



Resolución de 17 de octubre de 2018, de la Sección Segunda del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por la mercantil Nestlé España, S.A. contra una publicidad de la que es responsable la empresa Danone, S.A. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad infringía la norma 2 (principio de legalidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

Frente a dicha resolución, Danone, S.A. interpuso Recurso de Alzada que fue desestimado por el Pleno del Jurado mediante Resolución de 15 de noviembre de 2018.

Resumen de la Resolución:
Recurso de Alzada de Danone, S.A.

vs.

Resolución Sección Segunda de 17 de octubre de 2018
(Asunto: “Mi Primer Danone”)

Resolución de 17 de octubre de 2018, de la Sección Segunda del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por la mercantil Nestlé España, S.A. contra una publicidad de la que es responsable la empresa Danone, S.A.

La reclamación se formuló frente a varias piezas publicitarias en las que se promociona el producto “Mi Primer Danone” y en las cuales figuran las menciones “Con leche de continuación”, “El único lácteo fresco con leche de continuación” o “El único con leche de continuación”.

Siendo una cuestión pacífica entre las partes que no es posible utilizar leche de continuación como ingrediente de un alimento infantil si en la formulación de dicha leche se han añadido vitaminas A y D, en tanto el Real Decreto 490/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los Alimentos Elaborados a Base de Cereales y Alimentos Infantiles para Lactantes y Niños de Corta Edad, establece que no es posible añadir vitaminas A y D a los alimentos infantiles, la discrepancia se centró en torno a la eventual calificación del producto “Mi Primer Danone” como alimento infantil.

Dada la complejidad técnica de la cuestión, el Jurado decidió elevar consulta a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición de cuya respuesta se puede extraer el siguiente fragmento: “(...) De acuerdo con el Real Decreto 490/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los Alimentos Elaborados a Base de Cereales y Alimentos Infantiles para Lactantes y Niños de Corta Edad, este producto alimenticio podría encuadrarse en el ámbito de los alimentos infantiles. No obstante, el ingrediente mayoritario del producto (93,7%) es “leche de continuación”. Tras la citada respuesta, el Jurado planteó también consulta a la Asociación Nacional de Fabricantes de Productos de Dietética Infantil, cuya respuesta se puede resumir en las siguientes líneas: “(...) la opinión de ANDI sobre la categoría legal a la que se refiere el producto objeto de la petición de Autocontrol, es la de Alimento Infantil. Los criterios de composición e indicación de edad, fundamentan dicha opinión versada tras la información descrita en la promoción del mismo y en su etiqueta”.

A la vista de la respuesta coincidente de ambos organismos en cuando a calificar a “Mi Primer Danone” como un alimento infantil, el Jurado declaró que, en tanto no se produzca un pronunciamiento administrativo o jurisprudencial que descarte la calificación de alimento infantil para el producto promocionado, la publicidad debe considerarse contraria al principio de legalidad



consagrado en la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con citado Real Decreto 490/1998.

Recurso de alzada

Frente a dicha resolución, la empresa Danone, S.A. interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno del Jurado mediante Resolución de 15 de noviembre de 2018.



Texto completo de la Resolución del Jurado:
Recurso de Alzada de Danone, S.A.
 vs.
Resolución Sección Segunda de 17 de octubre de 2018
(Asunto: “Mi Primer Danone”)

En Madrid, a 15 de noviembre de 2018, reunido el Pleno del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Manuel Rebollo Puig, para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por Danone, S.A., contra la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 17 de octubre de 2018, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I. Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 14 de diciembre de 2017, la mercantil Nestlé España, S.A. (en adelante, “**Nestlé**”) presentó una reclamación en relación con una publicidad de la que es responsable la compañía Danone, S.A. (en adelante, “**Danone**”).

2.- Se da por reproducida la publicidad reclamada así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 17 de octubre de 2018 (en lo sucesivo, la “**Resolución**”).

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Segunda del Jurado de la Publicidad (en adelante la “**Sección**”) acordó estimar la reclamación presentada por considerar la publicidad contraria a la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol. Asimismo, impuso a Danone el pago de las tarifas devengadas ante Autocontrol por la tramitación del presente procedimiento.

4.- El 9 de noviembre de 2018, la mercantil Danone interpuso recurso de alzada contra la Resolución al no estar de acuerdo con las conclusiones alcanzadas.

En primer lugar, Danone considera de especial relevancia poner de relieve que Nestlé ha presentado la misma reclamación, con el mismo objeto, ante la Administración y ante el Jurado de Autocontrol. Lo anterior ha derivado en una dualidad de resoluciones con conclusiones distintas, lo que implica una gravosa inseguridad jurídica para la mercantil.

Señala que puso esta circunstancia en conocimiento del Jurado en cuanto tuvo constancia de la misma, esto es, en el desarrollo de una sesión de trabajo llevada a cabo en el seno de la Asociación Nacional de Fabricantes de Productos de Dietética Infantil (en lo sucesivo, “**ANDI**”) el 28 de junio de 2018. Con anterioridad y, por tanto, en el momento de presentación de la reclamación por parte de Nestlé (14 de diciembre de 2017), únicamente constaba a Danone la reclamación de la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Cataluña (en adelante, “**Agencia Catalana del Consumo**”), donde no figuraba reclamante ni objeto de la reclamación.

Danone destaca que la Agencia Catalana del Consumo, en su escrito de 2 de octubre de 2018, confirma que se han seguido actuaciones relativas a las alegaciones objeto del presente procedimiento (“con leche de continuación” o “el único con leche de continuación”) las cuales



finalizaron en el archivo de las diligencias. La recurrente explica que el archivo de las actuaciones por parte de la Administración es una forma de resolver el procedimiento administrativo conforme a la normativa que regula éste y, por ende, es preceptiva la aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado en tanto se cumple con el presupuesto del mismo.

Además de lo anterior, a juicio de Danone, el hecho de que la Agencia Catalana del Consumo, tras realizar diligencias inspectoras en las cuales reconoce expresamente que valoró las alegaciones mencionadas, acordara el archivo de las mismas sin necesidad de iniciar un proceso administrativo sancionador es una evidencia intachable de la perfecta corrección de las alegaciones.

Así, Danone manifiesta que toda vez que la Agencia Catalana del Consumo ha confirmado que evaluó las alegaciones y, tras ello, archivó el expediente, es preceptiva la aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado.

En segundo lugar, y entrando en el fondo del asunto, Danone arguye que la Resolución recurrida no se ajusta a las conclusiones alcanzadas por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante “**AECOSAN**”), (actualmente “**AESAN**”).

Expone que AECOSAN, que tuvo acceso a todos los documentos técnicos, no concluyó de forma inequívoca que el producto “Mi Primer Danone” sea un alimento infantil, sino que lo estableció de forma condicional - “podría”-, no impidiendo que el mismo pueda ser clasificado en una categoría legal distinta. La recurrente manifiesta que esta respuesta abierta no le sorprendió en tanto el producto está diseñado actualmente para encuadrar en la categoría legal de “preparado de continuación para niños de corta edad” pero que mediante ajustes en la fórmula podría encajar en otras categorías legales.

Adicionalmente, apunta que Nestlé no ha aportado al presente procedimiento ninguna evidencia técnica que acredite que “Mi Primer Danone” es un alimento infantil mientras que Danone ha aportado numerosas evidencias técnicas que sí certifican la categoría legal del producto, esto es, preparado de continuación para niños de corta edad.

Sin embargo, la Sección no tuvo en cuenta la prueba aportada por Danone y que no es contraria al pronunciamiento de la AECOSAN en tanto éste no excluye que el producto encaje en otras categorías legales, aun cuando el Jurado en supuestos en los que el reclamante no aportaba prueba y el reclamado sí otorgó valor probatorio a esta última.

La Sección concluyó que AECOSAN y ANDI coincidían en sus conclusiones respecto a que la categoría legal del producto es alimento infantil y dicha conclusión, según el parecer de Danone, es errónea por lo que solicita al Pleno que subsane dicho error.

En tercer lugar, y respecto a la respuesta dada por ANDI, Danone expone que ya explicó las irregularidades que detectó en el proceso, tales como cambio en el objeto, aportación de nuevas evidencias o que un socio comercial de Nestlé no se abstuvo de la votación. Adicionalmente, y como ya expuso en escritos previos, Danone indica que el Jurado solicitó a ANDI un informe sobre la categoría legal de “Mi Primer Danone” y lo que se obtuvo fue una opinión. Dada la complejidad técnica de la cuestión, Danone entiende que una opinión que adolece de importantes deficiencias de fundamentación no debería haber sido tenida en cuenta para fundamentar la Resolución objeto de recurso.



Por todo ello, Danone solicita al Pleno de Autocontrol que estime el recurso de alzada, revoque la Resolución y, en aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado, inadmita a trámite el presente procedimiento. Asimismo, dado que la propia Sección reconoce que es una cuestión de elevada complejidad técnica, solicita la celebración de una vista oral para la mejor resolución de la controversia.

5.- Habiéndose dado traslado del recurso a la reclamante, Nestlé ha presentado escrito de impugnación en el cual se opone al recurso de alzada y muestra su total conformidad con la Resolución.

En primer lugar, respecto a la aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado, Nestlé reconoce que existió un procedimiento ante la Agencia Catalana del Consumo iniciado probablemente a raíz de una denuncia suya. Indican que es probable porque no se le permitió ser parte del procedimiento. Aclara además que, tal y como Danone recoge en su escrito de recurso, Nestlé informó a Danone el 27 de enero de 2017 de que iba a proceder a presentar una denuncia sobre su producto “Mi Primer Danone”.

Nestlé argumenta que Danone es quien debería conocer si existe una resolución de la Agencia Catalana del Consumo respecto al fondo del asunto y, en su caso, presentar la misma. No obstante, lo cierto es que dicha resolución no existe y hasta el momento no hay pronunciamiento de ningún órgano respecto a la corrección de las alegaciones objeto de controversia. Así, no se dan los requisitos de cosa juzgada y, por ello, no cabe inadmitir a trámite la reclamación.

En segundo lugar, en cuanto a la incorrecta interpretación que según Danone hace la Resolución del pronunciamiento de AECOSAN, Nestlé argumenta que ésta hace uso del término “podría” para justificar la conveniencia de consultar a ANDI y no para decir que el producto podría calificarse de forma distinta a alimento infantil.

Nestlé descarta que “Mi Primer Danone” sea un preparado de continuación para niños de corta edad por cuanto no encaja en la definición del artículo 12 del Reglamento (UE) N° 609/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad, los alimentos para usos médicos especiales y los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso y por el que se derogan la Directiva 92/52/CEE del Consejo, las Directivas 96/8/CE, 1999/21/CE, 2006/125/CE y 2006/141/CE de la Comisión, la Directiva 2009/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) N° 41/2009 y (CE) N° 953/2009 de la Comisión. Asimismo, entiende que los informes presentados por Danone son confusos por cuanto califican el producto de manera distinta: leche fermentada, preparado para lactantes y preparados de continuación y preparado para niños de corta edad.

En tercer lugar, relativo al procedimiento seguido ante ANDI, Nestlé no comparte las irregularidades que según Danone existieron. Según su parecer, a Danone le interesa dejar en el aire que ha habido cosas extrañas sin demostrar las mismas. En cuanto a que lo emitido por ANDI es una opinión y no un informe como se solicitó, Nestlé expone que el hecho de que en la respuesta no se hayan incluido extensos razonamientos no significa que no exista fundamento que lo respalde. Hubo una reunión de técnicos, se escuchó a ambas partes, se debatió la cuestión y finalmente se realizó una votación.

Por las razones anteriores, solicita la íntegra desestimación del recurso de alzada y la confirmación de la Resolución.



6.- Con anterioridad a las deliberaciones de este Jurado, se celebró una comparecencia oral en la que las partes aclararon y completaron sus respectivas alegaciones.

II. Fundamentos deontológicos.

1.- De conformidad con lo expuesto en los antecedentes de hecho, los motivos de impugnación de la Resolución por parte de Danone son dos. En primer lugar, Danone reitera que debería haberse inadmitido a trámite la reclamación por existir un pronunciamiento de la Agencia Catalana del Consumo con idéntico objeto. En segundo lugar, Danone invoca la incorrecta interpretación por parte de la Sección de las respuestas dadas por AECOSAN y ANDI respecto a la categoría legal del producto “Mi Primer Danone”.

Este Pleno procederá al análisis de cada uno de los motivos de recurso por separado y en el mismo orden empleado por las partes tanto en sus escritos como en la vista oral.

2.- Así, en primer lugar, Danone solicita que el Pleno inadmita a trámite la reclamación en aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado, según el cual: *“no se admitirá a trámite una reclamación referida a una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo”*.

El motivo que, según el parecer de Danone, debe conducir a lo anterior es que la Agencia Catalana del Consumo confirmó que se siguieron actuaciones relativas a las alegaciones “Con leche de continuación” o “El único con leche de continuación” y que dichas actuaciones finalizaron con el archivo de las diligencias inspectoras. Esto, según la recurrente, constata que la reclamación se presentó frente a una publicidad que estaba siendo objeto de examen en un procedimiento administrativo -siendo éste el elemento suficiente para la aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado-, y es además una evidencia de la perfecta corrección de las citadas alegaciones, en tanto que tras ser evaluadas por la Agencia Catalana de Consumo ésta decidió archivar las diligencias por no apreciar infracción alguna de la normativa.

3.- A este respecto, este Pleno debe comenzar recordando que, en la medida en que es Danone quien invoca la aplicación del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado, es a esta mercantil a quien incumbe la carga de probar el supuesto de hecho recogido en el mencionado artículo. Dicho con otras palabras, corresponde a Danone probar que, o bien existe resolución administrativa, o bien existe un procedimiento administrativo en tramitación, coincidiendo en cualquier caso el objeto de la eventual resolución o procedimiento administrativo con el objeto del presente procedimiento ante el Jurado. Circunstancia ésta que, a su vez, exigiría probar en primer término la existencia de la resolución o procedimiento administrativo en trámite; y exigiría probar también en segundo lugar que dicha resolución o procedimiento administrativo en trámite tienen por objeto determinar la compatibilidad de las alegaciones “Con leche de continuación” o “El único con leche de continuación” con la categoría legal a la que debe adscribirse el producto promocionado, ya que éste y no otro es precisamente el objeto del presente procedimiento ante el Jurado.

Pues bien, de cara a satisfacer la carga probatoria que le incumbe, Danone ha aportado al presente procedimiento un único documento: el requerimiento efectuado por la Agencia Catalana del Consumo a Danone, de fecha 11 de diciembre de 2017, y de asunto “Adecuación a normativa”. Este documento ha sido aportado por Danone como Documento 3 en su escrito firmado el 3 de



septiembre de 2018 y presentado tras habersele dado traslado de la contestación ofrecida por ANDI. Asimismo, y dado que el mismo está en idioma catalán, la recurrente aportó como Documento 4 su traducción.

En la presente resolución prescindiremos ya -por su irrelevancia de cara a la resolución de fondo- de cualquier consideración o reflexión en cuanto al momento procedimental en que Danone alegó la existencia de un procedimiento administrativo y procedió a la aportación del mencionado documento, si bien hemos de decir que las alegaciones de Danone a este respecto (según las cuales tenía conocimiento del procedimiento pero no de que éste trajese causa de una denuncia previa de Nestlé, y que alegó la existencia del procedimiento tan pronto tuvo conocimiento de esta última circunstancia) chocan abiertamente con el tenor literal del artículo 13.3 del Reglamento del Jurado, que condiciona la admisión a trámite únicamente a la existencia de un procedimiento administrativo sobre el mismo objeto, con independencia de que éste se haya iniciado de oficio o tenga su origen en una denuncia de parte, y con independencia también en este último caso de que dicha denuncia haya sido presentada o no por quien actúa como reclamante ante el Jurado. El tenor literal de esta norma, en definitiva, habría permitido a Danone invocar la eventual existencia del procedimiento administrativo tan pronto tuvo conocimiento de él tras la recepción del requerimiento efectuado por la Agencia Catalana de Consumo, sin necesidad de esperar a un momento muy ulterior del procedimiento en el que -supuestamente- tuvo conocimiento de que dicho requerimiento tenía su origen en una denuncia presentada por Nestlé.

Pero, prescindiendo ya de esta cuestión, de cara a la resolución de la cuestión que nos ocupa, debemos comenzar por reproducir literalmente el contenido del requerimiento remitido por la Agencia Catalana de Consumo a Danone, requerimiento que -reiteramos una vez más- es el único documento aportado por la recurrente para acreditar la existencia de un procedimiento administrativo sobre el mismo objeto sobre el que versa el presente procedimiento. Dicho tenor literal, según la traducción aportada por Danone como documento número 4, es el siguiente:

“En la vista de inspección realizada en el establecimiento C.C CARREFOUR, S.A. Las Glorias C/ Llacuna, 155, Barcelona, hemos comprobado que:

El producto: ALIMENTO CON LECHE DE CONTINUACIÓN PARA LACTANTES DE MÁS DE 6 MESES Y NIÑOS DE CORTA EDAD, sabor NATURAL Y ALIMENTO DE LECHE DE CONTINUACIÓN Y PULPA DE FRUTAS PARA LACTANTES DE MÁS DE 6 MESES Y NIÑOS DE CORTA EDAD, 3 FRUTAS marca DANONE MI PRIMER DANONE, que esta empresa comercializa, no se ajusta a la normativa vigente correspondiente dado que:

- La denominación se encuentra en la cara del envase que hace de base del producto y no se lee fácilmente.*
- Los ingredientes en la misma cara que la denominación y solo se pueden leer algunas palabras.*

De acuerdo con la normativa vigente, la información alimentaria obligatoria debe estar disponible y ser fácilmente accesible, se debe indicar en un lugar destacado de manera que se fácilmente visible, claramente legible e indeleble.

- Las alegaciones “Sin colorantes sin conservantes” no son correctas.*
- Informa de “Vitaminas en cantidades adecuadas”.*

A los alimentos infantiles no se les permite la presencia de colorantes.



De acuerdo con la normativa vigente, la información alimentaria será precisa y clara y no inducirá a error, en particular, al insinuar que el alimento posee características especiales [...] poniendo especialmente de relieve la presencia o ausencia de determinados ingredientes o nutrientes. Se informará de lo que contiene el alimento, no de lo que no contiene y de la composición de todos los productos a la venta al consumidor ya que debe ser la reglamentada y adecuada.

- Las alegaciones correspondientes a “con calcio [...] con Hierro [...] que figuran en el etiquetado no están expresadas como contempla la norma.

La normativa aplicable es:

Reglamento UE 1169/2011, de 25 de octubre sobre la información alimentaria facilitada al consumidor.

Reglamento (UE) N o 1129/2011 DE LA COMISIÓN de 11 de noviembre de 2011 por el que se modifica en anexo II del REGLAMENTO (CE) N o 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer una lista de aditivos alimentarios de la Unión.

Reglamento (UE) N o 432/2012 DE LA COMISIÓN, de 16 de mayo de 2012 por el que se establece una lista de declaraciones autorizadas de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños.

El incumplimiento de esta normativa constituye una infracción administrativa en materia de Consumo. Por este motivo, disponen de un plazo de 15 días hábiles para corregir los defectos detectados y acreditar la adecuación del etiquetado a la normativa vigente frente a la inspectora firmante.

Si, transcurrido este plazo, comprobamos que no se ha llevado a cabo esa adecuación, iniciaremos las acciones necesarias a fin de corregir la infracción en materia de Consumo”.

Como se observa, la Agencia Catalana del Consumo se dirige a Danone poniendo en su conocimiento que, en vista de una inspección realizada en un establecimiento concreto, se ha observado que el producto “Mi primer Danone” no se ajusta a la normativa vigente. El escrito no se limita a declarar lo anterior, sino que señala mediante el empleo de guiones aquellos aspectos que, a juicio de la inspección, justifican dicha conclusión. Así, se detallan los aspectos o alegaciones del etiquetado del producto que se consideran contrarios a la normativa, y se motiva el porqué de los mismos.

Del citado requerimiento de la Agencia Catalana del Consumo, por tanto, se desprende la existencia de un procedimiento administrativo, iniciado con fecha 11 de diciembre de 2017, y relativo al producto “Mi Primer Danone”, más concretamente a su etiquetado. Pero ningún elemento del mismo permite concluir que dicho procedimiento esté relacionado con las alegaciones objeto de controversia en el procedimiento seguido ante el Jurado de Autocontrol y su compatibilidad con la categoría legal del producto. En efecto, basta una lectura del requerimiento antes transcrito para comprobar que en ningún momento se plantea en él la compatibilidad de las alegaciones “con leche de continuación” y “el único con leche de continuación” con la categoría legal a la que deba pertenecer el producto, cuestión ésta que es precisamente la que constituye el objeto del presente procedimiento.



Lo anterior, considera este Pleno, habría bastado para que la Sección concluyera que el procedimiento que había tenido o estaba teniendo lugar ante la Agencia Catalana del Consumo no impedía o condicionaba la resolución del procedimiento que estaba teniendo lugar ante el Jurado.

No obstante, la Sección, tras valorar el escrito reproducido, y ante la controversia de las partes en cuanto a la existencia o no de procedimiento o resolución administrativa recaída en procedimiento administrativo con el mismo objeto que la reclamación presentada por Nestlé, persiguiendo dotar a su resolución de las mayores garantías, acordó preguntar a la Agencia Catalana del Consumo.

Como respuesta, la Agencia Catalana del Consumo hizo llegar a la Secretaría del Jurado el siguiente escrito: *“En relación a su petición, con entrada en el registro de documentos en fecha 17.09.2018, sobre si existe en la actualidad un procedimiento administrativo resuelto o en curso que tenga por objeto las alegaciones “Con leche de continuación” o “El único con leche de continuación” relativas ambas al producto Mi Primer Danone, que comercializa la empresa Danone, S.A., le informo que en el pasado año, se siguieron actuaciones en esta Agencia, relativas, entre otros aspectos, a las alegaciones mencionadas. Durante la tramitación del expediente se requirió a la empresa la corrección de algunos aspectos de etiquetado que, una vez realizada, motivó el archivo de las diligencias inspectoras a principios del 2018”.*

De la respuesta reproducida efectivamente se desprende que se siguieron unas actuaciones, cuyo contenido es desconocido para este Pleno, y que las mismas finalizaron con el archivo de las diligencias inspectoras tras un requerimiento de corrección del etiquetado de “Mi Primer Danone”, corrección cuyo alcance también se desconoce. Dicho con otras palabras, la Agencia Catalana de Consumo confirma la existencia de actuaciones, y confirma también que éstas estaban relacionadas, entre otras, con las alegaciones “con leche de continuación” y “la única con leche de continuación”. Sin embargo, no hay nada en el escrito remitido por dicha Agencia que permita a este Pleno afirmar que, en el marco de dichas actuaciones, se examinaba precisamente la compatibilidad de dichas alegaciones con la categoría legal a la que corresponda el producto, que es el objeto específico de este procedimiento ante el Jurado. Y, en consecuencia, tampoco la respuesta dada por la Agencia Catalana de Consumo permite afirmar la existencia de un procedimiento o resolución con el mismo objeto que el del presente procedimiento.

A modo de resumen de todo lo hasta aquí expuesto, podemos concluir lo siguiente:

a) Danone, a quien incumbe la carga de la prueba de la existencia de un procedimiento o resolución administrativa que verse sobre el mismo objeto que el del presente procedimiento ante el Jurado, ha aportado un único documento, consistente en el requerimiento efectuado por la Agencia Catalana de Consumo; sin embargo, del tenor de este requerimiento no se desprende que sea objeto del mismo el análisis de la compatibilidad de las alegaciones “con leche de continuación”, o “el único con leche de continuación” con la categoría legal a la que deba pertenecer el producto.

b) Tras la consulta efectuada por este mismo Jurado, la Agencia Catalana de Consumo confirma que se han seguido actuaciones en relación con el etiquetado de “Mi primer Danone”, que dichas actuaciones abarcaban las alegaciones “con leche de continuación” y “el único con leche de continuación”, que durante la tramitación del expediente se requirió a la empresa la corrección de algunos aspectos del etiquetado, y que una vez realizada esta corrección se procedió al archivo de las diligencias inspectoras.



c) Sin embargo:

i.- No consta en el presente procedimiento (pues no se deriva del escrito de la Agencia y no ha sido probado en ningún momento por Danone) si las actuaciones iniciadas por la Agencia, que afectaban a las alegaciones “con leche de continuación” y “el único con leche de continuación”, tenían por objeto precisamente el análisis de la compatibilidad de dichas alegaciones con la categoría legal del producto, que es el específico y concreto objeto del procedimiento que se sigue ante el Jurado.

ii.- No consta (pues tampoco se deriva del escrito de la Agencia ni ha sido acreditado por Danone) en qué consistieron las correcciones del etiquetado, ni si éstas afectaban al objeto del presente procedimiento ante el Jurado.

iii.- Tampoco consta (pues no ha sido aportada) la resolución por la que la Agencia, tras dichas correcciones del etiquetado, acuerda el archivo de las actuaciones.

Como consecuencia de todo lo anterior, no consta en el expediente prueba alguna que permita afirmar que el procedimiento ante la Agencia Catalana de Consumo tenía el mismo objeto que el presente procedimiento ante el Jurado (esto es, el análisis de la compatibilidad de las alegaciones “con leche de continuación” y “el único con leche de continuación” con la categoría legal del producto). Tampoco consta prueba alguna de que las correcciones efectuadas por Danone en el marco de aquel procedimiento administrativo a solicitud de la Agencia afectasen o no al objeto del presente procedimiento ante el Jurado. Por último, no ha sido aportada a este procedimiento la resolución por la que -después de aquellas correcciones, cuyo alcance se desconoce- se acuerda el archivo de las actuaciones.

Por consiguiente, aun cuando se atribuyera al archivo de las actuaciones el valor de resolución administrativa que quiere atribuirle Danone -pues, insistimos, no se ha aportado ninguna resolución a este respecto-, no cabría concluir que dicho archivo implica una resolución sobre la compatibilidad de las alegaciones “con leche de continuación” o “el único con leche de continuación” con la categoría legal del producto. Tampoco cabe deducir del archivo -como pretende la recurrente- un juicio favorable de la Agencia Catalana de Consumo sobre la compatibilidad de dichas alegaciones con la categoría legal del producto.

Es más, si a meros efectos dialécticos hubiera que deducir de la documentación obrante en el expediente un parecer o juicio de la Agencia Catalana de Consumo sobre la categoría legal del producto, necesariamente habría que concluir que para dicha Agencia -al parecer- el producto promocionado es también un alimento infantil. En efecto, en el único documento que ha sido aportado por la recurrente relativo al proceso seguido por la Agencia Catalana del Consumo, esta Agencia califica al producto como un alimento infantil. En particular, se precisa que *“Las alegaciones “Sin colorantes sin conservantes” no son correctas”* y se justifica lo anterior de la manera que sigue: *“A los alimentos infantiles no se les permite la presencia de colorantes”*. Como se observa, la Agencia Catalana del Consumo – al igual que la Sección en la resolución recurrida- parte de la premisa de que el producto es un alimento infantil para concluir que el empleo de una determinada alegación relativa a la ausencia de colorantes y conservantes (que no es la que se analiza en el presente procedimiento) es incorrecta en el etiquetado de un producto de dicha categoría.



Por todo lo anterior, este Jurado coincide con la Sección en cuanto a que en el presente caso no concurren los elementos necesarios para aplicar el artículo 13.3 del Reglamento del Jurado.

Y frente a esta conclusión, por lo demás, no cabe argumentar, como pretende la recurrente, el riesgo derivado de la existencia de dos resoluciones diferentes (una de este Jurado y otra de la Agencia catalana de consumo) sobre el mismo objeto. Como queda dicho, ni Danone ha probado ni aportado al presente procedimiento resolución alguna de la Agencia Catalana de Consumo que implique un juicio sobre la compatibilidad de las alegaciones “con leche de continuación” y “el único con leche de continuación” con la categoría legal del producto, ni de la documentación obrante en el presente procedimiento puede deducirse juicio alguno de la Agencia Catalana de Consumo favorable a dicha compatibilidad.

4.- Una vez resuelto lo anterior, procede entrar en la resolución del fondo del asunto planteado ante este Jurado, que, como se ha reiterado ya en distintas ocasiones, afecta a la compatibilidad de las alegaciones “con leche de continuación” y “el único con leche de continuación” con la categoría legal a la que deba pertenecer el producto promocionado.

Para la correcta resolución de esta cuestión, este Pleno estima conveniente recordar las cuestiones que no han sido objeto de debate entre las partes y, por tanto, resultan pacíficas. Estas cuestiones son las siguientes: a) La normativa vigente prohíbe la adición de vitaminas A y D a aquellos productos cuya categoría legal sea la de alimento infantil; b) La leche de continuación incorpora vitaminas A y D; c) Por consiguiente, no es posible la adición de leche de continuación a un producto cuya categoría legal sea la de alimento infantil.

Sentado lo anterior, el debate de las partes se centró en determinar la categoría legal que le corresponde al producto “Mi Primer Danone”. Mientras que Nestlé defendía que es un alimento infantil, Danone argumentaba que es un preparado de continuación para niños de corta edad.

La Sección, ante la elevada complejidad técnica de la cuestión y con el fin de alcanzar el máximo acierto en su resolución, decidió elevar consulta a la AECOSAN (actual “AESAN”) solicitando a la misma una respuesta en cuanto a la categoría legal que ostenta el producto “Mi Primer Danone”.

La AECOSAN indicó que: “(...) De acuerdo con el Real Decreto 490/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los Alimentos Elaborados a Base de Cereales y Alimentos Infantiles para Lactantes y Niños de Corta Edad, este producto alimenticio podría encuadrarse en el ámbito de los alimentos infantiles. No obstante, el ingrediente mayoritario del producto (93,7%) es “leche de continuación”.

En la normativa citada anteriormente, se establece en el Anexo II apartado 5 que no se añadirán ni vitamina A ni vitamina D a los alimentos infantiles.

A este respecto y derivado de una consulta que se realizó a esta Agencia, España solicitó que el tema correspondiente a la adición de leche de continuación a un alimento infantil fuese tratado en el Grupo de Expertos de Grupos alimenticios especiales de la Comisión Europea. Como consecuencia, el 22 de febrero de 2016 este punto fue debatido en la misma y la conclusión de los expertos fue que no es posible utilizar la leche de continuación como ingrediente de los alimentos infantiles, si en la formulación de la leche de continuación se han añadido Vitaminas A y D, ya que sería una manera de eludir la prohibición establecida en el anexo II, apartado 5 de la directiva



2006/125/CE de la Comisión, relativa a los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles y niños de corta edad.

(...) Por todo ello, y con objeto de no crear confusión al consumidor, en este caso a los padres, se considera que se debería consultar a la Asociación Nacional de fabricantes de productos de dietética infantil (ANDI) a fin de evitar este tipo de incumplimiento en el mercado, teniendo en cuenta en grupo de población al que van destinados”.

En los escritos posteriores a la remisión de esta respuesta a las partes, ambas mostraron su total predisposición a una nueva consulta ante ANDI de conformidad con lo expuesto por la AECOSAN. En línea con la predisposición de las partes, y persiguiendo el objetivo de ofrecer la mejor respuesta posible, la Sección presentó nueva consulta a ANDI obteniendo la siguiente respuesta: *“Le dirigimos la presente respuesta a su solicitud, para que la Asociación Nacional de fabricantes de productos de Dietética Infantil (ANDI) emita un informe, en el marco del expediente que está tramitando el Jurado de Autocontrol. Dicho informe se refiere a la categoría legal a la que debe considerarse adscrito el producto promocionado en el expediente, concretamente “Mi Primer Danone”.*

A este respecto, la opinión de ANDI sobre la categoría legal a la que se refiere el producto objeto de la petición de Autocontrol, es la de Alimento Infantil. Los criterios de composición e indicación de edad, fundamentan dicha opinión versada tras la información descrita en la promoción del mismo y en su etiqueta”.

Puede comprobarse, así pues, que tanto AECOSAN como ANDI coinciden en la calificación del producto como alimento infantil.

El recurso de Danone se centra en gran medida en combatir el valor de estas dos opiniones o informes sobre la categoría legal del producto promocionado. Sin embargo, y como veremos a continuación, este Pleno entiende que ninguno de los argumentos incorporados por Danone en su recurso privan de valor a los informes emitidos por aquellos dos organismos, por lo que -una vez comprobada la coincidencia de ambos al calificar el producto como alimento infantil- este Pleno debe confirmar la resolución de instancia.

5.- En efecto, en cuanto a la respuesta ofrecida por AECOSAN Danone expone que la misma, en tanto indica que el producto *“podría encuadrarse en el ámbito de los alimentos infantiles”* no impide que dicho producto pueda ser clasificado en una categoría legal distinta como, por ejemplo, preparado de continuación para niños de corta edad.

Pues bien, este Pleno no acoge este argumento por cuanto, si bien es cierto que la AECOSAN utiliza el término “podría”, de su escrito no se desprende que el uso del mismo persiga dejar la puerta abierta al encaje del producto en otras categorías legales distintas. Y ello por las siguientes razones:

a) La AECOSAN no menciona en su escrito otras posibles categorías alternativas a las que podría adscribirse el producto. Circunstancia ésta de extrema relevancia si se tiene presente que para la elaboración de su informe le fue proporcionada a AECOSAN toda la documentación obrante en el presente expediente, incluidas las alegaciones de Danone en las que ésta defiende la calificación del anuncio como preparado de continuación para niños de corta edad, así como los informes aportados por esa empresa para sostener esta calificación. En estas circunstancias, el simple hecho de que en la respuesta de la AECOSAN se emplee el término “podría” a la hora de



atribuir al producto promocionado la categoría de alimento infantil no puede ser interpretado -a juicio de este Pleno- en el sentido pretendido por la recurrente; esto es, en el sentido de que la AECOSAN deja abierta la posibilidad de que el producto pueda ser adscrito a otra categoría legal diferente, como la de preparado de continuación para niños de corta edad.

b) Por otro lado, la AECOSAN, como hemos visto, refleja en su escrito una amplia argumentación sobre la imposibilidad de añadir vitaminas A y D a los alimentos infantiles, argumentación que no sería precisa si su posicionamiento en relación con la calificación del producto promocionado como alimento infantil no fuese firme.

c) Por último, en el mismo escrito la AECOSAN afirma -literalmente- que *“se debería consultar a la Asociación Nacional de fabricantes de productos de dietética infantil (ANDI) a fin de evitar este tipo de incumplimiento en el mercado”*. Alude así de manera inequívoca a la existencia de un incumplimiento en el mercado que debe ser evitado. Mas este incumplimiento, que se afirma de forma inequívoca, sólo existe si se parte de la calificación del producto promocionado como alimento infantil al que no es posible la adición de vitaminas A y D.

6.- Por su parte, respecto a la respuesta dada por ANDI, Danone arguye que: (i) se solicitó un informe y lo que se ha obtenido es una opinión, la cual no es suficiente para sustentar una conclusión sobre la categoría legal de su producto y (ii) existieron vicios en el procedimiento seguido ante dicho organismo.

Por lo que respecta al primer argumento, este Pleno se ve obligado a recordar que fue la propia Danone la que, en su escrito firmado el 12 de marzo de 2018, manifestó su -citamos textualmente- *“total predisposición a colaborar con ANDI y, si el Jurado de Autocontrol lo estima oportuno, someter a su opinión la determinación legal que corresponde a nuestro producto”*.

Como se observa, fue la propia recurrente la que manifestó su predisposición para recurrir a ANDI para recabar su “opinión”. En estas circunstancias, no parece viable que pretenda privarse de valor al escrito remitido por ANDI a este Jurado por el solo hecho de que en él ANDI diga reflejar su “opinión”.

En todo caso, y al margen ya de lo anterior, este Pleno tampoco comparte la trascendencia que la recurrente pretende otorgar al hecho de que ANDI se haya dirigido a este Jurado refiriéndose a su posicionamiento como una “opinión”, y a la eventual diferencia que existe -siempre según la recurrente- entre una opinión y un informe. Y ello por dos razones:

a) En primer lugar, porque todo informe refleja siempre la opinión de quien lo suscribe. Y, en el caso que nos ocupa, el hecho de que ANDI se refiera a su posicionamiento utilizando el término “opinión” no impide apreciar que dicha asociación se manifiesta de forma clara e inequívoca en el mismo sentido que previamente lo había hecho la AECOSAN, poniendo de relieve que el producto promocionado pertenece a la categoría de los alimentos infantiles.

b) En segundo lugar, porque ANDI no se limita en su escrito dirigido al Jurado a manifestar su conclusión sobre la categoría legal a la que pertenece el producto promocionado. Lejos de reflejar lo que sería una simple opinión subjetiva, dice que apoya dicha conclusión en “criterios de composición y edad”, y una vez examinada la información proporcionada en la publicidad y en el etiquetado del producto. Lo hace, además, después de que las partes (como se ha puesto de manifiesto en el curso del procedimiento) comparecieran ante ella e intervinieran para exponer sus distintas posiciones sobre la categoría legal del producto promocionado. En estas circunstancias,



el hecho de que ANDI utilice el término “opinión” en su informe en modo alguno priva de valor al mismo, toda vez que éste ha sido adoptado escuchando los posicionamientos de las partes en punto a las distintas alternativas para la categoría legal del producto, después de examinar la información proporcionada en su etiquetado y publicidad, e indicando expresamente cuáles han sido los criterios (composición y edad) que han llevado a ANDI a decantarse por la calificación del producto como alimento infantil.

Frente a la anterior conclusión, este Pleno tampoco puede acoger el reproche de Danone en relación con la falta de realización de analíticas y pruebas sobre Mi Primer Danone en el seno de ANDI con carácter previo a su pronunciamiento. En efecto, Danone no ha acreditado en qué medida la ausencia de analíticas o pruebas sobre la composición del producto invalidaría las conclusiones alcanzadas por ANDI. Y este Pleno no alcanza a comprender la relevancia de dichas pruebas toda vez que, como se ha señalado, ANDI emitió su opinión sobre la base del etiquetado del producto promocionado –que incorpora el listado de ingredientes del mismo- y, por tanto, la composición de aquél no fue un hecho controvertido en el procedimiento, en el que únicamente se discutió la categoría legal de Mi Primer Danone.

7.- En sus alegaciones tendentes a privar de valor al informe remitido por ANDI a este Jurado, Danone, como ya se ha dicho, también pone de manifiesto que existieron vicios en el procedimiento seguido ante ANDI.

Estas alegaciones también deben ser rechazadas por dos razones:

a) En primer lugar, este Jurado debe recordar que ANDI es una asociación que adopta sus acuerdos de conformidad con los procedimientos legal y estatutariamente previstos. Los acuerdos adoptados por ANDI, en su condición de acuerdos de una asociación, deben presumirse válidos por este Jurado en tanto no tenga conocimiento de una eventual impugnación de los mismos por los cauces legalmente previstos, sin que le corresponda en ningún caso al Jurado un análisis tendente a determinar si la voluntad de la asociación que se refleja en dichos acuerdos ha sido correctamente formada.

b) En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que, si bien se ha aludido a eventuales vicios en el procedimiento seguido ante ANDI, no consta en qué medida dichos vicios habrían afectado (hasta llegar a invalidarlo o privarle de cualquier valor) al proceso de deliberación y adopción de acuerdos en el seno del grupo técnico en el cual se debatió en relación con la categoría legal del producto promocionado.

8.- Por todas las razones hasta aquí expuestas, el Jurado debe rechazar las alegaciones de Danone tendentes a privar de valor a los informes recabados por este Jurado y emitidos por AECOSAN y ANDI. Y, en la medida en que ambos coindicen en que la categoría legal que corresponde a “Mi Primer Danone” es la de alimento infantil, este Jurado, en tanto no exista un pronunciamiento administrativo o jurisprudencial diferente, debe partir de esta categoría legal.

Una vez llegados a este punto, tan sólo nos resta recordar los siguientes extremos no controvertidos en el marco del presente procedimiento:

(i) El producto promocionado contiene leche de continuación; de hecho, así se destaca en su publicidad a través de alegaciones como “Con leche de continuación” o “El único con leche de continuación”;



(ii) Las leches de continuación incorporan vitaminas A y D

(iii) No obstante, conforme a la normativa vigente, a los alimentos infantiles no les está permitida la adición de vitaminas A y D, por aplicación del Real Decreto 490/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria Específica de los Alimentos Elaborados a Base de Cereales y Alimentos Infantiles para Lactantes y niños de corta edad.

En estas circunstancias, este Pleno suscribe la conclusión alcanzada por la Sección según la cual, en tanto no se produzca un pronunciamiento administrativo o jurisprudencial que descarte la calificación de alimento infantil para el producto promocionado, debe estimarse que la publicidad objeto del presente procedimiento resulta contraria al principio de legalidad consagrado en la norma 2 del Código de Autocontrol en relación con el mencionado Real Decreto 490/1998.

En atención a todo lo anterior, el Pleno del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Danone, S.A. contra la Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 17 de octubre de 2018.