



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

Publicidad ilícita y salud: cerrar el círculo

Illicit advertising and health: Closing the circle

Publicitat il·lícita i salut: tancar el cercle

FRANCISCO JOSÉ OJUELOS GÓMEZ *

* Francisco José Ojuelos Gómez. Abogado, Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca (España). Email: fojuelos@icasal.com.



Copyright (c) 2020 Francisco José Ojuelos Gómez
Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

La regulación de la publicidad en algunos ámbitos de lo sanitario proporciona, más allá del nivel concreto de eficacia en su aplicación, naturalmente mutable y coyuntural, un marco coherente de protección que no se constata en otros campos. Este trabajo analiza la aplicabilidad de los criterios legales y jurisprudenciales de uno de ellos (el de publicidad de medicamentos) como complemento para la actuación frente a prácticas gravemente dañosas del interés público y de los derechos de los consumidores en otros como el de la publicidad de bebidas alcohólicas o de alimentos malsanos, muy necesitados de criterios jurídicos fundados con los que actuar para atajar la desprotección del consumidor y defender la salud pública.

Palabras clave: publicidad; regulación; medicamentos; alimentos; bebidas alcohólicas.

Abstract

The regulation of advertising in some areas of health provides, beyond the specific level of effectiveness in its application, naturally mutable and conjunctural, a coherent framework of protection that is not found in other fields. This paper analyzes the applicability of legal and jurisprudential criteria of one of these areas (advertising of medicinal products) as a complement to action against practices that are seriously harmful to public interest and to consumer rights in other areas, such as the advertising of alcoholic beverages or unhealthy food, which are in great need of well-founded legal criteria with which to act to take action to tackle consumer protection and defend public health.

Keywords: advertising; regulation; medicine products; food; alcoholic beverages.

Resum

La regulació de la publicitat en alguns àmbits del sanitari proporciona, més enllà del nivell concret d'eficàcia en la seva aplicació, naturalment mutable i conjuntural, un marc coherent de protecció que no es constata en altres camps. Aquest treball analitza l'aplicabilitat dels criteris legals i jurisprudencials d'un d'ells (el de publicitat de medicaments) com a complement per a l'actuació enfront de pràctiques greument danyoses de l'interès públic i dels drets dels consumidors en uns altres com el de la publicitat de begudes alcohòliques o d'aliments malsans, molt necessitats de criteris jurídics fundats amb els quals actuar per a atallar la desprotecció del consumidor i defensar la salut pública.

Paraules claus: publicitat; regulació; medicaments; aliments; begudes alcohòliques.

1. Una desviación conceptual como punto de partida

Publicidad, en estricto sentido lingüístico, significa divulgación, con finalidad comercial (tercera acepción), o sin ella (segunda acepción). Incluso cuando concurre interés comercial, la publicidad puede además materializarse mediante la difusión de noticias y no solo de anuncios. La publicidad, presentada como información (como *noticia*) representa para el anunciante la ventaja de aparentar imparcialidad u objetividad, en cuanto no puede identificarse fácilmente el interés comercial implícito. El interés de la industria publicitaria en no ver limitados sus mensajes implicará, a veces, un intento de representar la publicidad mercantil como información objetiva (publicidad encubierta) y otras, una negación del carácter publicitario —en sentido legal— de algunas de sus formas. La separación del concepto lingüístico de publicidad y su desdoblamiento, cuando no multiplicación, en las definiciones normativas (y en las interpretaciones que de esos conceptos se ha hecho), sea la del Estado (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, LGP, en adelante) o de la Unión Europea [Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa u otras como la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, hoy sustituida por la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)] ha propiciado debates litigiosos en los más altos tribunales que han reportado, a veces, un éxito de la pretensión de esquivar restricciones frente a ciertas formas de publicidad¹, aunque otras veces, y a pesar de las limitaciones normativas, no se haya obtenido el mismo resultado exitoso:

*“lleva razón la recurrente cuando afirma, a la luz de la correcta interpretación del artículo 18.2 de la Directiva Comunitaria, que no cabe entender como publicidad, ni la promoción de la propia programación, ni el patrocinio, ni la televenta”.*²

La definición normativa ha sido descrita así como restrictiva³ por cuanto engloba solo la publicidad comercial, a pesar de que la mismas normas descriptoras (caso de la española LGP) regulan otros contratos publicitarios, como el institucional. Es decir, de alguna manera se reconoce que el concepto legal de publicidad no engloba toda la actividad publicitaria⁴, lo cual parece, en cierto sentido, un sinsentido. Sea como fuere, parece que la definición conceptual de la publicidad como *comercial* en las normas ha parecido extender su influencia más allá del ámbito estrictamente definitorio, dificultando así la caracterización de ciertas prácticas como publicitarias cuando simplemente se trata de prácticas encubiertas o en las que resulta imposible probar el ánimo comercial implícito.

2. Una multiplicación de tratamientos claramente ineficaz

El debate sobre conceptos es diferente a otro, el de la determinación del carácter encubierto de la publicidad o su presentación como divulgación imparcial, que tampoco está cerrado, como demuestran pronunciamientos muy recientes que han debido fijar como doctrina, por ejemplo, que:

“puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, se combina con otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos relacionados con los contenidos tratados en la primera de las emisiones”⁵

o que ciertas estrategias “multiformato”:

“en las que intervienen de manera secuencial o simultánea diferentes formatos o soportes de comunicación, por ejemplo, insertando en el seno de un programa de televisión determinados micro-espacios en los que, se hace referencia a una página web o blog que remite, a su vez, a una plataforma de venta online”

pueden igualmente integrar el concepto de publicidad encubierta⁶ de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

El problema a este respecto es que el tratamiento normativo de la publicidad encubierta tampoco es uniforme. En la LGCA se establecen una definición y un catálogo de sanciones en el que se incluye, como infracción grave, la realización de publicidad encubierta. Sin embargo, en la regulación general, en la LGP, no hay referencia expresa a la publicidad encubierta: la remisión a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD, en adelante) implica la sustitución de un régimen público —que incluye un catálogo de infracciones— por un régimen privado en el que la legitimación activa está claramente restringida a la iniciativa pública. Esta conclusión puede alcanzarse al comprobar que hay acciones del catálogo vedadas a la misma. Es decir, donde hay un régimen público para la televisión y la radio⁷ se ha optado por un régimen puramente privado en la LCD, sin infracciones (art. 32, acciones y 33, legitimación activa), y se ha desplazado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al civil [competencia de los juzgados de lo mercantil, art. 86 ter 2.a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial].

Dado lo anterior, no es difícil adivinar el interés de las nuevas formas de publicidad, en dispositivos móviles e internet, a través de blogs, publicaciones electrónicas o redes sociales, en

escapar de su caracterización como publicidad audiovisual. La redacción del artículo 2.2 de la LGCA, la original de 2010 tras las nueve modificaciones habidas de otros artículos de la misma Ley desde el mismo año, favorece la huida cuando, a pesar de que el tenor del primer párrafo incluye, en general, a las *redes de comunicaciones electrónicas*, sigue estableciendo un elenco de “modalidades” que solo incluye a la televisión y a la radio, y que pareciese establecer una enumeración cerrada, aunque esto no está dicho expresamente en la norma. De ahí que la cuestión del sometimiento a restricciones frente a la publicidad de ciertos productos de potencial riesgo para la salud (art. 18.3 de la LGCA), como las bebidas alcohólicas (apartado “c”), haya venido siendo una cuestión pendiente de aclaración respecto de su aplicabilidad a los *dispositivos móviles* hasta el reciente pronunciamiento de la CNMC.⁸

3. La regulación de la publicidad de medicamentos: el paradigma

Sobre la base de la declaración del artículo de 18.3 de la LGCA, “está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud”, luego tibiamente materializada en la propia LGCA en el sentido expuesto en el apartado anterior, existe un ámbito en el que tal declaración ha cuajado en realidad tangible.

La consecución de una regulación eficaz, inspirada en una voluntad firme de restringir la publicidad generadora de riesgos para la salud se articula en torno a la claridad. La mera divulgación de información, aún sin interés comercial, sobre un medicamento sujeto a prescripción médica o de venta libre sin ajustarse al contenido de la autorización, puede ser constitutiva de una infracción muy grave del artículo 111, apartado “c” (infracciones muy graves), número 16 (16^a) del Real Decreto Legislativo 1/2015 por el que se aprueba la Ley General Uso Racional de Medicamentos y productos sanitarios: “Realizar promoción, información o publicidad de medicamentos no autorizados o sin que tales actividades se ajusten a lo dispuesto en esta ley o en la legislación general sobre publicidad.” Esta regulación, con rango de ley, viene a sumarse a la establecida por el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.

La definición y desarrollo normativos de conceptos como el mismo de publicidad (o sus modalidades) y el de publicidad encubierta resultan totalmente prescindibles cuando la definición es tan sencilla y, a la vez, tan completa.

Aunque los presupuestos normativos son muy claros, en su momento hubo de ratificarse – más que aclararse– que es irrelevante, por ejemplo, que no se tuviera relación alguna con el

laboratorio o vinculación comercial alguna con el producto. En estos términos lo estableció la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de abril de 2009⁹:

“El artículo 86 de la Directiva 2001/83, con el que se inicia el título VIII de ésta, «Publicidad», dispone: «1. A efectos del presente título, se entenderá por “publicidad de medicamentos”; toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos; (...) La difusión por un tercero de información relativa a un medicamento, en particular a sus propiedades curativas o preventivas, puede considerarse publicidad aún cuando ese tercero actúe por cuenta propia y de forma totalmente independiente, de hecho y de derecho, del fabricante o del vendedor”.

El Real Decreto 1416/94, así, se basa en la misma Directiva. Considera publicidad la oferta de información y a los medicamentos OTC (de venta libre u *Over The Counter*, art. 22) y les limita la publicidad al contenido de una autorización previa: “La publicidad destinada al público requiere autorización previa por la autoridad sanitaria competente (...) La solicitud incluirá el nombre del laboratorio, medicamento objeto de la publicidad y medios de difusión que se pretenden emplear.”

La definición de publicidad como toda forma de oferta informativa destinada a promover la venta o dispensación, de la que la difusión de información relativa a las propiedades concretas de un producto forma parte, es perfectamente trasladable a cualquier otro ámbito de la publicidad y ha de serlo perentoriamente, al menos, a aquel que representa un incremento de riesgos para la salud [principio de precaución, cristalizado en una norma con rango de ley como es el artículo 3.d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública].

4. Un ejemplo de aplicación y una destemplada muestra de la situación actual: la Sentencia 1157/2019 (Juzgado Mercantil número 3 de Madrid)

Lo primero que nos ofrece la Sentencia de 30 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid¹⁰ es una magnífica prueba del régimen de funcionamiento de las iniciativas contra la publicidad ilícita que ha propiciado el pronunciamiento judicial: es estrictamente privado. Así, el litigio instado por una tabacalera contra la publicidad ilegal de otra, permite que sea un juzgado civil el que puede declarar la existencia de una publicidad ilícita (por infracción de la prohibición legal de hacer publicidad del tabaco). Es decir, a pesar de tratarse de una publicidad con relevancia para la salud pública, de un producto indubitadamente nocivo como el tabaco, la

Administración es aquí, si acaso, mera espectadora. La participación pública se limita a la intervención, requerida por las partes, de la administración de justicia a través de un Juzgado imposibilitado de cumplir con la carga de trabajo conforme a los plazos por causa de la asunción de un número de asuntos que duplica el previsto por el Consejo General del Poder Judicial para un Juzgado de lo Mercantil. El sustrato fáctico del litigio es el siguiente: la mercantil demandada, *a través de representantes suyos, ha venido realizando entrevistas y declaraciones en diversos medios de comunicación describiendo las características y ventajas de esta forma de consumo de tabaco*, mediante un dispositivo que calienta el tabaco en lugar de quemarlo.

La infracción legal del art. 9.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, permite, por remisión a la LGP, la aplicación –por nueva remisión– de la LCD, cuyas acciones son las que se ejercitan por la reclamante. En definitiva, estamos en el marco legal general y no en el específico de la publicidad audiovisual. Como elemento nuevo, al concepto *comunicación* de la LGP, la definición de la publicidad de la Ley 28/2005 añade los conceptos *recomendación o acción comercial*. La Sentencia expone las definiciones en un detallado examen del marco normativo en el F.D. III: existe así, además, una referencia a la regulación de la publicidad de los medicamentos y a la STJUE del asunto *Frede Damgaard*, a la de los servicios de la sociedad de la información y a la aplicabilidad, establecida por el TJUE, del Reglamento 1924/2006 *a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables efectuadas en una comunicación de tipo comercial* aunque la comunicación vaya solo dirigida a profesionales de la salud, porque al fin y al cabo los destinatarios del producto serán los consumidores.

“Publicidad o comunicación, aquel conjunto de informaciones constituyen una unidad”, dice la Sentencia (F.D. IV). La ventaja del supuesto enjuiciado es la existencia de prueba que conecta las publicaciones y el plan del promotor de la venta de los productos. No obstante, lo anterior no empece, a nuestro criterio, la validez de la tesis “publicidad o comunicación, aquel conjunto de informaciones constituyen una unidad” (aunque no existiese prueba de dicha conexión dado que, en tal caso, lo que cambiaría es la consideración de la publicidad, que sería quizá encubierta) porque, al fin y al cabo, lo importante es la consideración del interés promocional en lo que se presenta como una información (en los casos en los que no hay referencia al carácter publicitario del contenido). La Sentencia entra en esta cuestión, más a fondo, en el F.D. V (página 10 en adelante).

Y no son los elementos novedosos de la Ley 28/2005 respecto de la definición general (de la LGP), esto es, la *recomendación o acción comercial*, los que determinan la procedencia de la identificación, sino que *el carácter amplio de “toda forma de comunicación”* (que) hace que deba

incluirse las informaciones recogidas en los hechos probados, pues éstas constituyen una forma de comunicación, aun indirecta, del fabricante del producto hacia el público en general.

Y remata la Sentencia:

“28. La cuestión se centra, por lo tanto, en determinar si el conjunto de informaciones recogidas en los hechos probados de esta resolución suponen una promoción del uso de IQOS. La respuesta únicamente puede ser afirmativa; dichas informaciones, bajo la apariencia de información sobre un nuevo invento tecnológico, contienen un importante mensaje publicitario, tanto por su contenido, como por su forma, como por el carácter generalizado e indiscriminado de las mismas. 29. En cuanto a su contenido, en la gran mayoría de los casos se trata de informaciones periodísticas que ocupan como mínimo una página completa del periódico, revista o diario digital (de extensión similar a los anteriores), firmadas por tanto por un periodista del medio de que se trate (...).”

Lo importante, por lo tanto, es el mensaje de fondo y la forma o calificación de la comunicación son, parece lógico, secundarias.

Así, la conclusión esencial parece, de las consignadas en el F.D. VI, aquella por la que se declara que:

“la doctrina sentada en la STJUE de 2 de abril de 2009 es aplicable al presente caso pues tanto la prohibición de la publicidad de los medicamentos (en las condiciones establecidas legalmente) como la prohibición de la publicidad del tabaco tienen el mismo fundamento que es la protección de la salud pública. De acuerdo con dicha doctrina no afecta al carácter publicitario de la información que el mensaje sea difundido por un tercero independiente, en atención a aquella finalidad de protección de la salud pública.”

Además de por su intrínseco valor jurídico, la Sentencia es una extraordinaria muestra del proceder de la industria publicitaria en este ámbito: declara probadas (F.D. II, en una exposición de casi 4 páginas, desde la 3 in fine hasta la 7 a la mitad) toda una serie de publicaciones que revelan a las claras la forma de difusión de contenidos, que aparecen en forma de artículos, entrevistas y reseñas con apariencia periodística con intención de promocionar el nuevo producto del tabaco: en el diario económico *Expansión*, *Larioja.com*, *El Diario Montañés*, *La Verdad*, el *Diario Vasco*, *Las Provincias*, *El Comercio*, *Finanzas.com*, *El Norte de Castilla*, *Hoy.es*, *diario Deia*, *La Razón Tu Economía*, el diario de información general de *Las Palmas*, la *Provincia*, el suplemento semanal *Mercados* del diario *El Mundo*, *Expansión Economía Digital*, sección de Empresas del diario digital *El Español*, *Canarias 7*, *Tenerife El Día*, *ABC*, *Vozpópuli*, *Diario de Sevilla*, *Yo Dona*, *5 Días*, *Eldiario.es*,

Diario de Teruel, El Economista, El Correo Gallego, La Opinión de Tenerife, La Vanguardia, Diario de Burgos, Cosmopolitan, Muy Interesante, Quo, Vanity Fair, Viajar o Conde Nast Traveler, entre otras.

Frente a lo anterior, la aplicabilidad de doctrina de la STJUE *Frede Damgaard* en relación al concepto de publicidad inclusivo de actos de información ha quedado establecida más allá del ámbito de la publicidad de medicamentos.

5. La pugna entre las libertades de empresa o de expresión mercantil y el resto del ordenamiento

La intensidad con la que el derecho a la libre expresión puede ejercerse depende del fin que motive dicho uso: “De ahí que pueda limitarse el commercial speech en mucha mayor medida que el speech político, religioso o simplemente humorístico”¹¹. La anterior afirmación es aplicable, parece, también al caso de que el *speech* sea obra de una persona física, dado que en tal caso actuará como empresario individual, por cuenta de éste o en su interés, consciente o inconscientemente, en el sentido de la Sentencia *Frede Damgaard*. Si los tribunales nacionales consideran que los fines estrictamente comerciales y el contexto estrictamente comercial (publicidad o promoción) determinan que la actividad publicitaria no pueda ser considerada manifestación del ejercicio a la libre expresión o información, sino de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), para los tribunales europeos sí cabe hablar de libertad de expresión, pero específica: el *uso mercantil de la libertad de expresión* representa un concepto análogo al de la libertad de empresa de nuestro ordenamiento constitucional, tanto para el TJUE¹², como para el TEDH¹³ por cuanto puede ser objeto de limitaciones justificadas. No hay libertad de expresión que ampare el uso de publicidad fuera del marco normativo.

6. Los presupuestos de una “extensión de efectos” (I): las bebidas alcohólicas

Cada uno de los dos ámbitos que analizaremos en este trabajo como susceptibles de recibir los criterios¹⁴ de las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid de 30 de septiembre de 2019 (SJM M 1157/2019, *vid.* nota 9) y del TJUE en el caso *Frede Damgaard* tienen una característica en común: las propias normas jurídicas determinan de forma suficiente la falta de inocuidad de los productos objeto de publicidad. Es decir, el marco vigente es suficiente para apreciar la existencia de comunicaciones comerciales que *fomenten comportamientos nocivos para la salud*.

En el caso de las bebidas alcohólicas, a las restricciones propias de su inclusión en el artículo 18.3 de la LGCA, que prohíbe, entre otras, la publicidad de cualquier tipo de bebidas alcohólica cuando la misma *asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud*, hay que añadir la previsión del artículo 4.3 del Reglamento (CE) número 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. A pesar de la enorme cantidad de publicaciones aparentemente informativas (muchas del mismo tipo de las analizadas por la SJM M 1157/2019), la relación entre la ingesta de alcohol y salud, de gran interés en la estrategia de captura de la salud pública¹⁵, es cuestión pacífica para todas las entidades de referencia en salud pública a nivel global: no existe nivel de consumo de alcohol que no represente un riesgo para la salud.¹⁶

Con cada publicación periodística haciéndose, aparentemente, eco de la opinión de un sanitario o de un supuesto estudio que acredita unos beneficios –inexorablemente, parciales o relativos a un concreto aspecto y, normalmente, de baja o ínfima calidad– se está cometiendo un fraude de ley e incurriendo, en aplicación de la doctrina que venimos exponiendo, en la realización de publicidad ilícita.

7. Los presupuestos de una “extensión de efectos” (II): los productos alimentarios nocivos

Las bebidas azucaradas, bebidas “energéticas”¹⁷, zumos, pasteles, galletas, pastas dulces y la bollería, snacks que tienen cualquier cantidad de sal, helados, cereales de desayuno con más de 15 gramos de azúcares totales por cada 100 gramos de producto o 1,6 gramos de sal, lácteos azucarados con más de 10 gramos de azúcares totales o más de 2,5 gramos de grasas totales; y algunas otras categorías como la *fast food* o los cárnicos procesados que, en aplicación del principio de precaución, acreditan suficientemente su relación con la aparición de ciertos tipos de cánceres¹⁸, pueden ser considerados productos malsanos en sentido legal, en aplicación de criterios normativos, del artículo 4.3 del Reglamento (CE) número 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. Es perfectamente válido el criterio, que es el que hemos aplicado para la definición, de la Oficina para Europa de la Organización Mundial de la Salud¹⁹, a la vista del incumplimiento por la Comisión Europea de la obligación de establecer los perfiles nutricionales, como muy tarde, a participios de 2009 (art. 4 del Reglamento 1924/2006, de 29 de diciembre):

“A más tardar el 19 de enero de 2009, la Comisión, de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 24, apartado 2, establecerá los perfiles nutricionales específicos y las condiciones, incluidas las exenciones, que deberán respetarse para la utilización de declaraciones nutricionales y de propiedades saludables de los alimentos o de determinadas categorías de alimentos.”

La lógica de la norma es clara: no se pueden hacer declaraciones nutricionales o de salud en productos con un perfil global malsano.

La situación del sistema de “autorregulación” es la de un fraude a la previsión del artículo 46 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, que exige que los códigos de “autorregulación” se apliquen, garantizando la protección. La prueba del fraude no la proporciona el sistema construido en torno al Código PAOS, ajeno a la Administración, y de una laxitud impropia²⁰, sino los estudios externos al mismo: se han acreditado incumplimientos masivos, de hasta el 49,3% en 2008²¹, del 88,3% en 2012²² y del 74% el 2016.²³

Son los alimentos malsanos los que mayoritariamente se publicitan y ello es compatible con la garantía legal de seguridad alimentaria: la inocuidad caracterizada en el artículo 14 de la norma madre de todo el derecho alimentario europeo [Reglamento (CE) número 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria] ha sido definida en la práctica como la incapacidad de hacer enfermar:

“de manera más o menos grave y sobre todo si es de forma aguda (muy cercana la ingesta del alimento del efecto sobre la salud)”. La explicación es la siguiente: “En las sociedades modernas (...) existen notables excepciones a esta regla, debido o bien a bajas probabilidades de enfermar (...) o bien porque el efecto nocivo para la salud sea silente o a largo plazo (enfermedades cardiovasculares, cerebrovasculares, cáncer, diabetes, etcétera).”²⁴

La realidad práctica de la protección del derecho alimentario es la protección contra el fenómeno contaminante (incluyendo la presencia natural de patógenos, definida como contaminación en las propias normas) y no contra la alimentación malsana.²⁵

En aplicación de la doctrina que venimos exponiendo en este trabajo, la publicidad de alimentos malsanos debería ser considerada publicidad ilícita y, con mayor intensidad, en el caso de que la misma haga uso de declaraciones nutricionales o de propiedades saludables.

8. Conclusiones

En la definición legal de publicidad y su regulación pueden apreciarse incongruencias y complejidades precisas de remoción, si se tiene en cuenta lo que en el lenguaje común es publicidad, por una parte, y lo que la realidad de los procedimientos judiciales revela que son prácticas propias de la industria publicitaria. Por otra parte, la regulación de la publicidad encubierta es claramente deficiente y el concepto sigue en proceso de consolidación interpretativa en los tribunales. El tratamiento de esta estrategia (de publicidad que no reconoce su condición) en relación al marco general no se entiende de interés público, por la primacía que la norma da a la iniciativa privada y la competencia otorgada a los tribunales mercantiles. Las formas de publicidad de productos de riesgo para la salud intentan escapar al control de la regulación menos laxa, la de televisión y radio que, no obstante, en absoluto puede considerarse exigente. La regulación de la publicidad de medicamentos es un ejemplo de buena regulación porque, de inicio, y más allá de las consecuencias legales de su infracción y del régimen público de funcionamiento, parte de una definición de la publicidad que coincide con la realidad de las prácticas de la industria y elimina problemas interpretativos totalmente prescindibles. La Sentencia de 30 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid define con precisión la aplicabilidad de la definición de publicidad del sector de los medicamentos, establecida con detalle en la Sentencia del TJUE del asunto *Frede Damgaard* a la publicidad de productos de riesgo y acredita un ejemplo tangible de la intensidad de esfuerzos de esta industria en promocionar sus productos. La doctrina de los altos tribunales (TC, TS, TJUE y TEDH) no ampara la realización de publicidad fuera del marco legal. Tanto las bebidas alcohólicas como los alimentos malsanos son configurados en las normas como productos susceptibles de causar daño a la salud con intensidad suficiente. Existen pruebas suficientes de la existencia de altos niveles de incumplimiento de las normas en la publicidad de ambos tipos de productos. Se ha justificado de forma más que suficiente la pertinencia y la necesidad de aplicar nuevos criterios legales y jurisprudenciales para actuar de forma más decidida contra la publicidad ilícita de estos dos tipos de productos. Es la hora de cerrar el círculo.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2003, ROJ STS 3700/2003 (CENDOJ).

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2002, ROJ STS 886/2002 (CENDOJ).

- (3) Martínez-Salcedo, J.C. (2016). Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al derecho español. *Opinión Jurídica*, 15, 29, 101-122.
- (4) Vilajoana, S. (2015.) *Límites jurídicos de la publicidad en España*. Barcelona: Universitat Ramon Llull.
- (5) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2019, ROJ STS 3601/2019 (CENDOJ).
- (6) Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018, ROJ STS 3770/2018 (CENDOJ).
- (7) Actividades a las que en la práctica se ha restringido conceptualmente la comunicación audiovisual.
- (8) Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. (2017). Acuerdo por el que se da contestación a la consulta formulada por la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial (Autocontrol) en relación a la promoción de bebidas alcohólicas de mas de veinte grados en aplicaciones móviles. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1637626_11.pdf. [Consulta 20 de mayo de 2020].
- (9) STJUE asunto C-421/2007, Sala Segunda, de 2 de abril de 2009.
- (10) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid de 30 de septiembre de 2019, ROJ SJM M 1157/2019 (CENDOJ).
- (11) Alfaro, J. (2015) Sólo las personas tienen derechos. Disponible en: <https://almacenederecho.org/solo-las-personas-tienen-derechos/>. [Consulta 20 de mayo de 2020].
- (12) STJUE asunto C-71/02 de 25 de marzo de 2004.
- (13) STEDH 10572/83 de 20 de noviembre de 1989.
- (14) A esto nos referimos, en licencia expresiva, con *extensión de efectos*.
- (15) Royo, M.Á. (2015) Captura corporativa de la salud pública. *Revista Bioética y Derecho*, 45, 25-41.
- (16) Ojuelos, F.J., Basulto, J., Baladia, E. (2017) *Consumo de alcohol y recomendaciones de salud: ya basta*. Disponible en: <http://criticaprocesal.blogspot.com/2017/11/consumo-de-alcohol-y-recomendaciones-de.html>. [Consulta 20 de mayo de 2020].
- (17) Denominación publicitaria muchas veces expresa, consolidada a pesar de su carácter contrario a derecho. Cfr. Real Decreto 1907/1997 de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad

- sanitaria, artículo 4.12 y Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, artículo 44.2.
- (18) Fondo Mundial para la Investigación del Cáncer. (2020). *Recomendaciones para la prevención del cáncer*. Disponible en: <https://www.wcrf.org/dietandcancer/cancer-prevention-recommendations>. [Consulta 20 de mayo de 2020].
- (19) World Health Organization. (2015). *WHO Regional Office for Europe nutrient profile model*. Disponible en: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/270716/Nutrient-children_web-new.pdf. [Consulta 20 de mayo de 2020].
- (20) Ojuelos, F.J. (2018). *El derecho de la nutrición*. Salamanca: Amarante.
- (21) Romero, M.M., Royo, M.Á. y Rodríguez, F. (2010). Compliance with self-regulation of television food and beverage advertising aimed at children in Spain. *Public Health Nutrition*, 13 (7), 1013–1021.
- (22) León, K., Rico, A., Moya, M. A., Romero, M., Bosqued, M.J., Damián, J., López, L., y Royo, M.Á. (2017). Evaluation of compliance with the Spanish Code of self-regulation of food and drinks advertising directed at children under the age of 12 years in Spain, 2012. *Public Health*, 150, 121 - 129.
- (23) Morales, F.A., Romero, M.M., Royo, M.Á. (2019). Evaluación de la publicidad alimentaria del canal de televisión infantil Boing en España en 2016. *Revista Pediatría de Atención Primaria*, 21, 84, 69-77.
- (24) Mariné, A. y Moreno, R. (2016). Influencia de las políticas de impuestos y subvenciones en la calidad de la dieta. En Colomer, Y., Clotet, R., González-Vaqué, L., *El Sistema Alimentario. Globalización, sostenibilidad, seguridad y cultura alimentaria*. Barcelona: Aranzadi.
- (25) Ojuelos, F.J. (2018). *El derecho de la nutrición*. Salamanca: Amarante.

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2020