

Resumen de la Resolución: **Lo Mónaco Hogar, S.L. vs. Centros comerciales Carrefour, S.A. “Pikolín viscolátex”**

Resolución de 31 de agosto de 2009 por la que se desestima la reclamación presentada por Lo Mónaco Hogar, S.L. contra Centros Comerciales Carrefour, S.A. La reclamación se formuló contra una campaña publicitaria de colchones difundida en televisión y establecimientos de venta. El anuncio de televisión comienza con un presentador situado junto al colchón promocionado, diciendo: *Si duermes bien tu salud lo nota. Y yo descanso bien gracias a mi Pikolín viscolátex de última generación. Su material inteligente se adapta a tu cuerpo y proporciona un descanso reparador. ¿Y sabes lo que de verdad es inteligente? Conseguir este Pikolín viscolátex desde sólo 16 euros al mes]. Voz en off: pagarás sin enterarte en sólo 24 cuotas. Presentador: date prisa, porque es sólo una oferta limitada y exclusiva de Carrefour. Ven a tu centro más cercano y un asesor en descanso te atenderá de forma personalizada. Corre a Carrefour a por tu Pikolín y despierta tu salud.*

El Jurado concluyó que no existía un supuesto de imitación publicitaria contrario a la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria (imitación publicitaria). Asimismo rechazó que hubiera una infracción de la norma 26 del Código (presentación de características comunes como particulares). El Presidente del Jurado emitió voto particular por considerar que la publicidad incurre en imitación publicitaria ilícita.

II. Recurso de alzada.

Lo Mónaco interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno del Jurado mediante Resolución de 15 de septiembre de 2009 en la que se reafirmó en la inexistencia de infracción alguna.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Texto completo de la Resolución del Pleno del Jurado:
Lo Mónaco Hogar, S.L. vs. Centros comerciales Carrefour, S.A. “Pikolín viscolátex”

En Madrid, a 15 de septiembre de 2009, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Manuel Rebollo Puig, para el análisis del recurso de alzada presentado por Lo Mónaco Hogar, S.L. frente a la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 31 de julio de 2009, emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 21 de julio la mercantil Lo Mónaco Hogar, S.L. (en lo sucesivo, LO MÓNACO) presentó una reclamación contra Centros Comerciales Carrefour, S.A. (en lo sucesivo, CARREFOUR).

2.- Se dan por reproducidos todos los elementos publicitarios reclamados, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la resolución de la Sección Tercera de 31 de julio de 2009.

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Tercera del Jurado de la Publicidad acordó desestimar la reclamación interpuesta, al considerar que la publicidad reclamada no infringe las normas 20 o 26 del Código de Conducta Publicitaria.

4.- LO MÓNACO interpuso recurso de alzada contra la mencionada Resolución de la Sección Tercera, entendiéndolo que la Resolución dictada resulta contraria a las normas del Código de Conducta Publicitaria.

En primer lugar LO MÓNACO manifiesta que la resolución del presente caso precisa de una notable interpretación jurídica, pues el aspecto fundamental es discernir si la campaña publicitaria de CARREFOUR y PIKOLÍN supone un aprovechamiento indebido de la reputación y esfuerzo ajeno, en este caso de LO MÓNACO; y si resulta idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación, en contra de lo dispuesto en la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria y en el artículo 11.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como en el artículo 6.2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, puestos en relación con el principio deontológico de respeto a la legalidad vigente.

Argumenta la recurrente que la Sección Tercera, al requerir una práctica identidad de todos los elementos publicitarios –o al menos de los principales- para apreciar una conducta desleal, a la vez que una efectiva causación –y no solamente su potencial riesgo- de confusión, limita el verdadero alcance de las citadas normas legales. Alega LO MÓNACO que debe prevalecer el sentido otorgado por las resoluciones judiciales al considerar desleales las prácticas



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

idóneas para generar un riesgo de asociación por parte de los consumidores o comportar un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajenos.

Cita en esta línea sentencias de nuestros tribunales y doctrina, a partir de las cuales destaca que: i) basta la mera potencialidad de la conducta para provocar los efectos denunciados por la Ley sin que sea exigible la prueba de su efectiva causación; ii) lo relevante es el canon de totalidad o visión de conjunto; iii) el imitador se vale de la fama y prestigio ganados por la prestación original en un segmento de mercado distinto del propio; iv) la imitación que supone aprovechamiento de la reputación ajena exige que el imitado goce de mérito competitivo, al igual que los casos de asociación; v) la combinación de elementos que carecen por sí de singularidad competitiva, pueden dar lugar a una forma dotada de fuerza individualizada; vi) tratándose de creaciones estéticas no resulta aceptable afirmar que el riesgo de aprovechamiento de la reputación resulta inevitable, pues en este campo el margen posible de variación es amplio.

Señala la recurrente que en el caso que nos ocupa, LO MÓNACO irrumpió con considerable éxito en el mercado utilizando como elemento esencial para su oferta un formato publicitario apoyado en varios elementos esenciales además del producto presentado: un prescriptor muy conocido (y en muchas ocasiones específicamente un presentador de concursos televisivos); condiciones de financiación basadas en cuotas mensuales (24 cuotas de 16 euros); un colchón copiado por PIKOLÍN en su configuración estética y que hasta ahora sólo comercializaba masivamente LO MÓNACO, así como el término “viscolátex” para identificarlo.

Alega la recurrente que todos estos elementos coincidentes no han sido empleados por casualidad, sino con la voluntad de aprovechar el éxito que en su conjunto los mismos han proporcionado a LO MÓNACO.

Finalmente, LO MÓNACO manifiesta su plena coincidencia con el voto particular emitido por el Presidente de la Sección Tercera del Jurado frente al sentido de la Resolución recurrida.

En virtud de lo expuesto, LO MÓNACO solicita la íntegra estimación del recurso y que se requiera a CARREFOUR el cese de la publicidad.

5.- Habiéndose dado traslado del recurso de alzada a CARREFOUR, esta compañía ha presentado escrito de impugnación significando con carácter previo que el anunciante de la publicidad reclamada es PIKOLÍN, siendo CARREFOUR la entidad distribuidora en exclusiva.

A continuación, reitera que los anuncios que conforman la campaña reclamada no constituyen en modo alguno una secuela o imitación de la publicidad de los colchones LO MÓNACO. Indica que las similitudes existentes son tan remotas y afectan a aspectos tan secundarios y convencionales de la creación publicitaria que el riesgo de confusión es impensable. El visionado de los anuncios –continúa CARREFOUR- deja claro que la publicidad de PIKOLÍN no imita, sino que se limita a emplear un formato genérico utilizado desde hace décadas en el ámbito de la publicidad. Y destaca, en relación con la interpretación jurídica a la que alude la recurrente que: i) un ámbito tan casuístico como la competencia desleal requiere en todo caso el análisis de los hechos que se hallan en la base de la controversia; y ii) la máxima *in claris non fit interpretatio*.

En relación con los elementos fácticos de la publicidad pone de relieve: a) el papel de prescriptor otorgado a un popular presentador de televisión es un recurso generalizado en el



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

mundo de la publicidad. Y subraya que el hecho de que el presentador de la campaña de PIKOLÍN sea muy conocido –y distinto del que protagoniza el anuncio de LO MÓNACO– contribuye a evitar la confusión; b) los eslóganes utilizados en una y otra campaña son totalmente distintos (más allá de lo inevitable en una publicidad de colchones); c) la coincidencia del precio y de las condiciones de financiación resulta irrelevante a efectos de determinar si nos encontramos ante un supuesto de publicidad confusoria; y d) las marcas que aparecen de forma ostensible y destacada hacen imposible el riesgo de confusión. Añade que un colchón de viscolátex está entre los conocidos como “productos de compra reflexiva”. Y refiere que además las posibilidades de Internet permiten la comparación y contraste de productos tantas veces como deseen los consumidores.

Respecto a la denominación “viscolátex”, empleada desde hace aproximadamente dos años por la reclamante, manifiesta que es ampliamente utilizada por otras marcas (Flex, Thermal...) y aparece recogida en diccionarios y enciclopedias online (Wikipedia).

En definitiva, en opinión de CARREFOUR, se trata de un intento inadmisibles por parte de LO MÓNACO de monopolizar determinados elementos de la publicidad con el fin de recortar la libertad de concurrir libremente en el mercado.

Alega CARREFOUR que la Ley de Competencia Desleal es sumamente restrictiva en su consideración de los actos de imitación, aclarando su propio Preámbulo que no debe confundirse lo que resulta incómodo para una empresa con el concepto de deslealtad en sentido técnico jurídico. Argumenta que en nuestro Derecho rige el principio según el cual la imitación de prestaciones de iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo en los supuestos de riesgo de confusión o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (remite al artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal y a resoluciones del Jurado de la Publicidad).

A continuación, invoca sentencias de nuestros tribunales cuyos criterios a su juicio respaldan la ausencia de imitación desleal o confusionista en el caso que nos ocupa, y hace énfasis en que la clara utilización de los propios signos distintivos excluye la confusión. Asimismo, afirma que los tribunales sólo vienen condenando por imitación desleal con base en el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal cuando junto al producto o su prestación existe una fortísima similitud entre los elementos denominativos o marcas principales.

Por otro lado, rechaza que exista aprovechamiento indebido de la reputación ajena puesto que no existe una imitación idéntica realizada mediante técnicas de reproducción. Con respecto al requisito de que el concreto producto imitado goce de una sólida reputación en el mercado, si bien no cuestiona la reputación de LO MÓNACO, sostiene que PIKOLÍN-CARREFOUR gozan de similar reputación.

Por lo expuesto, solicita al Jurado la desestimación del recurso de alzada interpuesto por LO MÓNACO, declarando la licitud de la campaña de PIKOLÍN objeto de reclamación.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- La controversia planteada ante este Jurado, desde una perspectiva deontológica debe ser examinada a la luz de la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria que regula los supuestos de imitación publicitaria ilícita en los siguientes términos: “La publicidad no deberá



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

contener ni explícita ni implícitamente referencias a los signos distintivos de otro anunciante, fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos o de publicidad comparativa aceptable. Los anuncios tampoco deberán imitar el esquema general, texto, eslogan, signos distintivos, presentación visual, música, ni los efectos sonoros de otros anuncios, nacionales o extranjeros, aunque sean de campañas ya concluidas, de tal manera que induzcan a confusión a los destinatarios o signifiquen aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. En la publicidad debe eludirse todo riesgo de confusión“.

Por lo demás, esta regulación deontológica de la imitación publicitaria se encuentra en plena sintonía con lo dispuesto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La primera de ellas en su artículo 11, dedicado a los actos de imitación, establece: *1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.*

Por su parte, la Ley General de Publicidad dispone en la letra b) de su artículo 6 que es desleal la publicidad *que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores.*

2.- A la vista de las normas de aplicación resulta claro que –al margen de los supuestos de utilización indebida de signos distintos ajenos- la imitación publicitaria excede de los límites de lo permitido cuando es susceptible de inducir a confusión a los destinatarios de la publicidad o cuando comporta un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajenos.

En consecuencia, el examen de la publicidad requiere una doble tarea de indagación: a saber, si efectivamente se ha producido imitación publicitaria y, en caso afirmativo, si ésta es apta para inducir a confusión a los consumidores, o para generar un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajenos.

3.- En relación con el primero de estos dos supuestos, la recurrente alega en su escrito que la Sección Tercera del Jurado ha requerido una efectiva causación –y no solamente su potencial riesgo- de confusión, de modo que limitaría así el verdadero alcance de las normas de aplicación. Sin embargo, el Pleno debe precisar que de la Resolución recurrida no se desprende este criterio, sino, por el contrario, la conclusión de la Sección Tercera según la cual la publicidad reclamada no es susceptible de generar riesgo de confusión. Resulta muy ilustrativo en este sentido el fragmento que a continuación reproducimos: *parece altamente improbable que la coincidencia en dichos elementos genéricos (utilización de un prescriptor conocido por el público, oferta de pago a plazos) pueda ser apta para generar un riesgo de confusión o un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (Fundamento deontológico tercero) (...) no aprecia elementos que permitan concluir que existe riesgo de confusión entre los destinatarios de la publicidad (Fundamento deontológico cuarto).*

4.- Por lo demás, tras un examen detenido de la publicidad reclamada, el Pleno del Jurado alcanza en este punto conclusiones similares a las ya alcanzadas por la Sección. En efecto, aquel análisis permite constatar que la publicidad reclamada contiene varios elementos



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

significativamente coincidentes con la pre-existente publicidad de LO MÓNACO. Así por ejemplo, la utilización de un prescriptor que es un conocido presentador de televisión o la destacada referencia a las condiciones de financiación del producto (24 cuotas mensuales de 16 euros cada una).

Ahora bien, en relación con la primera de estas dos coincidencias debe señalarse en primer término que la utilización de un prescriptor conocido por el público constituye un recurso común en la publicidad que no es susceptible de apropiación en exclusiva. Por otro lado, los prescriptores utilizados en los casos que nos ocupan son muy conocidos, y parecen estar altamente identificados por el público, de modo que también pueden hacer las veces de elemento de distinción.

Por su parte, las condiciones de financiación, ni aun siendo las mismas, pueden estimarse un elemento de uso exclusivo, a lo que es necesario añadir que el pago a plazos en una oferta habitual en los bienes de cierto coste, como también pueden serlo las iniciativas dirigidas a igualar o mejorar en la oferta económica los productos de los competidores.

Asimismo, encontramos otras similitudes que sin embargo no podemos obviar que encuentran lógica explicación en el hecho mismo de estar promocionando un colchón, y en particular un colchón de viscolátex, una de cuyas características es la adaptabilidad al cuerpo, que será lógico que cada anunciante ponga de relieve.

Finalmente, tampoco parece reprochable la coincidencia en la utilización del término “Viscolátex”, dado que es éste un término genérico que designa un tipo de material en los colchones.

Es decir, todos los elementos respecto de los cuales el Pleno del Jurado aprecia similitud son elementos comunes o genéricos cuya utilización en sí misma no puede ser vedada a otros competidores.

5.- No obstante, este Jurado ya ha destacado en múltiples ocasiones que la el carácter genérico de los elementos en los que se producen las coincidencias no impide que, determinados supuestos, aquéllas puedan dar origen a un riesgo de confusión. Pero lo cierto es que en el presente supuesto no apreciamos que la segunda creatividad –supuestamente imitadora- sea susceptible de generar riesgo de confusión entre los consumidores.

En efecto, junto a las coincidencias señaladas los anuncios enfrentados presentan también significativas divergencias en los restantes elementos que permiten diferenciarlos con claridad. A mayor abundamiento, en nuestro concreto supuesto, debemos señalar la destacada presencia de las marcas de cada competidor en sus respectivas campañas publicitarias, así como la circunstancia de que ambos competidores son notablemente conocidos entre el público (y específicamente en el sector del descanso) y gozan de una notoria reputación.

En estas circunstancias, si se valoran en conjunto todos los elementos hasta aquí expuestos (carácter genérico de los elementos en los que las campañas presentan coincidencias, divergencias entre los restantes elementos de los dos anuncios publicitarios examinados, presencia destacada de marcas claramente diferenciadas y con un elevado nivel de conocimiento entre el público) ha de concluirse –en línea con lo afirmado por la Sección Tercera del Jurado- que no existe en el caso que nos ocupa riesgo de confusión.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

6.- Por otra parte, ratifica el Pleno del Jurado los razonamientos de la Sección en punto a la inexistencia de un supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

En efecto, en línea con lo ya expuesto por la Sección, entiende el Pleno que aunque la reclamante presenta un resumen del esfuerzo inversor que ha realizado para desplegar sus campañas publicitarias, sin embargo, no consta dato o elemento probatorio que acredite (aunque sólo sea a título indiciario) que los elementos en cuya utilización coinciden ambas campañas publicitarias (recurso a un prescriptor conocido y oferta de venta a plazos) son percibidos como un elemento de comunicación propio y característico del reclamante, hasta el punto de que pueda afirmarse que, al recurrir a dichos elementos un competidor, se está indebidamente aprovechando del esfuerzo de comunicación realizado por aquél para facilitar la penetración de su publicidad entre el público de los consumidores.

En definitiva, en el caso que nos ocupa, vistos los anuncios desde una perspectiva de conjunto, entendemos que no concurre ninguna de las circunstancias que permitirían apreciar una infracción de la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol de la Publicidad,

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Lo Mónaco Hogar, S.L. frente a la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 31 de julio de 2009.