

Resumen de la Resolución: **Asociación Usuarios de la Comunicación (AUC) vs. Numil Nutrición “Almirón Immunofortis”**

La Sección Tercera del Jurado resolvió el día 23 de abril de 2009 la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una publicidad difundida en televisión de la que es responsable la mercantil Numil Nutrición, S.L. El Jurado desestimó la reclamación. El anuncio contiene las siguientes alegaciones: *“Para fortalecer el sistema inmunitario de tu bebé no hay nada como la leche materna. Pero cuando decidas dejar de darle el pecho, con Almirón 2 seguirás protegiéndole. Gracias a Immunofortis, su fórmula prebiótica que ayuda a reforzar su sistema inmunitario. Almirón 2, favorece el refuerzo inmunitario con el máximo aval científico. IMMUNOFORTIS ayuda a reforzar el sistema inmunitario de tu bebé”*. Durante la publicidad van apareciendo las siguientes sobreimpresiones: *“La leche de continuación debe formar parte de una dieta variada y equilibrada”, “Almirón 2 no debe emplearse como sustitutivo de la leche materna durante los cinco primeros meses de vida”*.

El Jurado declara que el anuncio no infringe la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria (principio de legalidad) en relación tanto con la normativa específica de preparados para lactantes y preparados de continuación vigente en el momento de difusión del anuncio (Real Decreto 72/1998, de 23 de enero, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-sanitaria específica de los preparados para lactantes y preparados de continuación), como con el Reglamento CE 1924/2006, de 20 de diciembre, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Texto completo de la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 23 de Abril de 2009:
Asociación Usuarios de la Comunicación (AUC) vs. Numil Nutrición
“Almirón Immunofortis”

En Madrid, a 23 de abril 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 entidad Numil Nutrición, S.R.L., emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 13 de abril, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en lo sucesivo, AUC) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la entidad Numil Nutrición, S.R.L. (en lo sucesivo, Numil).

2.- El anuncio reclamado ha sido difundido en televisión. Comienza con la siguiente locución: *“Para fortalecer el sistema inmunitario de tu bebé no hay nada como la leche materna. Pero cuando decidas dejar de darle el pecho, con Almirón 2 seguirás protegiéndole. Gracias a Immuno, su fórmula prebiótica que ayuda a reforzar su sistema inmunitario. Almirón 2, favorece el refuerzo inmunitario con el máximo aval científico. IMMUNOFORTIS ayuda a reforzar el sistema inmunitario de tu bebé”*. Durante la publicidad irán apareciendo las siguientes sobreimpresiones: *“La leche de continuación debe formar parte de una dieta variada y equilibrada”, “Almirón 2 no debe emplearse como sustitutivo de la leche materna durante los cinco primeros meses de vida”*. El anuncio concluye con la imagen del producto promocionado, la página web del anunciante, así como y el logo de IMMUNOFORTIS.

3.- La Asociación reclamante manifiesta en su escrito que el anuncio reclamado del producto ALMIRON contraviene la legislación vigente y, por ende, el Código de Conducta Publicitaria.

Sostiene AUC que en dicho anuncio se incluye la siguiente locución, mientras se muestran imágenes de una madre con niños de diferentes edades: *“Para fortalecer el sistema inmunitario de tu bebe, no hay nada como la leche materna. Pero cuando decidas dejar de darle el pecho, con Almirón 2 seguirás protegiéndole. Gracias a Immunofortis su formula prebiótica que ayuda a reforzar su sistema inmunitario. Almirón 2 favorece el refuerzo inmunitario con el máximo aval científico”*.

Asimismo –continúa- el anuncio se completa con un texto superpuesto al anuncio en el que se señala: *“la leche de continuación debe formar parte de una dieta y equilibrada” “Almirón 2 no debe emplearse como sustituto de la leche materna durante los primeros 5 meses de vida”*.

En último lugar -señala AUC- un texto dinámico atraviesa la pantalla, pero es ilegible por su tamaño y velocidad.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

4.- Sostiene AUC que el Real Decreto 867/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-sanitaria Específica de los Preparados para Lactantes y de los Preparados de Continuación define en su artículo 2.4 como “preparados de continuación” *los productos alimenticios destinados a la alimentación especial de los lactantes cuando se introduzca una alimentación complementaria apropiada que constituyan el principal elemento líquido de una dieta progresivamente diversificada de estos lactantes*. Por su parte –añade AUC- el artículo 6.1 indica que cuando el alimento esté elaborado totalmente a partir de las proteínas procedentes de la leche de vaca en su etiquetado deberá constar “leche de continuación”. Así es definido –sostiene- el producto en el anuncio reclamado.

Continúa AUC exponiendo que el artículo 8. a) del mencionado Real Decreto, referido al Etiquetado específico de los preparados de continuación, establece que el producto es adecuado únicamente para la alimentación especial de niños mayores de seis meses, añadiendo que no debe utilizarse como sustitutivo de la leche materna durante los primeros seis meses de vida. Sin embargo –esgrime AUC- en la publicidad reclamada se incluye la leyenda “*Almirón 2 no debe emplearse como sustituto de la leche materna durante los primeros 5 meses de vida*”, incumpliendo así el Real Decreto.

En ese mismo artículo 8.a) –continúa AUC- se advierte que la decisión de iniciar la alimentación complementaria, incluida cualquier excepción respecto a los seis meses de edad, debe adoptarse únicamente siguiendo el consejo de personas independientes, cualificadas en medicina, nutrición o farmacia o de otros profesionales encargados de la asistencia materna e infantil, basándose en las necesidades específicas de crecimiento y desarrollo del lactante en cuestión.

Sin embargo –alega la reclamante- y aunque no pueda afirmarse que esta publicidad disuada de la lactancia materna (lo que prohíbe el Real Decreto en sus artículos 6.4.d y 9.5.a), la expresión “*cuando decidas dejar de darle el pecho*” incluida en el anuncio puede inducir a pensar que dicha decisión es una mera cuestión de voluntad o comodidad, sin necesidad de asesoramiento experto sobre las consecuencias de tal acción y las cautelas que deban adoptarse.

5.- Asimismo, trae a colación la asociación reclamante 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. Sostiene AUC que las alegaciones referidas a prebióticos, como es el caso de “Immunofortis” mencionado en el anuncio –afirma-, deben considerarse alegación de salud. En su artículo 2.1.5 –continúa- el citado Reglamento define como “*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*. Añade AUC que el artículo 15 del Reglamento establece que los anunciantes deben solicitar a las Autoridades sanitarias competentes autorización para el uso de las declaraciones de propiedades saludables. Por lo tanto, debería requerirse al anunciante reclamado acreditación de haber solicitado autorización para dicha alegación durante el periodo transitorio, tal y como establece el Reglamento.

6.- En último lugar, sostiene AUC que la afirmación “ayuda a reforzar su sistema inmunitario” tiene un carácter preventivo y por lo tanto obliga a la acreditación y al reconocimiento de la Administración sanitaria más allá de la referencia inespecífica al “máximo aval científico”.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Así –continúa- el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre Publicidad y Promoción Comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, incluye en su ámbito de aplicación (artículo 1.1) *aquellos productos, materiales, sustancias, energías o métodos 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, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma.* Y en su artículo 4 – concluye AUC- prohíbe, salvo para lo establecido en el artículo 3.1, *cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria en los siguientes casos:...16. Y, en general, que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración Sanitaria del Estado.*

Atendiendo a lo anterior, AUC solicita del Jurado que declare ilícita la publicidad reclamada, y requiera al anunciante su cese o rectificación inmediatos.

7.- Trasladada la reclamación a *Numil*, esta compañía ha presentado escrito de contestación a la misma. Sostiene en primer lugar que, tal y como manifiesta AUC en su reclamación, el art 8 del Real Decreto 867/2008 establece que *“el producto es adecuado únicamente para la alimentación especial de niños mayores de seis meses, que sólo debe ser parte de una dieta diversificada, y que no debe utilizarse como sustitutivo de la leche materna, durante los primeros seis meses de vida y que la decisión de iniciar la alimentación complementaria, incluida cualquier excepción respecto a los seis meses de edad, debe adoptarse únicamente siguiendo el consejo de personas independientes, cualificadas en medicina, nutrición o farmacia o de otros profesionales encargados de la asistencia materna e infantil, basándose en las necesidades específicas de crecimiento y desarrollo del lactante en cuestión”.*

Sin embargo –continúa *Numil*- la publicidad reclamada comenzó su difusión en febrero de 2008, fecha previa a la entrada en vigor del Real Decreto 867/2008 citado por AUC. De este modo –argumenta- en el momento de su emisión dicha publicidad se encontraba bajo la normativa anterior, esto es, el Real Decreto 72/1998, siendo conforme con las disposiciones de este último que en su art. 3.2. a) establece para los Preparados de continuación: *“Se elaborarán, según el caso, a partir de las fuentes proteicas definidas en los anexos de esta Reglamentación y de otros ingredientes alimenticios cuya adecuación para la alimentación especial de los lactantes de más de cuatro meses de edad haya sido determinada mediante datos científicos generalmente aceptados.”*

De otro lado, sostiene *Numil* que, tal y como se recoge en el etiquetado de las leches que comercializa, en ningún momento considera que la elección de dejar de dar el pecho deba ser tomada sin tener en cuenta los consejos de los profesionales sanitarios, por lo que entiende que tampoco se frivoliza en ese sentido en la publicidad reclamada.

8.- Sobre la alegación “ayuda a reforzar el sistema inmunitario”, sostiene *Numil* que ha presentado ante la EFSA los datos científicos que avalan dicha afirmación, y adjunta al presente expediente el *Acknowledge* de la solicitud.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- A la vista de los antecedentes que acaban de exponerse, la Sección Tercera del Jurado ha de analizar en el presente caso la publicidad controvertida a la luz de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria que recoge el principio de respeto a la legalidad vigente: *“la publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”*. En efecto, en esta ocasión este principio deberá ser puesto en relación tanto con la normativa específica de preparados para lactantes y preparados de continuación, como con el Reglamento (CE) nº 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables de los alimentos.

2.- En relación con la normativa reguladora de los preparados para lactantes y de continuación, sostiene AUC que la alegación *“Almirón 2 no debe emplearse como sustitutivo de la leche materna durante los cinco primeros meses de vida”*, supone una vulneración del Artículo 8 del Real Decreto 867/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-sanitaria específica de los Preparados para Lactantes y de los Preparados de Continuación. Afirma AUC que el referido artículo establece las indicaciones que deben figurar en el etiquetado de este tipo de productos y, en concreto, *“que el producto es adecuado únicamente para la alimentación especial de niños mayores de seis meses”*. Sin embargo, ha quedado acreditado ante este Jurado que la publicidad que ahora se analiza fue difundida cuando todavía se encontraba en vigor el anterior Real Decreto 72/1998, de 23 de enero, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-sanitaria específica de los preparados para lactantes y preparados de continuación. Por lo demás, y tal y como sostiene Numil, el mencionado Real Decreto 72/1998 precisaba (Art. 3.2.a) que los Preparados de continuación *“se elaborarán, según el caso, a partir de las fuentes proteicas definidas en los anexos de esta Reglamentación y de otros ingredientes alimenticios cuya adecuación para la alimentación especial de los lactantes de más de cuatro meses de edad haya sido determinada mediante datos científicos generalmente aceptados”*.

Ante lo expuesto, parece claro que el hecho de que en la publicidad analizada figure la mención *“Almirón 2 no debe emplearse como sustitutivo de la leche materna durante los cinco primeros meses de vida”*, no constituye –al menos en el momento de difusión de la publicidad ahora reclamada– una vulneración de la normativa aplicable, sino que por el contrario se encuentra en consonancia con la Reglamentación entonces vigente y que fijaba la adecuación del consumo de este tipo de preparados de continuación a partir de los cuatro meses de edad del lactante.

3.- De otro lado, sostiene AUC que la expresión utilizada en la publicidad *“cuando decidas dejar de darle el pecho”*, puede inducir a pensar que dicha decisión depende de la sola voluntad de la madre, prescindiendo de la prescripción médica y de las necesarias cautelas, lo que supondría asimismo una vulneración del Art. 8 del Real Decreto 867/2008, según el cual, (...) *“la decisión de iniciar la alimentación complementaria, incluida cualquier excepción respecto a los seis meses de edad, debe adoptarse únicamente siguiendo el consejo de personas independientes, cualificadas en medicina, nutrición o farmacia o de otros profesionales encargados de la asistencia materna e infantil, basándose en las necesidades específicas de crecimiento y desarrollo del lactante en cuestión.”*



[Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial]

Ante esta alegación, y a efectos meramente dialécticos –pues ya ha quedado establecido que a dicha publicidad no le resulta de aplicación el mencionado Real Decreto de 2008- ha de manifestar el Jurado que no puede compartir la misma en los términos expuestos por AUC. En efecto, no se puede concluir que de la alegación *“pero cuando decidas dejar de darle el pecho”* - en el contexto en el que ha sido realizada- pueda deducirse que se esté induciendo a las madres a abandonar la lactancia de sus hijos de manera puramente discrecional y sin consultarlo previamente con un profesional adecuado (médico, nutricionista o farmacéutico), o a tomar esa decisión sin valorar adecuadamente las consecuencias de la misma. Antes al contrario, dicha alegación, que además va precedida en la publicidad de la expresión *“Para fortalecer el sistema inmunitario de tu bebé no hay nada como la leche materna”*, no hace sino ofrecer una alternativa -indicando que es claramente menos ventajosa que la leche materna- ante lo que sin duda supondrá finalmente una resolución o determinación de la madre, pero que no ha de llevar implícita la falta de asesoramiento previo o la ligereza y poca fundamentación que le atribuye AUC.

4.- Llegados a este punto, debe ahora analizarse la alegación reclamada *“IMMUNOFORTIS ayuda a reforzar el sistema inmunitario de tu bebé”*. Para ello, y tal y como se adelantó en el Primer Fundamento, deberá ser analizada en primer lugar bajo las disposiciones del *Reglamento (CE) nº 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables de los alimentos*.

Este Reglamento 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 a la vez que proporciona un elevado nivel de protección de los consumidores. Asimismo, dependiendo del tipo de declaración publicitaria de que se trate el régimen aplicable puede variar.

En consecuencia, se hace necesario en primer término calificar ante qué tipo de declaraciones nos encontramos para posteriormente indagar el régimen al que aquéllas están sometidas. El propio Reglamento en su *art.1.2 señala que se aplica a las “declaraciones nutricionales y de propiedades saludables efectuadas en las comunicaciones comerciales”, entendiéndose por declaraciones 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”*.

5.- Pues bien, tras el examen de la publicidad reclamada, la Sección Tercera del Jurado concluye que la alegación *“ayuda a reforzar el sistema inmunitario de tu bebé”*, ha de ser calificada, atendiendo a la definición transcrita, como una *“declaración de propiedades saludables”*.

Y, dentro de esta categoría de declaraciones, hemos de tener en cuenta que la alegación publicitaria que ahora nos ocupa, en la medida en que se refiere a los efectos derivados del consumo del producto promocionado sobre la salud de los niños, se corresponde con la modalidad a la que se refiere el artículo 14.1 del Reglamento: *declaraciones relativas a la salud y al desarrollo de los niños*.

Por lo demás, y en relación con este tipo de declaraciones, el propio artículo 14 del mencionado Reglamento, reformado por el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo

por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, establece lo siguiente: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2000/13/CE, podrán efectuarse las siguientes declaraciones cuando 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: a) declaraciones de reducción del riesgo de enfermedad, b) declaraciones relativas al desarrollo y la salud de los niños”.

6.- Por otro lado, y en tanto no sean aprobadas las listas de declaraciones autorizadas previstas por el Reglamento, debemos remitirnos también a la medida transitoria recogida en el artículo 28.6. b) que dispone que *las alegaciones de propiedades saludables relativas al desarrollo y salud de los niños que se hayan utilizado, de conformidad con las disposiciones nacionales, antes de la entrada en vigor del presente Reglamento, y que no hayan sido objeto de evaluación y autorización en un Estado miembro, de conformidad con la reforma del reglamento antes citada: “podrán seguir utilizándose siempre que se efectúe una solicitud en virtud del presente Reglamento antes del 19 de enero de 2008.*

Así pues, y en tanto no se aprueben las listas de declaraciones autorizadas, dos son los requisitos que debe cumplir el anunciante para poder utilizar lícitamente una declaración de propiedades saludables relativa a la salud de los niños, de conformidad con el artículo 28.6.b) antes transcrito: la compatibilidad de la correspondiente alegación con el Derecho nacional, y la prueba de haber presentado una solicitud de autorización de dicha alegación antes del 19 de enero de 2008.

7.- Pues bien, respecto al requisito de solicitud de autorización establecido en el mencionado régimen transitorio, comprueba esta Sección que el anunciante ha aportado al presente expediente copia de la solicitud de autorización de la alegación de propiedades saludables relativas al desarrollo y salud de los niños antes citada, presentada ante la European Food Safety Authority (EFSA).

Así las cosas, puesto que el anunciante ha cursado una solicitud de autorización para la declaración relativa a la salud de los niños “ayuda a reforzar el sistema inmunitario de tu bebé”, la licitud de esta alegación –en tanto no se aprueben las listas de declaraciones permitidas– depende de su compatibilidad con el derecho interno español. Por consiguiente, debe proceder la Sección Tercera al análisis de la compatibilidad de dicha alegación con el Derecho interno.

8.- A este respecto, es importante recordar que existe una constante doctrina de este Jurado que concluye que la alegación “ayuda a las defensas” (esencialmente idéntica a la que ahora nos ocupa, “ayuda a reforzar el sistema inmunitario”), si se considera aisladamente y no se presenta en un contexto que obligue a alcanzar conclusiones diferentes, constituye una mera alegación salud que no transmite un mensaje preventivo, terapéutico o curativo y que, por ende, no entra en colisión con las prohibiciones recogidas en el Real Decreto 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

Ejemplos manifiestos de esta doctrina constante del Jurado pueden encontrarse en las Resoluciones de la Sección Tercera del Jurado de 7 de julio de 2004 (Auc vs. Danone, S.A.



Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

“Actimel”), o del Pleno del Jurado de 24 de febrero de 2005 (asunto Grupo Leche Pascual, S.A. vs. Danone, S.A. “Actimel Página Web II”), a las que nos remitimos íntegramente para evitar reiteraciones.

9.- Por lo demás, esta doctrina en punto a la licitud esencial de la alegación “ayuda a reforzar el sistema inmunitario” –considerada aisladamente- tampoco se ve alterada por los criterios interpretativos contenidos en el Acuerdo MISANCO-FIAB (“Acuerdo interpretativo sobre la publicidad de las propiedades de los alimentos en relación con la salud” de 20 de marzo de 1998). Este acuerdo refuerza la distinción entre alegaciones salud y alegaciones preventivas, terapéuticas y curativas, destaca expresamente la licitud de las primeras, y confirma por lo tanto la doctrina previa de este Jurado relativa a la licitud esencial de la alegación “ayuda a reforzar el sistema inmunitario”, en tanto que alegación salud que no transmite un mensaje de carácter preventivo, terapéutico o curativo, siempre que no se utilice en un contexto que obligue a alcanzar conclusiones diferentes. En efecto, este Acuerdo establece que *“las alegaciones de salud de acuerdo con la definición establecida en el siguiente apartado a los efectos de este acuerdo (en contraposición a las preventivas, terapéuticas o curativas de una enfermedad humana) no están prohibidas”*.

Por las razones expuestas, la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

ACUERDA

Desestimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una publicidad de la que es responsable la entidad Numil Nutrición, S.R.L.