

ASUNTO Nº 36/R/MARZO 2009

LABORATORIOS ARKOCHIM ESPAÑA S.A.
vs.
Resolución Sección Segunda de 2 de abril de 2009
(Asunto: Asociación de Usuarios de la Comunicación
vs. Laboratorios Arkochim España S.A. "Ultimate")

En Madrid, a 23 de abril de 2009, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D.Alberto Bercovitiz Rodríguez-Cano, para el análisis del recurso de alzada presentado por Laboratorios Arkochim España, S.A. frente a la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 2 de abril de 2009, emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 23 de marzo la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en lo sucesivo, AUC) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Laboratorios Arkochim España, S.A. (en lo sucesivo, ARKOPHARMA).

2.- Se dan por reproducidos todos los elementos publicitarios reclamados, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Segunda de 2 de abril de 2009.

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Segunda del Jurado de la Publicidad acordó estimar la reclamación interpuesta, declarando que la publicidad reclamada, en tanto no se acredite la presentación de una solicitud de autorización de la declaración de propiedades saludables "ayuda a cuidar tu línea" antes del 19 de enero de 2008, infringe la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria.

4.- El pasado día 16 de abril, ARKOPHARMA interpuso recurso de alzada contra la mencionada Resolución del día 2 del mismo mes en el que manifiesta que por un error propio no tuvieron conocimiento de la primera comunicación de Autocontrol.

A continuación, presenta una relación de las comunicaciones sobre la puesta en el mercado del producto "Ultimate".

En relación con la Resolución recurrida, comparte el análisis de la publicidad que aquella recoge. Seguidamente presenta una serie de documentación para acreditar el cumplimiento del segundo requisito previsto en el artículo 28.5 del Reglamento 1924/2006 (solicitud de autorización de la expresión "ayuda a cuidar tu línea").



Insiste en que las alegaciones publicitarias van orientadas al cuidado de la línea: control de azúcares alimenticios, favorecer la eliminación del exceso de agua, ayudar a eliminar toxinas del organismo, movilización de grasas, etc...

Finalmente, alude a la existencia de estudios en los que se demuestra la eficacia de los ingredientes del producto "Ultimate", así como un estudio clínico sobre el producto promocionado. Asimismo, indica que para aquellos productos afectados por protección de datos se sigue otro procedimiento específico.

5.- Habiéndose dado traslado del recurso de alzada a AUC, esta asociación ha presentado escrito de impugnación de fecha 20 de abril de 2009. En primer lugar, manifiesta que no entra a valorar ni el cumplimiento adecuado de los requisitos del Reglamento 1924/2006, ni la veracidad de las alegaciones contenidas en la publicidad.

En segundo lugar, AUC señala que desea abordar los argumentos del Jurado sobre la naturaleza de las alegaciones publicitarias. Al respecto argumenta esta Asociación que el control de peso es en si mismo una alegación contra la obesidad. Considera que podría aceptarse que la alegación "ayuda a cuidar tu línea" no implica pérdida de peso (es decir, adelgazamiento), pero sin duda implica mantener el peso actual o no aumentarlo, y por lo tanto se da a entender que previene la obesidad.

Por esta razón, AUC entiende que la publicidad reclamada quedaría sometida al Real Decreto 1997/1996 y en ningún caso podría hacer referencia a la venta en farmacias del producto.

En consecuencia, solicita al Pleno del Jurado que tome en consideración estas alegaciones a la hora de valorar la Resolución recurrida y el recurso de la empresa reclamada.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- A la vista de las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos de recurso y de impugnación del mismo, en primer lugar el Pleno del Jurado debe precisar los términos del debate de la presente controversia en fase de alzada. Es obligado al respecto señalar que la Resolución recurrida entendió que la publicidad reclamada no atribuía al producto promocionado propiedades adelgazantes, preventivas, o terapéuticas, limitándose a transmitir un mensaje de ayuda al control del peso. Ello no obstante y dado el específico régimen al que se han visto sometidas las declaraciones relativas al control del peso tras la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1924/2006, el Jurado estimó la reclamación mientras el anunciante no acreditase la presentación de la correspondiente solicitud de autorización para el uso de la expresión "ayuda a cuidar tu línea" según establece el citado Reglamento CE 1924/2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables de los alimentos. Dicho en otros términos, la Sección entendió que la publicidad reclamada no transmitía un mensaje adelgazante, preventivo o terapéutico, por lo que no podía ser considerada ilícita en aplicación del Decreto sobre publicidad de productos con pretendida finalidad sanitaria. Antes al contrario, transmitía un mensaje de ayuda al control del peso compatible con aquel texto legal. Pero, tras la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1924/2006, y en tanto no se aprueben las listas de declaraciones autorizadas, este tipo de mensajes sólo pueden ser lícitamente difundidos si, además de ser compatibles con las disposiciones nacionales aplicables, el anunciante ha cursado una solicitud de autorización con anterioridad al 19 de enero



de 2008. Y, en la medida en que el anunciante no había acreditado esta última circunstancia, el Jurado estimó la reclamación en tanto no se acreditase este extremo.

Pues bien, es posteriormente el anunciante la parte recurrente en esta alzada, centrando sus motivos precisamente en acreditar el cumplimiento de tal requisito de solicitud.

Por su parte AUC, en su escrito de impugnación del recurso de alzada presentado de adverso, ha introducido alegaciones dirigidas a combatir la Resolución recurrida. En contra de lo que se afirma en la resolución recurrida, en efecto, entiende AUC que –con independencia de que la reclamada pueda o no acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el reglamento comunitario para las alegaciones relativas al control del peso- la publicidad reclamada ha de considerarse en todo caso ilícita, al transmitir el mensaje según el cual el producto promocionado ayuda a cuidar la línea, transmitiendo por lo tanto un mensaje preventivo en relación con la obesidad. Ahora bien, estas alegaciones formuladas por AUC no pueden ser admitidas por el Pleno del Jurado, puesto que de ser acogidas conducirían a una *reformatio in peius*. Y, como es sabido, la interdicción de la reforma peyorativa representa un principio procesal que integra el derecho a la tutela judicial efectiva ampliamente consagrado por nuestra jurisprudencia y que ha de ser también indudablemente respetado por este Jurado de la Publicidad. Sin que sea por lo tanto admisible la posibilidad de que la recurrente – ARKOPHARMA- en virtud de su propio recurso vea empeorada la situación declarada en la Resolución de la Sección Segunda del Jurado objeto de impugnación.

2.- No obstante lo anterior, y con ánimo de ilustrar un debate meramente dialéctico, hemos de advertir que, aun cuando pudiéramos entrar a valorar las alegaciones de AUC, sus argumentos contradicen la doctrina constante de este Jurado y el propio tenor literal del Reglamento 1924/2006.

En efecto, es constante la doctrina de este Jurado en la que se distingue entre alegaciones relativas al control de peso y alegaciones con un significado adelgazante, extrayendo diferentes consecuencias en uno u otro caso. Es más, como ya reflejó la Sección Segunda del Jurado en la Resolución recurrida, el artículo 13.1c) del reciente Reglamento comunitario 1924/2006 alude de manera diferenciada a las declaraciones adelgazantes y a aquellas declaraciones relativas al control de peso. Y éstas, a su vez, quedan claramente diferenciadas en relación con las declaraciones de reducción del riesgo de enfermedad, a las que se refiere el artículo 14 del Reglamento. Por lo tanto, no resulta admisible pretender la equiparación de dos o más de estas categorías, pues no en vano son categorías que el propio Reglamento comunitario diferencia y somete a un régimen jurídico distinto. Y esta equiparación es, precisamente, el resultado al que conducirían las alegaciones de AUC. En efecto, si se entiende que toda alegación de control de peso transmite un mensaje según el cual el producto promocionado previene la obesidad, toda alegación de control de peso sería, por definición, bien una alegación adelgazante, bien una declaración de reducción de riesgo de enfermedad (la obesidad). En consecuencia, la categoría relativa a las alegaciones de control de peso desaparecería en la práctica, y quedaría englobada, bien dentro de las declaraciones adelgazantes, bien dentro de las declaraciones de reducción de riesgo de enfermedad. Consecuencia esta última que resulta difícilmente admisible cuando es el propio



Reglamento comunitario el que las trata y regula como categorías diferentes y diversas.

3.- Así las cosas, y partiendo de la premisa de que nos encontramos ante una alegación de control de peso incluida en el artículo 13.1c) del Reglamento 1924/2006, hemos de revisar si el anunciante cumple los requisitos que el régimen transitorio del Reglamento exige.

Tal y como expuso la Sección Segunda, el artículo 28.6 del citado Reglamento establece las medidas transitorias aplicables a las declaraciones del art. 13.1 c) mientras no se aprueben las correspondientes listas de declaraciones autorizadas. Dichas medidas transitorias consisten en: i) que las declaraciones se hayan utilizado de conformidad con las disposiciones nacionales antes de la entrada en vigor del presente Reglamento; y ii) que se efectúe una solicitud en virtud del presente Reglamento antes del 19 de enero de 2008.

Como ya ha quedado apuntado, al Pleno del Jurado simplemente corresponde ahora constatar el cumplimiento del segundo requisito, puesto que el primero fue en su día analizado por la Sección, concluyendo que el mensaje publicitario reclamado se adecúa a la normativa interna española, sin que –como hemos dicho- este aspecto pueda ser objeto de revisión so pena de incurrir en una *reformatio in peius* inadmisibile en el marco de un recurso de alzada.

Pues bien, ciñéndonos a la presentación de la correspondiente solicitud de autorización, a la vista de la documentación probatoria aportada por el anunciante, el Pleno del Jurado debe concluir que, en efecto, éste ha acreditado la presentación de dicha solicitud en relación con la alegación “ayuda a cuidar tu línea”, en aplicación de la medida transitoria del art. 28.6 del Reglamento 1924/2006.

En consecuencia, dado que la Resolución de la Sección Segunda estimó la reclamación de manera supeditada a la acreditación de la referida solicitud de autorización, debe el Pleno del Jurado dejar sin efecto la Resolución recurrida por no apreciar ya un incumplimiento de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria en conexión con el Reglamento 1924/2006 (artículos 13.1c y 28.6).

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol de la Publicidad,

ACUERDA

1º.- Estimar el recurso de alzada interpuesto por Laboratorios Arkochim España, S.A. frente a la Resolución de la Sección segunda del Jurado de 2 de abril de 2009.

2º.- Desestimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Laboratorios Arkochim España, S.A.