

ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN

vs.

NESTLÉ ESPAÑA, S.A.
(“Nidina 2 y 3 Premium”)

En Madrid, a 28 de mayo de 2009, reunida la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Antonio Pérez de la Cruz Blanco para el estudio y resolución de la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Nestlé España, S.A., emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 11 de mayo la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en lo sucesivo, AUC) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Nestlé España, S.A. (en lo sucesivo, NESTLÉ).

2.- La reclamación se formula frente a un anuncio difundido en televisión que promociona la leche infantil Nidina (2 y 3) Premium. Se muestra a un bebé en casa tumbado sobre su mantita, al que se le acerca un perro y le lame el moflete. Se aproxima la madre que coge al bebé y agarra un biberón colocado junto a un bote de Nidina 2. Voz en off: *“El mundo que tu bebé está descubriendo está lleno de encuentros inesperados... Por eso necesita favorecer su sistema inmunitario. Nidina 2 y Nidina 3 Premium contienen omega 3 y omega 6, y también bifidus activos similares a los de la leche materna, que ayudan a reforzar su sistema inmunitario”*. Aparecen sobreimpresionadas en pantalla las menciones: “Bífidus”, “Protect Plus”, “DHA ARA” y “OPTI PRO” y B. Aparece un bote de Nidina 2, seguido de imágenes de la madre dando el biberón al bebé mientras la voz en off continúa: *“Nidina 2 y Nidina 3 Premium favorecen la protección desde el principio”*. Concluye el anuncio con un bodegón de los productos Nidina 2 y 3 junto a un biberón y la sobreimpresión: *“La leche materna es la mejor opción para los bebés”*.

3.- AUC subraya en su escrito las alegaciones “favorecer su sistema inmunitario”, “Nidina2 y Nidina3 Premium contienen Omega 3 y Omega 6 y también Bifidus Activos similares a los de la leche materna que ayudan a reforzar su sistema inmunitario” y “favorecen la protección desde el principio”.

Desde el punto de vista normativo, la Asociación reclamante invoca el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, si bien fundamenta su reclamación principalmente en el incumplimiento del Reglamento CE 1924/2006, del Parlamento y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, puesto en conexión con la norma 2 (principio de legalidad) del Código de Conducta Publicitaria.

Tras reproducir la definición de declaración de propiedades saludables del Reglamento 1924/2006, se remite al artículo 6 (fundamentación científica de las



declaraciones), al artículo 13 (declaraciones de propiedades saludables distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños).

AUC continúa su escrito invocando el artículo 14 que regula, entre otras, las declaraciones relativas al desarrollo y la salud de los niños. A mayor abundamiento, alude al Reglamento (CE) 353/2008 de la Comisión, de 18 de abril de 2008, por el que se establecen normas de desarrollo para las solicitudes de autorización de declaraciones de propiedades saludables con arreglo al artículo 15 del Reglamento 1924/2006.

En segundo lugar, la reclamante refiere la regulación de las declaraciones nutricionales en el Reglamento 1924/2006. En particular, los artículos 2.2.4, 8.1 y Anexo (entradas "contiene" y "fuente de"). Finalmente invoca el artículo 5 del mismo Reglamento.

En consecuencia, AUC solicita del Jurado que declare ilícita la publicidad reclamada y requiera a NESTLÉ el cese o rectificación inmediatos de la misma.

4.- Trasladada la reclamación a NESTLÉ, esta empresa ha presentado escrito de contestación en el que se opone a la reclamación formulada por AUC. NESTLÉ presenta en apoyo de sus argumentos sobre la corrección de la publicidad reclamada una serie de *Copy Advice* positivos (con observaciones) emitidos por el Gabinete Técnico de Autocontrol.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, la controversia planteada ante este Jurado ha de ser examinada a la luz de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria (principio de respeto a la legalidad) en conexión con el Reglamento CE 1924/2006, del Parlamento y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

Recordemos pues el contenido del citado principio deontológico: "*La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución*".

Tal y como hemos apuntado, este principio ha de ser integrado por el Reglamento comunitario 1924/2006, que establece el régimen jurídico aplicable a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, con el fin de garantizar un funcionamiento eficaz del mercado, a la vez que proporciona un elevado nivel de protección de los consumidores. Dicho Reglamento establece una serie de principios comunes a todos los tipos de declaraciones (tanto nutricionales como de propiedades saludables), y otra serie de normas específicas en función del tipo de declaración. Asimismo, regula una serie de medidas transitorias dependiendo del tipo de declaración publicitaria de que se trate. En consecuencia, se hace necesario en primer término valorar ante qué tipo de declaraciones nos encontramos para posteriormente indagar el régimen al que aquéllas están sometidas.



2.- El propio Reglamento comunitario clasifica y define los distintos tipos de declaraciones. En concreto, en su artículo 2.2.4 define las declaraciones nutricionales como *cualquier declaración que afirme, sugiera o dé a entender que un alimento posee propiedades nutricionales benéficas específicas con motivo de: a) el aporte energético (valor calórico) i) que proporciona, ii) que proporciona en un grado reducido o incrementado, o iii) que no proporciona, y/o de b) los nutrientes u otras sustancias i) que contiene, ii) que contiene en proporciones reducidas o incrementadas, o iii) que no contiene.*

El artículo 2.2.5) dispone que *se entenderá por "declaración de propiedades saludables" cualquier declaración que afirme, sugiera o dé a entender que existe una relación entre una categoría de alimentos, un alimento o uno de sus constituyentes, y la salud.*

A la vista de las definiciones transcritas, y tras el examen de la publicidad reclamada y de la reclamación presentada por AUC, esta Sección del Jurado ha podido apreciar que son objeto de reclamación tanto "declaraciones nutricionales" como "declaraciones de propiedades saludables". A continuación analizaremos ambas, comenzando por estas últimas.

3.- En relación con la categoría de "declaraciones de propiedades saludables", la Sección Tercera del Jurado ha constatado –de entre las declaraciones reclamadas– la existencia de declaraciones de propiedades saludables alusivas al desarrollo y la salud de los niños, de modo que son subsumibles en la subcategoría recogida en el artículo 14.1b del Reglamento comunitario. Estas declaraciones son: "favorecer su sistema inmunitario", "ayudan a reforzar su sistema inmunitario" y "favorecen la protección desde el principio".

En cuanto a los requisitos exigibles a esta concreta modalidad de declaraciones, el artículo 14.1 requiere que se hayan autorizado de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 15, 16, 17 y 19 del presente Reglamento para su inclusión en una lista comunitaria de declaraciones permitidas de ese tipo, junto con todas las condiciones necesarias para el uso de dichas declaraciones. Ahora bien, como reiteradamente viene recordando este Jurado, hasta la aprobación de dichas listas debemos estar a lo dispuesto en las medidas transitorias del artículo 28.6.

La disposición transitoria del artículo 28.6 permite actualmente la utilización de las declaraciones pertenecientes a la categoría prevista en el art. 14.1b (declaraciones de propiedades saludables relativas al desarrollo y la salud de los niños) siempre que: 1) se hayan utilizado de conformidad con las disposiciones nacionales, antes de la entrada en vigor del presente Reglamento; y 2) se efectúe una solicitud en virtud del presente Reglamento antes de 19 de enero de 2008.

4.- Esta remisión nos lleva a tomar en consideración el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre Publicidad y Promoción Comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, así como el "Acuerdo interpretativo sobre la publicidad de las propiedades de los alimentos en relación con la salud" concluido entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (MISANCO-FIAB).



Tras la toma en consideración del Real Decreto 1907/1996, esta Sección del Jurado no puede sino concluir que éste no resulta de aplicación a la publicidad ahora enjuiciada. El mencionado Real Decreto es de aplicación a la publicidad de aquellos productos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias (Exposición de Motivos y artículo 1).

Pues bien, en la publicidad reclamada se incluyen alegaciones sobre la contribución del producto a ayudar a reforzar las defensas (el sistema inmunitario del bebé); ahora bien, en consonancia con la consolidada doctrina previa de este Jurado en torno a alegaciones similares, tales como "ayuda a las defensas"- a juicio de esta Sección del Jurado en ningún momento la publicidad transmite que el alimento promocionado posea propiedades preventivas, terapéuticas o curativas de enfermedad. En definitiva, a nuestro juicio la publicidad contiene meras "alegaciones salud" y no "alegaciones de carácter preventivo, terapéutico o curativo". Esto es, alegaciones que se limitan a destacar los beneficiosos efectos fisiológicos derivados del consumo de un producto sin atribuir a éste propiedades preventivas, terapéuticas o curativas. Y, conforme a la constante doctrina de este Jurado, este tipo de alegaciones salud son esencialmente lícitas, y no infringen el Real Decreto 1907/1996.

Así las cosas, resulta claro para este Jurado que la publicidad reclamada no presenta contradicción alguna con el mencionado Real Decreto.

5.- El completo análisis de la corrección de las "alegaciones salud" (como la que ahora nos ocupa) requiere, desde un punto de vista deontológico, tomar también en consideración el "Acuerdo MISANCO-FIAB sobre la publicidad de las propiedades de los alimentos en relación con la salud". Las alegaciones salud, siguiendo el propio Acuerdo, pueden ser definidas como aquéllas alusivas al efecto de un producto alimenticio en la salud o hábitos de alimentación saludables. Es el caso de alegaciones como las que nos ocupan, alusivas a los efectos del producto para favorecer o ayudar a reforzar el sistema inmunitario, pero sin atribuir a aquél propiedades preventivas, terapéuticas o curativas.

Pues bien, a la luz del acuerdo MISANCO-FIAB, la Sección Tercera del Jurado estima que no concurre infracción alguna del mismo. En este sentido, debemos subrayar que las alegaciones publicitarias (referidas a las propiedades del producto para favorecer o ayudar a reforzar las defensas del bebé) no se formulan en términos categóricos; por el contrario, en línea con los criterios del Acuerdo MISANCO-FIAB se relativizan las propiedades del producto mediante el empleo de expresiones como "favorecer" o "ayudar a".

En consecuencia, la Sección Tercera del Jurado estima conforme a la normativa interna española las alegaciones publicitarias hasta aquí examinadas.

6.- Tal y como hemos indicado más arriba, junto al requisito de conformidad con las normativa interna española, las declaraciones publicitarias cuestionadas han



de cumplir el requisito de haber sido objeto de solicitud de autorización con anterioridad al 19 de enero de 2008.

Al respecto, este Jurado ha tenido la oportunidad de constatar a través de los *Copy Advice* aportados por el anunciante (entre otros 1308/CA/2009) que, en efecto, la compañía anunciante ha podido acreditar la presentación de la correspondiente solicitud a través de la *Direction Generale de la Concurrence* francesa.

Así las cosas, esta Sección del Jurado no aprecia en este punto infracción alguna de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria en conexión con el Reglamento 1924/2006.

7.- En un segundo orden de cosas, hemos de pasar ahora al análisis de las "declaraciones nutricionales" frente a las que se dirige la reclamación de AUC, a saber: "contienen Omega 3 y Omega 6" y "Bifidus Activos similares a los de la leche materna".

Para ello es preciso referirnos –como realiza AUC en su escrito- al artículo 8 del Reglamento 1924/2006, dedicado a las "condiciones específicas" de las declaraciones nutricionales, que en su apartado primero establece: "*Solamente se autorizarán las declaraciones nutricionales si están enumeradas en el Anexo y se ajustan a las condiciones fijadas en el presente Reglamento*".

Pues bien, es importante hacer constar que, en el caso que nos ocupa, las declaraciones nutricionales empleadas en la publicidad reclamada se encuentran expresamente previstas en el Anexo del Reglamento comunitario.

En efecto, en el Anexo del Reglamento comunitario nos encontramos con la siguiente entrada: *CONTIENE [NOMBRE DEL NUTRIENTE U OTRA SUSTANCIA]* *Solamente podrá declararse que un alimento contiene un nutriente u otra sustancia, para los que no se establezcan condiciones específicas en el presente Reglamento, así como efectuarse cualquier otra declaración que pueda tener el mismo significado para el consumidor, si el producto cumple todas las disposiciones aplicables previstas en el presente Reglamento, y en particular en el artículo 5. Por lo que respecta a las vitaminas y minerales, se aplicarán las condiciones correspondientes a la declaración "fuente de"*.

En consecuencia, nos encontramos en el caso que nos ocupa ante declaraciones nutricionales expresamente permitidas por el Anexo del Reglamento comunitario, sin que, por otra parte, se haya alegado en el presente procedimiento motivo alguno por el que pueda entenderse que los productos promocionados incumplen las condiciones previstas en aquél para la utilización de la alegación "Contiene (nombre del nutriente u otra sustancia)". En estas circunstancias, tampoco cabe apreciar en este extremo un incumplimiento de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria.

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



ACUERDA

Desestimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una publicidad de la que es responsable Nestlé España, S.A.