

JURADO DE LA PUBLICIDAD

DICTAMEN



Solicitante	JOYERÍA TOUS, S.A.
Responsable de la publicidad	TURRONES ARTESANOS DE JIJONA, S.A.
Título	Anuncio Turrón Jijona Navidad 2019 Internet
Nº de asunto	277/R/DICIEMBRE 2019
Fase del proceso	Primera instancia – Sección primera
Fecha	22 de enero de 2020

Dictamen de 22 de enero de 2020 de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL por el que se expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa Turrones Artesanos de Jijona, S.A.

La Sección consideró que la publicidad resultaba compatible con la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

RESUMEN

Dictamen de 22 de enero de 2020 de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL por el que se expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa Turrones Artesanos de Jijona, S.A.

La publicidad objeto del Dictamen es un video difundido en Internet, en el que vemos a una familia observando un belén y escuchamos la siguiente locución: “Jijona Navidad. En Jijona, llevamos quinientos años haciendo el mejor turrón del mundo”. Asimismo, en particular, observamos que una de las niñas protagonistas lleva pendientes en forma de osito de la marca “Tous”.

La Sección, tras establecer que el Jurado de AUTOCONTROL carece de competencia para analizar el supuesto de hecho planteado a la luz del Derecho de marcas, podía únicamente determinar la corrección deontológica de la publicidad analizada a la luz de la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, que establece lo siguiente: *“Las comunicaciones comerciales no deberán 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”*.

Pues bien, para poder pronunciarse sobre la corrección deontológica de la publicidad analizada a la luz de la norma transcrita, la Sección acudió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el contenido del derecho de exclusiva sobre la marca registrada en el sistema de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a la aproximación de las legislaciones de

los Estados miembros en materia de marcas. De acuerdo con esa jurisprudencia, para considerar que se produce una invasión en el ámbito protegido por el derecho de exclusiva sobre una marca registrada, es preciso que el tercero que utiliza el signo correspondiente lo haga a título de marca; esto es, en el tráfico económico para distinguir productos o servicios.

En consecuencia, explicó la Sección que, para considerar que existe un uso no justificado del signo distintivo de un tercero (esto es, un uso fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos), en el sentido de la norma 20 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, el mismo debe usarse a título de marca, quedando fuera del ámbito de dicha norma otros usos meramente descriptivos.

En el caso de la publicidad objeto del Dictamen, la Sección constató que el signo registrado como marca por Tous (pendientes con forma de osito) no se utilizaba en el anuncio a título de marca; es decir, la empresa anunciante no intenta identificar con él sus productos, ni aprovechar para sí la reputación vinculada a la marca. En efecto, la marca de Tous sólo aparecía en la forma de una joya que llevaba una niña protagonista del anuncio, como parte del resto del vestuario de los protagonistas, sin que el público destinatario pudiera relacionarla con el producto promocionado, y sin que el producto promocionado pudiera beneficiarse de ninguna manera de la presencia- accesorio- de la marca.

En consecuencia, la Sección concluyó que la publicidad objeto del Dictamen no infringía la norma 20 del Código de Autocontrol.

TEXTO COMPLETO

En Madrid, a 22 de enero de 2020, reunida la Sección Primera del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D^a. María José Morillas Jarillo, emite el siguiente

DICTAMEN

I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 23 de diciembre de 2019, la empresa Joyería Tous, S.A. (en adelante, “Tous”) presentó una reclamación frente a una publicidad de la que es responsable la empresa Turrónes Artesanos de Jijona, S.A. (en adelante, “Turrónes Jijona”).
2. La reclamación se formula frente a un video difundido en Internet, en el que vemos a una familia observando un belén y escuchamos la siguiente locución: “Jijona Navidad. En Jijona, llevamos quinientos años haciendo el mejor turrón del mundo”. Asimismo, en particular, observamos que una de las niñas protagonistas lleva pendientes en forma de osito de la marca “Tous” (en lo sucesivo, la “publicidad objeto del presente Dictamen”).
3. En su escrito de reclamación, Tous manifiesta que, en el anuncio, aparecen pendientes que reproducen su marca registrada ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea

con el número M008127128.

4. Trasladada la reclamación a la empresa Turrónes Jijona, ésta no ha presentado escrito de contestación en plazo, por lo que, en aplicación del artículo 18.2 del Reglamento del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, procede la emisión del presente Dictamen.

II. Fundamentos deontológicos.

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

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

En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de los dictámenes que emite este Jurado son cumplidos de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida fuerza moral de que gozan tales dictámenes. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y reconocido prestigio de los miembros del Jurado, y del respaldo legal otorgado al sistema de autodisciplina o autocontrol, tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; los Considerandos 32, 40, 49 y 51 y los artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su nuevo Capítulo V), así como por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (véase su Exposición de Motivos y su artículo 12). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos.

2. Una vez aclarado lo anterior y entrando ya en el fondo del asunto planteado, a la vista de los antecedentes expuestos, y del tenor y contenido de la reclamación que ha dado origen al presente Dictamen, esta Sección considera que la reclamante Tous solicita que se analice la corrección de la aparición en el anuncio de una niña que lleva unos pendientes en forma de oso

que reproducen una marca registrada de la que es titular.

Obviamente, dicha cuestión puede ser analizada desde dos perspectivas diferentes: desde el Derecho de los signos distintivos, o Derecho de Marcas, o a la luz de la normativa legal y deontológica reguladora de la publicidad.

Mas, como es conocido, la competencia de este Jurado se ciñe al análisis de la corrección deontológica de los mensajes publicitarios y, en consecuencia, esta Sección debe analizar la publicidad objeto del Dictamen a la luz de las normas legales y deontológicas en materia publicitaria, sin poder pronunciarse, por carecer de competencia para ello, sobre la compatibilidad del anuncio analizado con el Derecho de marcas o la posible existencia de una infracción de un derecho sobre una marca.

3. Sentada esta premisa, este Jurado debe analizar la publicidad objeto de este Dictamen a la luz de la norma 20.1 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante, el “Código de Autocontrol”), que prohíbe que, en la publicidad, se realice un uso injustificado de signos distintivos ajenos, en los siguientes términos: “Las comunicaciones comerciales no deberán 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”.

Pues bien, a la hora de determinar lo que es un uso justificado (o, en los términos de la norma 20, un uso legal o convencionalmente admitido) y lo que no lo es, debe atenderse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el “TJUE”) sobre el contenido del derecho de exclusiva sobre la marca registrada en el sistema de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

De acuerdo con esa jurisprudencia, para considerar que se produce una invasión en el ámbito protegido por el derecho de exclusiva sobre una marca registrada, es preciso que el tercero que utiliza el signo correspondiente lo haga a título de marca; esto es, en el tráfico económico para distinguir productos o servicios.

Así lo ha reconocido la Sentencia del TJUE de 23 de febrero de 1999 en el asunto “C-63/97 BMW AG y BMW Nederland BV contra Deenik”, al afirmar que sólo se pueden prohibir las utilidades de signos distintivos llevadas a cabo “con el fin de distinguir los productos o servicios de que se trata como originarios de una empresa determinada, es decir, como marca, o con fines distintivos”.

De igual modo, la sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2002, en el asunto C-206/01 “Arsenal Football Club PLC y Matthew Reed”, indica que “el titular no puede prohibir el uso de un signo idéntico a la marca para productos idénticos a aquellos para los cuales se registró la marca si dicho uso no puede menoscabar sus intereses propios como titular de la marca habida cuenta de las funciones de ésta”; que “la función esencial de la marca es garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia”; y finalmente que el derecho de exclusiva sobre la marca “debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca y en particular su función esencial, consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto”.

Finalmente, en el asunto C-17/06 “Céline S. A. R. L. y Céline S. A.”, el TJUE confirmó esta jurisprudencia, declarando lo siguiente: “el uso por un tercero, sin autorización, de un signo idéntico a una marca registrada para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada únicamente puede prohibirse, según el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva, si menoscaba o puede menoscabar las funciones de la referida marca y, particularmente, su función esencial, que es la de garantizar a los consumidores el origen de los productos o servicios. Así sucede cuando el tercero usa el signo para sus productos o servicios de manera tal que los consumidores puedan interpretarlo en el sentido de que designa el origen de los productos o servicios de que se trata. En efecto, en semejante caso, el uso del referido signo puede poner en peligro la función esencial de la marca, puesto que, para que la marca pueda desempeñar su función de elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado CE pretende establecer y mantener, debe constituir la garantía de que todos los productos o servicios designados con ella han sido fabricados o prestados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad”.

4. Así las cosas, podrá considerarse que existe un uso no justificado del signo distintivo de un tercero (esto es, un uso fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos), en el sentido de la norma 20 del Código de Autocontrol, cuando el mismo se use con finalidad distintiva de productos o servicios, esto es, cuando exista el riesgo de que el público entienda que la marca utilizada indica la procedencia empresarial del producto o servicio.
5. Pues bien, en el caso que nos ocupa, esta Sección ha podido constatar que el signo registrado como marca por Tous (pendientes con forma de osito), no se utiliza en el anuncio a título de marca; es decir, la empresa anunciante no intenta identificar con él sus productos, ni aprovechar para sí la reputación vinculada a la marca. En efecto, en la publicidad objeto del presente Dictamen, la marca de Tous sólo aparece en la forma de una joya que lleva una niña protagonista del anuncio, como parte del resto del vestuario de los protagonistas, sin que el público destinatario pueda relacionarla con el producto promocionado, y sin que el producto promocionado pueda beneficiarse de ninguna manera de la presencia- accesoria- de la marca.

En consecuencia, y a la vista de las anteriores consideraciones, esta Sección debe concluir que la publicidad objeto del presente Dictamen no infringe la norma 20 del Código de Autocontrol.

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