

## Observaciones particulares de la Asociación de Usuarios de la Comunicación al Anteproyecto de Ley de Seguridad Alimentaria

Diciembre 2009

### Observación primera. Sobre el Artículo 38. Observatorio de la nutrición, actividad física y estudio de la obesidad

Se propone un párrafo *in fine* para el apartado 1 de este artículo:

*"1. Para promover el desarrollo de políticas y la toma de decisiones basadas en el adecuado conocimiento de la situación existente y en la mejor evidencia científica, se creará el Observatorio de la nutrición, actividad física y estudio de la obesidad, como sistema de información que permita el análisis periódico de la situación nutricional y de actividad física de la población y la evolución de la obesidad en España. Dicho Observatorio estará adscrito a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición y su composición se determinará reglamentariamente, contando en todo caso con la participación del Consejo Estatal de Consumidores y Usuarios".*

Dado que una de las funciones del Observatorio, de acuerdo con el apartado 2 letra e de este artículo, es "*Supervisar 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*", consideramos que debe existir dicha participación de los consumidores a los que se reconoce legitimación activa en esta materia y que en la actualidad ya cuentan con representación en la Comisión Mixta del Código PAOS.

Por otra parte, proponemos una modificación del mencionado apartado 2.e) en el sentido siguiente:

*"e)Supervisar la comunicación comercial de alimentos emitida por los distintos medios y sistemas de comunicación, con especial atención a la publicidad dirigida a los menores de edad".*

Por las razones que se alegan en la observación segunda.

## Observación segunda. Sobre el concepto de publicidad utilizado en el Capítulo VIII

Consideramos que este capítulo debería referirse a la "*comunicación comercial*" y no a la "*publicidad*", ya que, aunque la legislación general sobre publicidad deja claro que en la definición de ésta cabe toda forma de comunicación cuya intención es comercial, en otros casos aparece regulada de modo especial como una formal específica y concreta de comunicación comercial. Ello es acorde, además, tanto con los usos actuales en los ámbitos teórico y profesional como con la propia legislación comunitaria o nacional, que ha venido adoptando progresivamente ese concepto más amplio ya desde los años 90.

## Observación tercera. Sobre el Artículo 44. Publicidad de alimentos

Proponemos que el capítulo pase a llamarse "comunicación comercial de alimentos", por las razones señaladas en la observación segunda.

Proponemos asimismo los siguientes cambios en los apartados del artículo 44:

*"1. Sin menoscabo de las disposiciones específicas recogidas en esta Ley, la comunicación comercial de los alimentos se regirá por la Ley / , de de , 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; por la Ley / , de de , General de la Comunicación Audiovisual, y por las normas especiales que regulen la actividad en este ámbito y le sean de aplicación".*

Ello por razones de mejora técnica, y en atención a que en estos momentos se encuentran en trámite parlamentario ambas leyes en fase de proyecto.

*"2. Las comunicaciones comerciales de alimentos realizadas en cualquier medio o soporte de comunicación deberán ajustarse a a la normativa aplicable y, en todo caso, a los principios de identificación, veracidad y exactitud".*

La obligación de veracidad es un requisito que se deriva del propio artículo 20 de la Constitución (el derecho a recibir información veraz) y de la legislación general sobre publicidad, que considera ilícita la publicidad engañosa. La obligación de separar adecuadamente los contenidos comerciales de los no comerciales, la no inducción a error por la presentación del mensaje comercial y la clara identificación de la naturaleza publicitaria de ese mensaje son principios recogidos también en nuestra normativa (véanse los artículos 3, 4 y 11 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, o los artículos 3. d), 9.2 y 11 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la ley 22/1999, de 7 de

junio, por la que se incorpora al ordenamiento español la directiva 97/36/CE, de 30 de junio).

*“3. Sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) N° 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 y demás normativa aplicable, queda prohibida en las comunicaciones comerciales de alimentos cualquier referencia directa o indirecta a:*

- a) Propiedades curativas o preventivas de los mismos.*
- b) Autorización, homologación o control de autoridades sanitarias de cualquier país.*
- c) Testimonios o recomendaciones de profesionales sanitarios, o que aparenten tal condición, incluyendo su mera presencia o la apelación a su consulta.*
- d) Testimonios o recomendaciones de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos*
- d) Avales de asociaciones, corporaciones, fundaciones o instituciones de índole privada relacionadas con la salud y la sanidad o que aparenten tal condición.*
- e) La posibilidad de sustituir el régimen de alimentación o nutrición comunes mediante el consumo de los alimentos promocionados, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad.*
- f) la posibilidad de sustituir la consulta o la intervención de los profesionales sanitarios, atribuyendo a éstas un carácter superfluo.*
- f) La potenciación del rendimiento físico, psíquico, deportivo o sexual mediante su consumo.*
- g) El uso en centros sanitarios o la distribución a través de oficinas de farmacia.*
- h) La utilización del término “natural” como característica vinculada a pretendidos efectos para la salud, preventivos o terapéuticos.*
- j) Y, en general, la atribución de efectos beneficiosos para la salud, preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por las Administraciones públicas sanitarias”.*

La redacción propuesta busca en algunos casos una mera mejora técnica, y en otros aclarar en mayor medida las prohibiciones evitando condiciones que dificulten su interpretación y su correcta aplicación, tal y como viene ocurriendo con el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, que inspira muchos de los preceptos aquí recogidos.

*"4. Queda expresamente prohibido a los profesionales sanitarios y a sus asociaciones o corporaciones amparar ningún tipo de promoción comercial o publicidad dirigida al público".*

En línea con lo arriba señalado, consideramos que cualquier aval proveniente de ámbitos sanitarios es percibido por los consumidores como una prueba de las ventajas sanitarias del producto promocionado, aunque de modo directo ese testimonio de circunscriba a sus bondades nutricionales.

(...)

*"6. Sin menoscabo de su consideración como infracción de la Ley General de Sanidad y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, será ilícita de acuerdo con la normativa vigente en materia de competencia desleal y de publicidad la comunicación comercial de los alimentos que incumpla las prohibiciones establecidas en esta Ley".*

Esta redacción busca tanto una mejora técnica como dotar de mayor seguridad jurídica a los consumidores a través del procedimiento tanto administrativo como judicial.

### Observación cuarta. Sobre el Artículo 45. Autorregulación

Proponemos que el artículo pase a llamarse "regulación voluntaria", por las razones que pasamos a exponer:

El fomento y apoyo a la regulación voluntaria forma parte de la política de la UE al menos desde 2001, con antecedentes como el Tratado de Maastricht, que en 1992 reconocía la posibilidad de sustituir determinada legislación por acuerdos homologados y vinculantes entre los agentes sociales concernidos, o la Recomendación de la Comisión relativa a la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo de 1998. Así lo atestiguan documentos básicos del modelo europeo de "economía social de mercado" como el Libro Blanco de la Comisión sobre la Gobernanza europea y el Libro Verde sobre Protección de los Consumidores (ambos de 2001); la Recomendación del Consejo en relación a la autorregulación en el ámbito de las bebidas alcohólicas; el acuerdo interinstitucional "Legislar mejor" entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión (2003), o las directivas más recientes sobre prácticas comerciales desleales (2005) y de servicios de medios audiovisuales (2007).

En todos ellos la regulación voluntaria se contempla como una manera de contribuir a la simplificación normativa; a la flexibilidad y rapidez de su aplicación en el mercado único; a la cobertura de vacíos legales en sectores complejos o transnacionales; a la descongestión de los circuitos legislativos, e incluso al empoderamiento de los ciudadanos a través de sus organizaciones.

El apoyo comunitario no es, sin embargo, acrítico, ya que las autoridades europeas son conscientes de que la proliferación de códigos deontológicos, sellos de calidad, cartas de

servicios, guías de buenas prácticas, etc. puede llevar a una banalización de la regulación voluntaria. Por ello, la Comisión considera que su implantación debe someterse determinadas condiciones para ser reconocida y avalada: que su conocimiento sea público; que cualquier incumplimiento por parte de una empresa del compromiso adquirido voluntariamente quede definido como práctica engañosa o desleal; que el ámbito de aplicación no se limite sólo a la actividad de las empresas, sino que se extienda a las asociaciones comerciales y profesionales; que aporte un valor añadido a la situación de “mera legislación” desde el punto de vista del interés general.

Asimismo, advierte contra algunas carencias importantes de muchos sistemas de regulación voluntaria, entre los que pueden enumerarse:

- La falta de representatividad. En algunos casos, empresas importantes no se someten al modelo de regulación voluntaria o se someten con restricciones, lo que genera una dinámica a la baja que acaba despojando al modelo de contenido real.
- La falta de control externo. Cuando las empresas sometidas a un acuerdo se convierten en las únicas instancias encargadas de su cumplimiento, es decir, son juez y parte, la transparencia y credibilidad del modelo se ven claramente menoscabadas. Es necesario un sistema garantista de los derechos de reclamantes y reclamados.
- La falta de procedimientos de resolución adecuados. En caso de conflicto, el modelo no puede limitarse a la mera reconvencción *a posteriori* del infractor, sino exigir ceses o rectificaciones de la práctica ilícita y compromisos a futuro de no reiteración, estableciendo incluso sanciones económicas y publicitando en todo caso de la infracción y las decisiones adoptadas contra el infractor (“*name and shame*”).

La regulación voluntaria, como concepto, se concreta en una amplia variedad de modelos. En unos casos se limita a la mera adopción de compromisos por parte de los oferentes, con el objetivo de prevenir determinados conflictos de intereses comerciales o problemas de imagen del sector. En otras ocasiones, esos compromisos de los oferentes pueden estar acordados con los agentes sociales- por ejemplo con las organizaciones de consumidores- generándose una colaboración más estrecha para llevar adelante dicha regulación voluntaria. El papel de las Administraciones puede ser también diferente según los modelos propuestos. Hay quienes contraponen la “regulación del mercado” a la “regulación del Estado”, buscando cerrar el paso a la segunda. Hay quienes, por el contrario, defienden el papel relevante de las Administraciones Públicas como incentivadoras y garantes del proceso regulatorio voluntario, e incluso como fijadoras de sus objetivos.

El mencionado acuerdo interinstitucional “legislar mejor” diferencia, dentro del ámbito de la regulación voluntaria, dos grandes opciones: la autorregulación y la corregulación.

- La **autorregulación** queda definida como la posibilidad de que los agentes económicos e interlocutores sociales adopten para sí directrices comunes (códigos de conducta o acuerdos sectoriales) sin participación de la Administración. Ésta queda,

en todo caso, encargada de verificar su conformidad con la legislación vigente, la representatividad de las partes adheridas, su cobertura sectorial y geográfica así como el valor añadido de los compromisos contraídos, que pueden implicar restricciones añadidas a las que marca la Ley o simplemente aportar el valor añadido de una mayor agilidad en la resolución de los conflictos.

- La **corregulación**, sin embargo, requiere de la existencia previa una iniciativa de las autoridades que sirve de marco a ese ejercicio de la regulación voluntaria. Una vez establecido dicho marco legal, serían los interlocutores sociales afectados los encargados de desarrollar criterios interpretativos y de su aplicación *ad casum*, de acuerdo con la lógica y la experiencia real del mercado e igualmente con la manifestación expresa de voluntad de sometimiento como requisito.

Consideramos que el sistema de regulación voluntaria más adecuado al ámbito sanitario y a la aplicación de esta Ley es el de la corregulación, y así lo ha puesto también de manifiesto la experiencia de aplicación del Código PAOS de publicidad de alimentos dirigida a menores desde su aprobación. En todo caso, consideramos que el texto de la Ley no puede tomar opción por la autorregulación de modo excluyente, y de ahí que nuestra propuesta.

Ése es, además, el término que se utiliza en el texto de propio artículo 45, en el que se habla de "regulación voluntaria" y no de "autorregulación", por lo que pueden alegarse también razones de coherencia en el tenor de la norma.

Proponemos asimismo que el texto del artículo 45 quede redactado del modo siguiente:

*"Los poderes públicos, con el fin de lograr un más amplio y riguroso control de la aplicación de la legislación vigente por parte de operadores económicos y profesionales de la comunicación comercial, favorecerán el desarrollo de sistemas de regulación voluntaria, velando por su implantación y facilitando la misma cuando dichos sistemas incorporen códigos que conlleven medidas más exigentes que las establecidas en la legislación de aplicación; establezcan mecanismos de resolución de conflictos ágiles, eficaces y transparentes, y se adecuen a lo establecido para estos sistemas por la normativa europea, garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores".*

La referencia a la participación de las organizaciones de consumidores se compadece con la recogida en el artículo 37.1 del Proyecto de Ley por el 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.

## Observación quinta. Sobre el Artículo 46. Publicidad de alimentos dirigida a la infancia y la juventud

Como en el caso del Capítulo y del artículos 44, proponemos que éste pase a llamarse “Comunicación comercial de alimentos dirigida a la infancia y la juventud”.

Asimismo, proponemos la siguiente redacción para el apartado 1:

*“1. Las autoridades competentes promoverán la protección de la infancia y la juventud limitando las comunicaciones comerciales y el marketing de alimentos dirigidos a los menores de edad en cualquier medio o soporte de comunicación, y velando para que no exploten su falta de experiencia y su credulidad. A tal fin, además de lo señalado en el artículo 44 de esta Ley y en las normas aplicables a la comunicación audiovisual y a los servicios de la sociedad de la información:*

- a) Queda prohibida la apelación directa a los menores para que soliciten o consuman los alimentos promocionados, o a que persuadan a padres, tutores u otras personas a adquirirlos.*
- b) Queda prohibida la presencia, testimonio o recomendación directa o indirecta de padres, profesores u otras personas como personajes populares, o de personajes de ficción”.*
- c) Queda prohibida la incitación a los menores a adquirir o arrendar directamente alimentos a través de la televenta y de las comunicaciones electrónicas.*
- d) Queda prohibida la comunicación comercial de alimentos con un alto contenido en azúcar, sal y ácidos grasos saturados dirigida a menores y, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual, entre las 6 y las 22 horas.*
- e) Queda prohibida la entrega de premios, obsequios, bonificaciones o similares dirigidos a menores como métodos vinculados a la promoción o venta de alimentos.*
- f) Quedan prohibidas en los centros escolares las comunicaciones comerciales de alimentos. Asimismo quedan prohibidas las campañas de promoción alimentaria, educación nutricional o promoción del deporte o actividad física cuando éstas no hayan sido previamente supervisadas y autorizadas por las autoridades competentes en materia sanitaria.*

*2. El cumplimiento de estos requisitos podrá ser sometido a autorización administrativa previa a su emisión. En todo caso, reglamentariamente se establecerán los medios para hacer efectivo lo dispuesto en los apartados anteriores”.*

La propuesta obedece en unos casos a razones de mejora técnica y en otros a garantizar de modo más claro y eficaz la protección de los menores, en consonancia además con lo ya establecido por la normativa vigente.

Consideramos, en este sentido, que la explotación de la confianza o credulidad de los menores a través de las comunicaciones comerciales es una práctica ilícita que no debe de autorizarse en ningún horario, aunque quede fuera de la franja de protección legal.

Igualmente, debe evitarse la explotación de la confianza de los menores en personajes no humanos o reales, sino pertenecientes al mundo de la ficción (protagonistas de series de animación, etc.), dado de que su influencia en dichos menores a la hora de incitar a la compra, solicitud de compra o uso de bienes y servicios puede ser incluso superior a la que generan los padres, profesores u otros personajes populares que aparecen en las comunicaciones comerciales cumpliendo una función testimonial o prescriptora. Así queda recogido, por otra parte, en el artículo 16.1.b) de la Ley 25/1994.

La prohibición de la incitación a la compra directa por parte de los menores a través de la televisión (televenta) está también recogida en la mencionada ley 25/94.

Y consideramos también que la prohibición de las promociones en forma de premios, regalos o bonificaciones en precio o producto debe quedar claramente asociada a aquellos casos en los que su destinatario son los menores.

### Observación sexta. Sobre el artículo 58. Infracciones muy graves

Proponemos una nueva redacción del apartado 8 de este artículo:

*“8. El incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 44, 45 y 46”.*

Por coherencia con el texto propuesto para esos artículos.

### Observación séptima. Sobre el artículo 59. Responsabilidad por infracciones

Proponemos incluir un nuevo apartado c) con el siguiente texto:

*“c) de las infracciones en materia de comunicaciones comerciales, además de los anunciantes, los medios que las difunden.”*

De conformidad con lo recogido en la normativa vigente tanto en materia de publicidad, general y televisiva, como de competencia desleal. La adecuada protección de los consumidores ante las comunicaciones comerciales ilícitas requiere de la consideración de esta doble responsabilidad ya que, por un lado, hay situaciones en las que la posibilidad de aplicar resoluciones y aun de iniciar procedimientos judiciales o administrativos a determinados anunciantes es casi imposible, y suele coincidir precisamente con aquéllos que, conscientes de la ilicitud de sus acciones, “aparecen y desaparecen” para campañas

publicitarias concretas, cambian de razón social o denominación, etc. Por otro lado, parece claro que debe pedirse a los medios de comunicación que, en tanto soportes distribuidores de mensajes comerciales que se lucran con dichos mensajes, sean conscientes de la licitud de los mismos, pudiendo adoptar además cautelas a futuro a la luz de resoluciones producidas que permitan, verdaderamente, erradicar los incumplimientos en este ámbito.

### Observación octava Sobre la Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria

Proponemos para el artículo 2.3 de la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, la siguiente redacción:

*“3. Sin menoscabo de otras personas, organizaciones e instituciones cuya legitimación activa queda reconocida por la legislación vigente, la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición estará legitimada para el ejercicio de la acción de cesación frente a conductas que lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios tanto en el ámbito de la seguridad de los alimentos dirigidos al consumo humano como en lo referido a las alegaciones nutricionales y saludables”.*

Ya que se trata de ampliar a la AESAN la legitimación activa en materia de cesación.