

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO

Cuestiones de Derecho mercantil español en el sector agroalimentario. Especial referencia a la publicidad y la competencia desleal

1. Introducción

El ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros países miembros de la UE, y a pesar del impulso y fomento realizado por parte de los organismos comunitarios al establecimiento del conocido como *Food Law*, carece de un conjunto normativo propio y específico del Derecho agroalimentario cuya finalidad principal sea la actividad agrícola en su amplio sentido.

Esto es, un grupo normativo que, formando parte de la rama pública y privada del Derecho, se ocupe de los principios y presupuestos generales no sólo de la producción, sino también de la comercialización y distribución de los alimentos en general. Pese al desarrollo normativo sobre la materia en el ordenamiento nacional, la falta de regulación específica hace que, a efectos de normación de este ámbito, debamos acudir a los sectores jurídicos que se ocupan de determinados aspectos concretos o partes de la mencionada actividad.

Por tanto, en este panorama destaca un conjunto normativo de carácter general y, fundamentalmente, público que conforman las normas técnicas y que ceden en su aplicación frente a las disposiciones específicas. Así, los principios técnicos aplicables en la materia van a ser de naturaleza administrativa (Derecho público) y se encargan de regular cuestiones generales en relación con el etiquetado de los productos y la información que se ofrece a los consumidores. Mientras que las normas especiales que

tendrán aplicación prioritaria se aplicarán en razón del producto concreto sobre el que se emita la información o, en su caso, del medio a través del que se lleve a cabo la difusión del mismo.

El presente trabajo se va a centrar en el conflicto de intereses que se plantea en el ámbito jurídico desde la perspectiva de la tutela del consumidor en materia de información y etiquetado de los alimentos que se ofrecen en el mercado en el ordenamiento español.

La confrontación indicada surge, de un lado, desde la perspectiva del empresario o de la entidad que está amparado por el derecho a la libertad de expresión y de información que prevé la Constitución Española¹ para dar a conocer en el mercado sus productos y, de modo concreto, en el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado². Pero, de otro, está la protección de los intereses del consumidor, en cuyo caso serán los poderes públicos los que tienen que velar por la garantía de la defensa de los consumidores tutelando la seguridad, la salud y los intereses económicos legítimos de los mismos³.

En definitiva, se precisa de un equilibrio de los intereses indicados que permita el ejercicio de la libertad de empresa en el mercado de forma leal en beneficio de los que participan en él, incluyendo no sólo al resto de entidades competidoras, sino además a los consumidores que forman parte del dicho entorno empresarial. Respecto de la materia que nos ocupa, el punto de equilibrio aludido se refleja en la necesidad de que los consumidores sean debidamente informados sobre los extremos básicos de los alimentos que se promocionan y que dicha información responda a la veracidad y resulte suficiente para que aquéllos puedan actuar en el entorno económico con el adecuado conocimiento.

¹ El art. 20 de la Constitución Española reconoce tanto la libertad de expresión como la libertad de información activa y pasiva (en relación con los arts. 10 y 18 del mismo texto normativo). Para ampliar la materia véase J. M^a. de la Cuesta Rute, *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona 2002, pág. 44. El derecho a la libertad de expresión ha sido defendido en la Comunidad Internacional, entre los diversos textos normativos destacan: el art. 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789, el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1.948, el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966, el art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1.950 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1.953, completado por ocho Protocolos [España lo firmó el 24 de noviembre de 1.977 y lo ratificó en 1.979]. Los preceptos de los textos señalados, al igual que los postulados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son de aplicación directa en España (art. 96 de la Constitución Española).

² Art. 38 de la Constitución Española.

³ Art. 51 de la Constitución Española.

En consonancia con lo expuesto, la publicidad comercial es una comunicación colectiva entre el empresario que pretende promocionar sus productos alimenticios en el mercado y el público destinatario de los mismos⁴. En dicha comunicación, se confrontan los intereses legítimos del anunciante, es decir, poner en conocimiento de los destinatarios la información que desea y hacerlo de forma eficaz para obtener unos resultados favorables y, de otro lado, los intereses de los consumidores. Estos últimos pueden ver limitada su libre capacidad de elección en el mercado o, en su caso, ser perjudicados respecto de actuaciones de los empresarios que dificultan el correcto funcionamiento del mismo. Por tanto, al Derecho compete alcanzar el equilibrio necesario que garantice la correcta tutela de los intereses señalados y, a su vez, otorgue seguridad y certeza en el tráfico económico⁵.

2. Principios normativos de aplicación

La norma de carácter comunitario principal que se encarga de establecer determinados principios generales en materia de información de productos alimenticios va a ser el Reglamento 1169/2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor vigente respecto del etiquetado general de los productos alimenticios⁶ y del etiquetado nutricional⁷. Los aspectos fundamentales que se tratan en el mismo, al objeto de este trabajo, son los que a continuación se indican.

En primer término, el legislador establece unos presupuestos de información de carácter preceptivo. Nos referimos, al etiquetado obligatorio

⁴ Sobre la importancia e influencia de la actividad publicitaria en la sociedad, vid., J. M^o. de la Cuesta Rute, op. cit., págs. 25-32; M. Santaella López, *Derecho de la Publicidad*, Madrid 2003, págs. 20-22.

⁵ El marco socioeconómico de la publicidad precisa del desarrollo por parte de los poderes públicos de una política específicamente dirigida a dicho sector (M. Santaella López, op. cit., págs. 33-35).

⁶ Directiva 2000/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (DOUE L 109 de 6 de mayo 2000). Texto modificado por diversas disposiciones normativas que pueden consultarse en: <http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/121090_es.htm#amendingact> (último acceso en junio 2015).

⁷ Directiva 90/496/CEE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1990, relativa al etiquetado de propiedades nutritivas de los productos alimenticios (DOUE L 276 de 6 de octubre 1990). Texto modificado por diversas disposiciones normativas que pueden consultarse en: <http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/121092_es.htm> (último acceso en junio 2015).

sobre información nutricional que han de tener los alimentos transformados y que tienen que aludir a aspectos como: su valor energético, grasas (incluidas las saturadas)⁸, hidratos de carbono, azúcares, proteínas y la sal⁹; y, también, se exige que dichos datos se presenten en el mismo campo de visualización.

Así, se trata tanto de una exigencia de contenido en cuanto a los aspectos a informar, como de apariencia en la medida en que se impone la necesidad de que aparezcan en el mismo plano. A ello se añade, con igual carácter obligatorio, que la declaración se haga por 100 g o por 100 ml y, de manera facultativa, se podrá establecer por porción¹⁰. Este requerimiento tiene por finalidad que sea posible la comparación entre productos ofertados en el mercado, en beneficio de la capacidad decisoria del consumidor. No obstante, la norma comunitaria deja exentos de cumplir la obligación de incluir el etiquetado nutricional respecto de algunos productos¹¹, pero abre la posibilidad de que los Estados miembros contemplen en sus normas internas una delimitación más estricta en este sentido.

En segundo lugar, cabe hacer alusión a la necesidad que impone la norma comunitaria en cuanto a las exigencias que han de cumplir las etiquetas y cuyos aspectos principales se centran en la legibilidad y la claridad de su contenido. Estos indicativos de carácter formal, se concretan en que la información se incluya necesariamente con un tamaño mínimo de la fuente. Pero cabe que el tamaño impuesto por el legislador se reduzca en función de la superficie que tenga el envase o, en su caso, no se exija incluir la información nutricional¹². Previsión que responde a la necesidad de adaptar las imposiciones de la norma a las particularidades del producto de que se trate. En todo caso, y con independencia del tamaño del producto, se exige que consten determinados datos, a saber: el

⁸ La información sobre aceites o grasas de origen vegetal puede incluirse en la lista de ingredientes como *aceites vegetales* o *grasas vegetales* y la indicación del origen vegetal concreto.

⁹ También es posible incluir de manera voluntaria información adicional sobre los valores de otros nutrientes como los son los ácidos grasos monoinsaturados y poliinsaturados, los polialcoholes, el almidón, la fibra alimentaria, las vitaminas o los minerales.

¹⁰ De forma adicional la norma permite que se indique el valor energético y las cantidades de los nutrientes con diferentes formas de expresión, pero han de cumplir ciertos presupuestos para que se asegure que el consumidor las comprende.

¹¹ Tal es el caso de los alimentos no envasados y algunas bebidas alcohólicas.

¹² El tamaño mínimo de fuente es de 1,2 mm, aunque si la superficie máxima del envase es inferior a 80 cm², el tamaño mínimo será 0,9 mm. Por su parte, si la superficie fuera menor de 25 cm², la información nutricional no será obligatoria. En los envases en los que la superficie mayor sea inferior a 10 cm², no es necesario incorporar la información nutricional, ni tampoco los ingredientes.

nombre del alimento, la existencia de posibles alérgenos¹³, la cantidad neta y la fecha de duración mínima del mismo.

En relación con lo anterior, hay que destacar en tercer lugar la imposición de que en el etiquetado se haga referencia expresa al país de origen o del lugar de procedencia. Pues, a pesar de que era una previsión que se establecía para ciertos productos (entre los que se incluía el aceite de oliva) y en los casos en los que se pudiera incurrir en una práctica engañosa para el consumidor de los mismos, ahora se extiende su exigencia respecto a otros alimentos en un sentido más amplio.

Por su parte, en el ámbito normativo nacional, cabe destacar el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios¹⁴ y el recientemente aprobado Real Decreto 126/2015, por el que se aprueba la norma general relativa a la información alimentaria de los alimentos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final y a las colectividades, de los envasados en los lugares de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor¹⁵.

El ámbito de aplicación del primero de ellos, se centra en el etiquetado de los productos alimenticios que se destinan a la entrega sin ulterior transformación al consumidor final y a ciertos aspectos concernientes a la presentación y publicidad de los mismos. Aunque también se refiere a productos alimenticios que son entregados a las colectividades (restaurantes, hospitales, cantinas y otros colectivos similares).

En lo que a la nueva norma se refiere, el Real Decreto 126/2015, responde a las previsiones del Reglamento comunitario referenciado con anterioridad en cuyo caso se reconoce que: “los Estados miembros deben seguir teniendo derecho [...] a establecer normas respecto a la información sobre alimentos no envasados [...]”¹⁶. De acuerdo con ello, se aprueba esta norma a fin de ampliar el nivel de protección de los con-

¹³ Estos datos han de aparecer en la lista de ingredientes y con una composición tipográfica que la diferencie del resto de la lista de ingredientes. En el supuesto de que no hubiera una lista de ingredientes, se incluirá en la mención ‘*contiene*’.

¹⁴ Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (BOE núm. 202 de 24 de agosto 1999).

¹⁵ Real Decreto 126/2015, de 27 de febrero, por el que se aprueba la norma general relativa a la información alimentaria de los alimentos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final y a las colectividades, de los envasados en los lugares de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor (BOE núm. 54, de 4 de marzo 2015).

¹⁶ Cdo. 48 del Reglamento (UE) 1169/2011.

sumidores proporcionando una mejora de la información alimentaria, lo que implica que – en última instancia – se alcance el necesario equilibrio entre los diversos intereses del mercado. El objetivo principal que se pretende alcanzar es establecer las exigencias aplicables a la información alimentaria de los alimentos sin envasar que se venden al consumidor y, además, de los alimentos envasados en los lugares de venta a petición del comprador o envasados para su venta inmediata¹⁷. Asimismo, se concretan las exigencias de información de los alimentos cuando se comercializan mediante un sistema de comunicación a distancia.

No obstante, a pesar de estas normas de carácter técnico en materia de etiquetado e información sobre los productos alimenticios, en el presente trabajo se va a hacer una especial alusión a las normas vigentes en el ámbito comercial y en el ejercicio de la actividad de empresa cuya relevancia radica en la especial protección que se otorga al consumidor en relación con la difusión de publicidad comercial y las cuestiones de competencia en el mercado¹⁸. Aspectos que consideramos esenciales en el ámbito agroalimentario, en cuanto que ambos comportamientos poseen un marcado carácter dinámico, a fin de adaptarse a las singularidades sociales y económicas de cada momento.

3. La publicidad comercial

3.1. Delimitación del término

La norma nacional en materia de publicidad delimita conceptualmente lo que ha de entenderse por promoción de bienes, servicios, derechos

¹⁷ Art. 44 del Reglamento (UE) 1169/2011.

¹⁸ En particular, hacemos referencia a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP. BOE núm. 274 de 15 de noviembre 1988) cuya aprobación derivó de la Directiva 84/450/CEE, sobre la Publicidad engañosa (DOCE L 250, núm. 17, de 19 de septiembre 1984, modificada por la Directiva 97/55/CE de 6 de octubre, DOUE L 290, de 23 de octubre 1997 y derogada, en parte, por la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE L 376/21, de 27 de diciembre 2006). Así como, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD. BOE núm. 10 de 11 de enero 1991), esta última modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31 de diciembre 2009) que trae su causa en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOUE L 149, de 11 de junio 2005).

y obligaciones en un sentido comercial¹⁹. Así, lo será cualquier comunicación que realiza una persona – física o jurídica, pública o privada – pero que se adscribe a una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional²⁰. Por tanto, cabe afirmar que no se estable una concreción genérica del concepto de publicidad, sino que se determina lo que ha de considerarse la publicidad, pero en el ámbito del comercio.

Los elementos esenciales de esta definición van a ser: de un lado, que es una comunicación que presenta un contenido de naturaleza informativa y, de otro, que contiene un rasgo de persuasión, cuya pretensión no es otra que inducir al público a la adquisición o contratación de los productos y servicios promocionados²¹. Esto hace que queden excluidas promociones que – a pesar del carácter persuasivo propio de la publicidad – no se singularizan por la finalidad indicada, como lo es la publicidad institucional emitida por organismos públicos o la publicidad efectuada en el ámbito electoral²².

De análisis de la previsión normativa indicada, cabe afirmar que es preciso iniciar una comunicación entre el sujeto anunciante y los receptores del mensaje promocional, siendo admisible cualquier tipo de comunicación. A este requisito básico, podemos añadir la necesidad de que el sujeto anunciante (persona física o jurídica, pública o privada) tiene que

¹⁹ El concepto legal de publicidad se ha ido elaborando a lo largo de los diferentes textos normativos, entre los textos normativos en materia publicitaria, cabe destacar: la Ley de Propiedad Industrial de 1902 y el Estatuto de Publicidad de 1964. Al respecto, interesa consultar el repaso que hace de las normas publicitarias anteriores a la Ley General de Publicidad el profesor A. Tato Plaza, *El Derecho de la Publicidad: Evolución y estado actual*, “Revista de Autocontrol de la Publicidad” núm. 89, septiembre 2004, págs. 38-46 (en particular, págs. 38-39).

²⁰ Esta es la definición propuesta tanto por el texto normativo comunitario (art. 2 apartado a) de la Directiva de 1984) y, en iguales términos, el Libro Verde de la Comisión sobre las comunicaciones comerciales en el Mercado Interior, de 23 de mayo 1996 [véase: www.europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm]. Sin embargo, una parte de los autores considera que el término *publicidad* no es unívoco (tal es el caso de C. Fernández Nóvoa, (1968), *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, “Revista de Derecho Mercantil” núm. 107, págs. 13-57 (en concreto, pág. 14); M. Santaella López, op. cit., págs. 54-57).

²¹ La publicidad comercial posee un contenido informativo y, además, un matiz persuasivo que influye en las decisiones que el consumidor o usuario ha de tomar. Para ampliar esta materia, véanse: J. M^a. de la Cuesta Rute, op. cit., págs. 29-30 y 35-36; P. A. de Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid 2005, pág. 28; C. Fernández Nóvoa, *Estudios de Derecho de la Publicidad, Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. Carlos Fernández Nóvoa, catedrático de Derecho Mercantil, os XXV anos de cátedra*, Santiago de Compostela 1998, págs. 58-59; M., Santaella López, op. cit., pág. 17.

²² Sin embargo, algunos autores como J. M^a. de la Cuesta Rute, op. cit., pág. 34; M. Santaella López, op. cit., pág. 59, consideran que estas exclusiones no están justificadas. Pues, los organismos públicos pueden realizar una actividad económica y, por tanto, ser anunciantes.

ostentar la condición de empresario, artesano o profesional de modo necesario, en cuanto que su intención ha de ser la promoción, directa o indirecta²³, de la contratación de los bienes o servicios ofertados. No obstante, de los aspectos fundamentales de la comunicación publicitaria comercial cabe hacer algunas indicaciones que han planteado en la práctica diversas cuestiones interpretativas²⁴.

En primer término, la delimitación entre la *promoción directa e indirecta*, se trata de expresiones indeterminadas que crean inseguridad jurídica respecto de cuáles van a ser las comunicaciones publicitarias que deban regirse por la normativa de la publicidad ilícita. En este sentido, serán los pronunciamientos jurisprudenciales los que ayuden a delimitar los mencionados términos, aunque resultan similares a las definiciones de *mediata e inmediata*. En segundo lugar, la amplitud del concepto estudiado, en la medida en que el legislador incluye la expresión *cualquier forma de comunicación*, lo cual va a comprender no sólo la comunicación promocional que se difunde a través de algún medio, sino además la tendente a dar publicidad de modo variado a todo tipo de bienes o servicios.

A este respecto, entendemos que es posible encuadrar en el concepto jurídico de promoción de carácter comercial tanto las comunicaciones publicitarias habituales, cuanto diversas formas de mensajes publicitarios que son de carácter atípico e, incluso, los recogidos en el etiquetado y en la presentación comercial de los productos. Finalmente, la promoción llevada a cabo por anunciantes públicos que no desarrollen actividades económicas de forma específica, en cuanto que hay anunciantes públicos que, a pesar de difundir comunicaciones o anuncios institucionales fundados en intereses generales, no desarrollan actividades económicas propiamente dichas. En consecuencia, quedan al margen de las previsiones contenidas en la norma y los afectados por dichas comunicaciones no podrán ampararse en los mecanismos de defensa previstos en la misma respecto de la publicidad contraria a Derecho.

La LGP, como se ha indicado, es la norma general que regula en el ámbito jurídico mercantil la actividad publicitaria que se vincula al ejercicio de la empresa y que, como veremos en el epígrafe siguiente, se relaciona con lo dispuesto en la LCD como norma aplicable a fin de tutelar la

²³ La publicidad directa es el mensaje de carácter publicitario referido a un producto o servicio cuyo objetivo es el incremento de las ventas; la indirecta, por su parte, cabe entenderla como el patrocinio publicitario de naturaleza comercial.

²⁴ Vid., P. A. de Miguel Asensio, op. cit., págs. 36-37, A. Tato Plaza, *El Derecho de la Publicidad...*, pág. 40; M. Santaella López, op. cit., págs. 55-59.

competencia en interés de todos los que participan en el mercado, previendo la prohibición de los actos de competencia desleal entre los que se incluye la publicidad ilícita. Pero dicha norma, cede en su aplicación ante las disposiciones específicas vigentes en materia de publicidad de determinados productos, tal es el caso de la Ley 17/2011, de seguridad alimentaria y nutrición que recoge principios especiales respecto de la actividad promocional de alimentos²⁵.

3.2. La específica regulación de la publicidad de alimentos

La norma vigente en materia de seguridad alimentaria y nutrición, como se ha adelantado, resulta de aplicación prioritaria en relación con la LGP respecto del ejercicio o actividad promocional de los alimentos como producto específico. Ya que la norma general de publicidad se aplica de manera supletoria a las materias no previstas en ella, como lo es la actividad publicitaria de productos alimenticios tanto los destinados a una alimentación especial (dietéticos), como a los complementos alimenticios. Respecto de la materia que nos ocupa, cabe reseñar que la regulación particular prevista para los alimentos responde a la preocupación por el nivel de seguridad que se confiere a los consumidores, en cuanto que el legislador ha determinado un sistema unitario y homogéneo de información en seguridad alimentaria²⁶. A lo que se añade, la previsión de la relación existente entre alimentación y salud y el desarrollo de un contenido que deriva de la aplicación del ‘principio de precaución’ en lo que concierne a la detección y eliminación de riesgos, en concreto los nutricionales²⁷. A fin de cumplir con ello, se establece la necesaria intervención administrativa en la materia.

En cuanto a la actividad publicitaria de los alimentos en particular, la norma – a pesar de remitirse a las disposiciones normativas vigentes de aplicación genérica – establece dos aspectos esenciales. En primer término, la prohibición de aportar testimonios de profesionales sanitarios o científicos,

²⁵ Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (BOE núm. 160 de 6 de julio 2011).

²⁶ Arts. 8-9 del Real Decreto. Así, se prevén mecanismos de coordinación necesarios para lograr una efectiva aplicación tanto a nivel autonómico como en las relaciones con la Unión Europea, de tal forma que una herramienta tan importante para la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, como la Estrategia NAOS (Nutrición, Actividad Física y Prevención de la Obesidad). Así como, la creación del Observatorio de la nutrición y el estudio de la obesidad en España.

²⁷ Arts. 5-9 y 14-23 del Real Decreto.

reales o ficticios, o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo, así como la sugerencia de un aval sanitario o científico: la promoción del consumo de alimentos con el fin de sustituir el régimen de alimentación o nutrición comunes, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad y la referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia²⁸. Esta última, hace referencia a alimentos de consumo ordinario, pero no así a las categorías de productos destinados a una alimentación especial. La intención de esta inclusión entre las prohibiciones no es otra que garantizar que los alimentos corrientes se beneficien del canal farmacia en sus promociones con la pretensión de atraer la atención del consumidor que va a actuar guiado más por las condiciones de salud, calidad y seguridad que por lo que sería la realidad del mismo. En todo caso, estas limitaciones hay que interpretarlas de acuerdo con el contenido de los textos normativos comunitarios de aplicación directa.

En segundo término, se propone la implementación de sistemas de normación voluntaria mediante la suscripción de principios autonormativos con los operadores económicos y los responsables de las comunicaciones comerciales²⁹. Es decir, se trata de potenciar la autorregulación mediante el establecimiento de códigos de conducta que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas dirigidas, de manera especial, a los menores de 15 años³⁰.

No obstante, conviene tener en cuenta que los principios contenidos en la norma de referencia se ocupan más de aspectos en materia de seguridad alimentaria en relación con la salud (como es el caso del control y supervisión de la dieta) que de cuestiones relacionadas con la información al consumidor y el contenido de la misma. Razón que justifica que sea el propio legislador el que se remita, no sólo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1924/2006, de 20 de diciembre que obviamente es de aplicación directa a nuestro ordenamiento, sino también a las disposiciones generales contenidas en la LCD y en la LGP para regular las comunicaciones comerciales de los alimentos³¹, de las que nos ocuparemos seguidamente. Ello supone que la entidad que incluya declaraciones nutricionales o de

²⁸ Art. 44 del Real Decreto. Por su parte, el art. 12 c) del Reglamento (CE) 1924/2006 establece – respecto de los testimonios de profesionales sanitarios – que “[...] no se autorizarán [...] las declaraciones que hagan referencia a recomendaciones de médicos individuales u otros profesionales de la salud [...]”.

²⁹ Art. 45 del Real Decreto.

³⁰ Art. 46 del Real Decreto.

³¹ Art. 44 del Real Decreto.

propiedades saludables en sus alimentos, en primer lugar debe cumplir con las exigencias del mismo, y luego lo establecido por la normativa interna española aplicable a la publicidad de alimentos.

Asimismo, ha de atenderse a lo previsto en el Real Decreto 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria³². Sobre éste, hay que destacar que su aplicación y observancia se confronta, en algunos aspectos, con las normas vigentes en el ámbito comunitario y que hemos aludido con anterioridad. En concreto, en lo que se refiere a las declaraciones nutricionales y las propiedades saludables de los alimentos. De forma específica, conviene tener en cuenta que el texto normativo indicado es de aplicación a los alimentos que inducen a error al consumidor sobre su naturaleza o propiedades utilizando avales pseudocientíficos, fomentando la sustitución de la dieta indebidamente o aprovechándose del efecto que provoca la venta en farmacia³³, con una finalidad sanitaria. Pero que, en todo caso, ha de interpretarse de acuerdo con el contenido del Reglamento comunitario mencionado.

3.3. Prácticas publicitarias ilícitas

La publicidad ilícita, salvando las previsiones indicadas con anterioridad, es un supuesto de conducta desleal recogido en la LCD que remite a la actividad promocional que resulta contraria a Derecho según lo dispuesto en la LGP³⁴. En particular, de acuerdo con el contenido de la norma, será ilícita la publicidad que: atente contra la dignidad de las personas o, en su caso, vulnere valores y derechos reconocidos en la Constitución Española³⁵; se dirija a los menores incitándoles a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o cuando se

³² Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (BOE núm. 189, de 6 de agosto 1996).

³³ Son los conocidos como ‘productos milagro’ (art. 4 del texto normativo).

³⁴ Arts. 3 y, además, los arts. 4 y 5 de la LGP y art. 18 de la LCD.

³⁵ En este caso, la norma señala de forma expresa los arts. 14, 18 y 20, apartado 4 de la Constitución Española. Así como, “los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

vean persuadiendo de la compra a padres o tutores; la publicidad subliminal; la que infrinja lo previsto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios; y la publicidad engañosa, desleal y agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal, de estas últimas nos ocuparemos a continuación.

El principal planteamiento respecto de la materia que nos ocupa, va a ser la conducta desleal por engañosa en la medida en que el contenido de la información facilitada al consumidor sobre el producto alimenticio induzca a error a aquéllos en un doble sentido. Esto es, de un lado, cuando se engaña por la omisión de datos que son relevantes sobre la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos, lo que hace o pueda hacer que el consumidor adopte una decisión que – de haberla tenido – no hubiera llevado a cabo³⁶. Y, de otro, cuando los datos facilitados no se corresponden con el principio de veracidad, lo que supone que queden frustradas las expectativas del consumidor. Si bien, en cuanto que es considerada una práctica desleal, nos remitimos a las consideraciones que se realizarán en el epígrafe siguiente a efectos de no ser reiterativos.

En este mismo sentido, cabe llamar la atención acerca del supuesto de publicidad contraria a Derecho en relación con la infracción de la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios³⁷. Así, en materia de publicidad de productos susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas, éstos se regulan en normas específicas que necesariamente hay que observar de acuerdo con las indicaciones realizadas con anterioridad³⁸.

4. Cuestiones de competencia desleal en España

4.1. Los actos de competencia desleal

La modificación llevada a cabo en el texto de la LCD tiene su justificación en conseguir un incremento de la tutela de los consumidores en los

³⁶ Véanse J. M. de la Cuesta Rute, A. de la Oliva Santos, *Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita*, “Diario La Ley”, tomo IV, pág. 893.

³⁷ Art. 5 de la LGP.

³⁸ Art. 44 de dicho texto normativo.

ámbitos de la competencia desleal y de la publicidad para alcanzar un adecuado funcionamiento del mercado³⁹.

Esta reforma afectó a aspectos tan relevantes como: las conductas y comportamientos desleales⁴⁰ y la difusión publicitaria⁴¹, incluyendo un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y los agresivos, así como normas procesales tendentes a establecer acciones de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores⁴²; previsiones en materia de defensa de los consumidores⁴³ (en concreto, respecto del deber de información por parte de los empresarios) y, en materia de deslealtad, se rectifica la cláusula general y se recoge una regulación explícita de las prácticas comerciales con los consumidores; y otras cuestiones relativas a la ordenación del comercio minorista sobre las ventas promocionales⁴⁴. Si bien, la novedad de mayor calado en relación con la tutela de los consumidores en el mercado es la previsión de un apartado específico dedicado a regular los códigos de conducta, incluyendo el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a ellos que actúen en contra de las obligaciones asumidas o incurran en actos desleales, así como frente a los responsables de los códigos que fomenten actos opuestos a la leal competencia en el mercado.

En cuanto al primero, hacemos alusión a la cláusula general de deslealtad en la que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetiva-

³⁹ La Ley 29/2009 supone una modificación de la regulación de la competencia desleal y de la publicidad en el ordenamiento español para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios vigente hasta el momento, de acuerdo con las exigencias del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en él.

⁴⁰ En concreto, los actos de engaño, de confusión, de denigración, la imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, la discriminación y dependencia económica, la venta a pérdida y las prácticas agresivas, arts. 5-17 de la LCD.

⁴¹ Art. 18 de la LCD. En materia publicitaria, se modifica el art. 1 y el Título II de la LGP, así como los arts. 9 a 24 del Título III (actuales arts. 7 a 22) y se deroga el Título IV del mismo texto normativo.

⁴² A saber: la cláusula general de deslealtad (art.4 de la LCD), las prácticas desleales con los consumidores (arts. 19-31 de la LCD), los códigos de conducta (arts. 37-39 de la LCD) y ciertos aspectos procesales (arts. 32-36 de la LCD).

⁴³ Nos referimos a los arts. 8, 18, 19, 20, 47.3º, 49.1º, 60, 63 y 123 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre, en adelante LGDCyU).

⁴⁴ En particular, la modificación de los arts. 18, 22, 23 y 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero, en adelante LOCM).

mente contrario a las exigencias de la buena fe⁴⁵. No obstante, se ha especificado la protección de los consumidores y usuarios concretando que en las relaciones que se lleven a cabo con los sujetos indicados resultará opuesto a las exigencias de la buena fe la conducta o comportamiento de un profesional que sea contrario a la diligencia que le es exigible y que distorsione significativamente el comportamiento económico del ‘consumidor medio’ (o ‘miembro medio del grupo’) o pueda llegar a distorsionarlo.

Es decir, la conducta resulta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe y, en consecuencia, es desleal cuando el empresario en las relaciones con los consumidores y usuarios hubiera actuado al margen de la diligencia que le es propia afectando con ello las decisiones de los mismos en cuanto a la elección de una oferta o del sujeto que la ofrece, la contratación de un producto o servicio y sus condiciones, el abono del correspondiente pago, la conservación del bien o servicio y la ejecución de sus derechos contractuales⁴⁶.

Asimismo, como se ha indicado, la práctica resultará desleal cuando produzca el efecto de mermar la capacidad del ‘consumidor medio’ (o ‘miembro medio del grupo’ especialmente vulnerable) para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa sobre su comportamiento económico y que no hubiera tomado de no ser por la actuación que distorsiona de manera notable dicho comportamiento⁴⁷. En este aspecto, recordamos que fue la jurisprudencia del TJCE la que se encargó de la concreción del concepto de ‘consumidor medio’ al indicar que lo era el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos⁴⁸ o, cuando

⁴⁵ Art. 321-1.1º de la Propuesta, art. 4 de la LCD y art. 6 de la Directiva 2005/29/CE. La cláusula general prevista en la norma tiene naturaleza de cláusula *de cierre*, opinión compartida entre otros por autores como: S. Barona Vilar (2008), *Competencia desleal. Tutela Jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 312; J. Massaguer Fuentes, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid 1990, pág. 152; J. Sanchez-Calero Guilarte, *La ampliación del concepto de competencia desleal*, en: J. A. Gomez Segade, A. Garcia Vidal, *A El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, Madrid 2010, págs. 398-399.

⁴⁶ En igual sentido que el art. 7 del Código Civil, en el que se exige un ejercicio honesto y leal de los derechos. Vid., J. Massaguer Fuentes, op. cit., págs. 155-156.

⁴⁷ Vid., T. Vázquez Ruano, *La inserción de enlaces en una Web. La. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Madrid 2013, págs. 71-72.

⁴⁸ Por tanto, el concepto de ‘consumidor medio’ no puede entenderse como una referencia estadística, sino que van a ser los tribunales nacionales los que – de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE – adopten su propio criterio. El pronunciamiento de referencia fue la Sentencia del TJCE, Sala Quinta, de 16 de julio de 1998, Asunto C-210/96, pág. I-04657, sobre la petición del

corresponda, si se perjudica la conducta económica del ‘consumidor medio de un grupo’ especialmente vulnerable por razones personales o sociales.

En consonancia con ello, respecto de la materia que nos ocupa en este trabajo, la LCD determina como prácticas desleales por resultar engañosas dos supuestos concretos⁴⁹: las conductas en las que se omita u oculte la información necesaria para que el consumidor medio adopte una decisión sobre su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa; y, en segundo término, será desleal la comunicación en la que – a pesar de facilitarse la información completa – ésta no se corresponde con la realidad o se ofrece de manera poco clara, ininteligible, ambigua, o que no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial, siempre que ello no pueda extraerse del contexto.

Es decir, si la comunicación contiene información contraria a la realidad o que, pese a ser cierta, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio; o, en sentido opuesto, que no aporte los datos mínimos u oculte información relevante que precisa el consumidor, tal es el caso de los datos básicos sobre el producto y el precio del mismo. Esto es, se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. En particular, la que haga referencia a la propia existencia o la naturaleza del bien o servicio o a las características principales del mismo.

Bundesverwaltungsgericht (Alemania) al Tribunal de Justicia de una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra e) del apartado 2 del art. 10 del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DOUE L 173) en el asunto entre *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky y Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*. A este respecto, pueden mencionarse los siguientes trabajos: L. González Vaqué, *La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la Sentencia Gut Springenheide*, “Derecho de los Negocios”, núm. 103/1999, págs. 1-15; también en (2005), Sin embargo, en algunos casos el ‘consumidor medio’ se caracteriza por ostentar cierto nivel de especialización o experimentación, como así lo han destacado: J. M^a. de la Cuesta Rute, *Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento indebido de la reputación ajena*, en: A. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, Madrid 1992, págs. 35-39; C. Fernández-Nóvoa, *Fundamentos del Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid 1984, págs. 261-263; J. Massaguer Fuentes, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Navarra 2006, págs. 91-95; A. Tato Plaza, (2006/7), *Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores*, “Actas de Derecho Industrial” núm. 27, págs. 425-436.

⁴⁹ Son las acciones u omisiones engañosas, arts. 5, 7 y 20-27 de la LCD.

Atendiendo al contenido expreso de estas previsiones jurídicas, cabe indicar que no se precisa que la omisión de la información induzca o pueda inducir a error a los consumidores medios sobre las características del bien o servicio o suponga una frustración de las expectativas generadas, sino que resulta suficiente con que los datos que se omitan sean objetivamente necesarios para que el destinatario adopte una decisión sobre su comportamiento económico⁵⁰. No exigiéndose que se perjudique su comportamiento económico, sino que bastaría con que pueda llegar a afectarle. Aunque, en las relaciones con los consumidores, dicha omisión ha de ser trascendente a fin de que perjudique de modo significativo el comportamiento económico de los mismos. En caso contrario, la omisión no se calificará como desleal por engañosa en los términos de la norma.

Junto a estas previsiones, la LCD se ocupa de las prácticas agresivas, que si bien carecían de tipificación legal ya eran conocidas por la doctrina y la jurisprudencia. Así, se considera desleal toda conducta que, mediante acoso, coacción, uso de la fuerza o influencia indebida utilizando su posición de poder, sea susceptible de mermar la libertad de elección o la conducta del destinatario y afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A tal efecto, se tendrán en consideración las circunstancias del caso concreto. Se observa, por tanto, que es preciso acreditar la concurrencia de dos requisitos: el medio utilizado y la finalidad del acto.

4.2. Mecanismos judiciales de defensa de los intereses del consumidor

La inclusión que ha hecho el legislador de la publicidad ilícita como un acto o comportamiento de competencia desleal, trae como consecuencia que las acciones judiciales frente a la publicidad ilícita sean las recogidas en el texto de la LCD con carácter general⁵¹. A saber: la acción declarativa de deslealtad que tiene por finalidad que se determine el carácter desleal del comportamiento o actuación cuestionada; la acción de cesación

⁵⁰ Hay que advertir sobre la posible equiparación de la expresión ‘alterar el comportamiento económico’ (art. 5 de la LCD) con la prevista en el art. 4 de la LCD respecto de la ‘distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor’, vid., A. Tato Plaza, P. Fernández Carballo-Calero, Chr. Herrera Petrus, *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid 2010, pág. 115 quienes, además, aclaran que el ‘conocimiento indebido’ es similar al ‘conocimiento incorrecto’, lo que no significa que sea incompleto (págs. 122-123).

⁵¹ Art. 32 de la LCD. Vid., A. Tato Plaza, *La reforma de la Ley General de Publicidad*, “Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución”, núm. 7, 2010, Julio-Diciembre, pág. 141.

de la conducta desleal cuyo objeto es la represión del acto de publicidad ilícita y evitar que se lleve a cabo en un futuro; la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal tendente a eliminar las situaciones u objetos por las que se ha exteriorizado la competencia desleal, volviendo al momento previo a la infracción; la acción de rectificación de las informaciones o actuaciones engañosas con la pretensión de que se indique la veracidad de las afirmaciones; la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados que implica la necesidad de que haya un autor materia del daño que hubiera actuado con dolo o culpa ocasionando un perjuicio que ha de cuantificarse económicamente; y, por último, la acción de enriquecimiento injusto. Esta última corresponde interponerla cuando la conducta desleal suponga una lesión de la posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva reconocido en el mercado.

Sin embargo, pese a lo indicado, el conjunto de acciones judiciales referidas y que pueden ser interpuestas frente a conductas que sean contrarias a la competencia leal en el mercado no es de carácter cerrado. A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta que se trata de ofrecer mecanismos de defensa al consumidor afectado por una práctica comercial en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, habrá que atender a las disposiciones de la norma de defensa de los intereses de los mismos⁵².

En este sentido, la norma recoge dos posibles mecanismos de defensa en materia de defensa del consumidor: los judiciales y los extrajudiciales. En el primer caso, cabe ejercer la acción de cesación que, siendo imprescriptible, tiene por pretensión obtener una sentencia en la que se imponga la cesación de la conducta que perjudica sus intereses o, en su caso, la prohibición de su reiteración futura. Además, es posible que se ejerza para limitar la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Por su parte, respecto a los mecanismos extrajudiciales, se concretan en el Sistema Arbitral del Consumo a fin de dar solución al conflicto que se hubiera planteado entre los consumidores y los empresarios. Aunque, como es sabido, la sumisión a este Sistema Arbitral por las partes es de carácter voluntario y, por tanto, se exige que conste expresamente dicha voluntad.

Además de lo anterior, resulta posible que el afectado reclame la responsabilidad penal que, en su caso, hubiera incurrido el empresario por su

⁵² Arts. 53-58 de la LGDCyU.

conducta comercial en el marco de los productos alimenticios⁵³. Los supuestos que pueden encontrar encaje en las disposiciones penales se refieren, esencialmente, a la modificación de manera intencionada de las características, propiedades o aptitudes de uso de un producto alimenticio o alimentario, con fines lucrativos y suponiendo un engaño al consumidor⁵⁴. Así, se trata del fraude alimenticio por la adulteración con aditivos o agentes diversos no autorizados susceptibles de dañar la salud de las personas, los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario. Por último, en el ámbito penal se tipifica la conducta de los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores⁵⁵.

En todo caso, quedan a salvo los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias que, en virtud de la aprobación y suscripción de códigos de conducta en el ámbito que nos ocupa, sean de aplicación a las entidades adheridas a los mismos.

En conclusión, los supuestos que en el ámbito del Derecho agroalimentario pueden perjudicar al consumidor en cuanto a la información que se le facilita o respecto del contenido de la comunicación comercial que recibe y que le induce a error han de ser interpretados según las especialidades que ofrece la regulación específica en el sector de los productos alimentarios y los presupuestos generales de las normas aplicables en el ámbito comercial y publicitario.

DEPENDENCIES BETWEEN COMMERCIAL LAW AND AGRO-FOOD SECTOR IN SPAIN SPECIAL FOCUS ON ADVERTISING AND UNFAIR COMPETITION

Summary

The conflict of interests arising from the existence of legal norms guaranteeing consumers access to food product information and regulations requiring proper labelling of food products marketed within the European Union is discussed. While food producers tend to restrict information of the product if it might discourage consumers from buying it,

⁵³ Arts. 364 y 365 del Código Penal.

⁵⁴ Vid., A. Olmos Pildain, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios*, "Diario La Ley", tomo IV, pág. 1012.

⁵⁵ Art. 282 del Código Penal.

consumers want to be given information on the ingredients of the food they buy. Consumers in Spain are protected by the existing legal regulations against unfair practices of food producers, but the conclusion of the discussion presented in the paper is that current regulations are insufficient and fail to efficiently stop agricultural and food producers from breaching the law in that matter.

I RAPPORTI TRA IL DIRITTO COMMERCIALE SPAGNOLO E IL SETTORE AGROALIMENTARE CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLA PUBBLICITÀ E CONCORRENZA SLEALE

Riassunto

L'articolo tratta del conflitto di interessi intercorrente tra le norme giuridiche che garantiscono al consumatore il diritto all'informazione su un dato prodotto agricolo, e quelle legate all'obbligo di una corretta etichettatura dei prodotti agroalimentari commercializzati all'interno dell'Unione europea. Da un lato infatti gli imprenditori che producono prodotti agroalimentari tengono a presentare il loro prodotto nel modo più conveniente possibile. Pertanto essi tendono a contenere il più possibile le informazioni in grado di scoraggiare il consumatore dall'acquisto. Dall'altro, invece, il consumatore tiene a ricevere informazioni più accurate possibili riguardo agli ingredienti contenuti nel prodotto. Come sottolineato dall'autrice l'ordinamento giuridico spagnolo protegge il consumatore contro le pratiche commerciali sleali, ma nella maggior parte dei casi l'attuale regolazione risulta essere inefficace, essa non impedisce ai produttori agricoli e agli imprenditori di violare la legge nell'ambito in oggetto.