

Estudio sobre el

Empaquetado Genérico

Realizado por el
Centro de Estudios
de ANDEMA



Estudio sobre el empaquetado genérico



MADRID - MARZO 2024

ANDEMA
CARRERA DE SAN JERÓNIMO, 15 - 28014 MADRID

La Asociación para la Defensa de la Marca es una asociación de sin ánimo de lucro con más de 30 años de historia. En la actualidad, está compuesta por más de 90 empresas de diferentes sectores económicos con un nexo en común: la creencia en el poder de la marca, de los diseños y de las patentes como principal activo de las empresas, como herramienta de competitividad e internacionalización y como elemento generador de riqueza y empleo en la economía y en la sociedad. Sus objetivos son la defensa de las marcas y sus titulares, la mejora continua del marco legislativo y práctico de las marcas en España y lograr la concienciación de la sociedad en general a través de la difusión del impacto que tienen las marcas en la economía, el empleo, la innovación, el comercio, la seguridad y la salud del consumidor.

Resumen Ejecutivo

Este estudio se centra en el impacto del empaquetado genérico sobre las marcas, tanto desde el punto de vista legal como empresarial. Para ello es necesario definir ambos conceptos.



Marca vs. empaquetado genérico

Marca

La ISO (International Organization for Standardization) define la marca como “un activo intangible, incluyendo, pero no limitando, nombres, términos, signos, símbolos, logos y diseños, o una combinación de éstos, que intentan identificar bienes, servicios o entidades, creando imágenes y asociaciones distintivas en la mente de los stakeholders, y por consiguiente generando beneficios y valores económicos”.

Empaquetado genérico

El empaquetado genérico consiste en eliminar todos los signos gráficos y visuales del envase para que no haya visibilidad de la marca y sustituirlos por un color neutro con el nombre de la enseña en tipografía estándar de tipo reducido. De esta manera, todos los productos se presentan con un mismo empaquetado, sin que pueda reconocerse ningún atributo de marca.

El empaquetado genérico supone de facto la eliminación de la marca, dicho de otra manera, marca y empaquetado genérico son conceptos antagónicos.

Los defensores del empaquetado genérico justifican la restricción a la marca amparándose en un objetivo de protección de la salud pública para desincentivar el consumo de ciertos productos. El sector del tabaco ha sido el primero en el que se ha implementado y la experiencia de los países pioneros (Australia, Francia y Reino Unido) sirve de ejemplo para poner de manifiesto que: 1) es una medida ineficaz, pues no ha cumplido su objetivo de reducción de la prevalencia del consumo y 2) tiene consecuencias negativas, al favorecer la banalización del producto y el comercio ilícito. Ambos son extrapolables a otros sectores sobre los que exista la tentación de aplicar el empaquetado genérico, por lo que deben ser tenidos en cuenta.



El valor de las marcas

La marca tiene dos funciones clave: identificación y diferenciación

IDENTIFICACIÓN: la marca debe ser claramente percibida y asociarse con inmediatez a lo que representa.

DIFERENCIACIÓN: la marca debe diferenciar lo que representa de otras ofertas que compitan con ella. Cuando una marca se confunde con otra se está haciendo un mal uso.

La marca ayuda al consumidor a tomar decisiones informadas. Es un valor inmaterial que indica el origen de los productos. Es un sello que **transmite autenticidad, integridad, calidad y consistencia a los consumidores**. Tal es su importancia que este intangible se incorpora en ocasiones como un activo en el balance de las empresas.

Y desde hace muchos años **los gobiernos han reconocido su trascendencia protegiendo y defendiendo la propiedad de las mismas**. El registro de la titularidad de las marcas permite a sus propietarios el reconocimiento para usar su identidad para objetivos precisos en productos específicos.

ANDEMA está en contra de la expropiación encubierta de las marcas

Si bien ANDEMA no se opone a las políticas de salud, sí está en contra de medidas que supongan la expropiación encubierta de las marcas. Corresponde a la misión de ANDEMA, como asociación en defensa de la marca, el poner de manifiesto el

daño objetivo a las marcas y la vulneración de derechos marcarios que conlleva el empaquetado genérico.

Así, como su impacto en el ámbito empresarial, pues **elimina el derecho a la libre competencia y a la libertad de empresa** penalizando el esfuerzo económico, creativo y humano, y en I+D+i realizado en la construcción de las marcas.

Este estudio refleja que **el empaquetado genérico es una medida desproporcionada**, por sus implicaciones e impactos negativos desde el punto de vista legal y empresarial.

Impactos negativos: Legales y empresariales

Perspectiva de la Propiedad Industrial en España

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

En España, la Ley de Marcas¹ ampara su protección a través de un marco jurídico en el que se rige la salvaguardia y el registro de las marcas. La aplicación del empaquetado genérico atentaría contra los derechos que este marco legal confiere a los titulares de las marcas en relación a su función y el uso de la misma.

• AFECTACIÓN A LA FUNCIÓN DE LA MARCA:

La función esencial de la marca reside en su capacidad distintiva, es decir, en indicar su origen empresarial. El empaquetado genérico hace que desaparezcan todos los caracteres evocadores y distintivos ligados a la marca, lo que provoca que el consumidor no pueda diferenciar los productos en el mercado. **El principal perjudicado es el propio consumidor, en la medida en que se dificulta su capacidad de elección** al no ser capaz de reconocer fácilmente el origen ni la procedencia empresarial del producto, pudiendo inducir a un alto nivel de confusión.

Así pues, **la función esencial de la marca (diferenciación) queda anulada** en tanto que el usuario no es capaz de identificar ni distinguir un producto concreto entre todos los existentes en el mercado ante la ausencia de cualquier signo identificativo de la marca en el envase.

1. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.



• AFECTACIÓN AL USO DE LA MARCA:

El artículo 39 de la Ley de Marcas impone al titular la obligación de utilizar la marca para los productos o servicios para los que se haya registrado. Por lo que **la no utilización de la marca podría llegar a acarrear su caducidad** que se regula en el artículo 54.1.a). De esta manera, si en el plazo de cinco años contados desde la fecha de su registro, la marca no hubiera sido objeto - por parte de su titular - de un uso efectivo y real en España para los productos o servicios para los cuales fue registrada, podrá conllevar su caducidad.

La jurisprudencia, en particular la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 650/2021 de 29 de septiembre, ha remarcado que para que haya uso efectivo de la marca no basta con probar que ha sido utilizada en el tráfico económico, sino que se exige que cumpla con el uso que debe realizarse conforme a su función esencial.

Por ello, aunque se incorporase el nombre de la marca al empaquetado genérico, esto no sería suficiente para justificar su uso -no satisfaría los requisitos exigidos- y, por lo tanto, no se estaría cumpliendo con la función esencial de la marca, quedando expuesta a su posible caducidad.



Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

La Ley de Competencia Desleal² es un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, que complementa las leyes de Marcas y Publicidad. Las prácticas desleales ocasionan, tanto al titular de la marca como a la enseña en sí, daños sustanciales que van más allá del impacto en ventas del producto o en la prestación legítima del servicio. **Estas actuaciones pueden ocasionar perjuicios como la devaluación de la marca en el tráfico económico.** La legislación persigue evitar, entre otros riesgos, los actos de confusión y las prácticas de explotación de la reputación ajena. Es de especial importancia traer a colación estas dos actuaciones ya que pueden llegar a ser consecuencia de la medida que se está analizando.

Según el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, **se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión** con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica. Aplicándolo al empaquetado genérico, el hecho de que no haya ningún signo distintivo en el envase pone de manifiesto la dificultad que va a tener el consumidor para identificar la marca, pudiendo producirle una plena confusión.

El artículo 12 de la citada ley aborda la apropiación de la reputación que ha adquirido una marca en el mercado. **Cuanto más parecidas sean las marcas como es el caso del empaquetado genérico, más evidente es el riesgo de apropiación de una reputación ajena.** El hecho de que una empresa se beneficie de la posición y/o reputación de un competidor con el propósito de distinguirse o conseguir un mayor posicionamiento en el mercado, hace que se pueda estar ante una conducta desleal.

Por consiguiente, estas dos situaciones (riesgo de asociación y apropiación de la reputación ajena) afectarían a la competitividad de las empresas, **reduciendo los incentivos para mejorar como marca en el mercado.** Esta situación también repercutiría de manera directa en el consumidor que es quien acabaría sufriendo estas desventajas.

2. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Consecuencias empresariales

El empaquetado genérico es, sin lugar a dudas, una medida impactante y de fuerte repercusión mediática. Pero lamentablemente es una medida que **crea importantes perjuicios a la empresa en general, ya que conceptualmente ataca a bases de la economía de mercado como son el marketing y la construcción de marca.**

La marca es un intangible crítico sobre lo que representa una empresa y sus productos, es un conjunto de compromisos con el consumidor. La supresión *de facto* de la marca que conlleva el empaquetado genérico elimina también su reconocimiento, su recordación y su notoriedad, activos intangibles en los que las empresas invierten muchos recursos. De esta forma, **se suprime su valor perdiéndose la inversión realizada en la marca,** así como su fondo de comercio (*goodwill*).

• COMODITIZACIÓN Y COMERCIO ILEGAL:

Las regulaciones que se basan en restringir la capacidad de comunicación e información de las marcas frustran la confianza de los consumidores, dada la dificultad para ejercer su función de ayuda en la elección del producto. Si se quiere dar información fiable y creíble y sensibilizar al comprador sobre los riesgos asociados al consumo de un producto con todas sus consecuencias se le debe mantener en situación de alta implicación con un conocimiento crítico de las marcas.

El empaquetado genérico baja la implicación del comprador que percibe todas las marcas por igual, banaliza el producto y limita la información sobre el mismo y su credibilidad. Paradójicamente, lo acerca a un producto de compra por impulso; lo convierte en una mercancía indiferenciada, en una *commodity*.

A su vez, la compra por impulso sin distinción de marca que favorece **el empaquetado genérico promueve la competencia basada en incrementos de formato y en bajadas de precio.** Esta última sería contraria a los objetivos sanitarios de desincentivación del consumo en los que se justifica la aplicación de esta medida.

La indiferenciación del producto hace que sea más sencillo de copiar, lo que facilita la falsificación y amplía la posibilidad del comercio ilegal. La falsificación es un grave problema social: provoca destrucción de empleo, pérdida de ventas, falta de inversión y menos recaudación³. Lo ocurrido en el caso del tabaco confirma que el empaquetado genérico promueve el producto ilícito: los tres países pioneros en su aplicación (Australia, Francia y Reino Unido) tienen elevadas tasas -entre el 20% y el 30%⁴- de consumo ilegal.



• INSEGURIDAD JURÍDICA: RIESGO PARA OTROS SECTORES ECONÓMICOS:

Las grandes marcas ayudan a la economía de los países. En 2020, mientras la economía global disminuyó en un 4,3%, las grandes marcas crecieron un 3,8%.

Una vez que el empaquetado genérico es una realidad en 22 países del mundo, podría existir una tendencia a extender estas limitaciones en el marketing de otros sectores, en concreto en el ámbito de la alimentación y bebidas. **El empaquetado genérico produce inseguridad jurídica y crea un peligroso antecedente en otros sectores económicos.**

Ya hay antecedentes en este sentido. En noviembre de 2020, el gobierno del Reino Unido anunció planes para limitar las acciones de marketing de productos de alimentación y bebidas y una prohibición total de la publicidad online de productos con alto contenido de grasas, sal o azúcar. Recientemente, Irlanda ha presentado una ley con normas para el envasado de bebidas alcohólicas para su aplicación en el 2026. **En los últimos años, ha habido un continuo esfuerzo legal en muchos países -tanto en Europa como en América del Sur - para restringir el marketing de ciertos productos como vía para la reducción de su consumo,** especialmente con normas relacionadas con la limitación de su publicidad, la inclusión de advertencias sanitarias e interferencias en el diseño gráfico de las marcas.

Este tipo de restricciones dañan a las empresas implicadas porque tienden a la estandarización de los productos, reduciendo el valor de las marcas de los fabricantes. Esta estrategia tiene también un efecto global sobre todos los grupos de interés de las empresas (productores de materias primas, fabricación, operadores logísticos, empleados, etc...), que se traduce en el **empobrecimiento de toda la cadena de valor.** Además, de un impacto negativo en los proveedores de servicios asociados a la gestión y difusión de la marca, como las agencias de publicidad y marketing o los medios de comunicación.

La introducción de restricciones en el marketing de sectores como bebidas alcohólicas, dulces, snacks salados y bebidas azucaradas a nivel global y, más en concreto la aplicación del empaquetado genérico, se estima en unas pérdidas superiores a los 521.000 millones de dólares USA, según Brand Finance⁵. En España, el impacto se cifra en unos 50.000 millones de euros anuales.



3. Cada año, España pierde por las falsificaciones más de 6.700 millones de euros y se destruyen cerca de 53.500 empleos (datos de EUIPO).

4. Fuente del dato: Informe FTI Consulting: Illicit Tobacco in Australia (Mayo 2023) e Informe KPMG: Illicit cigarette consumption in the EU, UK, Norway, Switzerland, Moldova and Ukraine (Junio 2023).

5. Brand Finance Plain Packaging 2019. Este estudio analiza los daños potenciales a nivel global en la contribución de la marca y en el valor de empresa de sectores como bebidas alcohólicas, dulces, snacks salados y bebidas azucaradas en la ausencia de ciertos elementos de la marca, específicamente en las restricciones en el marketing por la aplicación del empaquetado genérico y otras limitaciones en la comunicación.

Conclusión

ANDEMA considera que **la imposición del empaquetado genérico supone una expropiación de facto de la marca**, contraria a las funciones básicas de las enseñas, que son la identificación del producto y su diferenciación de la competencia.

Esta medida **vulnera los derechos de propiedad industrial reconocidos por la legislación española**. Por una parte, en relación con la Ley 17/2001 de Marcas, afectaría tanto a la función básica de la marca como a su derecho de uso, pudiendo acarrear su caducidad por incumplir los requisitos mínimos de utilización. Por otra, también sería contraria a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en la medida en que favorece la confusión entre competidores, pudiendo sacar ventaja alguno de ellos de esta situación. Sin duda, el consumidor resultaría el principal perjudicado porque tendría gran dificultad para reconocer los productos sin riesgo a equivocarse.

Esta restricción eliminaría a su vez el derecho a la libre competencia y a la libertad de empresa, penalizando el esfuerzo económico, creativo y humano, y en I+D+i realizado en la construcción de las marcas. Los envases con marca transmiten una serie de valores sobre los que se asienta la identidad de la enseña, y la empresa a la que pertenece, y rigurosos estándares de calidad: aspectos clave para la competencia justa.

Lo contrario reduce la implicación del consumidor en el proceso de compra y **provoca una comoditización de la categoría**, en la medida en que en la mente del consumidor todos los productos son iguales (básicos). Esta banalización conlleva el empobrecimiento de toda la cadena de valor.

Igualmente, **la indiferenciación del producto hace que sea más sencillo de copiar y facilita la falsificación, ampliando la posibilidad del comercio ilegal**. La falsificación es un grave problema social: provoca destrucción de empleo, pérdida de ventas, falta de inversión y menos recaudación.

El **empaquetado genérico crea inseguridad jurídica y crea un peligroso antecedente para otros sectores en la medida en que son susceptibles de verse afectados**. La introducción de restricciones en el marketing de bebidas alcohólicas, dulces, snacks salados y bebidas

azucaradas a nivel global y, más en concreto del empaquetado genérico, se estima en unas pérdidas superiores a los 521.000 millones de dólares USA, según Brand Finance⁷. Se calcula que en España alcanzarían unos 50.000 millones de euros anuales.

La asociación apoya la protección de la salud de los ciudadanos, pero no a través de medidas que supongan la expropiación encubierta de las marcas. **ANDEMA rechaza el empaquetado genérico porque es una medida desproporcionada, ineficaz y con graves consecuencias**.

Así queda patente con lo ocurrido en el sector del tabaco, el primero en el que se ha aplicado el empaquetado genérico. Diferentes estudios avalan que en aquellos países pioneros en su implementación -Australia, Francia y Reino Unido-, no ha tenido efecto en la reducción de la prevalencia, mientras que **el consumo de tabaco ilegal se ha disparado y alcanza tasas de entre el 20% y el 30%**.



Las 8 razones por las que ANDEMA se opone al empaquetado genérico

- 1. Supone de facto la eliminación de la marca**, porque obliga a homogenizar el empaquetado con la supresión de cualquier signo distintivo de esta, impidiendo que la enseña pueda ejercer sus funciones de identificación y diferenciación, que dan información al consumidor (garantía sobre el origen y la calidad del producto).
- 2. Vulnera los derechos protegidos por la Ley de Marcas**. Además de la función básica de la marca en la distinción de los productos, la protección de derecho de uso, que podría acarrear la caducidad de la enseña por falta de utilización.
- 3. Favorece la competencia desleal**, porque dificulta la capacidad de elección del consumidor y provoca confusión en relación a las marcas y los atributos ligados a las mismas, facilitando a un competidor sacar ventaja de esta situación.
- 4. Elimina el derecho a la libre competencia y a la libertad de empresa**, perdiéndose la inversión (económica, creativa y en I+D+i) realizada por las empresas en la construcción de la marca, así como el fondo de comercio (*goodwill*) asociado a su valor.
- 5. Facilita la falsificación y el comercio ilícito**, dado que resulta más sencillo copiar los productos. Así ha quedado patente en los países que primero han aplicado esta medida⁸, sin que haya podido demostrarse su eficacia en el objetivo perseguido de reducción del consumo.
- 6. Provoca la banalización del producto en la mente del consumidor** -todos los productos se vuelven básicos (commodity)-, y deriva la competencia hacia el aumento del tamaño de los formatos y hacia la bajada de precios. Esta última es contraria a los objetivos sanitarios de desincentivación del consumo en los que se justifica la medida.
- 7. Genera inseguridad jurídica y supone un grave precedente para otros sectores económicos** que podrían verse afectados, como es el caso de la alimentación y bebidas. Ya hay ejemplos de acciones para limitar el marketing de estos productos.
- 8. Si llegara a aplicarse en España, el principal perjudicado sería el consumidor**, que tendría grandes dificultades para identificar y poder elegir sin riesgo de confusión el producto.

Por todo ello, **ANDEMA pide la consideración de medidas menos restrictivas que garanticen un equilibrio entre los distintos intereses y derechos afectados**. Y en este sentido, confía en la utilidad de este informe para el Gobierno de España y, más en concreto, para los ministerios responsables de las áreas de Industria, Comercio, Sanidad, Interior y Hacienda, directamente concernidos en la posible aplicación o no de empaquetados genéricos en las diferentes categorías de productos.

7. Brand Finance Plain Packaging 2019.

8. Australia, Francia y Reino Unido han sido los países que primero han aplicado el empaquetado genérico y constituyen un ejemplo de sus consecuencias.

Estudio sobre el empaquetado genérico

