

LA PUBLICIDAD Y LA PROMOCIÓN DE HÁBITOS ALIMENTARIOS SALUDABLES EN LA LEY DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIÓN

Nuria Amarilla Mateu.
Responsable del Área Alimentaria de European Pharmaceutical Law Group
nuria.amarilla@eupharlaw.com

RESUMEN

Este análisis está centrado en la regulación de la publicidad por parte de la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición, y en su interacción con el Reglamento CE 1924/2006, sobre declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, y con la libre circulación de productos dentro de la Unión Europea.

- *Introducción*
- *Autorregulación empresarial de la publicidad*
- *Promoción de hábitos saludables (Cap. VII)*
- *Publicidad de alimentos (Cap. VIII)*
- *La LSAN y la libre circulación de mercancías en la UE*

INTRODUCCIÓN

La tramitación de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante, LSAN) fue larga y dificultosa, entre otras razones, porque se proponía un nuevo enfoque, inexistente previamente en la legislación alimentaria española, como es el hecho de unir en una sola norma tanto la regulación básica de la seguridad alimentaria como la fijación de las bases para la planificación, coordinación y desarrollo de las estrategias y actuaciones que fomenten la información, educación y promoción de la salud en el ámbito de la nutrición y, en especial, la prevención de la obesidad (artículo 2).

Como señala la exposición de motivos de la LSAN “la correcta nutrición se ha convertido en una preocupación creciente de las autoridades sanitarias nacionales e internacionales por la ascendente evolución de la prevalencia de la obesidad, constituyendo en sí misma una enfermedad y un factor de riesgo para otras enfermedades de mayor gravedad. Por ello, el capítulo VII se inicia estableciendo la

necesidad de la Estrategia de la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad (NAOS) que, de manera coordinada entre las Administraciones públicas, fomente una alimentación saludable y promueva la práctica de la actividad física.

Con este objetivo dicho capítulo contempla, asimismo, medidas especiales dirigidas a menores, particularmente en el ámbito escolar (centros escolares y escuelas infantiles se declaran espacios libres de publicidad), por entender que en la lucha contra la obesidad son fundamentales las actuaciones educativas. Por último, establece obligaciones a los operadores de empresas alimentarias, de tal manera que realicen unos registros que permitan a la administración comprobar fácilmente el contenido de ácidos grasos *trans* en sus productos, debido a la gran influencia que tiene su consumo respecto del aumento del sobrepeso y la obesidad crecientes.

El capítulo VIII, dedicado específicamente a la publicidad de alimentos, afronta aspectos que resultan vitales para la seguridad alimentaria y la nutrición en una sociedad industrializada, tecnificada y, como consecuencia de ello, globalizada. Además de haberse modificado los hábitos alimentarios, el consumidor medio se encuentra, en buena parte debido también a las nuevas tecnologías de la información, sometido a constantes estímulos publicitarios. De ello se derivan los contenidos de este capítulo de la Ley, ya que, además de la exigencia general de que la publicidad sea veraz y exacta, y fijar la casuística de aquellas prácticas publicitarias prohibidas, se determina que en el futuro el Gobierno establezca para determinados tipos de alimentos, servidumbres informativas adicionales.

Asimismo, en línea con las corrientes comunitarias, se apoya la regulación voluntaria, si bien dicho apoyo se encuentra condicionado al cumplimiento de determinadas condiciones que aportan garantías suplementarias con arreglo al ordenamiento vigente.

Mención especial merecen los aspectos abordados por la Ley dirigidos a la regulación de la publicidad de alimentos destinados a los menores de quince años, como colectivo al que se considera debe otorgarse una mayor protección frente al impacto de la publicidad de alimentos en sus hábitos dietéticos”.

AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EMPRESARIAL

El artículo 45 de la LSAN resalta que los poderes públicos, con el fin de lograr un más amplio y riguroso control de la aplicación de la legislación vigente por parte de los operadores económicos y profesionales de la publicidad, favorecerán el desarrollo de sistemas de regulación voluntaria, velando por su implantación y facilitando la misma cuando dichos sistemas cumplan los requisitos establecidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal [LCD].

“Entre las actuaciones contra la publicidad ilícita por desleal se contemplan, además de la acción de cesación, la acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste; la acción de remoción de los efectos producidos por el acto; la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas o la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, que puede incluir la publicación de la sentencia.

El Capítulo V de la LCD establece un marco regulatorio para el ejercicio de la autorregulación. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios (...). Los códigos deberán ser notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativo a la red

comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente”¹.

Para el caso concreto de los menores de 15 años, el artículo 46 de la LSAN previó que si en el plazo de un año, desde su entrada en vigor, no se hubieran adoptado códigos de conducta que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas, dirigidas este colectivo, con el fin de contribuir a prevenir la obesidad y promover hábitos saludables, el Gobierno establecerá reglamentariamente las normas que regulen tales comunicaciones comerciales, para garantizar la protección de la infancia y la juventud, así como los medios para hacerlas efectivas.

HERRAMIENTAS PARA LA PROMOCIÓN DE HÁBITOS SALUDABLES: ALIMENTACIÓN SALUDABLE, ACTIVIDAD FÍSICA Y PREVENCIÓN DE LA OBESIDAD (CAPITULO VII)

La Ley 17/2011 responde al principio constitucional recogido en el artículo 43 de la Constitución de 1978, que reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y que fomenten la educación sanitaria, la educación física y el deporte.

El Capítulo VII es uno de los básicos de esta Ley, como reconoce en su exposición de motivos: “la correcta nutrición se ha convertido en una preocupación creciente de las autoridades sanitarias nacionales e internacionales por la ascendente evolución de la prevalencia de la obesidad, constituyendo en sí misma una enfermedad y un factor de riesgo para otras enfermedades de mayor gravedad”. Este capítulo se dedica específicamente a aquellas medidas que son propias del ejercicio de actividades para

¹ Comentarios a la legislación general en materia de publicidad. Asociación de Usuarios de la Comunicación. 2011. Pág. 14.

promover la Salud Pública, tales como la epidemiología, la promoción de la salud y la prevención de procesos prevalentes que alteran la salud de la población.

La Estrategia NAOS, que adquiere rango legal al incluirse en el **artículo 36**, es una actividad fundamental para promover la salud colectiva aplicando las técnicas epidemiológicas, ya que estará basada en el análisis de la situación y el conocimiento científico existente en la materia. Tiene como objetivo primordial prevenir e invertir la tendencia ascendente de la prevalencia de la obesidad y, con ello, reducir sustancialmente la morbilidad y mortalidad atribuible a las enfermedades no transmisibles asociadas a ella. Y, pretende conseguirlo con medidas de promoción de la salud, como son la nutrición adecuada y la práctica de actividad física.

La importancia de la nutrición para la salud de nuestra sociedad es hoy más determinante que nunca. A lo largo de este siglo hemos sido testigos de cambios importantes en los estilos de vida, los patrones de edad de nuestras comunidades y los requisitos nutricionales medios. Existe evidencia de que estos cambios dietéticos están asociados a una prevalencia creciente de la obesidad con un incremento de la enfermedad cardíaca coronaria, la diabetes tipo 2 y algunos tipos de cáncer².

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, reconoce en su preámbulo que “la salud de la población española no sólo se ha beneficiado de unos servicios sanitarios de calidad y de la excelencia de los profesionales que en ellos trabajan, también lo ha hecho de su entorno, su clima, su entramado social y familiar, su

² Promoción de la salud por medio de la nutrición. Dra. Jantine Schuit y Dr. Jacob Seidell, Departamento de Epidemiología de las Enfermedades Crónicas, Instituto Nacional de Salud Pública y Medio Ambiente NIPHE (Holanda); Jan Jansen, Departamento de Previsión de Salud Pública, NIPHE (Holanda); Dra. Cate Burns. Escuela de Nutrición y Salud Pública, Universidad de Deakin, Melbourne (Australia). European Journal of Clinical Nutrition, 1999.

alimentación y de muchos otros factores que han contribuido a situarla entre los países con mejores indicadores de salud del mundo”.

Pero conseguir la mejora de la salud pública exige que la sociedad se organice de forma que se fomente, proteja y promueva la salud de las personas, tanto en su esfera individual como colectiva, y que ello se haga desde el riguroso conocimiento científico y con la anticipación necesaria.

La última revisión del marco de salud pública realizado en Europa³ aprobó las siguientes líneas de actuación:

- mejorar la información para la promoción de la salud,
- hacer un uso razonable, seguro y eficiente de los recursos públicos,
- reaccionar con rapidez a las amenazas sanitarias, y
- abordar los determinantes de la salud por medio de la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad.

El fundamento que sirvió de base, y que está inspirando a los gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea a actuar con medidas como esta Ley que analizamos, es el artículo 152 del Tratado de Ámsterdam. Este Tratado amplía como nunca antes el campo de acción por medio de la promoción de la salud. Dicho artículo garantiza un alto nivel de protección de la salud humana en la definición e implantación de todas las tareas políticas.

La justificación de las medidas contempladas en la LSAN y, en concreto, en el Capítulo VII, viene dada por los siguientes argumentos:

³ La evidencia de la eficacia de la promoción de la salud. Configurando la salud pública en una Nueva Europa. Unión Internacional de Promoción de la Salud y Educación para la Salud (International Union for Health Promotion and Education IUHPE), 2000.

Existe un volumen creciente de evidencia que indica que la promoción de la salud en la nutrición conduce a ganancias de salud a un coste mucho más bajo que el tratamiento médico de cualquiera de los grupos de alto riesgo.

La mayoría de los programas de intervención dirigidos a la nutrición se traducen en efectos positivos sobre la morbilidad y la mortalidad por medio de reducciones de los factores de riesgo cardiovasculares, especialmente si el enfoque de salud pública de la prevención de la obesidad no se centra exclusivamente en la educación relativa a la conducta de riesgo y el desarrollo de habilidades conductuales sino que, además, incorpora una comprensión de las barreras que impiden el cambio dietético. Las intervenciones comunitarias son más eficaces cuando la educación viene acompañada de medidas estructurales que facilitan y refuerzan cambios sostenibles de la conducta dietética.

Un panel de expertos del Fondo Mundial de Investigación Oncológica ha llegado a la conclusión de que seguir pautas dietéticas recomendadas podría reducir las tasas de cáncer en más de un 20%. Estos expertos informan asimismo que el seguimiento de las recomendaciones dietéticas y de actividad física, además del mantenimiento de un peso corporal saludable, podría reducir el riesgo de cáncer en un 30-40%.

Por otra parte los problemas a los que se enfrentan los responsables de tomar las decisiones en una Europa que ya está siendo testigo de una reducción (debido a causas demográficas y de otra índole) de su población laboral disponible, son en primer lugar, la temprana pérdida del tan necesario talento humano de la fuerza laboral y, en segundo lugar, el coste de los tratamientos cuando la enfermedad, la obesidad en este caso, genera discapacidad pero no fallecimiento. Los costes para los servicios sanitarios son enormes.

Las intervenciones de promoción de la salud dirigidas a los grupos social y económicamente menos favorecidos ejercen un impacto de gran potencial en la reducción de las diferencias socioeconómicas en materia de salud⁴, por lo que el impacto en la cuestión de la equidad de la aplicación del **artículo 37** de la LSAN es claramente favorable. La evidencia demuestra que la desigualdad de condiciones sociales y económicas es un determinante clave del bienestar sanitario y humano.

La norma ha considerado de la máxima importancia la introducción de una serie de principios con la pretensión de que se impidan todas aquellas conductas que puedan resultar discriminatorias para las personas con sobrepeso u obesidad. Ha tenido en cuenta las discapacidades en el **artículo 42** (habida cuenta de que socialmente el problema del sobrepeso o la obesidad afecta en mayor medida a las clases sociales con menos recursos), con medidas dirigidas a personas desfavorecidas y dependientes, y también, como indica el Preámbulo, la perspectiva de género, importante ante las desigualdades que puede producir la obesidad a las mujeres, ya que en ellas puede tener consideraciones sociales más negativas que en los hombres.

De esta manera aplica la modificación impuesta por la disposición final segunda de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo apartado c) del artículo 2 cuya nueva redacción dice: “será necesaria la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud, en los términos previstos en esta ley y en la Ley General de Salud Pública”.

El **artículo 43** de la LSAN va a regular un aspecto importante en la actualidad, ya que en los últimos años la dieta española, así como las dietas de la mayoría de los países

⁴ Estrategia Nacional de Equidad en salud. Ministerio de sanidad, política social e igualdad. Mayo 2010.

Europeos, han aumentado su contenido de proteína animal y grasas saturadas, mientras que el consumo de proteína vegetal, carbohidratos complejos y fibra dietética ha disminuido. Dichos cambios dietéticos están asociados, como señalábamos, a un incremento de la incidencia de las enfermedades cardiovasculares, la diabetes mellitus tipo 2 y algunos tipos de cáncer, que siguen siendo las causas más importantes de mortalidad y morbilidad en los países europeos. Además existe una relación causal entre la dieta, la obesidad y los problemas de desarrollo óseo.

El capítulo VII contempla, asimismo, medidas especiales dirigidas a menores, particularmente en el ámbito escolar, por entender que en la lucha contra la obesidad son fundamentales las actuaciones educativas. El **artículo 40** reconoce que las intervenciones de promoción de la salud en los centros de enseñanza pueden ser eficaces al transmitir conocimiento, desarrollar habilidades y apoyar la realización de elecciones positivas para la salud. Los centros de enseñanza han demostrado ser lugares rentables para las intervenciones de promoción de la salud⁵. La eficacia y sostenibilidad de las intervenciones de salud en estos centros se rigen por su estrecha relación tanto con las intervenciones de promoción de la salud, como en el desarrollo de las habilidades educativas y conocimientos de base en los jóvenes. La evidencia demuestra que estos programas deberían estar orientados principalmente al logro de resultados cognitivos y sociales, en lugar de concentrarse en alcanzar resultados específicos de conducta.

Con las medidas respecto a la Administración previstas en los **artículos 39 y 41** se alienta a los gobiernos a que trabajen con la industria alimentaria con el fin de mejorar la dieta por medio de un mejor etiquetado y embalaje, una reducción del contenido de sal, la oferta de porciones pequeñas y el desarrollo y promoción de productos con poca

⁵ Escuelas promotoras de salud. Organización Mundial de la Salud (OMS). 1991

grasa. Dado que la evidencia indica que la promoción de la salud en la nutrición redundaría en ganancias de salud a un coste bastante menor que el tratamiento médico, ya sea de grupos o de pacientes de alto riesgo, se recomienda ésta como campo de atención política. Se insta a los gobiernos a que desarrollen alianzas intersectoriales entre sus propios ministerios (principalmente los de agricultura, sanidad, finanzas y asuntos sociales), las administraciones regionales y locales y los fabricantes, distribuidores y detallistas de productos alimenticios.

En esta línea de desarrollar alianzas intersectoriales y con el objetivo de disponer de la información precisa sobre la realidad existente, se prevé en el **artículo 38** la creación de un Observatorio de la nutrición y de estudio de la obesidad, que obtendrá los datos de la población a la que habrá de aplicarse después los resultados de sus trabajos.

Un observatorio es “un lugar o posición que sirve para hacer observaciones” y observar es “examinar atentamente, advertir, reparar, estudiar los fenómenos con fines científicos útiles para la vida”.

Creado formalmente en enero de 2013⁶, será un instrumento básico que podrá aportar conocimiento para la acción, con un enfoque que incluye desde los aspectos sanitarios a los sociales, desde los biológicos a los ambientales.

El Observatorio de la nutrición y de estudio de la obesidad se crea como Comisión Interministerial; organismo intersectorial constituido por personas, organizaciones e instituciones pertinentes en los temas a tratar, relacionados siempre con su objetivo principal.

⁶ Resolución de 28 de enero de 2013, de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de enero de 2013 por el que se crea el Observatorio de la Nutrición y de Estudio de la Obesidad.

Sus fines son contribuir a la promoción de la salud, a la consecución de la equidad mediante la mejora del conocimiento de las causas y determinantes de la salud en relación con la nutrición, la promoción del debate acerca de cómo prevenir la obesidad y sus consecuencias socio-sanitarias, la cooperación con otras instituciones, la formación y la investigación.

Es un lugar de encuentro en el que todas las personas y organizaciones con interés en el tema puedan participar y promover actividades. Actuará mediante la información, investigación, comunicación y formación, de manera participativa y colaborativa, difundiendo conocimientos acerca de las maneras más efectivas de prevenir la obesidad.

Producirá recomendaciones para la práctica, la investigación, la educación y las políticas de salud alimentaria, que estarán basadas en análisis y estudios y elaboradas en colaboración con los agentes sociales implicados en cada caso.

Promoverá las innovaciones organizativas en la atención sanitaria, en los planes y políticas de salud y en las políticas de investigación, que permitan mejorar la efectividad y la seguridad de las intervenciones sanitarias y sociales dirigidas a prevenir la obesidad en todas las actuaciones.

Ha de elaborar un informe periódico, probablemente anual, en diferentes formatos (papel, electrónico, etc.) que permitirán hacer un seguimiento y difusión de los temas en tratados y de las actividades que realice.

Realizará una evaluación continuada y participativa de los resultados y procesos de los trabajos que en su ámbito se hagan y evaluará el impacto de lo realizado.

Deberá recopilar y analizar datos e información, sobre la publicidad de alimentos, emitida por los distintos medios y sistemas de comunicación, con especial atención a la publicidad dirigida a los menores de edad.

Finalmente, con fundamento en toda su actividad ha de plantear objetivos para el futuro.

En resumen el Observatorio tiene, por tanto:

- Una tarea fundamental: proporcionar los argumentos a quienes deciden sobre políticas y servicios que influyen en la salud y sus determinantes, tanto a nivel individual como colectivo.
- Una estrategia clave: la divulgación y comunicación de información de calidad sobre la obesidad evitando toda forma de discriminación (incluida la perspectiva de género) a población general, profesionales, organizaciones e instituciones.
- Unos valores que impregnan sus procesos: participación, transparencia y colaboración intersectorial.

REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE ALIMENTOS (CAPÍTULO VIII)

La regulación de esta cuestión tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición era más extensa, pero se redujo tras las alegaciones presentadas por diversos colectivos durante la larga tramitación parlamentaria.

Finalmente la regulación se contiene en tres artículos: el artículo 44, el más polémico, (establece restricciones a la publicidad de alimentos), el artículo 45 (sobre el deber de apoyo de la Administración a los sistemas de control publicitario voluntario por parte de las empresas) y el artículo 46 (en la misma línea que el anterior pero dirigido concretamente a la protección de los menores de quince años frente a la publicidad de productos alimenticios, si los mecanismos voluntarios no fueran suficientes).

El **primer apartado** del artículo 44 hace una remisión a la normativa sobre publicidad de productos en general, para todo aquello que no regule la LSAN y/o la normativa vertical de las diversas categorías de alimentos (ej. dietéticos, complementos alimenticios).

“Sin menoscabo de las disposiciones específicas recogidas en esta Ley, la comunicación comercial de los alimentos se regirá por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias; por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y por las normas especiales que regulen la actividad en este ámbito y le sean de aplicación”.

Por su parte, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que incorpora la llamada Directiva de Prácticas Comerciales Desleales modifica sustancialmente tanto la Ley General de Publicidad (LGP) como la Ley de Competencia desleal (LCD), ya que con esta modificación toda la publicidad ilícita pasa a ser considerada como competencia desleal, de modo que las acciones procesales de reclamación pasan a ser las que otorga la LCD.

El artículo 2 LGP define la actividad publicitaria como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC)⁷ considera que se trata de una definición de gran interés, ya que:

⁷ Comentarios a la legislación general en materia de publicidad, de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC, 2012). Disponible en www.auc.es

- Extiende el concepto a “toda forma de comunicación”, con lo que quedan subsumidas en la aplicación de la norma, por defecto, todas las formas de comunicación comercial desarrolladas en estos años, aunque no haya referencia directa a las mismas.
- Hace radicar la naturaleza publicitaria de un mensaje o acción en su intencionalidad (la promoción de la contratación/venta de bienes y servicios), que, además, de acuerdo con la normativa comunitaria, se da por supuesta salvo en casos excepcionales (por ejemplo, la mostración de un producto/marca de modo accidental y esporádica en un reportaje informativo) quedando la carga de la prueba [como] responsabilidad del anunciante.
- Entiende que la intencionalidad puede ser directa o indirecta, lo que significa que la publicidad indirecta, como tipología, queda también regulada por el articulado de esta norma.
- Circunscribe el ámbito publicitario regulado a la actividad comercial, sin que pueda ser extendida la norma por tanto a otros ámbitos como a la propaganda política y generando dudas en cuanto al encuadre en la misma de la llamada publicidad de interés público o social, o de la publicidad institucional (que cuenta con su normativa específica).

Ahora bien, aunque la normativa general sobre publicidad deja claro que en la definición de ésta cabe toda forma de comunicación cuya intención es comercial, hay normas en las que la publicidad parece entenderse como una forma específica y concreta de comunicación comercial⁸.

⁸ Comentarios a la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición, de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC, 2011). Disponible en www.auc.es

Así, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, considera (artículo 19.2) “prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad (...)”. Y, en el mismo sentido, de acuerdo con el artículo 27, “se entiende por comunicación comercial todo acto, conducta o manifestación, incluida la publicidad, no meramente informativa, que se relacione directamente con la promoción o venta de bienes y servicios”.

Por esta razón la AUC criticó “con ocasión de las observaciones y enmiendas presentadas primero al anteproyecto y luego al proyecto de Ley [de seguridad alimentaria y nutrición] el uso de esta denominación [publicidad], proponiendo utilizar el término “comunicación comercial”.

La denominación comunicación comercial se ha ido imponiendo en la normativa europea desde los años 90, como un término más amplio que el de “publicidad” para incluir todas las prácticas comerciales que se concretan a través de acciones comunicativas, siendo en este sentido la publicidad una de las formas posibles de comunicación comercial.

Por otro lado, también en opinión de la AUC “aunque la LGP no hace referencia expresa al artículo 51 de la Constitución (al que sí se refiere la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), es evidente que la publicidad que contravenga la defensa de los consumidores y usuarios y la protección de su seguridad, su salud, sus legítimos intereses económicos, su información y educación adecuadas. Por tanto, la veracidad publicitaria queda establecida pues como una obligación del anunciante y del canal de difusión por mandato constitucional.

En el caso de la publicidad ilícita por infringir la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, se indica en el artículo 5 [LGP] que la publicidad de productos susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o para su patrimonio podrá ser regulada por normas especiales y sometida al régimen de autorización administrativa previa, régimen extensible a aquellos casos en los que la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requiera.

En cuanto a la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LCA) aborda, bajo la rúbrica “los derechos del público”, las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación con los menores y personas con discapacidad, que merecen a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial. Destacar el artículo 4, que establece que todas las personas tienen el derecho a que la comunicación informativa se elabore de acuerdo con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información (...). Y del artículo 6, el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente”⁹.

Por último, respecto de la remisión final que hace el apartado primero del artículo 44 a “las normas especiales que regulen la actividad en este ámbito y le sean de aplicación”, incidir en que éstas se aplicarán con carácter prioritario, y que las normas generales sobre publicidad mencionadas, cubrirán todo aquello no establecido en la normativa sobre publicidad de alimentos, ya sea respecto de todos ellos¹⁰ o de determinadas

⁹ *Ibíd*em, nota 1.

¹⁰ Real Decreto 1334/1999, norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

categorías, como los productos alimenticios destinados a una alimentación especial (dietéticos) o los complementos alimenticios.

Más polémicos son el segundo y tercer apartados del artículo 44 LSAN. El **segundo apartado** señala: “Asimismo, los mensajes publicitarios de alimentos, realizados en cualquier medio o soporte de comunicación, deberán ajustarse a la normativa aplicable, y específicamente al Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria”.

Es cuestionable la aplicación del Real Decreto 1907/1996 a la publicidad de alimentos en relación con la salud, tras la entrada en vigor del Reglamento CE 1924/2006, sobre declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos. La Administración entiende que dicho Real Decreto será aplicable a aquellos alimentos que (incluyan o no declaraciones de salud, cuestión que ha de regirse por el Reglamento comunitario), inducen a error al consumidor sobre su naturaleza o propiedades utilizando avales “pseudocientíficos”, fomentando la sustitución de la dieta indebidamente, o aprovechándose del marchamo de venta en farmacia.

Cabría pensar que, con este objetivo, el legislador decidió disipar expresamente en la LSAN las dudas sobre la aplicabilidad a los alimentos del Real Decreto 1907/1996 - conocido como “Real Decreto de productos milagro”-, y por eso se incluyó el segundo apartado del artículo 44.

Ahora bien, una vez mantenida de forma expresa la vigencia del Real Decreto 1907/1996, era innecesario el **tercer apartado** del artículo 44 de la LSAN, ya que repite prohibiciones que ya incluye el artículo 4 de dicho Real Decreto, en sus apartados 6, 7 y 8.

Aparte de una técnica jurídica incorrecta (repetición de previsiones incluidas en normas vigentes), podría considerarse que la LSAN se extralimita en este punto, ya que el Real Decreto se dirigía únicamente a aquellos productos “con pretendida finalidad sanitaria” mientras que, al incluirse en el texto de la LSAN, dichas prohibiciones se extienden a la publicidad de todos los productos alimenticios, pretendan o no dicha “finalidad sanitaria”.

Esta reacción del legislador posiblemente estuviera relacionada con la interpretación doctrinal del Jurado de la Asociación para el Autocontrol de la Publicidad Comercial (conocida como “Autocontrol”), encargada de vigilar la aplicación de los códigos de autorregulación publicitaria en España, que distingue entre “propiedades con pretendida finalidad sanitaria” (especialmente las relativas a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades) y “propiedades de salud”, a las que niega que sea aplicable el Real Decreto 1907/1996:

“En lo que respecta a la doctrina de este Jurado (...) son abundantes los pronunciamientos en los que se ha recogido la distinción entre alegaciones de salud y alegaciones con pretendida finalidad sanitaria para justamente determinar el marco normativo aplicable y los distintos efectos derivados de uno u otro supuesto. Podemos citar como ejemplo la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 16 de diciembre de 2003 confirmada por la Resolución del Pleno del Jurado de 28 de enero de 2004 (Grupo Leche Pascual, S.A. vs. Danone, S.A. “Actimel”), o entre las más recientes, la resolución de la Sección Quinta del Jurado de 13 de octubre de 2008 (asunto AUC vs. Grupo Leche Pascual “Vivesoy”).

También la Resolución del Pleno del Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de 26 de marzo de 2009, que confirmó que la alegación “ayuda a tus defensas” es en principio, una “alegación salud”, pero finalmente admitió

el recurso de alzada de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), por considerar que en el concreto contexto de esta publicidad el mensaje de conjunto presentaba el producto “Actimel” como apto para prevenir las patologías que pueden derivarse de la entrega en el cuerpo de los agentes externos. En consecuencia, declaró vulnerada la norma 2 del Código en relación con el Real Decreto 1907/1996, cuyo artículo 4.7 prohíbe los “testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos como medio de inducción al consumo”.

Ahora bien “en el concreto contexto de esta publicidad” -como señala la propia resolución-, referido a las imágenes sobre la actuación del producto en las funciones fisiológicas del cuerpo humano, el Jurado consideró que “el mensaje de conjunto” sí sugería propiedades “sanitarias” de Actimel y, por tanto, sí era aplicable el Real Decreto 1907/1996. Sin embargo, cuando considera que las declaraciones incluidas en la publicidad son sólo “declaraciones salud”, Autocontrol sí admite que aparezcan testimonios de profesionales sanitarios (ej. personajes indeterminados con bata blanca en un laboratorio) famosos (Carmen Machi en los actuales anuncios de Activia) o de pacientes reales o supuestos (un anuncio de hace un tiempo en el que varias madres explicaban su experiencia con Actimel, una de ellas también con bata blanca).

Quizá la intención del legislador, al repetir dichas restricciones publicitarias en el apartado 3 del artículo 44 LSAN, fue recoger aquellas prohibiciones que estimó esenciales para un futuro en el que dicho Real Decreto sea derogado por nueva normativa, o inaplicable a los alimentos debido a la interpretación doctrinal o jurisprudencial. De hecho, no sería aplicable a los alimentos con declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (“alegaciones de salud”).

El propio apartado tercero del artículo 44 LSAN señala que las prohibiciones que incluye se aplicarán “sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento CE 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos”. Esto supone que la empresa que incluya declaraciones nutricionales o de propiedades saludables en sus alimentos, en primer lugar debe cumplir con las exigencias del mismo, y luego lo establecido por la normativa interna española aplicable a la publicidad de alimentos, como el Capítulo VIII de la LSAN, sólo en lo no regulado por aquél; ya que en aquello en que tanto el Real Decreto 1907/1996 como la LSAN, como cualquier otra norma española sobre comunicación comercial, sean contrarios al Reglamento CE 1924/2006, éste es de aplicación prioritaria a los alimentos, por ser norma de rango superior y, además, específica por razón de la materia.

De hecho, es también doctrina de Autocontrol que las declaraciones de propiedades saludables son admisibles en España incluso durante los periodos transitorios previstos en el artículo 28 del Reglamento CE 1924/2006, si la empresa puede demostrar haber presentado la solicitud por el artículo 13.5 (nueva evidencia científica) o por el artículo 14 (reducción de riesgo de enfermedad, o relativas al desarrollo y salud de los niños), o si se trata de declaraciones que se encuentren en las listas provisionales de evaluación por EFSA, porque aún no hayan sido incluidas en la lista de la Comisión¹¹ con las declaraciones de propiedades saludables admitidas conforme al artículo 13.1 (en base a evidencia científica generalmente aceptada), sin haber recibido una valoración negativa. Lógicamente, si obtiene finalmente la autorización o inclusión en la lista

¹¹ Reglamento (UE) N° 432/2012 de la Comisión, de 16 de mayo de 2012, por el que se establece una lista de declaraciones autorizadas de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños

correspondiente de declaraciones admitidas, tendrá pleno derecho a utilizarlas en el producto en cuestión.

En cualquier caso vamos a analizar, una por una, las prohibiciones contenidas en los apartados 3 y 4 del artículo 44 de la LSAN en relación con lo establecido por el Reglamento CE 1924/2006, teniendo siempre presente la prioridad -en caso de conflicto normativo- de la norma comunitaria respecto de la comunicación comercial que incluya, en concreto, declaraciones nutricionales o de propiedades saludables en los alimentos:

A) Apartado tercero del artículo 44 LSAN

A.1 En primer lugar prohíbe la aportación de testimonios de profesionales sanitarios o científicos, reales o ficticios, o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo, así como la sugerencia de un aval sanitario o científico.

En comparación, el apartado c del artículo 12 del Reglamento CE 1924/2006 establece respecto de los testimonios de profesionales sanitarios que “no se autorizarán (...) las declaraciones que hagan referencia a recomendaciones de médicos individuales u otros profesionales de la salud (...)”.

Se critica la prohibición en la LSAN de testimonios, sean reales o ficticios, de profesionales científicos distintos a los profesionales de la salud (por ejemplo, químicos, biólogos o tecnólogos de los alimentos) así como los testimonios de supuestos pacientes.

Hay que aclarar que si estamos hablando de alimentos, legalmente no pueden “prevenir, tratar o curar” (características únicas de los medicamentos conforme a la Directiva 2001/83/EC), por lo que la LSAN no debería hablar de “pacientes”. Las propiedades nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos se caracterizan porque su eficacia refiera a población sana, como prueba el hecho de que los estudios científicos

que la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria exige a las empresas que quieran incluirlas, deben estar realizados en personas sanas.

Cierto es que alimentos y medicamentos comparten la capacidad de influir sobre los procesos fisiológicos del organismo, pero la frontera estará en probar si el producto genera tales efectos mediante una “acción farmacológica, inmunológica o metabólica”, ya que sólo si su mecanismo de acción es tal podrán llegar a ser calificados como medicamentos por su función, conforme a la redacción dada al artículo 2 de la Directiva 2001/83/EC por la Directiva 2004/27/EC, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹².

Ahora bien, un alimento podrá incluso ser calificado por las Administraciones sanitarias como medicamento, y exigirle, como tal, la preceptiva autorización previa para su comercialización, también en caso de atribuirse en el etiquetado, presentación y/o publicidad, propiedades de diagnóstico, prevención, tratamiento o curación de enfermedades humanas, incluso si no fuera así (medicamento por su presentación).

En definitiva, la realidad prueba que hay empresas alimentarias que pretenden aprovecharse del “marchamo de la salud” sin fundamento, para fomentar las ventas. Por esta razón el artículo 44 prohíbe que busquen resquicios, como otro tipo de profesionales “científicos”, no estrictamente sanitarios pero que el consumidor medio puede asimilar a aquéllos; así como el viejo truco de testimonios de “pacientes” (lo cual ya implicaría una enfermedad aunque no se diga expresamente) que han probado el producto y “funciona”.

¹² Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 15 de enero de 2009. Asunto C-140/07. Hecht-Pharma GmbH y Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg (Red rice); Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de noviembre de 2007. Asunto C-319/05. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania (Cápsulas de ajo)

A.2 En segundo lugar, el apartado 3 del artículo 44 LSAN prohíbe la promoción del consumo de alimentos con el fin de sustituir el régimen de alimentación o nutrición comunes, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad.

Esta prohibición refiere a los alimentos de consumo ordinario, y no a determinadas categorías de productos destinados a una alimentación especial (dietéticos) que tienen como objetivo, precisamente, sustituir total o parcialmente la dieta.

Este es el caso, por ejemplo, de los dietéticos para dietas de bajo valor energético para reducción de peso, así como de los alimentos para usos médicos especiales o, incluso, de los preparados para lactantes y algunos alimentos para los niños de corta edad.

Sin embargo, no hay normativa específica para alimentos concebidos para cubrir las necesidades nutricionales de la mujer durante el embarazo o la lactancia, o para la vejez, por lo que a estos sí son aplicables las prohibiciones del 44 LSAN.

En concreto el Real Decreto 867/2008, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los preparados para lactantes y de los preparados de continuación (transposición de la Directiva 2006/141/CE) contiene artículos dedicados a la publicidad, promoción e información sobre estos productos, especialmente restringida respecto de los preparados o fórmulas de inicio, ya que por destinarse a los primeros meses de vida son sustitutivos de la leche materna, la cual no pueden minusvalorar ni en su etiquetado ni en la publicidad.

En este sentido las fórmulas de inicio están obligadas, por ejemplo, a incluir una indicación relativa a la superioridad de la lactancia materna y a que el producto ha de utilizarse únicamente por consejo de personas independientes cualificadas en medicina, nutrición o farmacia o de otros profesionales encargados de la asistencia materna e infantil, precedidas de la mención “Aviso importante” u otra equivalente (artículo 7 b).

En cualquier caso, la publicidad de los preparados para lactantes se limitará a las

publicaciones especializadas en la asistencia infantil y a las publicaciones científicas (artículo 9.1).

Las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables específicas de los preparados para lactantes se regulan, por tanto, por el Real Decreto 867/2008 (anexo IV idéntico al mismo anexo de la Directiva 2006/141/EC). Sin embargo, en el caso de los preparados de continuación hay que acudir a la norma general para todos los alimentos, el Reglamento CE 1924/2006, que también será el aplicable a la publicidad sobre propiedades saludables de los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad, regulados por la Directiva 2006/125/CE de la Comisión, de 5 de diciembre.

A.3 En tercer lugar, prohíbe que la publicidad de los alimentos haga referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia.

Se critica nuevamente la repetición de una restricción publicitaria que ya contiene el Real Decreto 1907/1996 pero, si asumimos que dicho Real Decreto no es aplicable a los alimentos con “declaraciones de salud” (reguladas por el Reglamento CE 1924/2006), sino sólo a aquellos que pretendan propiedades “sanitarias” (diagnóstico, prevención y/o curación de enfermedades humanas) -como señala Autocontrol-, podríamos concluir que el legislador quiso asegurarse de evitar que alimentos corrientes (incluso sin incluir reclamos sanitarios) se aprovechen del canal farmacia en su publicidad, ya que el consumidor medio relaciona los productos vendidos en farmacia con la salud y con una mayor calidad y seguridad.

Por ejemplo ¿sería lógico que, por ejemplo, una marca de chorizo incluyera en su publicidad “de venta en farmacia”??. Conforme a la legislación farmacéutica no podría venderse en ellas, ya que la oficina de farmacia no tiene entre sus actividades autorizadas la venta de alimentos de consumo ordinario, pero este párrafo tercero del

artículo 44, impide que se pueda sacar ventaja de incluirlo en la publicidad, aunque no fuera verdad. Por ejemplo “de venta en farmacias y establecimientos habituales”, y que realmente sólo se distribuyera en establecimientos de alimentación, pero aprovecharan este reclamo de salud y seguridad.

Tanto la prohibición de aludir a la venta en farmacia como al “uso en centros sanitarios o a su distribución a través de las oficinas de farmacia” son aspectos no regulados por el Reglamento CE 1924/2006, por lo que podría ser admisible que los Estados Miembros regulen sobre ellos en aras de una mayor protección de la salud pública, si bien, deberían justificar su necesidad.

B) Apartado cuarto del artículo 44

Lo mismo ocurre con el apartado cuarto del artículo 44 LSAN, que regula otra cuestión no prevista por el Reglamento de declaraciones, si bien, en este caso vemos más clara su admisibilidad, ya que la norma comunitaria otorga expresamente a los Estados miembros la posibilidad de aplicar sus normas nacionales, mientras no se armonice mediante normativa comunitaria, respecto de los avales ya no de profesionales individuales sino de colectivos profesionales.

El apartado c del artículo 12 del Reglamento CE 1924/2006 establece al respecto que “no se autorizarán (...) las declaraciones que hagan referencia a recomendaciones de (...) otras asociaciones no mencionadas en el artículo 11”.

Y el artículo 11 del Reglamento establece, precisamente, que “a falta de normativa comunitaria específica sobre las recomendaciones o aprobaciones formuladas por asociaciones nacionales de profesionales de los sectores médico, nutricional o dietético e instituciones de beneficencia relacionadas con la salud, podrán aplicarse las normas nacionales pertinentes de conformidad con lo dispuesto en el Tratado”.

Haciendo uso de esta potestad el artículo 44.4 LSAN determina que “sólo se permitirá la utilización de avales de asociaciones, corporaciones, fundaciones o instituciones, relacionadas con la salud y la nutrición en la publicidad o promoción directa o indirecta de alimentos, cuando:

- a) Se trate de organizaciones sin ánimo de lucro.
- b) Se comprometan, por escrito, a utilizar los recursos económicos, obtenidos con esta colaboración en actividades que favorezcan la salud, a través de la investigación, desarrollo y divulgación especializada en el ámbito de la nutrición y la salud”.

LA LSAN Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Como señala el Parlamento Europeo¹³ *la libre circulación de mercancías dentro de la Unión Europea se aplica a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros [apartado 2 del artículo 23 (9) del Tratado CE].*

Inicialmente, la libre circulación de mercancías se concibió en el marco de una unión aduanera entre los Estados miembros con supresión de los derechos de aduana, de las restricciones cuantitativas a los intercambios y de las medidas de efecto equivalente, por una parte, y del establecimiento de un arancel aduanero común, por otra. A continuación, se hizo hincapié en la eliminación de todos los obstáculos que todavía dificultaban la libre circulación con vistas a realizar el mercado interior definido como un espacio sin fronteras interiores en el que las mercancías (entre otras cosas) circulan tan libremente como en un mercado nacional.

¹³ http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_2_1_es.htm (última actualización 06/11/2000)

La noción de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa está mucho menos circunscrita que la de exacción de efecto equivalente. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia la ha definido de una manera muy amplia. En la sentencia Dassonville, el Tribunal consideró medida de efecto equivalente "toda reglamentación comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio comunitario" (TJCE 8/74 de 11.7.1974).

Se trata, en general, de medidas que afectan de manera exclusiva a los productos importados. Pero, en la sentencia Cassis de Dijon (TJCE 120/78 de 20.2.1979), el Tribunal estimó que podía haber medidas de efecto equivalente incluso sin discriminación entre productos importados y productos nacionales. En particular, imponer a los productos de los otros Estados miembros las normas técnicas del Estado de importación viene a ser establecer una medida de efecto equivalente, pues se penaliza a los productos importados al forzarles a una costosa adaptación. La ausencia de armonización comunitaria de las reglamentaciones no puede justificar esta actitud que equivale a una obstaculización de la libertad de circulación, lo que conduce al Tribunal a sentar el principio de que "todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro, de conformidad con la reglamentación y los procedimientos de fabricación leales y tradicionales de este país, debe ser admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro". Se trata del principio del reconocimiento mutuo por los Estados de sus reglamentaciones respectivas mientras no haya armonización.

El Tribunal de Justicia [reconoció] (en la misma sentencia Cassis de Dijon) que, fuera de los casos previstos en el artículo 30 [ahora 36 TFUE¹⁴], los Estados podían derogar

¹⁴ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). 2009. Título II.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>

la prohibición de las medidas de efecto equivalente sobre la base de "exigencias imperativas": en particular, eficacia de los controles fiscales, lealtad de las transacciones comerciales y defensa de los consumidores.

Para facilitar el control de esas medidas nacionales derogatorias, se [estableció] un procedimiento de información mutua (Decisión del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 1995 [derogada por el Reglamento CE 764/08 sobre reconocimiento mutuo]. Este procedimiento prevé que los Estados miembros notifiquen a la Comisión cualquier medida de este tipo.

[...] La armonización de disposiciones nacionales por parte de la Unión Europea se lleva a cabo mediante la adopción de reglamentación comunitaria que permite suprimir los obstáculos creados por las disposiciones nacionales, haciendo que éstas resulten inaplicables cuando son contrarias a la reglamentación. Es incluso la única manera de actuar cuando las disposiciones nacionales se justifican recurriendo al artículo 30 [ahora 36 TFUE] o a la noción de exigencia imperativa.

En este sentido el artículo 22 del Reglamento CE 1924/2006 ostenta su supremacía como norma comunitaria de aplicación directa en los Estados miembros que viene a armonizar la regulación del uso de declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en la comunicación comercial de los alimentos:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Tratado, y en particular en sus artículos 28 y 30 [ahora 34 y 36 en la versión consolidada del TFUE], los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir el comercio o la publicidad de alimentos que se ajusten al presente Reglamento mediante la aplicación de disposiciones nacionales no armonizadas que rijan las declaraciones efectuadas con respecto a determinados alimentos o a los alimentos en general”.

El artículo 44 de la LSAN reconoce esta prioridad de la norma comunitaria al establecer que se aplicará “sin perjuicio” del Reglamento, pero se dirige a aquellos alimentos que no se adecúen a sus exigencias, y a aquellos aspectos no regulados por él.

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de declaraciones requiere que: “si un Estado miembro considera necesario adoptar nueva legislación, notificará a la Comisión y a los demás Estados miembros las medidas previstas y comunicará los motivos que las justifiquen”, y dos son las normas comunitarias que afectan a esta cuestión: la Directiva 98/34/CE y el Reglamento CE 764/2008¹⁵.

La Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, exige a los Estados miembros que notifiquen a la Comisión y a los demás Estados miembros al respecto de cualquier proyecto de “reglamento técnico” sobre productos antes de que sea aprobado en la legislación nacional, con vistas a impulsar la transparencia y control con relación a dichas normativas. Puesto que las reglamentaciones técnicas nacionales pueden erigir unas barreras injustificadas al comercio entre los Estados miembros, la notificación en su forma de proyecto y la posterior evaluación de su contenido ayudan a disminuir este riesgo.

Si la Administración española cumplió con dicha exigencia respecto del artículo 44 de la LSAN y no ha recibido ninguna observación en contra, en cuanto a que sus previsiones supongan trabas al comercio intracomunitario de productos alimenticios, dicho artículo sería conforme al Derecho Comunitario.

¹⁵ Reglamento CE 764/08, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión 3052/95/CE.

La Guía de aplicación de la Directiva 98/34/CE en relación con el Reglamento 764/2008 sobre “reconocimiento mutuo”, hace hincapié en que estas dos normas tienen objetivos distintos¹⁶:

a) La Directiva pretende evitar los obstáculos al comercio en la forma de “reglamentaciones técnicas” antes de que se adopten, permitiendo a la Comisión y a los Estados miembros que verifiquen la compatibilidad de la norma técnica con la legislación de la Unión.

b) El Reglamento se aplica después de que se haya adoptado la “norma técnica”, y su objeto es velar por que las autoridades que adoptan decisiones basadas en dichas normas apliquen el principio de reconocimiento mutuo correctamente en cada caso concreto.

Conforme al apartado primero del artículo 2 del Reglamento CE 764/2008:

“se aplicará a las decisiones administrativas dirigidas a los agentes económicos y adoptadas, o que se tenga la intención de adoptar, basándose en una norma técnica en el sentido del apartado 2, con respecto a cualquier producto, incluidos los productos de la agricultura y de la pesca legalmente comercializados en otro Estado miembro, cuando el efecto directo o indirecto de dicha decisión sea cualquiera de los siguientes:

- a) la prohibición de introducir en el mercado ese producto o tipo de producto;
- b) la modificación o el ensayo adicional de ese producto o tipo de producto antes de que pueda introducirse o mantenerse en el mercado;
- c) la retirada del mercado de ese producto o tipo de producto.

Y según el apartado segundo:

¹⁶ http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/mutual-recognition/98-34/98-34_es.pdf

“A efectos del presente Reglamento, una norma técnica es cualquier disposición de una ley, un reglamento o una disposición administrativa de otra índole de un Estado miembro:

- a) que no sea objeto de armonización a escala comunitaria, y
- b) que prohíba la comercialización de un producto o tipo de producto en el territorio de dicho Estado miembro o cuyo cumplimiento sea obligatorio para comercializar un producto o tipo de producto en el territorio de dicho Estado miembro, y que establezca (...)”

Por tanto, el Reglamento CE 764/08 deberá ser aplicado a cualquier decisión administrativa dirigida a los agentes económicos basada en una norma técnica en el sentido del apartado 2 (en su caso, el artículo 44 de la LSAN), con respecto a cualquier producto, cuando el efecto directo o indirecto de dicha decisión sea (...) la retirada del mercado de ese producto o tipo de producto. En caso de que la Administración española acordara la retirada de uno o varios productos, por considerar que existe una infracción publicitaria según la LSAN, el agente económico podrá invocar el Reglamento de reconocimiento mutuo frente a la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

- Marcos A., Olmedilla B., (Coords.), Suplementación Nutricional, AFEPADI, 2011.
- Aranceta J., Amarilla N., (Coords.), Alimentación y Derecho: aspectos legales y nutricionales de la alimentación, Panamericana, 2011.
- Jornada “Menores, pantallas y Ética” en Madrid, organizada por el Observatorio de Contenidos Televisivos Audiovisuales (OCTA), 2011.
- Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, Memoria sobre la actividad de AESAN respecto de la publicidad de alimentos en 2010.
- Agència Catalana de Seguretat Alimentària, Observatori de la Comunicació Científica, Informe sobre la Seguretat Alimentària als Mitjans de Comunicació, 2008.

Ortega R., Requejo A., Martínez R., Nutrición y Alimentación en promoción de la salud, Consejería de Sanidad de Castilla-La Mancha, 2007.

Bañares S., Los alimentos funcionales y las alegaciones alimentarias: una aproximación jurídica, Atelier, 2006.

Amarilla N. (Coord.), El derecho a la información en salud alimentaria, Eupharlaw, 2006.