

ASUNTO Nº: 077/R/JUNIO 2008

ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN
vs.
MAHOU

(“SAN MIGUEL, CONCESIONARIO BADAJOZ”)

En Madrid, a 1 de Julio de 2008, reunida la Sección Quinta del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por Dña. M^a Teresa de Gispert Pastor para el estudio y resolución de la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable Grupo Mahou-San Miguel, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 13 de febrero de 2008, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en lo sucesivo, AUC) presentó ante la Comisión de Seguimiento del Código de Autorregulación de Cerveceros una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Grupo Mahou-San Miguel (en lo sucesivo, MAHOU).

El objeto de la reclamación es un anuncio aparecido en el Diario de Extremadura que muestra el logotipo de San Miguel en el centro de un anuncio que cuenta igualmente con el mensaje *"Provenet Pintado, S.L. Nuevo concesionario para Badajoz de Cervezas San Miguel"*, así como con el logotipo, la dirección y los teléfonos de contacto del citado concesionario. Según la reclamante, en dicho inserto no se incluye ningún mensaje instando al consumo moderado y responsable, en contra de lo previsto en el punto 2 del apartado 3 del Código de Cerveceros de España, que cita literalmente.

En consecuencia, AUC solicitaba de la Comisión de Seguimiento que resolviera contra el inserto reclamado y requiriese a la reclamada el cumplimiento futuro de lo establecido en el Código de Cerveceros de España.

2.- Reunida la Comisión de Seguimiento, el 27 de Febrero de 2008 dictó resolución desestimatoria alegando que no se trataba de un anuncio publicitario de San Miguel sino la comunicación al público de que dicho concesionario es el nuevo distribuidor de la sociedad San Miguel en Badajoz y que, independientemente de ello, tampoco se realizaba promoción del producto.

AUC discrepa de la Resolución haciendo referencia al artículo 10 de la Ley General de Publicidad.

En el parecer de la reclamante queda claro el carácter publicitario de la inserción reclamada, de modo que para desestimar la reclamación de AUC sería necesario que el reclamado acreditara fehacientemente que ha habido un uso no autorizado ni consentido de su logotipo o un incumplimiento de los acuerdos



contractuales en los que se garantizaban las precauciones y medidas necesarias para el cumplimiento del Código, y que por lo tanto ha habido utilización indebida de la marca y tal utilización indebida ha sido perseguida por el propietario de la misma.

El Código de Cerveceros señala que en caso de discrepancia por cualquiera de las partes, se remitirá la reclamación a AUTOCONTROL para que sea examinada por el Jurado. En su virtud, solicitan una resolución estimatoria de su reclamación, instando al anunciante el cese o modificación de la publicidad reclamada.

3.- Registrado el reenvío por la Secretaría del Jurado de Autocontrol, y habiendo dado traslado de la reclamación a MAHOU, la reclamada ha presentado escrito de alegaciones ante el Jurado.

La reclamada manifiesta que la comunicación en prensa efectuada por San Miguel no puede calificarse de publicidad ya que se trata de una comunicación hecha por un tercero (Sociedad Provenet Pintiado S.L.; por propia iniciativa y bajo su responsabilidad, habiéndola pagado la misma, sin intervención alguna, y con total desconocimiento de San Miguel, habiendo existido un uso no autorizado ni consentido del logo de nuestra marca, según acredita mediante carta de fecha 18 de junio de 2008, firmada por don Marco Antonio Pintiado, representante de la citada empresa, quien reconoce el uso indebido de la marca, por el que San Miguel hace reserva expresa de las acciones que le correspondan.

La reclamada hace a continuación cita de la resolución de la Comisión de Seguimiento del Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España, de fecha 27 de diciembre de 2008, que considera que no se trata de un anuncio publicitario de San Miguel ni supone promoción de su producto.

A mayor abundamiento, cita la reclamada, en general, las resoluciones del Jurado de la Publicidad que han resuelto, entendiendo que la distinción entre la determinación del carácter informativo o publicitario de un mensaje, es una tarea delicada, concluyendo que para determinar el carácter publicitario de una mensaje se debe acreditar que el anunciante ha abonado una contraprestación económica al medio de difusión del mensaje, lo que no ha ocurrido en el presente caso, dado que se trata de un hecho llevado a cabo por un tercero con desconocimiento de San Miguel, y por el que ésta no ha abonado cantidad alguna por la inserción de dicha nota en prensa.

Concluye la reclamada solicitando la desestimación en su integridad de la reclamación interpuesta, confirmando la Resolución de la Comisión de Seguimiento del Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España. A la contestación a la reclamación se adjuntan dos anexos relativos al procedimiento seguido ante la Comisión de Seguimiento del Código de Autorregulación de Cerveceros de España.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en los de nuestro entorno, encontramos limitaciones legales relevantes de la publicidad de cervezas.

En este marco, las empresas anunciantes del sector se han dotado de un Código de autorregulación en materia de publicidad estableciendo un conjunto de

principios y reglas de naturaleza deontológica que, siempre desde el respeto a la legalidad vigente en la materia, precisan el sentido y alcance que tienen las normas aplicables y especifican las conductas, prácticas y estrategias que, a la luz de las mismas, se consideran objetivamente conformes o disconformes con las exigencias de la buena fe y los buenos usos mercantiles.

Así, el Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros e España recoge en su Preámbulo que *Cerveceros de España mantiene desde hace años un compromiso activo con su entorno social realizando diversas actuaciones orientadas a promover un consumo responsable de cerveza y evitar, en la medida de lo posible, los casos de abuso. Por ello, independientemente del cumplimiento de las normas legales y administrativas vigentes, Cerveceros de España cuenta, desde 1995, con un acuerdo pionero en el sector de bebidas para que todas las comunicaciones comerciales sobre cerveza: fueran legales, honestas, verídicas y acordes a los principios de justa competencia y buenas prácticas comerciales; se elaboraran con sentido de responsabilidad social, basándose en los principios de buena fe y equidad entre las partes implicadas; y en ningún caso transgredieran los límites de la ética, la dignidad o la integridad humana.*

2.- Entrando en el fondo del asunto, y contestando a la alegación de MAHOU de que se trata de un inserto de carácter informativo, no es ésta la primera vez que el Jurado tiene que abordar la delicada tarea de discernir el carácter informativo o publicitario de un mensaje y, en consecuencia, ya ha tenido ocasión de consolidar su doctrina al respecto. Así, el Jurado ha defendido en varias ocasiones que debe afirmarse el carácter publicitario del mensaje cuando conste acreditado que el anunciante ha abonado al medio una contraprestación retribuyendo su difusión. Y ha afirmado también, en segundo lugar, que, en ausencia de esta prueba, debe analizarse el origen y el contenido del mensaje, para concluir si persigue una función informativa o, por el contrario, es de índole publicitaria.

De los elementos probatorios a disposición de esta Sección, y tras una ponderada y aquilatada valoración de conjunto, nuestra opinión es que el inserto reclamado tiene un indudable carácter publicitario. A pesar de las alegaciones de la reclamada en el sentido de que el mensaje objeto de análisis tiene mero carácter informativo, esta Sección entiende que tanto por su diseño como por su ubicación resulta evidente que estamos ante una pieza publicitaria, no en vano concurren en él las tres notas o rasgos característicos que conforme al artículo 2 de la Ley General de Publicidad definen a la actividad publicitaria: el mensaje constituye una forma de comunicación; ha sido difundido por la empresa correspondiente en el ejercicio de una actividad comercial; y se busca con él promover (no hace falta discernir si de forma directa o indirecta) la contratación de un determinado producto.

3.- Determinado el carácter publicitario del inserto, la Sección debe pronunciarse sobre la aplicabilidad del citado Código a la publicidad cuestionada, dado que la compañía MAHOU niega su condición de anunciante en relación con la publicidad reclamada. A este respecto, este Jurado no puede acoger la tesis de la reclamada en orden a eximirse de responsabilidad sobre la difusión de la publicidad objeto de reclamación por las razones que seguidamente exponemos.

Si nos remitimos al propio Código de Cerveceros, en su Sección 2, a efectos de la interpretación del propio Código, establece que *La expresión "comunicaciones*

comerciales", que se utiliza en este texto, cubre una serie de actividades que constituyen el proceso de comunicación que se utiliza en la promoción y marketing de nuestro producto. Este documento no se refiere sólo a la publicidad, sino a toda una gama de comunicaciones comerciales que engloban actividades como la publicidad, la promoción al consumidor, las promociones de venta y el patrocinio. Esta definición, por lo demás, se encuentra en perfecta sintonía con la establecida por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (artículo 2). A su vez, de conformidad con el artículo 10 de esta Ley, anunciante es "la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad".

Pues bien, tras examinar el anuncio reclamado, este Jurado no puede sino concluir que estamos ante un anuncio en el que no solamente se comunica la existencia de un nuevo distribuidor de San Miguel, sino que difunde los signos distintivos de esta cerveza, por lo que debe ser calificado como publicidad de cervezas tanto por aplicación del código de cerveceros como por aplicación del artículo 2 LGP. Calificación ésta que debe mantenerse a pesar de las alegaciones de la reclamada en el sentido de que, en el caso que nos ocupa, se ha producido un uso incontestado de su marca, pues (más allá del escrito del responsable de la entidad que ha difundido la publicidad en el que afirma no haber contado con el consentimiento de la reclamada) no consta en el expediente prueba alguna que permita concluir que la reclamada, en su condición de titular del derecho de exclusiva sobre las marcas utilizadas, haya emprendido cualesquiera clases de acciones tendentes a obtener la cesación de aquel uso supuestamente incontestado.

4.- En estas circunstancias, MAHOU no puede rechazar su condición de anunciante, puesto que la publicidad se realiza también en su interés y promociona una bebida de cuya comercialización es responsable, y no puede negarse que las referencias destacadas a una marca de cerveza promueven de forma directa su contratación. Evidentemente, todo ello sin perjuicio de a quién haya correspondido la autoría material del anuncio cuestionado. Lo cierto es que a los efectos de dilucidar la presente controversia, MAHOU ostenta legitimación pasiva, nos encontramos ante una publicidad que promociona la marca de cervezas y, por ende, el Código de Cerveceros ha de ser aplicado.

5.- El apartado 2 de la Sección Tercera del Código de Cerveceros, indica que "Tanto los spots televisivos como toda la publicidad expuesta en los medios de transmisión impresa (periódicos, revistas, etc.), mobiliario urbano y vallas publicitarias deberán incluir obligatoriamente el mensaje que manifieste que la moderación constituye una premisa básica para el consumo responsable. Dicho mensaje deberá ser recogido de la forma: "(la marca correspondiente) recomienda el consumo responsable" y se incluirá en un formato claramente legible para los destinatarios. En el caso concreto de la televisión, la leyenda deberá aparecer siempre en horizontal y en un tamaño de letra cuerpo 22. Su tiempo de exposición será de 3 segundos en spots de menos de 30 segundos y de 5 segundos en spots de mayor duración.

Un simple visionado de la publicidad analizada, permite comprobar que en ésta no se incluye el mensaje de consumo responsable. Por consiguiente, resulta evidente que aquélla incurre en una vulneración del apartado 2 de la Sección Tercera del Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España, en la medida en que la inclusión del referido mensaje es de carácter obligatorio para la reclamada.



En atención a todo lo hasta aquí expuesto, la Sección Quinta del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

1º.- Estimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una publicidad de la que es responsable la compañía Mahou.

2º.- Declarar que la publicidad reclamada infringe el apartado 2 de la Sección 3 del Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España.

3º.- Instar al anunciante la rectificación de la publicidad reclamada.