

Resolución de 8 de junio de 2017 de la Sección Primera del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por L'oréal España, S.A. contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Beiersdorf, S.A. La sección estimó la reclamación declarando que existía una infracción de la norma VII del Código de autorregulación para una comunicación responsable en el sector de la perfumería y la cosmética.

Frente a dicha resolución, Beiersdorf S.A., interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su Resolución de 10 de julio de 2017.

Resumen de la Resolución: L'oréal España, S.A. vs. Beiersdorf, S.A. "Nivea Etiquetado"

Resolución de 8 de junio de 2017 de la Sección Primera del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por L'oréal España, S.A. contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Beiersdorf, S.A.

La reclamación se formuló frente a una publicidad difundida tanto en los envases de los productos Nivea como frente a los expositores y carteles que promocionaban esta gama de productos. En particular, la reclamante alegó que transmitían un mensaje engañoso respecto a tres características de los productos: (i) el nivel de protección que ofrecen frente a la radiación solar, mediante la utilización y ubicación de un pictograma con forma de camiseta blanca en el cuerpo central del envase, generando la errónea impresión de que los productos Nivea protegen frente a la radiación solar de forma tan efectiva como vestir ropa; (ii) el alcance del efecto anti-manchas que se predica de los mismos mediante la alegación "*Nuevo. Protección anti-manchas en la ropa**", generando la falsa expectativa de que los productos no manchan la ropa al entrar en contacto con ella, cuando su fórmula no evita que la ropa se manche sino que ayuda a limpiar más fácilmente las manchas que se producen en el posterior proceso de lavado y (iii) la novedad y exclusividad de dicho efecto anti-manchas.

El Jurado declaró que la publicidad reclamada transmitía un mensaje engañoso para el público de los consumidores. En este sentido, entendió que tanto las alegaciones publicitarias utilizadas como la configuración de las mismas eran aptas para inducir a error a sus destinatarios, pudiendo llevar al consumidor medio a trazar un paralelismo entre la protección dispensada por el uso de las cremas solares y el uso de ropa durante la exposición al sol; trasladando el mensaje según el cual la crema promocionada no produce manchas en la ropa, cuando, en realidad, simplemente facilita la limpieza de las mismas en un proceso de lavado posterior; y haciendo que el consumidor interprete, no sólo que la gama de productos Nivea ha sido la primera en incorporar un efecto anti-manchas para la ropa sino que, además, en la actualidad, son las únicas en hacerlo, calificando dicho efecto como novedoso o revolucionario –aspecto éste que no fue acreditado por la reclamada-.

Por estas razones, la Sección estimó la reclamación declarando que existía una infracción de la norma VII del Código de autorregulación para una comunicación responsable en el sector de la perfumería y la cosmética.

II. Recurso de alzada.



Frente a dicha resolución, Beiersdorf S.A., interpuso recurso de alzada cuestionando los argumentos del Jurado. El Pleno desestimó el recurso de alzada mediante la Resolución de 10 de julio de 2017, por la que confirmaba la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 8 de junio de 2017.

Texto completo de la Resolución del Jurado:
Recurso de Alzada de Beiersdorf, S.A.
vs.
Resolución de la Sección Primera de 8 de junio de 2017
(Asunto: “Nivea Etiquetado”)

En Madrid, a 10 de julio de 2017, reunido el Pleno del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por Don José Luis Piñar Mañas, para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por Beiersdorf, S.A. contra la resolución de la Sección Primera de 8 de junio de 2017, emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 25 de mayo de 2017, la mercantil L’Oréal España, S.A. (en lo sucesivo, “**L’Oréal**”) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable Beiersdorf, S.A. (en lo sucesivo, “**Beiersdorf**”).

2.- La reclamación se formuló frente a diversos materiales publicitarios de la gama de cremas solares “Nivea® Sun” que Beiersdorf comercializa en España (en adelante, los “**Productos Nivea**”). En particular, la reclamación se presenta contra los envases de los Productos Nivea, así como contra los expositores y carteles que promocionan esta gama en diferentes puntos de venta (en adelante y de forma conjunta, la “**Publicidad**”). Se da por reproducida la Publicidad, así como los argumentos esgrimidos por las partes, tal y como se recogen en la resolución de la Sección Primera del Jurado de 8 de junio de 2017 (en adelante, la “**Resolución**”).

3.- Mediante la citada Resolución la Sección Primera del Jurado acordó estimar la reclamación presentada por L’Oréal, al considerar la Publicidad contraria al principio de veracidad establecido en la norma VII del Código de autorregulación para una comunicación responsable en el sector de la perfumería y la cosmética (en adelante “**Código STANPA**”). Asimismo impuso a Beiersdorf el pago de las tasas que eventualmente pudieran devengarse ante AUTOCONTROL, de conformidad con lo establecido en la norma VIII 1.1.6 del Código STANPA.

4.- El 28 de junio de 2017 Beiersdorf interpuso recurso de alzada frente a la Resolución, manifestando su desacuerdo tanto con los razonamientos de la Sección como con sus conclusiones. Por ello solicita a este Pleno que estime el recurso presentado y declare que los mensajes de la Publicidad se ajustan plenamente al Código STANPA, condenando a L’Oréal al pago de las costas del presente procedimiento.

5.- Habiéndose dado traslado del recurso a L’Oréal, la compañía ha presentado escrito de impugnación en tiempo y forma, reiterándose en los argumentos esgrimidos en su escrito de reclamación y defendiendo la corrección de la Resolución. Por ello, solicita a este Pleno que desestime íntegramente el recurso y confirme la Resolución de instancia, con imposición del pago de las eventuales tarifas devengadas por la tramitación de presente recurso a Beiersdorf.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- En la medida en que Beiersdorf ha recurrido todos los pronunciamientos de la Resolución de instancia y que todos ellos estimaron la existencia de distintos supuestos de publicidad engañosa, este Pleno deberá examinar las distintas cuestiones planteadas por Beiersdorf en esta alzada -al igual que lo hiciera la Sección- a la luz de la norma VII del Código STANPA, que recoge el principio de veracidad que ha de regir en la publicidad de cosméticos en los siguientes términos: *“la industria cosmética se compromete a realizar una comunicación y publicidad veraces, que no engañen o desinformen al consumidor sobre las características del producto”*. Asimismo, el apartado 1 de dicha norma establece que: *“Cualquier reivindicación de un producto cosmético, ya sea explícita o implícita, debe estar soportada por una evidencia adecuada y apropiada que demuestre las prestaciones del producto. Deberán tenerse en cuenta el contexto específico y las circunstancias (incluyendo factores sociales y culturales) en las cuales se hace la reivindicación”*.

El principio de veracidad previsto en esta norma VII del Código STANPA ha sido analizado en muchas ocasiones por este Jurado, constituyendo doctrina constante aquella que mantiene que, para calificar un anuncio como engañoso, éste debe ser apto para generar falsas expectativas o para generar una falsa impresión entre el público de los consumidores, lo que exige una delicada tarea interpretativa. En efecto, lejos de atenerse a criterios puramente literales o gramaticales, debe atenderse ante todo al significado que el anuncio publicitario posee para el público de los consumidores. Es decir, debe precisarse cómo interpreta o percibe el público de los consumidores el correspondiente mensaje publicitario para, a continuación, verificar si la percepción que han tenido los consumidores del mensaje publicitario se corresponde o no con la realidad. Al acometer esta tarea ha de tenerse presente que tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre prácticas comerciales desleales, señalan que, al analizar el eventual carácter engañoso de un mensaje publicitario, debe partirse siempre de la perspectiva de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

2.- Una vez precisado lo anterior, entraremos a analizar uno a uno los distintos motivos de recurso esgrimidos por la recurrente. En el primero de ellos, Beiersdorf impugna el pronunciamiento de la Sección en el que concluyó que la utilización de un pictograma de una camiseta blanca en los envases de los Productos Nivea es susceptible de inducir a error a un consumidor medio en relación con el nivel de protección que ofrecen dichos productos frente a la radiación solar. En concreto, la Sección entendió que la forma en la que se estaba utilizando el pictograma de la camiseta en los envases era susceptible de llevar al consumidor a trazar un cierto paralelismo o equiparación entre la protección dispensada por el uso de las cremas solares promocionadas y la ofrecida por el uso de ropa durante la exposición al sol. Sin embargo, Beiersdorf defiende que el uso del pictograma de la camiseta en los envases de los Productos Nivea no es susceptible de inducir a error a un consumidor medio, ya que éste interpretará, de forma inequívoca, que el mismo se refiere a las propiedades anti-manchas del producto y no a su factor de protección. Los argumentos de la recurrente para defender tal conclusión se resumen a continuación:

- (i) Beiersdorf entiende que la Sección no sopesó correctamente las circunstancias y el contexto en el cual se ha difundido la Publicidad a la hora de analizar cuál será el mensaje que percibirá un consumidor medio del uso del pictograma de la camiseta en los envases de los Productos Nivea. En concreto, la recurrente considera que la Sección no tuvo en consideración en su análisis las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de otros productos cosméticos o de higiene en el mercado, como por ejemplo los desodorantes, que también incluyen un dibujo de una camiseta blanca para reivindicar propiedades anti-manchas. A juicio de la recurrente, la presencia de imágenes similares en envases de desodorantes demuestra que el consumidor medio está familiarizado con este tipo de símbolos como representación del efecto anti-manchas de los productos y, por tanto, que los asocia de forma natural a dicho efecto con independencia del producto en el que se utilicen.
- b) Si bien es cierto que se vienen utilizando camisetas específicas como barrera frente al sol, éste no se puede tratar en ningún caso de un baremo de referencia para calificar los productos de protección solar. Beiersdorf alega que la Sección no tuvo en consideración el alto grado de conocimiento y familiarización que el consumidor medio tiene con los distintos grados de protección que ofrecen los productos solares (a diferencia de otras resoluciones del Jurado previas que invoca, en las que a su juicio sí se valoró esta circunstancia). A su modo de ver, no es razonable sostener que, por el hecho de incluir el pictograma al lado del factor de protección solar (en adelante, “FPS”), un consumidor con un alto grado de conocimiento de los niveles de protección que dispensan las cremas solares, interpretará que el uso del producto en cuestión equivale a llevar ropa. Y menos aún, si se tiene en cuenta que: (i) el pictograma de la camiseta blanca, a pesar de su proximidad con el FPS o los niveles de protección ofrecidos por el producto, no está presentado de forma que se genere asociación entre ellos. Por el contrario, se ha trazado una línea entre ellos para separarlos y diferenciarlos. (ii) En la gama de productos solares Nivea Sun existen diferentes niveles de protección (baja, media, alta y muy alta), con distintos FPS que van del 6 al 50. A su juicio este hecho impide afirmar que un consumidor medio interpretará que toda la gama protege de igual forma frente a la radiación solar, con independencia de su FPS.
- (ii) Beiersdorf considera que la Sección no realizó un análisis de conjunto de la publicidad y erró a la hora de valorar la forma específica en la que se ha diseñado. La recurrente alega que la Sección debería haber tenido en consideración que en la parte superior del envase existe una etiqueta de color amarillo en la que aparece también el dibujo de una camiseta blanca junto a la mención “protección anti-manchas en la ropa”. A su juicio, de haber realizado una valoración de conjunto de la publicidad teniendo en cuenta lo anterior, la Sección debería haber concluido que la forma en la que se muestran las reivindicaciones en los envases traslada un único e inequívoco mensaje al consumidor relativo a que los productos tienen un efecto anti-manchas y no relativo a su nivel de protección.

4.- Tras un análisis pormenorizado de los argumentos esgrimidos por las partes y un amplio debate entre los miembros del Pleno, éste ha llegado a la conclusión de que la Publicidad, tal y como ha sido diseñada, es susceptible de inducir a error a un consumidor medio en relación con el nivel de protección que ofrecen los Productos Nivea frente a la radiación solar. Y ello por los motivos que se expondrán a continuación.

5.- Beiersdorf parte de la premisa de que el símbolo de una camiseta blanca se asociará siempre, de forma natural e indubitable, al efecto anti-manchas del producto en relación con el cual se predique. Sin embargo, este Pleno discrepa con la recurrente. En efecto, este Pleno coincide

con la Sección en que pueden existir diversas circunstancias que incidan o determinen el mensaje que percibirá un consumidor medio a través del uso de un símbolo de una camiseta blanca en el envase de un producto. Ello hace que no pueda concluirse *a priori* cuál será el mensaje que perciba el consumidor sin haber analizado previamente dichas circunstancias, entre las que cabe destacar las siguientes, dada su relevancia para el caso que nos ocupa: (i) el tipo de producto en relación con el cual se utilice el símbolo, (ii) el contexto socio-cultural en el cual se difunda la publicidad y (iii) la configuración o diseño de la publicidad.

En relación con el tipo de producto es preciso tener en cuenta que lo determinante no es tanto la categoría legal del mismo -que en muchos casos el consumidor desconoce-, sino la función principal que desempeñe o, aun no siendo la función principal, aquellas características que, por ser comunes en productos de la misma tipología, sean esperables por el consumidor. Así por ejemplo, en el caso de que el símbolo de una camiseta se utilice en productos que tienen como función principal el lavado de la ropa, un consumidor medio tenderá a asociar el símbolo de la camiseta a la función principal del producto y, por tanto, a interpretar que el mismo se refiere a sus efectos sobre las manchas en el lavado de la ropa. De la misma forma, si el símbolo de la camiseta se utiliza en un producto que, aun no teniendo como finalidad principal el lavado de la ropa, se comercializa de forma generalizada en el mercado con propiedades anti-manchas y dichas propiedades tienden a representarse con símbolos de camisetas, un consumidor medio tenderá a identificar el símbolo de la camiseta en ese tipo de productos de forma natural con sus efectos anti-manchas.

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, el símbolo de la camiseta blanca se está utilizando en una gama de cremas solares; es decir, en productos cuya función principal es la de proporcionar protección frente a la radiación solar y no la limpieza de la ropa. Asimismo, tal y como la propia recurrente alega en sus escritos, los productos solares a día de hoy no suelen tener ni reivindicar efectos anti-manchas de ningún tipo. Por tanto, teniendo en cuenta la función principal y las características comunes de los protectores solares, un consumidor medio no albergará a priori expectativas de que los Productos Nivea tengan algún tipo de propiedad anti-mancha, sea ésta del tipo que sea. Como consecuencia de lo anterior el consumidor no asociará de forma automática un símbolo de una camiseta en un producto de protección solar a un posible efecto anti-manchas.

Por otro lado, en relación con el contexto socio-cultural en el cual se difunde la publicidad, es preciso tener en cuenta que a día de hoy existe una alta concienciación general sobre los efectos perjudiciales de la radiación solar y que cada vez es más frecuente ver a personas con camisetas como medio de protegerse de ella. Así las cosas, no cabe excluir completamente el riesgo de que un consumidor medio asocie un símbolo de una camiseta a los efectos protectores sobre la radiación solar de un determinado producto.

En conclusión, teniendo en cuenta, de un lado, la tipología de los Productos Nivea y, de otro, el contexto social en el que se ha difundido la Publicidad, este Pleno considera que en este caso resulta imprescindible analizar la configuración y diseño de la Publicidad para concluir cuál será el mensaje que perciba un consumidor medio a través del símbolo de la camiseta.

6.- Pues bien, al analizar la configuración del envase de los Productos Nivea, puede verse con claridad que el pictograma reclamado se inserta en el mismo lugar en el que se encuentran todas las indicaciones relativas a la protección solar. En concreto, el pictograma se encuentra bajo la alegación principal “Protege”, junto al FPS, y sobre el indicador del nivel de protección (“muy alta”) y el tipo de radiación frente al que protege (“Protección UVA UVB inmediata”), como puede verse en la siguiente imagen.



Ante esta configuración, en la cual el símbolo de la camiseta está totalmente rodeado de alegaciones relativas a la protección solar que dispensa el producto, no cabe defender –como pretende la recurrente– que el mero hecho de que aparezca una fina línea blanca entre el FPS y el símbolo de la camiseta hará que un consumidor medio interprete que dicho símbolo no tiene nada que ver con la protección solar que ofrece el producto. A este respecto es preciso aclarar dos cuestiones:

- (i) Tal y como expusiera la propia Beiersdorf en el asunto “Productos Garnier” que ella misma trae a colación en sus escritos, el FPS es un indicador que únicamente proporciona información sobre un aspecto particular de la protección solar que ofrece el producto. En concreto, indica el nivel de protección frente a los rayos UVB, pero no en cambio frente a los rayos UVA.
- (ii) La Sección no concluyó que existe el riesgo de que un consumidor medio asocie el símbolo de la camiseta al FPS. Lo que concluyó la Sección, y este Pleno comparte, es que el símbolo de la camiseta era “susceptible para llevar al consumidor a trazar, sino una equivalencia absoluta, sí al menos cierto paralelismo o equiparación entre la protección dispensada por el uso de las cremas solares y el uso de ropa durante la exposición al sol”, pero sin vincularlo necesariamente al FPS

Por tanto, aun cuando a meros efectos dialécticos aceptáramos que la línea blanca sirve para diferenciar el FPS (es decir, el indicador de la protección frente a los rayos UVB) del símbolo de la camiseta, ello no sería impedimento para que un consumidor medio asocie igualmente dicho símbolo a otros aspectos distintos de la protección solar dispensada por el producto.

7.- Por otra parte, la recurrente defiende que un consumidor medio relacionará el pictograma de la camiseta serigrafiado en la parte frontal del envase con la etiqueta amarilla que aparece en la parte superior del mismo, en la que aparece también una camiseta junto con la alegación “Protección anti-manchas en la ropa”. Sin embargo, este Pleno considera que existe el riesgo de que, habida cuenta de la disposición y diseño de ambos pictogramas, un consumidor medio pueda interpretarlos como dos efectos distintos de los Productos Nivea. Esto es, que el pictograma de la pegatina podría ser asociado a los efectos anti-manchas, mientras que el pictograma del cuerpo del envase podría ser asociado a la protección frente a la radiación solar.

8.- Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el hecho de que existan en el mercado desodorantes que utilizan el símbolo de una camiseta vinculado a las propiedades anti-manchas del producto.

En efecto, en primer lugar, hemos de tener presente que, aunque puedan pertenecer a una misma categoría legal (cosméticos), estamos ante productos con funciones distintas. Ello hace que en el caso de los desodorantes no exista la posibilidad de que un consumidor medio interprete que el símbolo de una camiseta está vinculado a la protección solar que dispensa el producto. Asimismo, en el caso de los desodorantes, tal y como puede comprobarse en las fotografías aportadas por Beiersdorf, es frecuente que reivindiquen propiedades anti-manchas representados mediante una camiseta u otra prenda de vestir similar (ej.: una camisa). Por tanto, tal y como se ha expuesto anteriormente, en estas circunstancias es razonable concluir que un consumidor medio puede esperar o tener ciertas expectativas de que el producto tenga propiedades anti-manchas.

Por otra parte, en las fotografías de los envases de desodorante que ha aportado Beiersdorf al procedimiento puede verse con claridad que en todos ellos se da alguna o varias de las circunstancias siguientes -que no concurren en el caso de los envases de los Productos Nivea-: (i) incluyen en el mismo envase distintos tipos de prendas (camiseta de manga corta, camiseta de tirantes o camisas) o de distinto color (blanca, negra y color); (ii) existen alegaciones destacadas junto al dibujo de las camisetas haciendo alusión expresamente al color de la ropa (“blanca”, “negra”, “color”); (iii) existen alegaciones destacadas del tipo “invisible”, “eficacia antimanchas” o similar, en muchas ocasiones incluso junto a los dibujos de las camisetas y (iv) tal y como están diseñados los envases no cabe asociar los dibujos de las camisetas a otros efectos distintos que al hecho de que los productos son invisibles o no dejan mancha.

9.- Asimismo, tampoco es un argumento válido para desvirtuar las conclusiones alcanzadas por la Sección el hecho de que el pictograma de la camiseta blanca se encuentre presente en los envases de toda la gama de los Productos Nivea (incluyendo aquellos que tienen un nivel FPS más bajo). En primer lugar porque, como ya se ha explicado previamente, el FPS únicamente indica el nivel de protección del producto frente a los rayos UVB. Y en segundo lugar, porque no puede presumirse que el consumidor va a ver siempre toda la gama de productos al completo.

10.- Finalmente, Beiersdorf apela al alto grado de conocimiento y familiarización del consumidor con los distintos factores de protección solar numéricos que aparecen en los envases de las cremas solares, para concluir que en el caso examinado no será inducido a error. Y en este punto invoca dos asuntos previos resueltos por este Jurado en relación con publicidad y presentación de cremas de protección solar (asunto “Isdin 100+” y asunto “Productos Garnier”). Sin embargo, a juicio de este Pleno, en su escrito la recurrente hace una interpretación sesgada de dichas resoluciones, llegando a extraer conclusiones que difieren de lo concluido por el Jurado.

En el asunto “Isdin 100+” el Jurado concluyó efectivamente que el consumidor está familiarizado con la nomenclatura FPS y, más en particular, que conoce que el valor FPS no equivale al porcentaje de protección que ofrece una crema solar frente a la radiación. Esto es, que el consumidor sabe que un FPS 50 no significa 50% de protección. Sin embargo, ello no implica que el consumidor medio tenga un elevado nivel de conocimiento sobre cualquier cuestión relativa a la protección que dispensan las cremas solares, ni que no pueda verse inducido a error.

Así se puso de manifiesto en la Resolución del Pleno de 13 de julio de 2016 en el asunto “Productos Garnier Sensitive” (en el que fueron partes tanto Beiersdorf como L’Oreal) y en la que el Jurado concluyó que el hecho de que un consumidor medio esté familiarizado con el FPS no es impedimento para que pueda verse inducido a error en relación con otras características de la

protección solar que dispensa el producto habida cuenta de cómo se había configurado la información del envase.

En concreto, en aquella ocasión se concluyó que los envases inducían a error en relación con los tipos de rayos solares a los cuales les resultaba de aplicación el FPS 50. Reproducimos a continuación parte del fundamento deontológico sexto de dicha Resolución: *“Por último, es preciso dar respuesta al argumento de L’Oréal según el cual el pronunciamiento del Jurado pugna con la doctrina sentada en la Resolución de la Sección Sexta en el asunto “Isdin 100+”. Efectivamente, dicha resolución establece que un consumidor está familiarizado con la presencia de números en el etiquetado y en la publicidad de las cremas de protección. Sin embargo, en su recurso de alzada L’Oreal se apoya en esta afirmación pero prescindiendo por completo del contexto en el que fue pronunciada. En aquella ocasión, lo que valoraba el Jurado es si los consumidores asocian el factor de protección solar o FPS con un determinado porcentaje de protección, concluyendo que existe una relación proporcional directa entre el índice de protección solar y el nivel de protección que el producto proporciona. En cambio, nada se valoró en la citada Resolución en cuanto a si el consumidor es conocedor de los distintos tipos de radiación ni a si asocia con toda claridad el FPS únicamente con los rayos UVB y no con el resto de rayos solares mencionados en la publicidad. Por consiguiente, no existe contradicción de ningún tipo entre la resolución de instancia y la previa Resolución del Jurado de 21 de enero de 2016”.*

11.- Los anteriores razonamientos llevan a este Pleno a desestimar el primer motivo del recurso de Beiersdorf. No obstante, a pesar de que en este caso en particular el Jurado ha concluido que el uso del símbolo de la camiseta en los envases de los Productos Nivea es susceptible de inducir a error a un consumidor medio, interesa a este Pleno concretar que en ningún caso reprueba -de la misma forma que tampoco lo hizo la Sección-, el uso *per se* de pictogramas de camisetas blancas en los envases de productos de protección solar para indicar un posible efecto anti-manchas de los mismos. Lo que reprueba este Pleno es la forma en la que se está utilizando dicho pictograma en los Productos Nivea. Y ello por cuanto considera que nos encontramos ante un ámbito muy sensible, ya que la protección solar incide directamente en la salud de las personas, de tal forma que conviene extremar las cautelas para evitar cualquier tipo de ambigüedad que pueda dar margen a distintas interpretaciones. En este caso en particular, si el anunciante hubiera querido evitar cualquier riesgo de asociación entre el dibujo de la camiseta y la protección solar de los Productos Nivea, podría haber utilizado numerosos recursos como por ejemplo: no incluir el símbolo de la camiseta en la parte del envase en la que aparecen todas las reivindicaciones de protección solar, incluir en la propia camiseta o junto a ella una mención expresa relativa al efecto anti-manchas del producto, etc.

12.- El segundo motivo de recurso de Beiersdorf se centra en rebatir el pronunciamiento de la Resolución que estimó que la alegación “Nuevo. Protección anti-manchas en la ropa*” en los envases de los Productos Nivea es susceptible de inducir a error a los consumidores en relación al alcance del efecto anti-manchas de los Productos Nivea. En particular, la Resolución estimó que la Publicidad era apta para trasladar al público de los consumidores un mensaje según el cual las cremas solares promocionadas no producen manchas en la ropa. Sin embargo, según la propia explicación que figura en el reverso de los envases, la fórmula de los Productos Nivea no evita que la ropa se manche, sino que ayuda a limpiar más fácilmente las manchas que se producen en el posterior proceso de lavado.

13.- A este respecto, Beiersdorf alega que la Sección no tuvo en cuenta las pruebas aportadas al procedimiento y que según ella demostrarían que la verdadera preocupación de los consumidores es la imposibilidad de eliminar las manchas producidas por las cremas solares con

el lavado, y no tanto el hecho de que las prendas puedan llegar a mancharse. Además, defiende que un consumidor medio es plenamente consciente de que poner un producto de naturaleza viscosa - como por ejemplo, el maquillaje - en contacto con la ropa, irremediablemente la mancha. A juicio de la recurrente, teniendo en cuenta lo anterior, resulta cuando menos lógica la asociación que pueda hacer el consumidor entre la alegación de “protección anti-manchas en la ropa” y la posibilidad de que dichas manchas sean más fácilmente eliminadas una vez lavada la prenda en cuestión.

Por otra parte, Beiersdorf alega que el mensaje: *“*Protección anti-manchas en la ropa: Su innovadora fórmula actúa durante el proceso de lavado ayudando a limpiar más fácilmente las manchas ocasionadas por los filtros UV – comparado con fórmulas anteriores”* ubicado en la parte trasera de los Productos no limita en ningún caso la reivindicación mostrada en la etiqueta situada en la cara principal del Producto. La recurrente defiende que el mensaje principal aparece acompañado de un asterisco, recurso que es ampliamente conocido por el consumidor medio y que le indica que existe más información al respecto de dicha alegación. Así pues, a su modo de ver, el consumidor interpretará el mensaje que aparece en la parte frontal conforme a su preocupación, es decir, como un producto que permite la eliminación de las manchas y el segundo, que aparece en la parte posterior de forma visible y destacada, explicaría este efecto.

14.- Antes de entrar a analizar las alegaciones de Beiersdorf en este punto, conviene aclarar que no es un hecho controvertido entre las partes que las cremas solares producen manchas en la ropa. Asimismo, la recurrente no niega que la reivindicación “anti-manchas” utilizada en relación a un producto cualquiera pueda llegar a tener al menos dos significados distintos para un consumidor medio: (i) que no produce manchas o (ii) que facilita la eliminación de las manchas. Por el contrario, lo que la recurrente defiende es que la alegación “Nuevo. Protección anti-manchas en la ropa*” utilizada en los envases de los Productos Nivea será entendida por un consumidor medio en el segundo sentido, es decir, que los productos promocionados tienen características particulares que hacen que las manchas resulten más sencillas de lavar con posterioridad. Así las cosas, en caso de concluir este Jurado que el mensaje que traslada la publicidad a través de la alegación “Nuevo. Protección anti-manchas en la ropa*” es que los Productos Nivea no producen manchas, estaríamos sin lugar a dudas ante una publicidad contraria al principio de veracidad.

15.- A la hora de analizar e interpretar qué mensaje es el que percibe un consumidor medio un elemento de prueba que puede resultar especialmente útil son los estudios demoscópicos, siempre que los mismos se hayan realizado siguiendo una metodología adecuada (tamaño de la muestra y representatividad, cuestionario, etc). Pues bien, L’Oreal aportó un estudio demoscópico al procedimiento del que, tal y como puso de manifiesto la Sección, se desprendía con claridad que la mayoría de los consumidores entendían la alegación “protección anti-manchas en la ropa” del envase de los Productos Nivea en el sentido de que no producen manchas en la ropa.

Este Pleno ha analizado con exhaustividad dicho estudio y ha llegado al convencimiento de que, teniendo en cuenta el universo, tamaño de la muestra, metodología y preguntas del cuestionario planteadas, resulta adecuado para fundamentar la percepción del consumidor en relación con la alegación “protección anti-manchas en la ropa” en los envases de los Productos Nivea. En concreto, en dicho estudio se encuestó a 155 mujeres, de entre 18 y 65 años, y se les realizó tanto preguntas abiertas como cerradas múltiples. En primer lugar, se mostró el frontal de uno de los envases de los Productos Nivea a las encuestadas y se les formuló la siguiente pregunta abierta “¿qué se entiende por antimanchas”? Ante dicha pregunta un 97% de las encuestadas contestó de forma espontánea que el producto no manchaba la ropa. A continuación se planteó una pregunta cerrada, con respuestas concretas, entre ellas se encontraban respuestas que

vinculaban expresamente el efecto anti-manchas reivindicado en el envase con la facilidad del lavado de las manchas. Aun así, el 96% de las encuestadas siguió asociando el efecto “anti-manchas” con el hecho de que el producto no deja manchas en la ropa después de aplicarlo en la piel. Tan sólo después de mostrarles y leer la advertencia explicativa de la parte trasera del envase “*Protección anti-manchas en la ropa: Su innovadora fórmula actúa durante el proceso de lavado ayudando a limpiar más fácilmente las manchas ocasionadas por los filtros UV – comparado con fórmulas anteriores”, un 75% de las encuestadas entendió que el beneficio del producto consiste en que las manchas se eliminan fácilmente. Sin embargo, aun así, un 16% de las encuestadas seguía interpretando que el producto no mancha la ropa.

En relación a este estudio, la recurrente no ha rebatido ni las conclusiones del mismo ni su metodología. Por el contrario, Beiersdorf se ha limitado a alegar que el consumidor conoce que los productos solares producen manchas en la ropa y que al consumidor le preocupa más el hecho de que las manchas no se eliminen que el hecho de que lleguen a producirse.

Sin embargo, a juicio de este Pleno, aún en el hipotético caso de que pudieran darse por probadas las premisas de las que parte la recurrente en su planteamiento –*quod non*–, ello no haría que la reivindicación anti-manchas que figura en los envases de los Productos Nivea no sean interpretadas en el sentido de que el producto no produce manchas. De hecho, este Pleno –en línea con lo dicho por la Sección y con lo que apunta el sondeo demoscópico al que acabamos de aludir– entiende que un consumidor medio, al margen de cuáles sean sus preocupaciones principales en cuanto a las manchas en la ropa, al ver la alegación anti-manchas, concluirá que el producto promocionado no produce manchas y difícilmente concluirá que sí las produce, aunque permite lavarlas con mayor facilidad.

A la vista de las anteriores consideraciones y de la valoración conjunta de todos los elementos de prueba obrantes en el expediente, este Pleno no encuentra ningún elemento que permita revocar el pronunciamiento de instancia y, por tanto, desestima el segundo motivo de recurso planteado por Beiersdorf

16.- Por último, Beiersdorf ha recurrido el pronunciamiento de la Sección en el cual concluyó, que la alegación “*Revolución. La 1ª gama solar con protección anti-manchas en la ropa*”, presente en los carteles y expositores, es igualmente susceptible de inducir a error al consumidor en relación con el efecto anti-manchas que predica, por los mismos motivos expuestos en el anterior pronunciamiento. Asimismo, la Sección aclaró que, aún en el caso de que se hubiera considerado que el efecto anti-manchas percibido por el consumidor coincide con el verdadero efecto de los Productos Nivea, no consideraba que hubiera quedado acreditado en el procedimiento por parte de Beiersdorf que los Productos Nivea son la primera gama en el mercado con dicho efecto.

Según se desprende del escrito de Beiersdorf, la recurrente entiende que la Resolución sostuvo que las menciones “nuevo” y “revolución”, utilizadas junto a la alegación “La 1ª gama solar con protección anti-manchas”, son las que convierten a esta última en una alegación de tono excluyente. Y a este respecto, reitera la veracidad de la alegación reclamada y la existencia de diversas solicitudes de patentes que tienen por objeto la fórmula de los Productos Nivea.

17.- Pues bien, los mismos razonamientos que han llevado a este Pleno a desestimar el motivo de recurso anterior en relación con la alegación “Protección anti-manchas en la ropa*”, han de llevar igualmente a concluir que la alegación “La 1ª gama solar con protección anti-manchas” presente en los carteles y expositores es engañosa, en relación con el alcance del efecto anti-

manchas que se reivindica, al ser susceptible de inducir al consumidor a pensar que los Productos Nivea no producen manchas, cuando no es así.

18.- Asimismo, en relación con la concreta alegación “La 1ª gama”, conviene aclarar que la Sección tan sólo se pronunció a meros efectos dialécticos sobre ella, para la hipótesis de que el mensaje que interpretara el consumidor en relación al efecto anti-manchas se ajustase a la realidad –es decir, que el consumidor interpretase que es la primera gama en incorporar propiedades para facilitar la eliminación de las manchas durante el proceso del lavado de la ropa-. No obstante, a la vista de las alegaciones de las partes a este respecto, este Pleno se pronunciará igualmente -a efectos dialécticos y bajo la misma hipótesis- sobre si la alegación “La 1ª gama solar con protección anti-manchas” es susceptible de inducir a error al consumidor respecto de la novedad reivindicada en relación con el efecto anti-manchas.

Sin embargo, en este punto y vistas las alegaciones de Beiersdorf, conviene recordar nuevamente el concepto de alegaciones publicitarias de tono excluyente, que ya ha sido definido en numerosas ocasiones por este Jurado. En efecto, siguiendo la doctrina más autorizada en la materia, el Jurado ha indicado que la publicidad de tono excluyente puede ser definida como “toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza, y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores”. Se trata, por lo tanto, de una modalidad publicitaria en la que el empresario anunciante pone de manifiesto su posición de preeminencia o liderazgo frente a todos sus competidores en el mercado.

Asimismo, debe recordarse que la publicidad de tono excluyente, conforme se admite generalmente, es una modalidad publicitaria esencialmente lícita siempre y cuando el anunciante pueda acreditar que la posición de supremacía o preeminencia que se alega en la publicidad es rigurosamente exacta y veraz.

A este respecto, ha de recordarse que en este ámbito rige una regla de inversión de la carga de la prueba, regla conforme a la cual ha de ser el anunciante quien acredite la veracidad y exactitud de sus alegaciones publicitarias. Así lo dispone la norma 23 del Código de AUTOCONTROL, según la cual “*corresponde al anunciante la carga de probar la veracidad de las afirmaciones y alegaciones incluidas en la publicidad*”. Este precepto se encuentra en plena sintonía con lo dispuesto en el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla el principio de inversión de la carga de la prueba del modo siguiente: “*En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente*”.

Por lo demás, este principio de inversión de la carga de la prueba –que rige con carácter general en el ámbito de la publicidad y la competencia desleal- ha de ser especialmente riguroso en el caso de la publicidad de tono excluyente. No se puede ignorar que la publicidad de tono excluyente, aunque es esencialmente lícita, constituye una modalidad publicitaria en la que el anunciante, a través de la exclusión de todos sus competidores, manifiesta una posición de supremacía frente a todos ellos. Por lo tanto, le corresponde al anunciante acreditar tanto las características que permiten afirmar la supremacía de sus productos, como quiénes son sus competidores en el mercado y probar que aquellas características no están presentes en ninguno de ellos.



19.- Una vez precisado cuál es el concepto de alegación de tono excluyente y el régimen que le resulta de aplicación, este Pleno considera, al igual que hiciera la Sección, que la alegación controvertida “*La 1ª gama solar con protección anti-manchas*” traslada un mensaje según el cual los productos promocionados han sido los primeros en el mercado en proporcionar una protección anti-manchas. Dicho mensaje constituye a todas luces una alegación de tono excluyente, según se acaba de exponer. Y ello con independencia de que tal alegación vaya acompañada o no de los adjetivos “Nuevo” o “revolucionario”. En efecto, a pesar de las alegaciones de Beiersdorf, lo que la Sección concluyó no fue que el hecho de que la alegación fuera acompañada de los adjetivos “nuevo” o “revolucionario” convertía a dicha reivindicación en una alegación de tono excluyente. Lo que la Resolución concluyó, y que este Pleno comparte, fue que el hecho de que la alegación estuviera acompañada de tales adjetivos influía o modificaba en cierta forma el mensaje que percibe un consumidor medio.

Así pues, en el hipotético caso de que se incluyese la alegación “*La 1ª gama solar con protección anti-manchas*” en la publicidad, de forma aislada y sin acompañarla de ningún otro adjetivo, este Pleno considera que un consumidor medio interpretaría que la gama solar promocionada ha sido la primera en comercializarse en el mercado con un efecto anti-manchas. Lo cual no excluye que puedan existir otras gamas solares con dicho efecto anti-manchas. Por tanto, siempre y cuando esas otras gamas se hayan comercializado con posterioridad a la promocionada, la alegación de tono excluyente sería veraz.

En cambio, en el supuesto que nos ocupa la alegación “*La 1ª gama solar con protección anti-manchas*” aparece en la publicidad acompañada de los adjetivos “Nuevo” y “Revolucionario”. En estas circunstancias, este Pleno considera que un consumidor medio no sólo interpretará que la gama de productos solares promocionada ha sido la primera en comercializarse en el mercado español con el reivindicado efecto anti-mancha, sino que interpretará además que en la actualidad es la única gama de productos con dicho efecto. Y ello por cuanto que al tratarse de un efecto que se presenta como novedoso y revolucionario, el consumidor tenderá a interpretar que los Productos Nivea acaban de lanzarse al mercado y, por tanto, que de momento no hay otras gamas solares con efecto anti-manchas. A la vista de las anteriores conclusiones, el anunciante no sólo debe estar en disposición de acreditar que han sido los primeros productos solares con efecto anti-manchas en comercializarse, sino también que en el momento de la difusión de la Publicidad no existen otros productos de protección solar en el mercado con dicho efecto.

20.- Pues bien, a juicio de este Pleno la recurrente no habría acreditado ni el hecho de haber sido los primeros en el mercado, ni que en el momento de la difusión de la Publicidad no existan otros productos en el mercado con el mismo efecto. En efecto, las solicitudes de patente invocadas por Beiersdorf no serían en este caso prueba suficiente a estos efectos por los siguientes motivos:

- (i) Tal y como la propia recurrente reconoce, las distintas patentes invocadas tienen por objeto distintas formulaciones. Por tanto, los Productos Nivea no podrían estar amparados por todas ellas, sino que tendrían que estar amparados por alguna de ellas en particular. Sin embargo, Beiersdorf no ha acreditado, ni siquiera alegado, cuál de las distintas formulaciones que tienen por objeto las solicitudes de patente es la que correspondería con los Productos Nivea.
- (ii) Se trata de meras solicitudes de patentes; por tanto el expediente podría terminar con una denegación de las mismas por falta de novedad. A este respecto, Beiersdorf alega que, a pesar de tratarse de solicitudes de patente, las mismas constituyen al menos un indicio de prueba. Sin embargo, como ya se ha expuesto anteriormente, en el caso de las alegaciones de tono excluyente rige un principio de inversión de la

carga de la prueba y se exige una especial rigurosidad en su aplicación. Lo que implica que, con carácter general, no será suficiente con aportar meros indicios de prueba.

- (iii) Aún en el hipotético caso de que hubieran sido concedidas las patentes invocadas, el objeto de las mismas son concretas formulaciones. Y por tanto, nada impediría que otros productos solares pudiesen tener también una eficacia anti-manchas con formulaciones distintas. Como prueba ello basta acudir al propio escrito de la recurrente donde Beiersdorf reconoce que todas las solicitudes de patentes invocadas, a pesar de tener por objeto formulaciones distintas, tienen un objetivo común consistente en *“superar las desventajas de los productos existentes y desarrollar un preparado cosmético (concretamente un protector solar) que sea resistente al agua y que a la vez sea más fácil de lavar en el caso en que la ropa quede manchada por el producto, siendo el punto diferenciador de cada una de las patentes la fórmula concreta para conseguir tal fin”*.

A este respecto Beiersdorf defiende que las patentes serían, cuanto menos, prueba en relación con la novedad de la fórmula de los Productos Nivea. Sin embargo, es preciso recordar en este punto que la alegación reclamada es “La 1ª gama solar con protección anti-manchas”. Y por tanto, la alegación no traslada un mensaje de novedad en relación con la fórmula del producto, sino que traslada un mensaje de novedad en relación con el propio efecto anti-manchas. Así las cosas, en el hipotético caso de que las patentes se concediesen finalmente y se estuviera en disposición de acreditar que alguna de ellas tiene por objeto la fórmula de los Productos Nivea, ello podría llegar a constituir prueba suficiente para acreditar una alegación de tono excluyente relativa a la novedad de la fórmula de los Productos Nivea, pero no sería suficiente para acreditar la novedad del efecto anti-manchas, ya que otro competidor podría haber conseguido el mismo efecto o propiedades a través de una formulación distinta.

En atención a todo lo expuesto, el Pleno del Jurado de AUTOCONTROL,

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Beiersdorf, S.A. frente a la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 8 de junio de 2017.
