

**ACUERDO POR EL QUE SE DA TRASLADO A LA COMUNIDAD DE MADRID DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR AESAN SOBRE LA POSIBLE CONTRAVENCIÓN EN MATERIA DE PUBLICIDAD POR PARTE DEL ANUNCIANTE PHARMA OTC**

**CNS/DTSA/607/19/AESAN/PHARMA OTC**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Benigno Valdés Díaz  
D. Mariano Bacigalupo Saggese  
D. Bernardo Lorenzo Almendros  
D. Xabier Ormaetxea Garai

**Secretario de la Sala**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 18 de febrero de 2020

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 18 de febrero de 2020, ha acordado trasladar a las autoridades competentes en materia de consumo de la Comunidad de Madrid la denuncia presentada por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) en relación con las denuncias recibidas por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) acerca de las campañas de complementos alimenticios de la empresa anunciante PHARMA OTC.

**I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA**

Con fecha 20 de junio de 2019 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de la Directora ejecutiva de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante, AESAN) por el que se pone en conocimiento de esta Comisión una serie de denuncias interpuestas ante AUTOCONTROL contra diferentes anuncios publicitarios de la empresa PHARMA OTC, relativos a complementos alimenticios emitidos en diversas emisoras de radio estatales.

PHARMA OTC, empresa especializada en la investigación y desarrollo galénico de productos relacionados con la prevención y cuidado de la salud y la belleza, no es una entidad adherida a AUTOCONTROL, por lo que el “Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL” del año 1996, y las resoluciones adoptadas por el Jurado de la Publicidad no le vinculan. A pesar de lo anterior, este anunciante se ha comprometido, en todas las ocasiones que

AUTOCONTROL se lo ha requerido, al cese de cada una de las campañas publicitarias denunciadas.

En concreto, señala AESAN, los anuncios de PHARMA OTC resultan contrarios a la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y de Nutrición (en adelante Ley 17/2011) o al 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 (en adelante Reglamento 1924/2006). Estas denuncias vienen repitiéndose a lo largo de los últimos tres años de forma recurrente, por lo que, a juicio de AESAN, se aprecia, en la empresa denunciada, una evidente mala fe.

AESAN expone en su escrito que, aunque todas y cada una de las denuncias enviadas a Autocontrol han sido solucionadas en el marco del sistema de Autorregulación, se siguen repitiendo los hechos que dieron lugar a las denuncias contra los mismos productos y por motivos similares. En particular, los anuncios de productos alimenticios denunciados vienen incurriendo en los mismos motivos de prohibición, y modifican únicamente elementos accesorios de las creatividades de sus campañas.

Por la antedicha circunstancia, y dado que PHARMA OTC emite sus campañas en emisoras de radio de ámbito estatal, AESAN pone en conocimiento de la CNMC las eventuales infracciones cometidas por este anunciante. En concreto, le solicita a esta Comisión que dirija, en su caso, a los prestadores de radiodifusión de ámbito estatal un requerimiento de forma que, en lo sucesivo, se abstengan de emitir comunicaciones comerciales de los productos alimenticios de PHARMA OTC, cuando no se ha constatado, mediante una consulta previa de AUTOCONTROL o cualquier otra vía de control, si tales anuncios pueden contravenir la Ley 17/2011 o el Reglamento 1924/2006.

## **II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL**

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC): *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.”*

Y en los apartados cuarto y sexto se prevé que, en particular, ejercerá las funciones de:

*“4. Supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.*

*6. Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales*

*audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.*

Además, según el artículo 2.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), los prestadores del servicio de comunicación audiovisual lo pueden ser en su modalidad de servicio televisivo o en su modalidad de servicio radiofónico, estando ambas modalidades sujetas a las actuaciones de control y supervisión de la CNMC cuando el servicio de comunicación audiovisual tenga por su ámbito de emisión una cobertura de carácter estatal o supra autonómica, o bien la licencia para prestar ese servicio haya sido otorgada por el Estado.

En consecuencia, ha de entenderse el sometimiento de la comunicación comercial audiovisual, tanto televisiva como radiofónica, a lo dispuesto en la LGCA y al resto de la normativa sobre publicidad, correspondiendo a la CNMC la vigilancia sobre su cumplimiento, en el caso de que tenga un ámbito estatal o supra autonómico.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.2j) y 14.1 b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano decisorio competente para dictar el presente acuerdo es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

### **III. NORMATIVA APLICABLE**

El Reglamento 1924/2006 tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en la publicidad de alimentos con el fin de garantizar un funcionamiento eficaz del mercado, así como proporcionar un elevado nivel de protección de los consumidores.

Por su parte, el artículo 10 del mismo Reglamento, referido a las condiciones específicas de realización de las declaraciones de propiedades saludables, establece en su primer apartado que: *“Se prohibirán las declaraciones de propiedades saludables a no ser que se ajusten a los requisitos generales del capítulo II y a los requisitos específicos del presente capítulo y estén autorizadas de conformidad con el presente Reglamento e incluidas en las listas de declaraciones autorizadas previstas en los artículos 13 y 14”.*

Por ello, y de acuerdo con lo previsto en dicho artículo 10, para poder realizar declaraciones de propiedades saludables en la publicidad de productos alimenticios éstas han de estar autorizadas e incluidas, según corresponda, en las listas de declaraciones autorizadas previstas en los artículos 13 y 14 del propio Reglamento 1924/2006.

Por lo tanto, mientras no se produzca la solicitud y correspondiente autorización de estas declaraciones de propiedades saludables, no podrán comunicarse las mismas a través de mensajes publicitarios.

Por otra parte, a nivel nacional el artículo 44 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y de Nutrición, se remite a las disposiciones específicas aplicables a la comunicación comercial de los alimentos, entre ellas la LGCA o el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (en adelante, el Real Decreto 1907/1996), al cual deben ajustarse los mensajes publicitarios de alimentos, realizados en cualquier medio o soporte de comunicación.

En concreto en su artículo 44.3, la Ley 17/2011 prescribe que: *“Sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 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, en la publicidad o promoción directa o indirecta de alimentos quedará prohibida: (...)*

- a) 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.*
- b) 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.*
- c) La referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia”.*

En atención a los citados preceptos, el Reglamento 1924/2006 resulta aplicable a la publicidad de todos los productos del laboratorio PHARMA OTC, en tanto que se trata de complementos alimenticios, y que aparentemente, en la publicidad que se hace de los mismos, se incluyen alegaciones que atribuyen a los productos propiedades relacionadas con la salud.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta el apartado séptimo del artículo 18 de la LGCA, que establece que *“La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad”.*

En concreto, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 3 señala que *“Es ilícita [...]:*

- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.*

*e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.”*

Ahora bien, han de destacarse, a su vez, los apartados primero y segundo del artículo 61 de la LGCA, que prevén lo siguiente:

*“1. La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. [...].*

*2. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad.*

*No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.”*

Es decir, esta Comisión únicamente podrá ordenar el cese en la emisión de los anuncios o, en su caso, exigir responsabilidad administrativa por las infracciones de la LGCA a los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual, sin que pueda exigir directamente responsabilidades a los anunciantes, y en todo caso una vez que hayan emitido las comunicaciones comerciales concretas, nunca de forma preventiva.

#### **IV. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA DE AESAN**

Es importante destacar el hecho de que los anuncios de productos alimenticios de los que se predicen supuestas propiedades curativas o de mejora de la salud, va frecuentemente dirigida a un determinado sector de la población (personas de la tercera edad) caracterizado, en muchas ocasiones, por su falta de conocimiento. Por ello, este público deviene más vulnerable y crédulo y, por ende, más susceptible de ser engañado.

Por ello, la CNMC, en tanto que autoridad audiovisual, aunque no puede dirigirse contra los anunciantes, sí que está habilitado, en base al artículo 61 de la LGCA mencionado, para requerir a los prestadores audiovisuales el cese de sus campañas.

Asimismo, en el caso de incumplimiento de tales requerimientos cabría incoar expediente sancionador, pues conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del

artículo 58 de la LGCA podrán ser consideradas infracciones graves: “5. *El incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual.*”

En este sentido, a modo de ejemplo, pueden citarse dos Requerimientos de cese formulados por esta Sala, en 2018, del producto “SONOVIT” de PHARMA OTC, frente a la Sociedad Española de Radiodifusión S.L. por su emisión en la Cadena SER, y contra UNIPREX S.A., por su emisión en Onda Cero (REQ/DTSA/020/18 y REQ/DTSA/021/18, respectivamente).

Los motivos por los que han sido denunciados los productos de PHARMA OTC se corresponden con algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley 17/2011, como son la prohibición de incluir una referencia a la venta del producto en farmacias, la de aportar testimonios de personal sanitario, o bien, la inclusión de declaraciones saludables distintas de las específicamente autorizadas por el Reglamento 1924/2006.

Adicionalmente, los anuncios de productos alimenticios denunciados vienen incurriendo en los mismos motivos de prohibición, modificando, tras cada reclamación recibida por AUTOCONTROL, únicamente elementos accesorios de las creatividades de sus campañas. Ejemplos de estas modificaciones son el cambio en el orden de las frases que se locutan, la introducción de voces de personas de reconocido prestigio o de personal sanitario diferentes o la sustitución de los verbos con que se indican las propiedades saludables de los nutrientes o de los productos en cuestión.

Tal como señala AESAN, el hecho de que el anunciante haya cesado la emisión de cada una de las campañas de sus productos tras los requerimientos de AUTOCONTROL, no implica que el sistema de Autorregulación haya funcionado correctamente y que las emisiones de estas comunicaciones comerciales no hayan podido causar un perjuicio moral y económico al público al que se dirige. Y ello, porque dado el tiempo que necesariamente transcurre desde la emisión inicial del anuncio hasta la interposición de la demanda ante AUTOCONTROL y su traslado a la empresa anunciante, con carácter general, el cese de la emisión del anuncio no es consecuencia de la denuncia, sino del hecho mismo de que la campaña ya habría concluido.

De la situación descrita, se deduce la limitada eficacia de que adolece el sistema de Autorregulación en relación a estos productos alimenticios, cuyos anuncios se modifican mínimamente de forma repetida, protagonizando, por ello, distintas campañas, susceptibles de un control diferenciado respecto de la anterior, aunque se refieran al mismo producto. Esta virtualidad limitada del sistema de Autorregulación se produce, más aún, si cabe, en el caso de anunciantes no adheridos a Autocontrol, como es el caso de PHARMA OTC, que no solicita a esta Asociación una opinión previa de adecuación a la legalidad de sus anuncios. En cualquier caso, en los eventuales supuestos de reclamaciones de anuncios de productos alimenticios que llegaran a dirimirse ante el Jurado de la Publicidad de Autocontrol, los anunciantes, por tratarse de un sistema de Autorregulación,

no estarían vinculados por sus resoluciones, las cuales, en última instancia, podrían incumplir.

Por lo anterior, la potestad de la CNMC de requerir el cese de determinadas campañas a los prestadores de comunicación audiovisual, se puede presentar, en opinión de AESAN, como una vía efectiva de control de la adecuación a la legalidad de los productos relacionados con la salud que se anuncian.

Sin embargo, al tratarse igualmente de un control a posteriori basado en los requerimientos a los prestadores radiofónicos para cesar la emisión de determinados anuncios, al igual que sucede con la actuación de AUTOCONTROL, dada la corta duración de estas campañas dicho requerimiento se adopta habitualmente cuando ya han finalizado tales campañas.

En definitiva, las intervenciones de AUTOCONTROL y de la CNMC, cada uno dentro de su ámbito de actuación respectivo, no bastan para impedir la emisión por parte de los operadores radiofónicos de nuevas campañas de complementos alimenticios de PHARMA OTC, que se limitan a introducir cambios menores respecto de las creatividades anteriores, en la medida en que están igualmente incurriendo en los mismos incumplimientos legales.

Como indica AESAN, al margen de lo que puedan hacer AUTOCONTROL y la CNMC, corresponde a las Comunidades Autónomas la potestad sancionadora respecto de las infracciones cometidas en materia de seguridad alimentaria y nutrición, conforme al artículo 47 y siguientes de la Ley 17/2011. En efecto, el artículo 3.2.a) de esta Ley identifica a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla como autoridad competente en esta materia, y el artículo 50.2.e) señala que son infracciones en materia de nutrición *“La transgresión de las prohibiciones que, en materia de publicidad relacionada con los alimentos y, en su caso, con sus propiedades nutricionales o saludables, establezca la legislación de aplicación”*.

Así pues, a diferencia de la CNMC, las Comunidades Autónomas pueden actuar directamente contra los anunciantes que vulneren la normativa en materia de seguridad alimentaria y nutrición, disciplinando el comportamiento de estos agentes a través de las posibilidades que ofrece el régimen sancionador. En el caso de PHARMA OTC, cuya sede social está en Madrid, la autoridad competente, a quién ya se ha dirigido AESAN, es la Comunidad Autónoma de Madrid.

## **V. CONCLUSIONES**

Esta Comisión carece de competencias para acceder a la pretensión de AESAN, consistente en dirigir a los operadores de radiodifusión de ámbito estatal un requerimiento de carácter preventivo para que se abstengan de emitir comunicaciones comerciales de los productos alimenticios de la empresa

PHARMA OTC cuando no se ha podido constatar (mediante una consulta previa de AUTOCONTROL o cualquier otro medio de control), si tales mensajes publicitarios contravienen o no la Ley 17/2011 de Seguridad Alimentaria y Nutrición, o el Reglamento 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

Una vez que han dejado de emitirse los anuncios publicitarios reclamados, dada la corta duración de las campañas de radio, y tras la práctica recurrente de PHARMA OTC de emitir nuevas campañas de sus productos con cambios mínimos respecto del fondo de su contenido, la eficacia de los requerimientos que puede realizar la CNMC a los prestadores de radiodifusión para que cesen la emisión de tales anuncios de productos alimenticios, en base al artículo 61 de la LGCA, pierde virtualidad.

Por lo anterior, procede dar traslado de la denuncia de AESAN a la autoridad competente en materia de consumo de la Comunidad Autónoma de Madrid, donde el anunciante tiene su sede social, para que, en su caso, pueda aplicar contra PHARMA OTC el régimen sancionador contemplado en los artículos 47 y siguientes de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y de Nutrición.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

### **ACUERDA**

**Único.** – Dar traslado de la denuncia de AESAN a la autoridad competente en materia de consumo de la Comunidad Autónoma de Madrid, donde el anunciante tiene su sede social, para que, en su caso, pueda aplicar contra PHARMA OTC el régimen sancionador contemplado en los artículos 47 y siguientes de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y de Nutrición.

Se adjunta con el presente Acuerdo, el escrito de la AESAN recibido por esta Comisión, con fecha de 20 de junio de 2019.