

YO, LA INFRASCRITA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

CERTIFICO: Que en el Rollo de Apelación Civil núm. 344-14 seguido en esta Sala, se ha dictado la resolución que literalmente copiada es Como sigue:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° DOS DE MÁLAGA

JUICIO VERBAL N° 29/2013

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N° 344/2014

SENTENCIA N° 894/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En Málaga, a veintidós de diciembre de dos mil dieciséis

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Verbal n° 29/2013 procedentes del Juzgado Mercantil n° Dos de Málaga, sobre Publicidad Ilícita, seguidos a instancia de la Asociación de Consumidores y Usuarios ALIANZA PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS ACTIVOS (ADECUA), representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Marcia del Carmen González Pérez y asistida por el Letrado Don Antonio Castillo Gómez', contra la entidad RYANAIR LIMITED, representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Gallur Pardini y asistida por el Letrado Don Víctor Moreno Catena, sobre publicidad ilícita, habiendo sido parte, asimismo, en el procedimiento, el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado en representación del Instituto de la Mujer, y la Federación de Mujeres Progresistas como coadyuvante de la parte demandante, representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Marcia del Carmen González Pérez y asistida por la Letrada Doña Marcia Duran i Feber; actuaciones pendientes ante esta Audiencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mercantil n° Dos de Málaga dictó Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, en los autos de Juicio Verbal n° 29/2013 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando la demanda presentada por la Asociación de Consumidores y Usuarios ADECUA, representada por la Procuradora Sra. González Pérez, contra la entidad COMPAÑÍA AÉREA RYANAIR LTD, representada por la Procuradora Sra. Gaillur Pardini, siendo parte en el procedimiento el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, DEBO DECLARAR Y DECLARO que:

1º La publicidad desarrollada por la demandada en su página web www.ryanair.com/es denominada "Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!" es ilícita y desleal.

2º La publicidad desarrollada por la demandada en su web www.ryanaircalendar.com en la que se promociona la venta de un calendario titulado "Las chicas de Ryanair. Calendario Benéfico de la tripulación de cabina 2013" es asimismo ilícita y desleal.

En consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por las consecuencias jurídicas inherentes a las anteriores declaraciones de ilicitud y deslealtad publicitaria, en concreto:

- a) Deberá cesar la campaña publicitaria a la que se refieren los anteriores apartados 1º y 2º de este fallo.
- b) Deberá abstenerse de la reiteración futura de la campaña publicitaria a la que se refieren los apartados 1º y 2º de este fallo.
- c) Deberá publicar a su costa el fallo de esta sentencia en el plazo de 15 días desde su notificación en los dos periódicos de mayor difusión nacional (El País y el Mundo) con caracteres tipográficos que garanticen la legibilidad y notoriedad del anuncio (por ejemplo, letra times new roman con tamaño superior a 10 en sistema informático word).

Todo ello, imponiendo las costas del presente procedimiento a la parte demandada condenada."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, del que se dio traslado a la parte contraria, presentando escritos de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse admitido la prueba propuesta ni considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el 17 de noviembre de 2016, quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en apelación la parte demandada RYANAIR LIMITED frente a la Sentencia que estima íntegramente la demanda interpuesta por la Asociación de Consumidores y Usuarios ALIANZA PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS ACTIVOS (en adelante ADECUA), en la que se ejercitaba la acción de cesación y prohibición de reiteración futura de publicidad ilícita y desleal al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley General de Publicidad, en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, y en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, y en cuyo suplico interesaba la actora: 1º Que se declare que la publicidad desarrollada por la demandada en su página web www.ryanair.com/es denominada "Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!" es ilícita y desleal; 2º Que se declare que la publicidad desarrollada por la demandada en su web www.ryanaircalendar.com en la que se promociona la venta de un calendario titulado "Las chicas de Ryanair. Calendario Benéfico de la tripulación de cabina 2013" es asimismo ilícita y desleal; 3º Que se condene a la demandada a estar y pasar por las consecuencias jurídicas inherentes a las anteriores declaraciones de ilicitud y deslealtad publicitaria, en concreto: a) Cesar en dicha campaña publicitaria a la que se refieren los anteriores pedimentos; b) Abstenerse de la reiteración futura de la citada campaña publicitaria; e) Publicar a su exclusiva costa el fallo de la sentencia estimatoria en el plazo de 15 días desde su notificación en los dos periódicos de mayor difusión nacional que estime el Juzgado (vgr. El País y el Mundo) con caracteres tipográficos que garanticen la legibilidad y notoriedad del anuncio a criterio del Juzgador (por ejemplo, letra Times New Roman con tamaño superior a 10 en sistema informático word).

La demanda rectora de la litis se funda en los siguientes hechos: 1º Que en el mes de octubre de 2012, la aerolínea demandada Ryanair Limited comenzó a promocional en la página principal y de inicio de su web www.ryanair.com/es la venta de billetes de avión usando como reclamo publicitario la imagen en bikini de distintas mujeres que van rotando sucesivamente; 2º Que en la misma, la demandada califica dicha oferta como "TARIFAS AL ROJO VIVO", constando seguidamente la expresión "¡Y LA TRIPULACIÓN!", en alusión directa a las azafatas de vuelo, lo que lleva aparejado el mensaje publicitario consistente en que las azafatas integrantes de la tripulación de los vuelos que opera la demandada están también "al rojo vivo", con la evidente connotación sexual inherente a las gráficas imágenes de dichas azafatas con distintos bikinis de vivos y llamativos colores; 3º Que en definitiva, la demandada utiliza la imagen de la mujer como mero reclamo sexual desprovisto de cualquier relación con el objeto de dicha publicidad (billetes de pasajes aéreos), transmitiendo la idea de que sus azafatas son personas "liberadas" que no tienen ningún reparo en mostrar gran parte de su cuerpo; 4º Que asimismo, en la página web de la entidad Ryanair Limited, a la derecha de la imagen de la azafata, aparece un enlace al que se accede pulsando sobre la expresión "PINCHA AQUÍ Y COMPRA EL CALENDARIO BENÉFICO 2013 DE LA TRIPULACIÓN RYANAIR", que redirecciona a la página web www.ryanaircalendars.com/order, en la que aparece la portada del calendario de 2013 confeccionado por la demandada con la imagen de seis azafatas de la misma con sendos bikinis de distinto colorido, identificando a dichas azafatas como "Las chicas de Ryanair" (The girls of Ryanair) con el subtítulo de "Calendario benéfico de la tripulación de cabina " (cabin crew charity calendar); 5º Que como resultado obvio la demandada usa la imagen de la mujer con carácter asimismo discriminatorio dado que hace referencia de forma genérica a la tripulación de cabina, que también está constituida por personal masculino, pero sin embargo se limita a mostrar imagen de azafatas, valiéndose así del cuerpo de mujer como mero gancho publicitario; 5º Que con fecha 25 de noviembre de 2012, la actora, coincidiendo con el Día Internacional contra la Violencia de Género, presentó a la demandada en el establecimiento abierto al público en el Aeropuerto de Málaga un requerimiento de cese en ambas campañas publicitarias (tarifas al rojo vivo y calendario de la tripulación) y, ante el infructuoso resultado del requerimiento, la actora instó el otorgamiento de acta notarial para certificar el contenido de la página principal de la web de la demandada (donde aparece otra de las azafatas), de la página a la que redirecciona el enlace relativo al calendario, y de otro enlace denominado "Política de Privacidad" en el que consta que el inicio de la campaña se produjo el 9 de octubre de 2012; 6º Que el proceso de elaboración del calendario de Ryanair y su contenido se puede visualizar en Internet y concretamente el periódico El Mundo publicó una noticia el 17 de octubre de 2012 en el que aparece la fotografía del Presidente de Ryanair rodeado de seis azafatas en bikinis de sendos colores y con el fondo de otros tantos paneles de gran formato con fotografías contenidas en el calendario 2013, y en dicha noticia se alude a que "(e)l almanaque siempre ha sido polémico por sexista al incluir fotos de sus azafatas ligeras de ropa" y seguidamente alude al video cuyo contenido se puede visualizar, en el que tras diversas tomas sobre las actuaciones preparatorias del reportaje fotográfico en el que aparecen las azafatas en sugerentes poses, se pasa a las hojas del calendario en que constan doce azafatas debidamente identificadas, una por cada mes del año; y al final del video y del calendario, aparece la imagen en bañador de un anónimo y supuesto tripulante de cabina de Ryanair con el siguiente texto: "SNEAK PREVIEW OF THE 2014 CALENDAR!" ("¡adelanto del calendario de 2014!") y seguidamente a pie de página y con grandes caracteres: "ONLY JOKING!" ("solo una broma"), es decir que sin ningún rubor la demandada reconoce que únicamente le interesa el cuerpo de las azafatas para promocionar el "calendario Ryanair" lo que supone una flagrante utilización sexista y discriminatoria de la imagen de la mujer. Concluye la parte actora alegando que visionado el calendario y el video promocional resulta evidente la absoluta desconexión entre la imagen de doce mujeres ligeras de ropa y una compañía aérea, es decir, que la demandada usa el cuerpo de sus azafatas fuera de contexto, así como la utilización discriminatoria y estereotipada de la imagen de la mujer dado que se limita a mostrar el cuerpo de la mujer y se permite bromear respecto de la ausencia de interés publicitario del cuerpo del personal masculino.

El Ministerio Fiscal, al que se dio traslado de la demanda, se adhirió a la postura de la Asociación demandante, interesando al estimación de la demanda.

El Abogado de Estado intervino en el procedimiento en representación del Instituto de la Mujer, pidiendo el dictado de una sentencia por la que se estimase la demanda, señalando que el Instituto de la Mujer ha recibido queja por la campaña de Ryanair, habiendo esta compañía desatendido los requerimientos de dicho Instituto. Sostiene el Abogado del Estado que nos encontramos ante una campaña de promoción y marketing que utiliza el cuerpo de la mujer como reclamo, lo que también ocurre en el caso del calendario, en el que aparecen mujeres que forman parte de la tripulación de Ryanair con posturas sexualmente sugerentes, lo que ha provocado 27 quejas desde el año 2,007. Considera que en el caso de la campaña "tarifas al rojo vivo" "12 - o 10 euros" "y la tripulación también", junto a la imagen de una azafata en bikini y adoptando una postura sugerente, constituye una invitación sexual para adquirir el billete. Respecto del calendario, defiende el Abogado de Estado que constituye una discriminación hacia la mujer, tratándose de una campaña encubierta de marketing y publicidad que realiza un uso torticero del cuerpo de la mujer, pues no se ha elaborado un calendario similar empleando la imagen de la tripulación masculina de Ryanair.

La FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS, se personó en el procedimiento, habiendo sido admitida su intervención como coadyuvante de la parte actora, en virtud de Auto de 5 de diciembre de 2013.

La parte demandada, en la contestación a la demanda, interesó el dictado de una sentencia absolutoria, oponiendo con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa de la asociación demandante conforme a lo dispuesto en el artículo 6 LGP invocando la STS de 9 de octubre de 1.993, y subsidiariamente, para el caso de que no se acogiera la excepción de falta de legitimación activa, solicitó el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda, basándose en el carácter benéfico del calendario ("calendarios caritativos con finalidad solidaria y benéfica"), alegando que se trata de un producto autónomo de la venta de otros productos, empujado como "herramienta de responsabilidad social corporativa". Y en cuanto a la campaña "Tarifas al rojo vivo", "Y la tripulación", junto a la imagen de una azafata en bikini, adoptando una postura sugerente, alegó el Letrado de Ryanair que se refería exclusivamente al precio del calendario (10 ó 12 euros).

SEGUNDO.- La parte actora ejercita la acción de cesación y prohibición de reiteración futura de publicidad ilícita y desleal (art. 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) invocando lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, y en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal (LCD). El art. 2 LGP define lo que ha de entenderse por publicidad y por destinatarios, señalando, que es "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"; y que son "Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance."

El citado art. 3 LGP, referido a la publicidad ilícita, preceptúa en su apartado a), que es ilícita: "La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género."

La citada Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se refiere a la publicidad ilícita en el art. 10, indicando que "(d)e acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio." Y en la Exposición de Motivos de la misma se declara que "(s)e refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres." Y añade que, "(e)n el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados. De otro lado, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio."

Como declaró la STS de 4 de julio de 2005, "(e)l ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables... En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente".

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que da nueva redacción al art. 3 LOP invocado en la demanda, viene a transponer a nuestro ordenamiento, como señala su exposición de Motivos, los cambios que han sido operados, en primer lugar, por la Directiva 2005/29/CB del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), y en segundo lugar, por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE. Y sobre la modificación de la Ley general de publicidad se declara en dicha Exposición de Motivos de la Ley 29/2009 "Se establece un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, siendo exigible igual nivel

de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios. Se supera de esta manera la tradicional distinción entre los actos desleales y la regulación de la publicidad ilícita por desleal o engañosa.

Es importante resaltar la opción adoptada de mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

El problema surge en ocasiones por el concurso entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, que hace necesario, y así lo recoge la jurisprudencia, la introducción de mecanismos de coordinación. Fin ese sentido, se modifica la Ley General de Publicidad, con objeto de disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra todas las prácticas comerciales que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, sin renunciar a la regulación específica de la publicidad y sin menoscabo de la legitimación especial que en la Ley General de Publicidad se establece frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer."

La Ley 29/2009 añade una Disposición Adicional Única a la LCD, con el título de "Definición de publicidad", que dispone: "A los efectos de esta ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad ". Y el art. 18 LCD, referido igualmente a la publicidad ilícita, establece; " La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal."

Cabe citar a efectos de la publicidad no sexista, la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, de diciembre de 1979 y, posteriormente, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995, punto de arranque de Resoluciones adoptadas en el seno la Unión Europea. Así, podemos mencionar la Resolución de la Unión Europea sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres y de los hombres en la publicidad y en los medios de comunicación (Resolución 9934/95 del Consejo de 5 de octubre de 1995) y la Resolución del Consejo de Europa sobre el sexismo de la publicidad (Resolución del Parlamento Europeo de 26 de junio de 2007). Y el 27 de mayo de 2008, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo aprobó el Informe sobre el impacto del marketing y la publicidad en la igualdad entre mujeres y hombres (A6-0199/2008), que ha dado lugar a la aprobación de la Resolución 2008/2038 del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, en la que se insiste en la persistencia de "discriminación en los medios audiovisuales y en que tanto la publicidad como los medios de comunicación que transmiten estereotipos de género pueden ser considerados parte de esa discriminación", y en la necesidad de "luchar contra los estereotipos sexistas en todos los niveles de la sociedad".

En la STC de 27 de abril de 2010 se considera que la exhibición de un cuerpo femenino semidesnudo, en el caso concreto en que se resolvía sobre un fotomontaje de una persona famosa, tiene un marcado sesgo sexista, argumentando que "dificilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, de modo que la publicación de la fotografía manipulada en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre."

Y sobre la no discriminación por razón de sexo, podemos citar la STC del Pleno de 14 de mayo de 2008, que a propósito del art. 14 Cf, declara:

"De acuerdo con nuestra doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar "en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas" (STC 200/2001, FJ 4), En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, "los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas" (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. "Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FT 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987,

de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre. FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe" (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, "este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8.), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación" (FJ 4)."

Y al tratar la publicidad sexista, la doctrina alude a una "cosificación" de la mujer, cuando se muestran en la publicidad estereotipos y modelos sociales sexistas, que no transmiten una imagen realista de la competencia y el potencial de las mujeres, estereotipos sobre roles de género, utilizando el cuerpo femenino como un reclamo y un objeto sexual, debiendo ser considerada dicha publicidad ilícita.

TERCERO.- En la sentencia recurrida se declara probada la siguiente relación tática que esta Sala asume:

1º Del documento 3 de la demanda, no impugnado por la parte a la que pueda perjudicar su contenido, con las consecuencias previstas en el artículo 326 LCC, resulta que en el cuarto trimestre del año 2.012 comenzó a difundirse en la página web de la Compañía Ryanair (www.ryanair.com/es) el slogan "TARIFAS AL ROJO VIVO", debajo del mismo la cifra de 10 (ó 12) euros, y más abajo, la frase ¡Y LA TRIPULACIÓN!, todo ello, apareciendo a la izquierda de la pantalla, junto con dicha publicidad, la imagen de una mujer en bikini en actitud sexualmente sugerente.

2º Las mujeres que figuran en los citados anuncios forman parte de la tripulación de Ryanair (hecho admitido por la demandada y, por tanto, exento de prueba).

3º No se han realizado por la compañía campañas similares que empleen en idénticas circunstancias el cuerpo del hombre, a pesar de que la tripulación de la entidad también cuenta con personal masculino (hecho tampoco discutido).

4º Asimismo, en la propia web de la compañía se puede acceder a un enlace dentro del apartado "¡PINCHA AQUÍ Y COMPRA EL CALENDARIO BENÉFICO 2013 DE LA TRIPULACIÓN RYANAIR!", en el que muestran la imagen en bikini de seis integrantes de su tripulación de cabina (identificadas como "las Chicas de Ryanair", en actitud igualmente sugerente (documento cuatro de la demanda).

5º En fecha 30 de noviembre de 2012 la asociación ADECUA requirió al Notario a fin de que éste levantara acta de constancia de los hechos descritos en los apartados anteriores (documento cinco de la demanda).

6º La finalidad de calendario era destinar lo recaudado a fines benéficos - Documento 6 de la demanda (hecho no discutido), entregándose los fondos a una asociación benéfica polaca.

7º El visionado del vídeo de los preparativos para la elaboración del calendario (documento 7, reproducido en el acto de la vista), muestra a seis azafatas de la compañía en bikini, adoptando posturas sexualmente provocativas, identificándose su nombre y país de procedencia, apareciendo al final del vídeo la imagen de un hombre en bañador (presumiblemente un modelo, al no identificarse como miembro de la compañía), como adelanto del calendario benéfico de 2.014, pero el movimiento de la cámara acaba con el mensaje en inglés "Sólo bromeábamos".

8º La campaña publicitaria de Ryanair - tarifas calientes - (incluido el calendario) ocupa el puesto número seis en el Top 10 de los productos más denunciados por publicidad sexista, según informe anual de 2012 del Instituto Andaluz de la Mujer (documento 6 aportado por la Abogacía del listado)."

La juzgadora a quo, tras un exhaustivo y minucioso estudio doctrinal y de resoluciones administrativas y judiciales relativas a la publicidad ilícita, en la modalidad de publicidad sexista y discriminatoria, concluye con la estimación íntegra de la demanda, por estimar que la campaña publicitaria difundida por la compañía demandada, tanto al ofertar sus billetes, como en el calendario benéfico, encuentra encaje en la conducta descrita en el artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad, estimando que de los hechos que se han declarado probados habida cuenta del tenor de la citada norma aplicable, respecto de la campaña "Tarifas al rojo vivo" "10 euros" "Y la tripulación también" (sic), junto con la imagen de la azafata en bikini resulta un supuesto claro a juicio de la Magistrada a quo en el que debe aplicarse la norma transcrita, por los siguientes motivos: (i) Se emplea el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad; (ii) Se utiliza el cuerpo femenino como mero objeto; (iii) Se aprecia una absoluta desconexión entre la imagen utilizada y el producto que se promociona (venta de billetes de avión). Y en cuanto al calendario, se indica en la instancia que aunque no se cuestiona que el mismo pueda tener Unes benéficos y que se hayan destinado los fondos obtenidos a una asociación polaca dedicada al cuidado de los niños con fibrosis quística, ello no es óbice para que el calendario enmascare una campaña de marketing de la compañía, que utiliza el cuerpo de la mujer como reclamo para la venta de billetes, adoptando las azafatas que figuran, posturas en clara invitación sexual, incurriendo además, en trato discriminatorio respecto de la mujer, pues cuando se anuncia el calendario de 2014, tras aparecer, como se ha dicho, el cuerpo de un hombre en bañador, se acaba con la frase en inglés "sólo estábamos bromeando". Se remite la Sentencia apelada al Informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Abogacía de listado, de fecha 18 de febrero de 2.008, aportado por el Abogado del Estado en el que se señala que "el instrumento utilizado (calendario) - para la obtención de fondos con fines benéficos- persigue indirectamente la contratación del servicio de transporte aéreo a través de la compañía, por lo que el calendario - en ese caso, era el de 2008) tiene igualmente un fin publicitario.

Es evidente que, en pleno siglo XXI, pocas personas se van a escandalizar por el hecho de ver el cuerpo de una mujer en bikini, pero lo que aquí se discute es si con la campaña publicitaria directa de la web de Ryanair o indirecta del calendario se incurre en cosificación de la mujer, en trato discriminatorio y en atentado contra la dignidad de la persona - debe recordarse, en este punto, el brillante informe que efectuó el Ministerio Fiscal, tras la práctica de la prueba, en el acto de la vista-, al aparecer en la publicidad la mujer asumiendo siempre los mismos roles (objeto sexual, mujer de su casa o madre de familia o u cargo de personas dependientes), sin tener en cuenta la realidad social vigente. En este caso se estaría utilizando el cuerpo de la mujer reducido a un mero objeto sexual, como un recurso para captar la atención del potencial consumidor, ajeno al contenido del anuncio y de lo anunciado."

CUARTO.- Discrepa de la resolución apelada, la parte demandada RYANAIR, que realiza en el recurso en primer lugar alegaciones sobre la entidad ADECUA, por haber sido expulsada del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios mediante resolución de 17 de julio de 2012, que ha tenido conocimiento la apelante de haber sido recurrida en vía contencioso administrativo y haberse suspendido la expulsión, si bien, aduce que si dicha expulsión fuese confirmada jurisdiccionalmente perdería la condición de asociación de consumidores y usuarios por un periodo mínimo de cinco años, circunstancia que fue ocultada a la juzgadora a que. Se señala igualmente en esta alegación previa del recurso que en la demanda interpuesta por ADECUA únicamente se pide en el suplico la declaración de ilícito de deslealtad de dos acciones de la recurrente que se califican por la actora como publicidad denigrante para la mujer, el contenido publicado en la página web www.ryanair.com y el contenido sin especificar de la concreta página web www.ryanaircalendar.com, y sin embargo la demandante, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado y finalmente la juzgadora a quo entran a analizar, enjuiciar y cuestionar no solamente la publicidad, sino también el propio producto en sí, es decir, el contenido del calendario benéfico, estando de más enjuiciar un contenido ajeno como es un video del making of del calendario 2013 que explica cómo se hizo el almanaque sobre el cual no se ha formulado pretensión alguna, estimando por ello la apelante que se incurrió en error al fijar el objeto del proceso en la audiencia previa, ya que la ratio decidendi desborda el contenido que habría de ser analizado para enjuiciar la licitud o ilicitud de la publicidad, basando en definitiva su decisión en aspectos que no forman parte de la publicidad impugnada, sino características del producto promocionado y en otros contenidos que no han sido objeto de la demanda y, por lo tanto, no judicialmente cuestionados, concluyendo por ello la recurrente que el calendario no es objeto de la demanda de este procedimiento y que el video del making of del calendario es un contenido externo a los anuncios impugnados, por lo que tampoco debe ser objeto del procedimiento ni puede servir para calificar los anuncios de discriminatorios. Como primer motivo de recurso se denuncia la vulneración del artículo 24.2 CT, por indebida inadmisión de pruebas y vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, alegando en este motivo: (i) La inadmisión generalizada de pruebas a la demandada, al serle inadmitidas hasta ocho pruebas en el acto del juicio, en concreto, el interrogatorio de parte, la prueba pericial y seis testificales, considerando que la inadmisión de las pruebas se ha producido arbitrariamente y reproduciendo su práctica en esta alzada; (ii) La indebida inadmisión de la prueba pericial por extemporánea, invocando la infracción del artículo 24,2 CT, de los artículos 265.14 ° y 265.4 LEC, y de la doctrina del Tribunal Constitucional en Sentencia 60/2007, considerando que si el legislador prevé que sea el momento del juicio verbal cuando el demandado ha de oponerse a la demanda y aportar la prueba que sustenta su base fáctica, ningún sentido y lógica tendría que el juez obligara al demandado a anticipar a la parte actora los documentos en los que sustenta su defensa cinco días antes de formularla, alegando que el dictamen pericial propuesto resulta una prueba relevante que sustenta la defensa en el juicio; (iii) La carencia de motivación de la inadmisión del interrogatorio de parte y de los testimonios propuestos por la demandada, al limitarse la juzgadora a quo a rechazarlas por considerarlas no pertinentes ni útiles, motivación que resulta insuficiente, Como segundo motivo de recurso se alega error en la valoración de la prueba, resultando falso y erróneo que el eslogan publicitario diga "Y la tripulación también!", porque el adverbio también no figura en el texto de la web, habiéndole permitido a la juzgadora de instancia la utilización de este adverbio para conferir al segundo slogan un significado que no existe en la publicidad real, por lo que se incurre en un error inicial. En tercer lugar se alega que en la sentencia se incurre en defectos graves de motivación y no existe valoración de la prueba practicada, incurriendo en una Jalla total de análisis y de crítica de los medios de prueba a la luz de las disposiciones legales y jurisprudenciales existentes en materia de publicidad, en especial de publicidad sexista, y por ello las conclusiones resultan apriorísticas y desconectadas de dicho material, tratándose de un fallo carente de rigor y lo que la sentencia denomina "resoluciones administrativas nacionales" no son otra cosa que los pronunciamientos de "Autocontrol", asociación privada, que carecen de valor vinculante, y las conclusiones a las que se llega en la instancia respecto del publicidad sexista utiliza criterios que derivan literalmente de la doctrina privada fijada por la Asociación Autocontrol pero sin que en la sentencia se realice una labor de aplicar esos criterios al caso concreto, sin explicar por qué se estaría empleando el cuerpo femenino como captatoria de la publicidad, ni por qué la postura de las azafatas sería erótica y su comportamiento incitaría a la provocación sexual, ni por qué el cuerpo femenino se habría convertido en mero objeto, ni cuál sería la postura pasiva de las azafatas, y sobre todo, donde residiría la desconexión entre imagen femenina y el producto. Y lo mismo estima el apelante que puede afirmarse respecto de las consideraciones sobre la ilicitud de la publicidad relativa al calendario, donde se dice que el cuerpo de la mujer quedaría reducido a mero objeto sexual, ajeno al contenido del anuncio publicitado, sin referirse ni analizar en absoluto las imágenes que aparecen en la página web www.ryanaircalendar.com. En cuarto lugar se alega en el recurso que la publicidad no es ilícita ni desleal ni vulnera el artículo 3 a) LGP, porque: A) El contenido de la página web de Ryanair no pretende vender billetes de avión ya que como puede comprobarse entrando en la misma en el lugar más destacado arriba a la izquierda figura sienta un gran recuadro en el se anuncian las ofertas de vuelos que la compañía va realizando y, durante los meses de otoño de cada año, además de los vuelos, la recurrente vende con fines benéficos un calendario producido por ella misma, y con objeto de conseguir la máxima promoción, incluye la publicidad y el enlace para la compra de dicho calendario en el mismo lugar destacado de las ofertas de vuelo, y durante esos meses el recuadro citado de la página principal incluye dos promociones distintos, en la parte superior, la campaña de tarifas baratas compuesta por el eslogan "TARIFAS AL. ROJO VIVO" y la mención del precio con grandes caracteres (ocho euros u otro) y, en la parte inferior, la campaña de venta del calendario compuesta por las menciones "Y LA TRIPULACIÓN", y "PINCHA AQUÍ Y COMPRA EL CALENDARIO BENÉFICO 2013 DE LA TRIPULACIÓN RYANAIR", con un hipervínculo la página donde se puede adquirir dicho calendario, estando los dos

bloques físicamente separados, uno arriba y otro abajo, siendo además el tipo de letra distinto. Se añade que las fotos de las chicas en bikini que aparecen sucesivamente en la parte izquierda del recuadro, están justificadas por un doble motivo, por un lado, porque se trata realmente de azafatas de la compañía, con nombres y apellidos, y por otro, porque son las protagonistas reales del calendario benéfico, en el cual aparecen retratadas en bikini, y la foto colocada al lado de la promoción del calendario es realmente una parte del contenido del producto que se pretende promocionar y, las imágenes de las azafatas, que aparecen sólo en determinados meses del año, suponen una ruptura con la presentación habitual de la página, y se introducen, precisamente, para captar la atención respecto a la singularidad ofrecida en esas fechas concretas, esto es, el calendario, y por tanto, no se trata de una campaña publicitaria directa de billetes de avión. Y aún el hipotético supuesto de que la recurrente quisiera potenciar las ventas de billetes de avión mediante la exhibición de las azafatas en bikini, no parece que lo estuviera haciendo con coherencia, pues únicamente exhibe imágenes de su personal entre los meses de octubre y diciembre, que es cuando se vende el calendario, y si realmente quisiera promocionar la venta de billetes de avión a través de esas fotografías sería sin duda una gran estrategia usar a la azafata que pose durante el mes de mayo en dicho mes o aquella que pose en julio durante ese mismo mes, y por ello la estrategia comercial consistía en captar la atención de quien ya entra en la página web de Ryanair con la presumible intención de comprar un billete de avión, para que, de forma accesoria, comprara también el calendario benéfico, aprovechando así a su clientela potencial y su propio espacio publicitario para ofrecer este almanaque, estimando que desde la pura perspectiva de marketing, la publicidad contenida respecto del calendario no busca ni indirectamente vender billetes de avión, entre otras cosas, porque la apelante vende pasajes a un público altamente disperso y diverso, sin distinción de sexos ni rangos de edad, y si quisiera valerse de las imágenes de azafatas en bikini como meros objetos sexuales captadores de potenciales clientes de avión, mala estrategia estaría creándose por parte de la compañía. B) Esta publicidad no es vejatoria ni discriminatoria con la mujer ya que, en cuanto a las imágenes de las azafatas, se ve claramente que en ningún caso adoptan posturas ni actitudes provocativas, se trata simplemente de las jóvenes en bikini retratadas de frente o de tres cuartos y, por tanto, no es cierto que se esté empleando el cuerpo femenino "como parte captatoria de la publicidad" en el sentido de que ese cuerpo constituiría un reclamo publicitario en sí, porque la imagen que se ofrece no es nada provocativa, sino antes al contrario, se trata de fotos discretas, donde las chicas no enseñan una parte de su cuerpo con connotación erótica, y que son representativas del producto que se publicita, y la alusión a que la ropa de baño, los bikinis, son de colores llamativos, parece fuera de lugar, salvo que se admitiera que la publicidad sería lícita si los bikinis fueran de color oscuro, siendo lo habitual que los trajes de baño que se fabrican y se adquieren son precisamente de colores llamativos, y la supuesta referencia al comportamiento de incitación sexual de las azafatas es inexistente, sólo imaginado por la sentencia de instancia. Tampoco es cierto que se esté utilizando el cuerpo femenino como mero objeto, en el sentido de que no realice ningún rol activo en la acción publicitaria ni tenga conexión con el argumento publicitario, no se trata en efecto de chicas ajenas a la compañía, cuyas fotos han sido colgadas en cualquier lugar de la web únicamente por ser guapas, sino que son realmente azafatas de la misma, que han aceptado libremente, en forma desinteresada, formar parte del calendario benéfico de 2013 y aparecen en la promoción del producto con el mismo atuendo e imagen con los que aparecen en el propio calendario, sin que pueda apreciarse bajo ningún concepto una desconexión entre la imagen utilizada en el producto que se promociona», ya que este no es, como dice la sentencia recurrida, la venta de billetes de avión, sino la venta del calendario benéfico, sin que la cercanía física de la promoción de las tarifas de vuelo baratas en la web de la compañía pueda convertir esas imágenes en vejatorias, discriminatorias o atentatorias de la dignidad de la mujer en general, ya que se trata azafatas reales que además no tiene ningún acento erótico ni actitudes provocativas; añadiendo que en la publicidad enjuiciada no se ve cual podría ser la vejación que se está infringiendo a las azafatas ni a las mujeres en general, ni cómo se las estaría discriminando, dado que su cuerpo y su imagen está en directa conexión con el producto que se pretende promocional-, el calendario, y esa simple imagen no se ve cómo podría alentar la violencia de género. Como quinto motivo de recurso se alega que la publicidad de la web www.ryanaircalendar.com, y el calendario es un producto lícito y la publicidad que sólo refleja el contenido del producto es igualmente lícita, aduciendo: A) El calendario no tiene fines comerciales y además no se está enjuiciado el contenido del calendario benéfico de 2013 sino sólo se pide que se declare ilícita y desleal la publicidad, y el calendario no promociona en modo alguno la venta de billetes de avión, porque: a) es falso e indemostrable que el calendario tenga fines comerciales, discrepando del informe de la Abogacía del Estado que no pasa de ser una mera opinión, y en su página nueve puede leerse que ante la consulta efectuada por el Instituto de la Mujer respecto de la viabilidad de la acción judicial se valora de forma negativa, ni el calendario ni su publicidad pretenden vender pasajes de avión; b) el calendario lleva muchos años vendiéndose con fines humanitarios en muchos países; c) existen múltiples ejemplos de calendarios e iniciativas benéficas o sociales, o incluso de calendarios comerciales que retratan cuerpos desnudos, por ejemplo, el legendario calendario Pirelli (no benéfico) o los editados por bomberos, por equipos de fútbol masculinos o femeninos, o por madres, en organizaciones en defensa de animales, o por responsables de campañas contra distintos tipos de enfermedades, sin que ninguno de esos calendarios haya sido calificada jamás de ilícito y vejatorio. B) Si el producto es lícito, la publicidad que sólo refleja el contenido del producto también es lícita, resultando improcedentes las consideraciones relativas a la supuesta ilegalidad del calendario y de su publicidad porque: 1) No hay desconexión entre producto y anuncio, ni tratamiento de la mujer como objeto sexual, estimando que la conexión entre producto y la publicidad es directa, ya que, tratándose de la propia portada del calendario, aparecen e sus protagonistas, ataviadas de la misma manera con la misma localización de las fotos del calendario, y la sentencia apelada confunde la publicidad con el producto, decidiendo indirectamente sobre el propio calendario, so pretexto de referirse a la publicidad, y en cualquier caso, en ningún modo se puede decir que las azafatas sean tratadas como mero objeto sexual, sino que se presentan dentro de un contexto normal, es decir están en la piscina o la playa, y por tanto están en bikini, y podríamos decir que las protagonistas del calendario destacan por su belleza y juventud, pero en ningún caso aparecen como un objeto de satisfacción sexual, ya que sus poses no son provocativas, no hacen gestos eróticos y no van desnudas, sino con bikini, que aunque sean de vivos colores, son normales y corrientes, sin que en nuestros tiempos se pueda decir que la exhibición publicitaria del cuerpo femenino descansa en los mismos supuestos ideológicos que antaño, y para considerar ilícita la publicidad no basta con la asociación de la imagen de la mujer a comportamientos estereotipados, sino que dichos comportamientos deben llegar a vulnerar los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia de género. 2) La publicidad del

calendario no es discriminatoria, siendo libre la recurrente para decidir quién va a aparecer en su calendario, y si éste retrata sólo mujeres, no se comparte que en la publicidad deberían aparecer también unos hombres para conjurar cualquier peligro de discriminación, porque en ese caso sí que se produciría desconexión entre producto y publicidad, aparte de que la imagen de mujeres en bikini no tiene por qué estar cargada de significado discriminatorio, insistiendo en que el video del making of no es objeto del procedimiento, ya que en el suplico de la demanda no se pedía ninguna declaración respecto del video, incurriendo la sentencia en una clara incongruencia "extra petita"; y en cuanto a la broma del hombre en bañador, se alega que podrá gustar más o menos, pero calificarla de sexista o discriminatoria para la mujer es una desproporcionada sinrazón. En sexto lugar se alega la infracción de la doctrina constitucional sobre el derecho a la libertad de expresión, omitiendo la sentencia recurrida cualquier referencia la debida ponderación de las disposiciones legales sobre publicidad que se citan en ella con el derecho fundamental a la libertad de expresión, invocando la STS de 15 de enero de 2009 que consolidó la doctrina que se había ido dibujando en el plano internacional, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, doctrina que afirma que la publicidad es un acto de comunicación comercial protegido por la libertad de expresión además de por la libertad de empresa; y consecuencia de ello es que la decisión de incluir fotos artísticas sólo de chicas jóvenes y en bikini en la playa - máxime cuando no hay desnudos, ni connotación erótica, ni provocación sexual, imágenes de sometimiento o humillación- es un mero ejercicio de la propia libertad de expresión que no puede considerarse ofensivo para quien aplique los parámetros propios de nuestro tiempo.

QUINTO.- Comenzando por la alegación previa formulada en el recurso, se aduce en primer lugar haber sido la Asociación de Consumidores y Usuarios actora, ADECUA, expulsada del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios con fecha 17 de julio de 2012, fecha anterior a la demanda presentada el 8 de enero de 2013 y que la propia parte apelante manifiesta haberse recurrido y suspendido la misma, con lo que debe reconocerse que no era firme y que se encontraba suspendida la resolución de expulsión en el momento de interposición de la demanda, resultando de aplicación el principio de "perpetuatio legitimationis", habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo sobre similar cuestión en la conocida Sentencia de 9 de mayo de 2013, en los párrafos 50 a 78 a cuya doctrina nos remitimos, concluyendo en este último, que la resolución administrativa de exclusión del Registro, tiene un contenido materialmente sancionador (sentencia 473/2010, de 15 de julio); que el principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución es aplicable a las normas restrictivas de derechos individuales, en el sentido de que la "restricción de derechos individuales" ha de equipararse a la idea de sanción (SSTC 90/2009, de 20 abril y 100/2012, de 8 de mayo); que el rechazo de la legitimación como consecuencia de una sanción que no era firme en los momentos de interposición de la demanda y de dictar la sentencia en la primera instancia, supone en cierta medida dotar de efectos retroactivos a la sanción restrictiva de derechos -aun cuando en el caso concreto, como en el que enjuiciamos, la intervención del Ministerio Fiscal impide tal consecuencia-; que la pérdida sobrevenida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción afecta al principio pro actione y debe ser objeto de una interpretación restrictiva; y que esta interpretación restrictiva es especialmente intensa cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias de la sanción se proyectan sobre terceros, máxime cuando se trata de intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el Indeclinable deber de tutelar. Por ello, acaba concluyendo nuestro Alto Tribunal en la perpetuación de la legitimación de la Asociación de Consumidores (que en el caso de la STS de 9 de mayo de 2013 era AUSBANC que había sido expulsada del Registro durante el procedimiento), y estima procedente analizar los motivos de recurso de aquélla. En el supuesto enjuiciado en esta litis la propia apelante reconoce la legitimación ab initio de la actora ya que la resolución de expulsión estaba suspendida, por lo que no procede hacer mayores consideraciones sobre esta alegación previa que resulta improcedente. A mayor abundamiento, esta cuestión fue igualmente abordada en el auto de denegación de la prueba propuesta por la apelante dictado el 18 de noviembre de 2014 por esta Sala.

En segundo lugar, se alega igualmente con carácter previo que la ratio decidendi desborda el contenido que habría de Ser analizado para enjuiciar la licitud o ilicitud de la publicidad del calendario, basando su decisión en aspectos que no forman parte del mismo, ya que el propio calendario no es objeto de la demanda ni del procedimiento, ni tampoco el video del making of, al haberse limitado el suplico de la demanda a la declaración de ilicitud y deslealtad de la publicidad de la página web www.ryanair.com y de la página web www.ryanaircalendar.com, pero no el contenido del propio calendario benéfico. Discrepamos de estas consideraciones de la alegación previa, que se reproducen en otros motivos concretos de recurso, sin que pueda tildarse de incongruente la sentencia, que estima íntegramente la demanda declarando ilícita la publicidad en los mismos términos interesados, sin perjuicio, de que como examinaremos, la publicidad del calendario pueda ir vinculada con el propio calendario, y que tanto el calendario como el video del making of puedan ser utilizados como material probatorio al objeto de dilucidar la ilicitud de la publicidad que se demanda de la página web www.ryanaircalendar.com.

En cuanto al primer motivo de recurso se alega en el mismo en síntesis la indebida inadmisión de la prueba propuesta por la parte apelante y la indebida calificación dev extemporánea de la prueba pericial solicitada, si bien, este motivo de recurso debe ser igualmente desestimado, ya que habiéndose propuesto dicha prueba en segunda instancia, fue desestimada por auto de 18 de noviembre de 2014, y en el que se argumentaba que aunque la proposición de la prueba pericial pudiera no ser extemporánea, conforme a la STC de 26 de marzo de 2007, citada en el recurso, no se consideraba útil el informe pericial. Y recurrido en reposición el auto denegatorio de la prueba, fue confirmado por auto de 8 de mayo de 2015, habiendo quedado resuelto con carácter previo a esta sentencia el primer motivo de recurso relativo a la indebida inadmisión de las pruebas causante de indefensión, por lo que debe ser desestimado.

SEXTO.- Como segundo motivo de recurso se alega error en la valoración de la prueba, por resultar falso y erróneo que el eslogan publicitario diga "¡Y la tripulación también!", porque el adverbio también no figura en el texto de la web. Habiéndose alegado error en la valoración de la prueba, se ha de constatar si en la apreciación conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica. Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la valoración de la prueba en la segunda instancia, manteniendo que, en principio, debe primar la realizada a) efecto por

el juzgador de la primera instancia al estar dotada de la suficiente objetividad e imparcialidad de la que carecen las partes a defender particulares intereses, facultad esta que si bien sustraída las partes litigantes, en cambio sí se les atribuye la aportación de los medios probatorios que queden autorizados por la ley en observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte, como recogen entre otras las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1996 y 7 de octubre de 1997, sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes, el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos del tribunal de instancia, ya que esa valoración probatoria tienen los propios límites que impone la lógica y la racionalidad. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/1994, de 11 de abril, el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen sean de hecho de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium".

Siendo cierto que en el eslogan publicitario se utiliza la expresión ¡Y la tripulación!, en lugar de la expresión "¡Y la tripulación también!", debemos tener en cuenta que no se utiliza el adverbio en el fallo de la sentencia, como tampoco se pretendía en la demanda rectora de la litis, y no pasa de ser un mero error al que esta Sala no le atribuye la trascendencia que se dice en este motivo de recurso, ni supone un error en la valoración de la prueba por ello, porque precisamente la utilización de la conjunción copulativa "Y", como se declara en el diccionario de la Real Academia Española (RAE), se utiliza para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo, y su utilización tras la (rase anterior le otorga un significado equivalente al adverbio también, ya que la Conjunción o Nexo Copulativo es aquella cuya función sintáctica es unir en una sola unidad palabras, sintagmas u oraciones, es decir, las conjunciones copulativas sirven para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos; indican adición o suma, y desde este punto de vista, no cambia el significado por la utilización o no del adverbio "también", que constituye un adverbio de afirmación, definido como aquellos adverbios que dan por verdadero un dato o expresan certeza sobre la acción que desarrolla el verbo. Por lo expuesto, y sin perjuicio de analizar la expresión en su contexto en el correspondiente motivo de recurso, no podemos estimar que se haya incurrido en error en la valoración de la prueba por utilizar en la fundamentación jurídica de la sentencia la expresión "Y la tripulación también".

SÉPTIMO.- En el tercer motivo de recurso se alega que en la sentencia se incurre en defectos graves de motivación y no existe valoración de la prueba practicada, incurriendo en una falta total de análisis y de crítica de los medios probatorios, tildando el fallo de carente de rigor, añadiendo que se alude a resoluciones que califica de administrativas y que proceden de la entidad privada Autocontrol, estimando que en la sentencia apelada se asumen los criterios utilizados en las resoluciones de la misma, pero a diferencia de éstas, no se argumenta suficientemente sobre la aplicación al caso concreto de los criterios que reproduce de aquéllas, aduciendo una falta de argumentación en la sentencia sobre cuestiones tales como por qué se estaría empleando el cuerpo femenino como parte captatoria en la publicidad, ni por qué la postura de las azafatas sería erótica, ni su comportamiento incitaría a la provocación sexual, ni por qué el cuerpo femenino sería reproducido como mero objeto, ni cuál sería la postura pasiva de las azafatas, y sobre todo, donde residiría la desconexión entre la imagen femenina y el producto. La sentencia apelada realiza un riguroso estudio sobre la normativa aplicable al caso, las medidas legales frente a la publicidad discriminatoria, con cita de doctrina, las resoluciones que califica de administrativas nacionales y europeas haciendo efectivamente alusión a las dictadas por la asociación Autocontrol, que como la propia parte apelante reconoce, son muy superiores en número a las judiciales, aludiendo a continuación a las escasas dictadas en el ámbito judicial, y en concreto a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibi del 3 de marzo de 1992, y a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2008, a las que esta Sala puede añadir la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 9ª) número 892/2016, de 17 de octubre de 2016, que revoca la sentencia apelada, declarando que la publicidad realizada por una empresa cementera en su página web, presentando figuras femeninas en sacos de cemento y morteros es ilícita, acordando asimismo, que debe ser suprimida la figura femenina y condena a la demandada a cesar en dicha campaña publicitaria.

Por tanto, se denuncia en este motivo de recurso la falta de motivación en la que se dice que incurre la sentencia apelada, y ello pese a que tras el estudio de la normativa, resoluciones administrativas nacionales y extranjeras, doctrina judicial, en la sentencia recurrida se recoge una relación de hechos probados, y se fundamentan las razones que llevan a la Magistrada a quo, con base en dicha relación fáctica aprobada, en el fundamento de derecho noveno, a considerar ilícita la publicidad de ambas páginas web.

Como ha declarado el Tribunal Supremo entre otras, en Sentencia de 25 de noviembre de 2014, siendo una de las exigencias que contiene el citado precepto respecto de las sentencias la necesidad de su motivación, de forma que se de una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, explicando el sentido de la resolución, llama la atención que, en ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad ésta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada (que es lo que estimamos que acontece en este caso). Como afirma la STS de 5 de noviembre de 2009 la motivación es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Este deberes jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la racionalidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS de 14 de abril de 1999). El Tribunal Supremo continúa argumentando en la STS de 25 de noviembre de 2014, que la respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber ni entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 del Código Civil, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley establecida en el artículo 117.1 CE. (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Y recuerda la doctrina de la Sala, que ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 5 de noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993, 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003, entre muchas otras). Y reitera más recientemente la anterior argumentación en STS de 18 de junio de 2014. Asimismo, añade el Tribunal Supremo que han de considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales

fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que han determinado aquella (SSTS de 29 de abril de 2009, 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014). Como manifiesta la STS de 16 de mayo de 2014 la motivación ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes y el juicio de suficiencia hay que realizarlo (STC 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no sólo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que están presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estando, constan en el proceso. Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, no puede sino concluirse que la Sentencia apelada da respuesta razonada a todas las pretensiones formuladas en la demanda, conteniendo una detallada relación de hechos probados y obteniendo las conclusiones sobre la ilicitud de la publicidad sustentada en aquéllos, basándose en percepciones que pudieran ser subjetivas, tales como si la pose de las azafatas era o no sugerente o provocativa, si bien nos encontramos ante una diferente valoración o percepción por la apelante, sobre la que esta Sala se pronunciará en el siguiente motivo de recurso, pero que en modo alguno implica que en la sentencia de instancia se incurra en falta de rigor, o falta de motivación, sino antes al contrario. Distinto es, que la parte recurrente discrepe de la decisión o apreciación judicial, pero sin que ello implique que la sentencia adolezca de falta de motivación, no estimándose infringido el artículo 218 LEC, por lo que este motivo de recurso ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Fin el cuarto motivo de recurso niega la apelante que la publicidad objeto de la litis sea ilícita ni desleal ni vulnere el artículo 3 a) LOP, argumentando en síntesis, de una parte, que el contenido de la página web de Ryanair no pretende vender billetes de avión, y de otra, que la publicidad no es vejatoria ni discriminatoria con la mujer.

Comenzando con la alegación relativa a la desvinculación de la publicidad con la pretensión de la recurrente de vender billetes de avión, podemos distinguir entre las dos promociones, siendo incuestionable, que la primera de ellas, referida a la campaña de tarifas baratas, compuesto por el slogan "TARIFAS AL ROJO VIVO" (8, 10 o 12 euros) y en la parte inferior "Y LA TRIPULACIÓN", pretende sin duda realizar la promoción de la venta de billetes estando la expresión "Y la tripulación" de forma patente vinculada a la anterior, esto es a "Tarifas al rojo vivo", de ahí que se utilice como hemos expuesto la conjunción copulativa "y". Desde luego no podemos considerar que la utilización de la expresión "al rojo vivo" constituya un calificativo propio de las tarifas ni del precio. Se dice que algo está o se está poniendo al rojo vivo cuando está en un momento de sumo interés, cuando está, como el hierro recién retirado del fuego, y podemos interpretarlo también como "caliente". Fin el diccionario de la Real Academia Española, se equipara la expresión "al rojo vivo" con la expresión "al rojo", que tiene dos significados, de color rojo por efecto de la alta temperatura, o estado de gran exaltación o emoción. Ambos significados resultan impropios e inapropiados de un precio, teniendo en cuenta que se acompaña la expresión "Tarifas al rojo vivo", 8, 10 o 12 euros, seguido de la expresión "¡Y la tripulación!", formando todo ello un mismo contexto, como demuestra que el fondo sea del mismo color, y añadido de una fotografía de medio cuerpo de sucesivas mujeres, que aparecen en todas las fotografías aportadas con la parte de arriba de un bikini, en actitud sugerente, en un caso con un brazo levantado y un collar en el pecho (folio 3), en el caso de la fotografía del folio 20 con la boca abierta como gritando, en el folio 22 parece estar sacando pecho, en el folio 21 se ve también la parte de abajo del bikini y de medio perfil e igualmente con el brazo tocándose el pelo y los ojos cerrados, y en el folio 23 aunque de medio cuerpo se ven ambas partes del bikini y aparece con el cuerpo mojado (que abunda en la interpretación de la expresión al rojo vivo). Fin todas las fotografías se utiliza un fondo de un mismo color, en un recuadro, y la fotografía de la mujer situada a la izquierda del recuadro, en el centro las frases cuestionadas y a la derecha del recuadro pero sin el color de fondo que sí figura en el borde de la derecha, se localiza el recuadro para reservas de vuelos. El precio localizado en la parte central, estando arriba la expresión TARIFAS AL ROJO VIVO, y abajo Y LA TRIPULACIÓN, se visualiza de forma que es un conjunto, es evidente la unidad desde el punto de vista visual, que ambas expresiones, el precio de los billetes, y el recuadro para hacer la reserva son una misma publicidad. Y lo mismo puede decirse de la publicidad del calendario que redirecciona a otra página, y que se coloca debajo de la expresión Y LA TRIPULACIÓN!, formando un todo que inequívocamente indica, no sólo en el contexto gramatical sino también visual, la íntima conexión igualmente de la publicidad del calendario de la tripulación. Primero se induce a pensar de modo inequívoco que la tripulación está al rojo vivo, se acompaña de una foto de una mujer en bikini en postura cuando menos sensual, después se indica que se puede pinchar para ver el calendario de la tripulación, y ello acompañado del recuadro para reservar los vuelos. Desde luego no hace falta ser un experto en marketing para comprender la íntima vinculación entre la publicidad que se hace de la tripulación mediante la fotografía y la redirección al calendario, la expresión tarifas al rojo vivo, y la pretensión de venta de billetes, y eso es lo que se percibe por un consumidor medio o cliente que visualice la publicidad. Por tanto, esta Sala no puede compartir la alegación carente de sustento probatorio de la apelante relativa a la desvinculación de la expresión ¡Y la tripulación! y "Pincha aquí y compra el calendario benéfico 2013 de la tripulación Ryanair!". El conjunto de expresiones y gráficos forma un todo unitario que va inexorablemente vinculado a la venta de billetes, sin que a ello obste que el importe recogido del calendario pueda destinarse a fines benéficos, ya que existen otras formas de realizar campañas benéficas sin utilizar el cuerpo de la mujer como objeto y sin necesidad de ser publicitado en la página web donde se realizan las reservas y ventas de los vuelos. No hay distinción entre parte superior y parte inferior del recuadro de la página principal de la apelante, no existe la separación física a la que alude, el cambio en el tipo de letra tampoco resulta una diferenciación, y tampoco se comparte la alegación relativa a la justificación que se hace en el recurso sobre que las chicas en bikini aparecen sucesivamente en la parte izquierda del recuadro, en el que se dice por un lado que se trata realmente de azafatas de la compañía, hecho que no se cuestiona, y por otro, que son las protagonistas reales del calendario benéfico, lo que no hace sino abundar en la relación que tiene la redirección a la página web del calendario y la publicación de dicho calendario con la venta de billetes y con el resto de la publicidad de la página principal, y además, la foto de azafata en bikini no aparece colocada como se dice en el recurso al lado de la promoción del calendario, sino que aparece ocupando similar espacio en la página web principal, pero a la izquierda, que la que ocupa a la derecha el recuadro para las reservas y venta de billetes de avión. Por todo lo expuesto, resulta patente

para esta Sala que todo el contenido de la página web, incluida la fotografía de la azafata en bikini en pose sugerente y la publicación del calendario, tienen como finalidad la venta de billetes de avión. Y a ello tampoco resulta óbice que el calendario sólo se publicite en determinadas épocas del año, en concreto de octubre a diciembre.

Se alega en este motivo de recurso igualmente que la publicidad no es vejatoria ni discriminatoria con la mujer, lo que excluiría la aplicación del artículo 3 a) LGP, que como hemos expuesto, declara ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, y especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20.4, incluyendo los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En el presente caso, estimamos que la publicidad tanto de la página principal como del calendario sí resultan vejatorias y discriminatorias hacia la mujer, no estimando simplemente que se trate de "jóvenes en bikini retratadas de frente o de tres cuartos". Ya hemos descrito las poses en las que figuraban en la página web principal las azafatas, todas ellas en bikini, con actitudes que sí son sugerentes, y en cualquier caso, desvinculado totalmente de su profesión, azafatas, pues no aparecen con el uniforme propio, sitio en bikini, que nada tiene que ver con el ejercicio de la profesión de azafata de vuelo, en actitudes sugestivas, utilizando con ello su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se promociona, esto es, la venta de billetes de avión, estimando igualmente que su imagen aparece asociada a comportamientos estereotipados de la mujer como objeto, dada la desconexión de la vestimenta, el bikini, como hemos dicho, con la profesión, y dadas las poses que han adoptado las mismas en las diferentes fotografías. Lo mismo cabe decir de la fotografía de la página web www.ryanaircalendar.com que aparece en las páginas 4 y 25, en que figuran las azafatas en bikini, y ello aunque no todos sean de colores llamativos, ya que también hay una azafata con un bikini blanco y otra con bikini negro, ambas en el centro, y por tanto simplemente con bikinis con una diversidad de colores, pero el hecho de figurar con el agua hasta la rodilla, con el cuerpo y el pelo mojado y la forma de posar, unas más que otras, por ejemplo es innegable la pose provocativa de la azafata de la izquierda del bikini verde, pero lo mismo cabe decir de las poses de las azafatas del bikini rojo o negro o amarillo, siendo el conjunto, una fotografía de mujeres en actitud provocativa, en todos casos con poses y actitudes sensuales, lo que suponen igualmente una utilización de la imagen de la mujer vejatoria, que la utiliza como un objeto, estando totalmente desvinculado del producto que pretende publicitarse, que como hemos expuesto, también en el caso de la publicidad del calendario, resulta ser la venta de billetes de avión. Se trata por ello de una publicidad sexista que utiliza a la mujer como objeto de reclamo con una clara connotación sexual, discriminatoria y vejatoria. Y ello por cuanto que la utilización de la mujer con actitudes provocativas y sensuales entraña un atentado a la dignidad del género femenino, al utilizarla como mero objeto, desvinculado de la profesión que dichas mujeres ejercen y del producto que pretende publicitarse, lo que viene a denigrar la profesión de azafata que requiere una amplia preparación que no puede vincularse con el sólo hecho de tener un determinado físico o ser guapas -que es lo que dice la apelante refiriéndose a las que posaron-, asociando de esta forma a la mujer a comportamientos estereotipados que como ha declarado el legislador en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, coadyuvan a la violencia de género, ya que como podemos colegir de la Exposición de Motivos de dicha Ley, la publicidad habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, con la finalidad de prevenir y evitar la violencia de género como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo. Por ello, debe rechazarse igualmente la alegación de la apelante que dice no comprender en qué medida se puede fomentar la violencia de género, porque yo queda manifiesto y patente por la propia redacción del artículo 3 a) LGP.

NOVENO.- El quinto motivo de recurso se refiere a la publicidad del calendario mediante la página web www.ryanaircalendar.com, por estimar la apelante que el calendario es un producto lícito y la publicidad que sólo refleja el contenido del producto es igualmente lícita. A estos efectos, debemos remitirnos a la argumentación contenida en el anterior fundamento jurídico sobre la vinculación de la publicidad del calendario que se hace en la página principal que redirecciona a su vez a www.ryanaircalendar.com, que está íntimamente relacionada con la venta de billetes, lo que nos lleva a desestimar este motivo de recurso. A mayor abundamiento se vuelve a insistir en que el calendario no tiene fines comerciales, lo que como hemos expuesto no obsta a que se trate de un mecanismo de publicidad de la venta de billetes y captación de clientes al exhibir a la tripulación ligera de ropa y con poses sugerentes, sin que el hecho de que otras empresas puedan utilizar igualmente imágenes de mujer con fines publicitarios o no, nos lleve a una conclusión diversa que la ya señalada de estimar que la publicidad realizada por la recurrente debe ser considerada ilícita de conformidad con el artículo 3 a) LGP. Y es más, precisamente la campaña publicitaria de la recurrente no ha sido solo polémica en España, y así la sentencia apelada cita resoluciones administrativas dictadas en Šrancia y Reino Unido. Y es aún peor, la utilización de la expresión "Y la tripulación" tras hacer referencia a "Tarifas al rojo vivo" acompañada de las poses sugerentes de las fotografías de las azafatas pueden inducir a error sobre la disponibilidad sexual de las mismas, como entendió la resolución francesa de Le Jury de Déontology Publicitaire, de 18 de enero de 2012, sobre el calendario de Ryanair 2.012 y la Resolución de ASA (Autoridad reguladora de la Publicidad en el Reino Unido) Adjudication on Ryanair LTD, de fecha 15 de febrero de 2012.

Y como también se ha expuesto, el hecho de que en la sentencia se pueda utilizar como medio de prueba el vídeo del making of del calendario en el que se bromea con un futuro calendario de hombres en bañador, además de ser igualmente vejatorio y abundar en el carácter discriminatorio de la campaña publicitaria, no significa que por la juzgadora de instancia se haya venido a exceder del objeto del procedimiento ni que tampoco se enjuicie sobre el calendario, sino sobre la publicidad del mismo, habiendo coadyuvado a su decisión dicho vídeo. Como se ha expuesto, estimamos que hay una desconexión entre la publicidad y el producto, por mucho que en este motivo

de recurso la parte insista en que la publicidad del calendario va relacionada solamente con el propio calendario que considera lícito y cuyo contenido efectivamente no ha sido objeto de la sentencia apelada.

Por lo expuesto, estimamos que la campaña publicitaria es sexista y degrada la imagen de la mujer. Y tampoco podemos considerar que nos estemos moviendo en estándares de antaño, porque precisamente estamos aplicando una normativa reciente que declara de ilicitud de la utilización del cuerpo de la mujer con fines publicitarios, desconectada del producto que se publicita y que supone dispensar a la mujer un trato vejatorio y discriminatorio, que atenta contra su dignidad, "cosificándola", y que precisamente es lo que resulta impropio de la sociedad moderna del siglo XXI.

DÉCIMO.- En el último motivo de recurso se invoca la libertad de expresión de la apelante, invocando la doctrina que se dice sentada en el plano internacional, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que afirma que la publicidad es un acto de comunicación comercial protegido por la libertad de expresión además de por la libertad de empresa.

El hacer publicidad se considera una facultad integrante del derecho a la libertad de información y del derecho a la libertad de expresión. Así lo tiene reconocido el TEDH y así lo tienen reconocido los tribunales nacionales europeos en general y los tribunales norteamericanos y, la doctrina científica más solvente de los distintos países y, desde luego, la española. El TEDH ha reconocido la publicidad en el ámbito del derecho a la libertad de expresión en numerosas sentencias y cita la de 24 de febrero de 1994 en el caso Casado-Coca, toda limitación de la publicidad debe resistir el doble análisis relativo a si, de un lado, la restricción responde a un objetivo legítimo para el que la restricción sea necesaria y, de otro, a si la restricción es proporcionada y razonable.

Nuestro Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia de 30 de mayo de 1992, que las actuaciones publicitarias no son en sí totalmente neutras o inocuas ya que pueden resultar ofensivas y perjudiciales, por las consecuencias económicas graves que suelen ocasionar cuando no se observan elementales principios de ética y, en todo caso, la normativa que las disciplina. Y para evitar estas situaciones, hubo de promulgarse el Estatuto de Publicidad -Ley de 11 de junio de 1964, entonces vigente, derogado actualmente por la Ley General de Publicidad de 1988.

Y como señala la STS de 8 de mayo de 1997, el art. 38 CE proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto e ilimitado, sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial y la competencia desleal; y una forma de manifestación de ésta, es precisamente la publicidad desleal.

En el presente caso, la libertad de expresión y libertad de empresa en la publicidad, encuentra su límite en nuestro ordenamiento precisamente en el artículo 3 a) LGP, y por ello, la libertad de expresión y la libertad de empresa deben ceder cuando se trata de publicidad vejatoria y discriminatoria para la mujer, que ha de considerarse ilícita de conformidad con el indicado precepto.

UNDECIMO.- Desestimado el recurso de apelación, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la LEC, las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Desestimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Gallur Pardini, en nombre y representación de la entidad RYANAIR LIMITED, frente a la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Málaga, en los autos de Juicio Verbal número 29/2013, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanar, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General de 30 de diciembre de 2011, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 37/11 de 10 de Octubre.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

Lo inserto concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y para que conste y surta los efectos correspondientes, expido y firmo la presente en Málaga a 20/02/17

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Fdo. CONCEPCIÓN AGUILERA RIVERA

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (es Ley Orgánica 15/99. de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067370062016100558