

LA PUBLICIDAD SANITARIA
ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRODUCTOS, ACTIVIDADES
O SERVICIOS CON PRETENDIDA FINALIDAD SANITARIA



MÁSTER PROPIO EN DERECHO SANITARIO

Autor: Ana de María Sáez
Licenciada en Derecho
anademaria@icaib.org

ÍNDICE

- 1. Objetivo**
- 2. Introducción**
- 3. Qué es la publicidad**
 - 3.1 Concepto de publicidad
 - 3.2 La sociedad de consumo
 - 3.3 Objetivos de la publicidad
 - 3.4 Diferencias entre los conceptos de publicidad e información
- 4. La publicidad ilícita**
 - 4.1 Publicidad engañosa
 - 4.2 Publicidad agresiva
 - 4.3 Publicidad desleal
 - 4.4 Publicidad subliminal
 - 4.5 Publicidad encubierta
- 5. Normativa aplicable a la publicidad sanitaria**
 - 5.1 Comunitaria
 - 5.2 Estatal
 - 5.2.1 General
 - 5.2.1.1 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
 - 5.2.1.2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
 - 5.2.2 Específica sanitaria
 - 5.2.2.1 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
 - 5.2.2.2 Ley 24/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
- 6. Medicamentos, productos y prestaciones sanitarias**
 - 6.1 Los medicamentos
 - 6.2 Los productos sanitarios
 - 6.3 Los productos cosméticos
 - 6.4 Las prestaciones o servicios sanitarios
- 7. Los productos y servicios con pretendida finalidad sanitaria**
- 8. Formas en que se puede presentar la publicidad**
- 9. Instrumentos de lucha contra la publicidad ilícita**
 - 9.1 Autocontrol de la publicidad
 - 9.2 Procedimiento judicial civil
 - 9.3 Control administrativo
 - 9.4 Penal
- 10. Conclusiones**
- 11. Bibliografía**
- 12. Abreviaturas**

1. OBJETIVO

El presente trabajo tiene como finalidad brindar un panorama general y establecer las características y limitaciones que existen en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la publicidad sanitaria, y concretamente en relación con todo aquello que se encuentre en el ámbito sanitario, como: medicamentos, cosméticos, productos sanitarios, prestaciones y servicios, así como los que buscan una pretendida finalidad sanitaria.

Asimismo, tiene por objeto informar de las distintas formas existentes en nuestro país para combatir la ilicitud de este tipo de publicidad en los medios de comunicación.

2. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el concepto de salud como *el estado completo de bienestar físico y social que tiene una persona*. En este concepto confluyen diversos factores que buscan alcanzar o mantener un determinado nivel de calidad de vida, lo que ha provocado la emergencia de un mercado, el de los productos y servicios sanitarios tendentes a mejorar la salud del individuo.

Este mercado, que cada vez se ve más respaldado por la sociedad, intenta seguir creciendo con la utilización de distintas técnicas comerciales. Es aquí donde las empresas otorgan a la publicidad un papel fundamental como difusor de información sobre determinados productos y servicios con el fin de favorecer la compra de los mismos por parte de los consumidores-pacientes.

Se puede considerar la publicidad como un fenómeno social, asumiéndose como una forma natural y cotidiana de conocer diferentes opciones existentes en el mercado, y puestas a disposición de los consumidores-pacientes. Esta actividad tan compleja trae mucha controversia consigo, y más aún cuando el campo concreto de la publicidad versa sobre productos, actividades o servicios que pueden afectar a la salud de las personas.

Cada vez más nos vemos absorbidos por el espíritu mercantilista y materialista que promueve la sociedad donde vivimos, y esa corriente provoca que nuestros valores y conductas se vean modificados. Incluso la Medicina se ha visto afectada por este cambio, llegando a ser considerada como un negocio, donde pueden resultar incluso afectados los intereses de los pacientes, *“la salud”*, por los intereses y exigencias que marca el mercado.

Aunque ni mucho menos se pretende decir que nos encontramos ante una comercialización generalizada de la sanidad, tampoco es menos cierto que esa percepción se está asentando en nuestro país y está modificando la forma en que se ejerce la profesión.

En una sociedad donde día a día surgen nuevos y variados bienes, productos y servicios, el mercado es propicio para la competencia entre empresas que tratan de posicionarlos dentro de las preferencias de los consumidores, y ello se consigue mediante la utilización de instrumentos comerciales que buscan su aproximación al consumidor. Pero estos instrumentos pueden inducir de manera ilícita a la adquisición de los mismos.

En los últimos años se ha observado una gran proliferación de empresas privadas, que gestionan centros donde se practica la medicina de forma privada, o simplemente para promover la compra de productos sanitarios o con

pretendida finalidad sanitaria.

Ante este aumento de centros privados donde la competencia es muy complicada, se busca la captación del cliente sanitario mediante la diferenciación con respecto al resto. Esto se consigue como se ha indicado anteriormente mediante la publicidad, y es aquí donde la vorágine comienza, donde en muchas ocasiones el usuario se ve despersonalizado; la Medicina se ve deshumanizada y el médico se ve convertido en un simple medio para un fin comercial.

La búsqueda de obtener ese fin perseguido, captación de nuevos consumidores-pacientes, hace que en muchas ocasiones la publicidad no cumpla con los requisitos mínimos legales, y mucho menos los exigibles y deseables para un ámbito tan delicado como es la salud de las personas.

En la tendencia mercantilista de los medicamentos, productos y servicios sanitarios, se concibe al paciente como mercancía potencial de la obtención de lucro. Y con esa tendencia unos de los más beneficiados resultan los medios de comunicación, resultando la principal vía como “escaparate” para promocionar los cada vez más crecientes productos, servicios sanitarios y con pretendida finalidad sanitaria.

3. QUÉ ES LA PUBLICIDAD

3.1 Concepto de Publicidad

Antes de adentrarnos en la materia concreta objeto del presente trabajo, debemos tener claro qué es la publicidad. En relación con este concepto, son muchas las definiciones que se pueden encontrar, pero tras su estudio, se puede observar entre ellas una nota común, al identificarla como una forma de comunicación al servicio de la actividad comercial.

En los orígenes de la publicidad, ésta se definía como una tarea dirigida a ofrecer información sobre determinados bienes y servicios hasta el punto de que la razón de ser de la publicidad anterior al siglo XIX, no es otro que informar única y exclusivamente sobre la existencia de esos bienes o servicios. A partir de ese momento, es cuando igualmente se plantean las circunstancias económicas y sociales que dan origen a la publicidad tal y como se entiende en la actualidad.

Para ello, debemos acudir al artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP): *“A los efectos de esta Ley, se entenderá por publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Igualmente podemos acudir a la definición que dan por ejemplo algunos autores como *Miguel Santesmases Mestre* sobre la publicidad, donde se describe en términos generales como: *“toda transmisión de información impersonal y remunerada, efectuada a través de un medio de comunicación, dirigida a un público objetivo, en la que se identifica el emisor, con una finalidad determinada, que, de forma inmediata o no, trata de estimular la demanda de un producto o de cambiar la opinión o el comportamiento del consumidor”*.

Para *Manuel Garrido Lora*: *“La publicidad es una herramienta de comunicación persuasiva al servicio de los intereses de las empresas, las administraciones, los partidos políticos y todo aquél deseoso de influir en los conocimientos, las actitudes o las conductas de los públicos”*.

3.2 La sociedad de consumo

Es cierto que se considera al consumo como un pilar de crecimiento económico, pero también es cierto que esta perspectiva de consumo conlleva grandes riesgos. La sociedad se ve rodeada de forma constante de publicidad a través de los medios de comunicación, convirtiéndose en una sociedad de consumo, pasando de consumir lo que necesitamos a que se nos creen nuevas necesidades. En ese marco social la multitud de productos, actividades o servicios sanitarios o con pretendida finalidad sanitaria se ve fortalecida. La denominación de sociedad de consumo es debida a que en ella la acción se orienta y se dirige en muchas ocasiones en las exigencias del mercado en el que nos vemos sumergidos, pasando a observar el siguiente esquema de funcionamiento de la sociedad:

PRODUCCIÓN \rightleftarrows CREACIÓN DE NECESIDAD \rightleftarrows CONSUMO

3.3 Objetivos de la Publicidad

En la actividad publicitaria se observa que esta influencia la creación de estilos de vida; transforma actitudes, y hace que se adopten determinados valores por parte de los destinatarios de la misma, llegando a ser un importante punto de referencia para un gran número de individuos. La publicidad comercial persigue dos objetivos básicos:

- Informar: la publicidad transmite conocimientos y datos de productos y servicios (disponibilidad, calidad, canales de distribución, precios, etc.), pero es una forma de información persuasiva, caracterizada por su parcialidad (crea las noticias que le interesan y no dice absolutamente toda la verdad, sino solo aquella parte de la verdad que le interesa).
- Persuadir: la publicidad trata de ejercer una influencia en el consumidor para que compre o utilice un determinado producto o servicio, creando o modificando actitudes, para estimular la apetencia de un producto y crear una disposición favorable hacia el mismo. Se trata de convencer, a través de la motivación, de que la adquisición de un determinado producto contribuirá a satisfacer las necesidades del consumidor.

Respecto a la publicidad sanitaria cabe resaltar sobre la misma que se podría considerar como toda forma de comunicación (gráfica, sonora o audiovisual) efectuada en cualquier soporte con el fin de promover directa o indirectamente la contratación de productos, actividades o servicios sanitarios. Con respecto a la publicidad sanitaria, a pesar de que cada vez hay más oferta y está más presente en nuestras vidas, no hay que olvidar que estamos tratando con la salud, no debiendo ser considerado como un mero instrumento más para adquirir determinados productos y servicios.

Para regir la publicidad sanitaria debemos encontrar presentes unos valores, que se hacen aún más exigentes si cabe cuando tratamos con la salud, como son la **veracidad, exactitud, transparencia y competencia leal**, debiendo por tanto prevalecer siempre la protección de la salud y seguridad de los usuarios.

Como bien se indica, para que esa información resulte útil es indispensable que sea veraz y suficiente. Así queda recogido en el artículo 5 de la LGP donde se establece el principio de veracidad publicitaria: *“La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar,*

podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran”, en desarrollo del artículo 51.1 de nuestra Constitución Española: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

3.4 Diferencias entre los conceptos de Publicidad e Información

En muchas ocasiones resulta realmente complicado establecer los límites existentes entre la publicidad y la información, al ser difícil de percibir donde empieza una y acaba la otra, pues toda publicidad tiene contenido informativo. A pesar de ello, la diferencia básica que resulta de ambos conceptos radica en el objetivo que se persigue, es decir, si el resultado que se desea obtener con la misma es la promoción de un determinado producto, actividad o servicio con pretendida finalidad sanitaria, o si simplemente busca como resultado trasladar una determinada información al consumidor o usuario.

Con la información que se facilita al consumidor mediante la publicidad, este adopta decisiones a la hora de consumir o no el producto publicitado, tras conocer sus características, prestaciones, cualidades y precios siendo estos requisitos indispensables.

En otras palabras se puede establecer que la objetividad es característica propia de la información, mientras que la sugestión y subjetividad lo son de la publicidad. Además la primera tiene un fundamento exclusivamente difusor, mientras que la segunda presenta la finalidad comercial de incremento de los beneficios empresariales.

4. PUBLICIDAD ILÍCITA

La Ley General de Publicidad, en su artículo 3, recoge como tipos de publicidad ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal, la publicidad subliminal, la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer, y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. A continuación se entrará a analizar los más relevantes en relación con la materia objeto del presente trabajo.

4.1 Publicidad engañosa

Entre los elementos exigibles para poder considerar que la publicidad se ajusta a lo establecido a nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con el principio de veracidad. La publicidad siempre debe ser veraz, pero parece que esta exigencia debe ser aún más patente en el campo sanitario, convirtiéndose en un elemento innegociable.

Resulta de suma importancia controlar los mensajes publicitarios para determinar si presentan elementos que potencialmente puedan inducir a error o confusión a su destinatario. Con ello, se pretende evitar que con ciertas técnicas comerciales se vea afectada o modificada la elección, o decisión de comprar o consumir un determinado producto o servicio, o que bien se lleve a generar unas expectativas equivocadas sobre las particularidades y alcance que pueda tener

el producto objeto de publicidad.

Como bien se indica en la definición del artículo 5 Ley Competencia Desleal (LCD), será engañosa tanto si finalmente se induce a error a los destinatarios, como si simplemente es capaz de conseguirlo. Por tanto, y de acuerdo con el precepto legal, no es necesario demostrar que efectivamente se ha producido un engaño a un consumidor para que esa publicidad alcance la consideración de publicidad engañosa. Igualmente, y cuando nos referíamos a que el engaño puede suponer una modificación en la conducta del consumidor, afectando a su comportamiento económico, está claro que de forma habitual se suele producir este resultado en el mismo, pero también es cierto que a pesar de que esta incidencia no se dé, no es un requisito imprescindible para alcanzar la publicidad la consideración de ilícita por engañosa.

Es necesario poner especial atención en este tipo de publicidad, pues en los anuncios, independientemente del medio en que se presenten, es difícil identificar en ocasiones si se puede considerar o no engañoso. Para ello, es recomendable analizar las frases, afirmaciones u otros elementos que aparezcan, pero sobre todo hay que considerarlo en su conjunto, valorando la impresión general que surge del conjunto de los elementos que lo conforman. De esta forma se observa la relevancia que adquiere la dimensión simbólica de las apelaciones que efectúan al destinatario. El simbolismo que se adquiere puede ser determinante para que la publicidad adquiera la condición de ilícita por llevar a engaño al consumidor.

Esto nos lleva a pensar que para que una publicidad sea considerada como engañosa, no es necesario que el contenido de la publicidad sea necesariamente engañoso, sino que será suficiente que el modo, la forma de expresarlo o su presentación lo sean para que esa publicidad merezca el apelativo de engañosa. Y por otra, que la publicidad no será calificada de engañosa únicamente por contener afirmaciones falsas, sino en la medida en que esas afirmaciones induzcan o puedan inducir a error al destinatario.

Además, tal y como afirma el artículo 5.2 LCD: *“Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”*. Hay que tener en cuenta que la publicidad engañosa no sólo afecta a los consumidores, sino que también perjudica o es capaz de perjudicar a los competidores, y en este sentido podría ser calificada de desleal. El límite entre publicidad engañosa y publicidad desleal no siempre resulta claro, y muchas veces la distinción es más teórica que real: si conforme a la definición citada de publicidad engañosa puede perjudicar a un competidor y por tanto distorsionar la competencia, del mismo modo la publicidad desleal puede, en ocasiones, inducir a engaño al consumidor.

En este sentido, la Ley de Competencia Desleal se refiere también a los actos de engaño como comportamientos susceptibles de constituir actos de competencia desleal. De este modo, habrá que ver cómo el engaño, y por tanto, la publicidad engañosa, constituye no solo un ilícito en materia publicitaria, sino también un ilícito concurrencial.

Evidentemente es innegable que las formas de publicidad ilícita afectan, aunque sea de modo reflejo, a los competidores, porque en el fondo los distintos sujetos que intervienen en el proceso publicitario (anunciantes, competidores y consumidores) son inseparables y la interrelación que existe entre ellos hace que difícilmente se pueda afectar a uno sin que los otros resulten también afectados.

El artículo 7 LCD añade otro matiz a la publicidad engañosa: la omisión. De este modo será engañosa aquella publicidad que silencie datos fundamentales cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios. Esta especificación podría resultar reiterativa, pues si el primer apartado de este artículo reputa engañosa toda publicidad que de cualquier manera induce o puede inducir a error, en principio se supondría incluida la omisión de datos fundamentales en esa afirmación. Se podría alegar que esta omisión para que resultase engañosa deberá suscitar en el consumidor unas expectativas razonables y lógicas y que esta omisión sea clara en el contexto publicitario.

Igualmente, algunas previsiones legales pueden resultar útiles para identificar conductas de naturaleza engañosa, como el artículo 23.3. LCD, en el que se indica que resulta engañoso proclamar falsamente que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones; el artículo 27.2 LCD, que censura realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y extensión del peligro que supone para la seguridad personal del consumidor y/o su familia el hecho de no contratar el bien o servicio; el artículo 4 del RD 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, que regula la infracción de los requisitos de publicidad para todos aquellos productos, sustancias, energías, métodos, etc. con pretendida finalidad sanitaria; o los arts. 18 y 49 TRLGDCU - RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias-, acerca del incumplimiento de la preceptiva información en el etiquetado y presentación induciendo a error al consumidor.

Por lo que, a modo de resumen y conforme a lo anteriormente expuesto, nos encontramos ante publicidad engañosa cuando se omite información relevante sobre características específicas, o por el contrario se ensalzan o exageran sus cualidades.

4.2 Publicidad agresiva

Entre los tipos de publicidad ilícita del artículo 3 e) de la LGP encontramos la publicidad agresiva, cuya regulación se encuentra dispersa en el nuevo texto de la LCD. La LCD recoge, en su artículo 8, las prácticas comerciales agresivas, donde se contempla la regulación de las actividades publicitarias que, ante la saturación de los medios de publicidad masivos, optan por el contacto directo. Los actos que se tipifican en el artículo 8 LCD pueden ser calificados como actos de competencia desleal independientemente de quienes sean sus destinatarios.

En el apartado primero del citado artículo se definen las prácticas agresivas como: *“todo comportamiento que, teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o puede afectar a su comportamiento económico”*.

Para determinar si una conducta es susceptible de constituir un supuesto de publicidad agresiva, debe tenerse en cuenta si existe alguna de las circunstancias recogidas en el apartado segundo del artículo 8 LCD.

En el caso de la publicidad de productos, actividades y servicios sanitarios o con pretendida finalidad sanitaria, para que adquieran la consideración de agresivas las prácticas publicitarias, habrá que tener en cuenta la posible vulnerabilidad (condiciones familiares, de salud) que presente el consumidor en el momento en que se encuentre de forma directa con el empresario que quiere promocionar su producto. Cuando el empresario haga del conocimiento que

pueda tener con respecto a una determinada debilidad del consumidor para conseguir el fin deseado de que adquiera un determinado producto, o se haga presión para que contrate un determinado servicio, podríamos concluir que nos encontramos ante un supuesto de práctica desleal agresiva (artículo 8 c) LCD: *“La explotación por el empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia conocido por el destinatario suficientemente grave como para influir en su decisión con respecto al bien o servicio”*).

4.3 Publicidad desleal

Nos encontramos ante otro de los tipos ilícitos enumerados por el artículo 3 LGP. Antes de adentrarnos en el estudio de la publicidad desleal, conviene recordar que, desde un punto de vista económico y empresarial, y en base al principio de libertad de empresa (artículo 38 CE), la existencia de una competencia efectiva y leal constituye uno de los elementos definitorios de nuestra economía de mercado, cuya eficiencia productiva repercute positivamente en todos los operadores y, especialmente, en los consumidores y usuarios.

La publicidad constituye para la empresa una herramienta que puede contribuir al desarrollo de la competencia e incluso a veces avivarla hasta el punto de imprimirle un carácter desleal. El acto de publicidad resulta idóneo para elogiar los productos o servicios propios, pero también puede servir para atacar a la empresa del competidor, denigrar a una persona, sus productos o servicios, o para aprovecharse ilícitamente del prestigio adquirido por éste.

En este sentido, una vez puesta de manifiesto la incidencia de la publicidad en el ámbito del mercado y del papel que juegan en la actividad publicitaria el anunciante y los competidores, es inevitable pensar en la regulación de la publicidad desleal. Que una vez más, no será una sola la norma que regule este tipo ilícito de publicitario.

Con el nuevo texto que se dio a la LCD tras los cambios introducidos por la Ley 29/2009, se mantiene la tradicional cláusula general en materia de competencia desleal por la que, en el marco de las relaciones entre empresas *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe”* (art. 4.1). Ahora bien, tras los mencionados cambios efectuados por la Ley 29/2009, se incorpora una “cláusula” aplicable únicamente a las relaciones de las empresas con los consumidores y usuarios, según la cual la deslealtad de una conducta, en este caso la publicidad, vendrá determinada por la concurrencia de que:

- El comportamiento del anunciante resulte objetivamente contrario a la buena fe, esto es, contrario a la diligencia profesional. De este modo, deberán considerarse desleales aquellas prácticas publicitarias que sean aptas para anular, obstaculizar o mermar la capacidad del consumidor de adoptar decisiones libres y autónomas.

- Igualmente, deberá concurrir el elemento de que la publicidad sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio destinatario de la publicidad (art. 4.2.).

Dentro de este tipo de publicidad ilícita podemos encontrar distintas formas de presentarse: como publicidad denigratoria, confusionista, comparativa y aquella que aprovecha indebidamente la reputación ajena.

4.4 Publicidad subliminal

Recogida en el artículo 4 LGP, se entiende como aquella publicidad que:

“mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”. Por tanto, la publicidad subliminal tiene la capacidad de influir en la conducta del consumidor al modificar de forma subconsciente la percepción que tiene sobre los productos y servicios. La característica que mejor define esta modalidad de publicidad ilícita es la imposibilidad de que el consumidor perciba conscientemente que se trata de un mensaje publicitario.

4.5 Publicidad encubierta

Realmente este tipo de publicidad no se encuentra recogida como modalidad ilícita conforme a lo establecido en el artículo 3 LGP, pero el artículo 9 del mismo texto legal establece que: *“Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”.* Si analizamos el contenido de este artículo, se puede definir la publicidad encubierta como aquella en la que se produce la inclusión de información en medios de comunicación que promocionan un bien o servicio, donde el empresario que desea promocionar un determinado producto o servicio, paga, aunque no tiene porqué pues no es una exigencia para apreciar la publicidad encubierta, por la promoción de determinada información sobre el mismo, sin que quede claramente especificado en el contenido, imágenes y sonidos, y por tanto el consumidor no puede identificar que realmente dicho contenido se trata de publicidad.

Esta modalidad se puede observar en muchas ocasiones por ejemplo con la utilización de personajes públicos que, a través de sus redes sociales, indican características sobre un determinado producto o servicio confundiendo al consumidor si la misma se trata de información en relación al uso personal que ha obtenido o es simplemente el uso del personaje público como medio de publicidad.

Realmente en esta modalidad de publicidad engañosa, el elemento que constituye la misma no se encuentra en el propio mensaje (que realmente puede ser veraz) sino en la forma en que se comunica. Por lo que se puede concluir que los elementos de la misma son:

- El destinatario no identifica la naturaleza del mensaje como publicitario.
- El destinatario tiene una impresión final de que el mensaje es una manifestación de un tercero imparcial.
- Como consecuencia, se puede otorgar al mensaje un mayor grado de credibilidad.

Efectivamente esta modalidad resulta engañosa pues se está omitiendo una determinada información.

5. NORMATIVA APLICABLE A LA PUBLICIDAD SANITARIA

El fenómeno de la publicidad es un poderoso instrumento que incide directamente en el consumo, afectando en el mercado de una forma decisiva, por lo que nuestra propia Constitución le otorga en su artículo 51 el más alto rango de protección a los consumidores y usuarios estableciendo: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos*

intereses económicos de los mismos". Se añade en su apartado 2º: *"que los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca"*.

El marco normativo de la publicidad es muy variado, en él se podrían diferenciar dos grandes tipologías de normas: por una parte, aquellas que tienen por objeto regular la actividad publicitaria en general y, por otra, un amplio grupo de normas sectoriales, mucho más específicas, que incorporan a sus articulados la regulación de aspectos concretos en relación a la publicidad de los bienes o servicios objeto de regulación. También debemos tener en cuenta las normas que regulan los diferentes medios de comunicación, puesto que en ellos se incide sobre la publicidad. Todas estas normas que regulan, directa o indirectamente, la actividad publicitaria conforman el régimen jurídico de la publicidad.

Dentro de este régimen jurídico debemos efectuar su estudio inicialmente atendiendo al ámbito comunitario, estatal y como último nivel el autonómico. En el campo de la publicidad sanitaria han surgido normas específicas en la materia, y todo ello con motivo de la especial protección que el legislador intenta otorgar a la protección de la salud, al estar los intereses de los consumidores ligados con la salud, derecho que nuestra Constitución Española recoge en su artículo 43.1 el derecho a la protección de la salud, y a su vez el apartado 2º del citado artículo establece que: *"compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"*. Debiendo el legislador delimitar las garantías de los mensajes publicitarios para que se cumpla lo establecido en el artículo 43.1 de la CE.

5.1 Normativa comunitaria

La normativa comunitaria tiene una especial influencia en materia publicitaria, como la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, y 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 y sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Así pues esta Directiva establece en su artículo 6.1 la consideración de engañosa de cualquier práctica comercial que contenga información falsa, y por tanto carezca de veracidad o información que induzca a error al consumidor medio, a pesar de que la información sea correcta en cuanto a los hechos, y que de esta forma el consumidor adopte una decisión que de otra forma no se hubiera producido. Igualmente su artículo 7 continúa estableciendo los límites para que una publicidad sea considerada como engañosa, al considerar engañosa toda práctica comercial en la que teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia haga o pueda modificar su conducta. Con la presente Directiva se insiste en la necesidad de disponer de normas homogéneas a escala comunitaria que garanticen una protección al consumidor, teniendo en cuenta siempre la interpretación del sentido del mensaje publicitario desde la perspectiva del consumidor medio de los servicios que ofrecen las partes, lo que supone en realidad un perfil muy heterogéneo de personas, al ser los destinatarios de estos mensajes publicitarios el de un abanico muy amplio.

Estas Directivas se han visto incluidas en nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley 29/2009, de 30 de diciembre, donde se realiza la trasposición de éstas.

5.2 Normativa estatal

Antes de adentrarnos en legislación publicitaria debemos tener presente el artículo 43 de nuestra Carta Magna donde se reconoce el derecho a la protección de la salud y dirige un mandato a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios.

5.2.1 General

La publicidad es una actividad que por sus propias características, entronca directamente con la libertad de empresa que se tutela en el artículo 38 CE, en la medida que constituye el vehículo que permite diseminar toda la información que el empresario desea para incentivar el consumo de sus productos entre el público, lo cual es algo perfectamente lícito. Su ejercicio ha de ajustarse a las reglas marcadas por la legislación vigente, contenidas fundamentalmente en LCD, TRDCYU, debido a la estrecha relación que guarda la publicidad con el correcto funcionamiento del mercado y con las garantías de los consumidores en lo que se refiere a salud y la defensa de sus intereses económicos.

5.2.1.1 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, por la que se modifica el Régimen Legal de Competencia Desleal y de la Publicidad para la mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

El artículo 18 establece la consideración de publicidad ilícita manifestando que *“La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal.”*

Atendiendo a las prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes y servicios debemos acudir a lo preceptuado en el artículo 23.3 donde se establece: *“Proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.”*

El artículo 32, establece las acciones de la competencia desleal, incluyendo la publicidad ilícita: *“1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1.ª Acción declarativa de deslealtad. 2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.”*

5.2.1.2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El artículo 18 sobre etiquetado y presentación de los bienes y servicios manifiesta que deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario y especialmente:

a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.

b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.

Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

Por su parte el apartado 2 del citado artículo realiza una enumeración de las características esenciales que deben incorporarse de forma clara y comprensible en la presentación de los bienes y servicios, todo ello sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente.

Además el artículo 49.1 consigna una serie de infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

*(Posteriormente se dictó la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)

5.2.2 Específica sanitaria

A nivel estatal la normativa que regula la publicidad sanitaria con carácter general viene recogida en las siguientes normas:

5.2.2.1 La Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad

En la Ley General de Sanidad se da respuesta al requerimiento efectuado en el artículo 43 CE, y en materia de publicidad se preceptúa:

Según lo dispuesto en el artículo 27: *“Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable. De igual forma el artículo 30.1 establece que: “Todos los Centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad, estarán sometidos a la inspección y control por las Administraciones Sanitarias competentes.*

En último lugar en el artículo 102.1 se señala que: *“La información y promoción de los medicamentos y los productos sanitarios dirigida a profesionales se ajustará a las condiciones técnicas y científicas autorizadas del producto y cumplirá con las exigencias y controles previstos en el artículo 76 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios”*

5.2.2.2 Ley 24/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (modificada por la Ley 29/2009, que modifica el Régimen Legal de Competencia Desleal y de la Publicidad para la mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios).

En relación a la materia que ahora nos ocupa, cabe destacar el artículo 2 donde se recoge que se entiende por publicidad, y que más adelante se desarrollará. Atendiendo al citado artículo se entiende por publicidad: *“toda forma*

de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”

En los artículos 3 y 5 se alude a la publicidad de los productos, actividades o servicios susceptibles de poder generar riesgos para la salud, recogiendo en el artículo 3 la consideración como ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior 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.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal.

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

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

En el artículo 5 se habla sobre la publicidad sobre determinados bienes o servicios, indicando:

1. La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

2. Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán:

a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos; b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios; c) Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

En el procedimiento de elaboración de estos reglamentos será preceptiva la audiencia de las organizaciones empresariales representativas del sector, de las

asociaciones de agencias y de anunciantes y de las asociaciones de consumidores y usuarios, en su caso, a través de sus órganos de representación institucional.

3. El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de libre competencia, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores.

La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada.

Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo.

4. Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen.

5...

6. El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad.

Por último y con respecto a LGP en materia de publicidad su artículo 6 establece las acciones existentes para luchar frente a la publicidad ilícita: “1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera; 2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 4.ª de la Ley de Competencia Desleal: a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico. c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro. d) El Ministerio Fiscal.”

6. MEDICAMENTOS, PRODUCTOS Y PRESTACIONES SANITARIAS

6.1 Medicamentos

La regulación específica en materia de publicidad de medicamentos viene recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como en el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano. Entre la presente regulación debemos hacer una distinción en relación a si la publicidad de los mismos se destina a profesionales sanitarios, o aquellos que puedan publicitarse directamente al público.

Aunque viene en formato publicitario, la LGS regula la información que se dirige a los profesionales sanitarios. La LGS indica que la información y

promoción de los medicamentos se ajustará a las condiciones técnicas y científicas autorizadas del producto. Esta indicación debe cumplir también con lo establecido en el artículo 78 del RDL 1/2015:

1. *La información y promoción dirigida a los profesionales sanitarios, bajo control de las Administraciones sanitarias en los términos previstos en el artículo 102.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, deberá estar de acuerdo con la información técnica y científica autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y deberá ser rigurosa, bien fundada y objetiva y no inducir a error, de acuerdo con la legislación vigente, y ajustarse a la ficha técnica.*

2. *La información y promoción podrá realizarse a través de soportes escritos, audiovisuales o de otra naturaleza, dirigidos con exclusividad a profesionales sanitarios y tendrá carácter científico. En el caso de informes o artículos financiados por un laboratorio farmacéutico o entidad relacionada con el mismo, deberá especificarse esta circunstancia en la publicación.*

3. *Cuando se trate de información o promoción distribuida por medios informáticos, las Administraciones sanitarias podrán acceder a ella a los efectos de inspección.*

4. *Las ofertas de premios, becas, contribuciones y subvenciones a reuniones, congresos, viajes de estudio y actos similares por cualquier persona, física o jurídica, relacionada con la fabricación, elaboración, distribución, prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente y se aplicarán exclusivamente a actividades de índole científica cuando sus destinatarios sean profesionales sanitarios o las entidades en que se asocian. En los programas, publicaciones de trabajos y ponencias de reuniones, congresos y actos similares se harán constar la fuente de financiación de los mismos y los fondos obtenidos de cada fuente. La misma obligación alcanzará al medio de comunicación por cuya vía se hagan públicos y que obtenga fondos por o para su publicación.*

Por su parte, el artículo 80 del RDL 1/2015 establece la publicidad de medicamentos que puede dirigirse al público, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- a) *Que no se financien con fondos públicos.*
- b) *Que, por su composición y objetivo, estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento, aunque requieran la intervención de un farmacéutico. Este requisito podrá exceptuarse cuando se realicen campañas de vacunación aprobadas por las autoridades sanitarias competentes.*
- c) *Que no constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales.*

2. *La publicidad de un medicamento que sea objeto de publicidad al público, cumplirá con los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo; por su parte, los mensajes publicitarios deberán reunir los siguientes requisitos:*

- a) *Que resulte evidente el carácter publicitario del mensaje y quede claramente especificado que el producto es un medicamento.*
- b) *Que se incluya la denominación del medicamento en cuestión, así como la denominación común cuando el medicamento contenga una única sustancia activa.*

c) *Que se incluyan todas las informaciones indispensables para la utilización correcta del medicamento así como una invitación expresa y claramente visible a*

leer detenidamente las instrucciones que figuren en el prospecto o en el embalaje externo, según el caso, y la recomendación de consultar al farmacéutico sobre su correcta utilización.

d) No incluir expresiones que proporcionen seguridad de curación, ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo.

e) No utilizar como argumento publicitario el hecho de haber obtenido autorización sanitaria en cualquier país o cualquier otra autorización, número de registro sanitario o certificación que corresponda expedir, ni los controles o análisis que compete ejecutar a las autoridades sanitarias con arreglo a lo dispuesto en esta ley.

f) Los mensajes publicitarios de los medicamentos que se emitan en soporte audiovisual deberán cumplir las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad establecidas en el ordenamiento jurídico para la publicidad institucional. [...]

4. Las Administraciones sanitarias, por razones de salud pública o seguridad de las personas, podrán limitar, condicionar o prohibir la publicidad de los medicamentos y de los productos sanitarios.

5. Se prohíben las primas, obsequios, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de estos medicamentos.

Igualmente, este artículo 80 RDL 1/2015 establece en su apartado 3. la autorización y control de los mismos: *“La publicidad de medicamentos no sujetos a prescripción médica no requerirá de autorización administrativa previa, si bien las Administraciones sanitarias competentes efectuarán los controles necesarios para garantizar que los contenidos publicitarios cumplan con las normas legales y reglamentarias, que les sean de aplicación y que se ajusten fielmente a las condiciones científicas y técnicas recogidas en la autorización de comercialización”.*

Uno de los objetivos de la anterior ley es la promoción del uso racional del medicamento, por ello, con la elaboración del RD 1416/1994, viene a establecer la reglamentación atendiendo a los fines y peculiaridades de la publicidad de medicamentos. Es en el artículo 4 donde se califica la susceptibilidad de la publicidad de los mismos, refiriendo: *“Podrán ser objeto de publicidad destinada al público los medicamentos que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 78 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios”.* En los números siguientes del artículo del presente RD se recoge en los artículos 5 y 6 los requisitos y prohibiciones que tiene este tipo de publicidad de medicamentos.

6.2 Productos sanitarios

Un producto sanitario se define como cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de:

- Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad.
- Diagnóstico de control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o

de una deficiencia.

- Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico.

- Regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios.

El marco legal de la publicidad de estos productos viene recogido en LGP y LGS, que ya se ha especificado anteriormente y por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como reglamentación específica:

- Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios

- Real Decreto 1616/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos

- Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro.

El artículo 80 del RDL 1/2015, establece las garantías en la publicidad de medicamentos y de los productos sanitarios que se destinan al público en general, donde queda recogido que: "4. *Las Administraciones sanitarias, por razones de salud pública o seguridad de las personas, podrán limitar, condicionar o prohibir la publicidad de los medicamentos y de los productos sanitarios;* 6. *En el caso de los productos sanitarios queda excluida la posibilidad de realizar publicidad directa o indirecta, dirigida al público en el caso de que un producto esté financiado por el Sistema Nacional de Salud. Esta prohibición de publicidad afecta a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras, así como a todas aquellas entidades que puedan mantener un contacto directo con el paciente. Asimismo, se prohíben las primas, obsequios, descuentos, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de dichos productos.* 7. *No podrán ser objeto de publicidad destinada al público los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios.*

La publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios.

Por su parte, es en los reales decretos de productos sanitarios: Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, y Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico in Vitro, donde, detalladamente, se regula la publicidad y promoción de estos productos, estableciéndose las condiciones en las que deben desarrollarse estas actividades, todo ello de acuerdo con las previsiones que establecen en esta materia la LGS y RDL 1/2015, como salvaguarda del interés general de protección de la salud pública.

Concretamente, el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, señala en su artículo 38, que la publicidad y promoción de los productos regulados en este Real Decreto se regirá por los principios generales establecidos en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, así como en los artículos 27 y 102 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y en la Ley 29/2006, de 26 de julio.

En este artículo se consigue observar también como en el caso de la

regulación específica de los medicamentos, una distinción de los mismos en el caso de que la publicidad vaya dirigida directamente al consumidor, o si en su utilización es necesaria la intervención de un intermediario. En el artículo 38. 9 se indica que: *“Queda prohibido efectuar publicidad dirigida al público de los productos que sean aplicados o utilizados directamente por dichos profesionales, así como la publicidad de todo producto que sin ajustarse a lo establecido en este real decreto pretenda realizar alguno de los fines previstos en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b)”*.

Recoge explícitamente en su apartado 6 que: *“Los mensajes publicitarios que se inserten en cualquiera de los medios generales de comunicación, incluido Internet, así como cualquier otro material promocional dirigido al público, serán objeto de autorización previa por las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas. Cualquier otro texto promocional estará a disposición de las autoridades sanitarias citadas durante, al menos, tres meses después de su divulgación. A los efectos indicados en este apartado, actuará la Comunidad Autónoma donde tenga su domicilio la empresa del producto anunciado, salvo que la publicidad esté destinada, exclusivamente, al territorio de una Comunidad Autónoma, que será, en este caso, la responsable de su autorización. Cuando la empresa carezca de domicilio en España, actuará la Comunidad Autónoma donde radique el medio de difusión”*. De la misma manera, el Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, contempla en su artículo 25, los principios que rigen la publicidad y promoción de estos productos, remitiéndose a las mismas Leyes ya citadas y recogiendo explícitamente en su apartado 4 que: *“En el caso en que, por la naturaleza del producto, se efectúe publicidad directa al público, se tendrá en cuenta en particular, lo establecido en el apartado 5 del artículo 4 del presente Real Decreto. Los mensajes publicitarios y/o promocionales dirigidos al público de los productos contemplados en el presente Real Decreto serán objeto de autorización previa por las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas”*.

En consecuencia, la exigencia de la autorización administrativa previa para la publicidad de productos sanitarios dirigida al público se puede considerar fundamentada legalmente en la redacción del artículo 80 del RDL 1/2015, en la habilitación de las Administraciones sanitarias para poder condicionar esta publicidad por motivos de salud pública.

6.3 Productos cosméticos

Se entiende por producto cosmético conforme al artículo 2 del Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos a *“toda sustancia o preparado destinado a ser puesto en contacto con las diversas partes superficiales del cuerpo humano (epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios, y órganos genitales externos) o con los dientes y las mucosas bucales, con el fin exclusivo o principal de limpiarlos, perfumarlos, modificar su aspecto, y/o corregir los olores corporales, y/o protegerlos o mantenerlos en buen estado”*. Este RD también es de aplicación para aquellos productos de cuidado personal que se encuentra recogida su definición en el artículo 2 apartado m) del RDL 1/2015, pero anteriormente denominados como de “higiene personal” (*concepto que se modificó mediante Ley 10/2013, de 24 de julio), como aquellas *sustancias o mezclas que, sin tener la consideración legal de medicamentos, productos sanitarios, cosméticos o biocidas, están destinados a ser aplicados sobre la piel,*

dientes o mucosas del cuerpo humano con finalidad de higiene o de estética, o para neutralizar o eliminar ectoparásitos.

Siguiendo en este sentido, el RD 1599/1997 recoge en su artículo 16 los requisitos que estos productos deben tener para poder publicitarse y concretamente el apartado 5 del mismo establece que *“Las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que afecta a la salud, limitando todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma y vigilarán el cumplimiento de lo señalado de lo establecido en este artículo”.*

6.4 Prestaciones o servicios sanitarios

Los límites existentes en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la publicidad de las prestaciones sanitarias se encuentra en avivado debate en los últimos años, debiendo ponderarse las aspiraciones de los profesionales sanitarios a que se conozcan sus servicios, con la necesaria protección de los consumidores-pacientes. Para que se produzca una competencia leal el profesional no debe dejar de lado los valores que deben propugnarse en la publicidad para que persista la confianza entre la relación asistencial entre el profesional y el paciente, debiendo garantizarse la independencia y objetividad del profesional a la hora de promocionar un determinado servicio.

Así pues, cabe tener muy en cuenta lo establecido en el artículo 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de profesiones sanitarias (LOPS):

1. La publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios deberá respetar rigurosamente la base científica de las actividades y prescripciones, y será objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados.

2. Los profesionales sanitarios podrán facilitar a los medios de comunicación, o expresar directamente en ellos, informaciones sobre sus actividades profesionales, siempre que la información facilitada sea verídica, discreta, prudente y se manifieste de manera fácilmente comprensible para el colectivo social al que se dirige.

3. No podrán ser objeto de publicidad las actividades o productos sanitarios no autorizados, o sobre los que no exista evidencia de sus efectos beneficiosos para el ser humano, quedando prohibida la publicidad de productos y servicios de carácter creencial y de los productos-milagro.

4. El incumplimiento y, en su caso, la sanción que corresponda, de lo dispuesto en los apartados anteriores se exigirá de acuerdo con la Ley 14/1986, General de Sanidad, y, en lo que sean de aplicación, con las Leyes 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y 34/1988, General de Publicidad.

En el artículo 6 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos sanitarios, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, y concretamente respecto a la publicidad de los centros sanitarios se recoge:

1. La publicidad y la información de los centros o establecimientos sanitarios y de los centros de belleza, adelgazamiento, tratamiento o desarrollo físico o estético, así como de los servicios y prestaciones que realizan deberá ajustarse al contenido de la autorización sanitaria de tales centros o establecimientos.

2. Cualquier otro tipo de publicidad de tales centros, servicios o establecimientos requerirá la autorización previa y expresa de las autoridades sanitarias.

Resulta llamativo que a pesar del nombre de este RD 1907/1996, el legislador haya incluido en su articulado una disposición referente a las prestaciones y servicios sanitarios.

Además de la presente legislación, junto a la Ley General de Sanidad y la Ley General de Publicidad, existe una normativa autonómica que busca poder garantizar la adecuada promoción de los servicios sanitarios mediante la revisión previa, sin que el afán profesional de dar a conocer sus servicios en ocasiones de forma engañosa no vea mermados los criterios clínicos, prevaleciendo la ética y deontología profesional. Entre ellos podemos encontrar:

- País Vasco: Decreto legislativo 5/1986 sobre publicidad engañosa; Decreto 550/1991 de 15 de octubre, por el que se regula la publicidad sanitaria, modificado por Decreto 274/2003, de 11 de noviembre.

- Navarra: Decreto foral 213/1993, 5 de julio, por el que se regula la autorización administrativa previa de la publicidad sanitaria y Decreto Foral 203/1997, de 28 de junio, por el que se regula el procedimiento de autorización administrativa previa de la publicidad de los productos sanitarios.

- Asturias: Orden Foral 63/2003, 15 de mayo, del Consejero de Salud, por la que se delega en el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Navarra, la facultad de autorización previa a la difusión de la publicidad sanitaria de sus colegiados.

- Murcia: Decreto 41/2003, de 2 de mayo, por el que se regula la publicidad sanitaria en la Región de Murcia.

- Aragón: Decreto 240/2005, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la autorización de Publicidad Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Galicia: Decreto 97/1998, de 20 de marzo, por el que se regula la publicidad sanitaria en la Comunidad Autónoma de Galicia

A pesar de que no todas las Comunidades Autónomas disponen de regulación específica en este sentido, en las existentes todas postulan la necesidad de disponer de autorización previa, para que se pueda proceder a la promoción de un determinado servicio profesional. Esta autorización previa será solicitada a la correspondiente de Consejería de Sanidad, pero incluso en muchos de ellos se establece la participación de comisiones de control e incluso de los propios colegios profesionales. Todos ellos, se encargan de revisar el texto e imágenes que se acompaña junto a la solicitud de autorización, debiendo dictarse la oportuna resolución, concediéndose en caso de que la misma cumpla con todas las exigencias legales el pertinente registro de publicidad sanitaria (R.P.S.). La publicidad sanitaria que se autorice deberá ceñirse única y exclusivamente a los términos que se expresen en la resolución dictada.

Cabe tener en cuenta que en caso de incumplimiento la Administración Sanitaria podrá determinar la imposición de sanciones, así como la adopción de medidas preventivas o de clausura, cierre o suspensión del establecimiento, instalaciones o servicios por un periodo de hasta 5 años. De igual forma, el profesional que incumpla con la exigencia de autorización administrativa previa a la hora de publicitar un determinado servicio, o que ella publicidad en cuestión resulte engañosa podrá igualmente ser sancionado por su colegio profesional, si incumple las disposiciones colegiales y profesionales, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales.

A pesar de todo, este tipo de publicidad sanitaria tiene un problema ante la insuficiente regulación a nivel nacional, pues en el resto de comunidades autónomas donde no existe regulación específica al respecto, se observa que los anunciantes no se ven sometidos a un control y exigencia de autorización administrativa previa antes de iniciar la promoción, por lo que las Consejerías de Sanidad solo pueden actuar a la hora de interponer sanciones ante la publicidad de prestaciones y servicios sanitarios que no cumplan las exigencias legales.

7. LOS PRODUCTOS, ACTIVIDADES O SERVICIOS CON PRETENDIDA FINALIDAD SANITARIA

Estos se encuentran regulados en el Real Decreto 1907/1996 de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos sanitarios, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (en adelante RD 1907/1996). Ya en el preámbulo del presente RD se manifiesta que independientemente de las leyes citadas anteriormente, aparecen en el mercado una serie de productos, materiales, sustancias, energías o métodos que pueden ser objeto de publicidad, propaganda y promoción comercial, presentándose como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, modificación del estado físico y psicológico, restauración.. etc. sin que se ajuste esencialmente a las anteriores leyes, ni tampoco se cumplan, en ocasiones, las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos. Este tipo de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria suponen en ocasiones un presunto fraude para los consumidores y usuarios, estableciéndose de este modo un mayor rigor para el cumplimiento de las disposiciones legales anteriormente indicadas.

Efectivamente esta norma es clara en sus expresiones de prohibición sobre la atribución de una serie de propiedades a productos, sistemas... etc. que pueden causar confusión al consumidor. La finalidad de este RD1907/1996 no es otra que proteger la salud de los consumidores, adoptándose medidas sanitarias generales para la protección y defensa de la salud con un mayor rigor y exigencia del cumplimiento de la normativa especial sanitaria, y regula la de los centro de belleza, adelgazamiento, tratamiento o desarrollo físico o estético, estableciendo prohibiciones y limitaciones concretas de la publicidad o promoción con finalidades presuntamente sanitarias, y en último término la posibilidad de que las autoridades sanitarias intervengan para impedir las actividades de publicidad y promoción que constituyan riesgo para la salud.

Para evitar los potenciales perjuicios en presente RD 1907/1996 adopta medidas sanitarias básicas para la protección de la salud, prohibiciones y limitaciones, así como la posibilidad de que las autoridades sanitarias intervengan para impedir la actividad publicitaria que constituya algún riesgo para la salud.

Su artículo 1 recoge que: *“Las Autoridades sanitarias y demás órganos competentes en cada caso, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley General de Sanidad, las disposiciones especiales aplicables en cada caso y lo establecido en este Real Decreto, controlarán la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o*

presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma.

2. Los Colegios Profesionales, en el ámbito de sus competencias, podrán participar y colaborar en el cumplimiento de lo establecido en este Real Decreto.

El artículo 4 de la citada norma concreta el régimen aplicable a este tipo de productos, enumerando un catálogo de prohibiciones en relación con la publicidad y promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria: *"Salvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto, queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria en los siguientes casos:*

1. Que se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo.
2. Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad;
3. Que pretendan una utilidad terapéutica para una o más enfermedades, sin ajustarse a los requisitos y exigencias previsto en la Ley del Medicamento y disposiciones que lo desarrollan,
4. Que proporcionen seguridades de alivio o curación cierta;
5. Que utilicen como respaldo cualquier clase de autorizaciones, homologaciones o controles de autoridades sanitarias de cualquier país;
6. Que hagan referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia;
7. Que pretendan aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo;
8. Que pretendan sustituir al régimen de alimentación o nutrición comunes, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad;
9. Que atribuyan a determinadas formas, presentaciones o marcas de productos alimenticios de consumo ordinario, concretas y específicas propiedades preventivas, terapéuticas o curativas.
10. Que atribuyan a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial.
11. Que atribuyan a los productos cosméticos propiedades distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial.
12. Que sugieran o indiquen que su uso o consumo potencian el rendimiento físico, psíquico, deportivo o sexual.
13. Que utilicen el término «natural» como característica vinculada a pretendidos efectos preventivos o terapéuticos.
14. Que atribuyan carácter superfluo o pretenda sustituir la utilidad de los medicamentos o productos sanitarios legalmente reconocidos.
15. Que atribuyan carácter superfluo o pretendan sustituir la consulta o la intervención de los profesionales sanitarios.
16. Y, en general, que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos

que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado.

De igual forma el artículo 5 establece igualmente prohibiciones estableciendo:

“1. Queda expresamente prohibido a todos los profesionales sanitarios y a sus asociaciones o corporaciones amparar ningún tipo de promoción comercial o publicidad dirigida al público en que, con su nombre, profesión, especialidad, cargo o empleo, respalden utilidades preventivas, terapéuticas, de rehabilitación o cualquier otra pretendida finalidad sanitaria en los supuestos contemplados en los artículos 2 y 4 de este Real Decreto.

2. Queda igualmente prohibido amparar la promoción o publicidad a que se refiere el apartado anterior mediante actividades reales o supuestas de diagnóstico, pronóstico o prescripción a través de la televisión, la radio o cualesquiera otros medios de difusión o comunicación o por correspondencia.

3. Las mismas prohibiciones establecidas en este artículo alcanzan a cualquier persona o entidad que aparente un carácter sanitario, sin serlo.

- Artículo 7. Transparencia y veracidad de la información y publicidad sanitarias.

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, toda información, publicidad o promoción comercial a que se refiere este Real Decreto deberá ajustarse a criterios de transparencia, exactitud y veracidad y evitará cualquier sesgo que pueda causar perjuicio a la salud o seguridad de las personas o a las legítimas expectativas de una información correcta y precisa en materia de salud y asistencia sanitaria.

2. Las agencias de publicidad, periódicos, revistas, emisoras de radio y televisión y cualquier otro medio de comunicación no admitirán publicidad que contravenga lo dispuesto en este Real Decreto.

3. Las autoridades sanitarias cuando consideren que determinada publicidad o promoción comercial no se ajusta a lo establecido en este Real Decreto, podrán formular, con carácter inmediato, la correspondiente advertencia a través de los medios de comunicación que la hayan facilitado, que la deberán difundir de forma gratuita, con objeto de mantener la correcta información sobre las autorizaciones, precauciones y controles sanitarios existentes en la materia de que se trate, y sin perjuicio de promover además las acciones de cesación y rectificación de la publicidad a que se refieren los artículos 25 y siguientes de la Ley General de Publicidad.

Después de establecer la regulación de este tipo de productos y actividades podemos afirmar que se comprenden por aquellos que alegan disponer de una pretendida finalidad sanitaria sobre el organismo, ya sea a través de un objeto, sustancia, método..., ofreciendo soluciones rápidas e infalibles sin que estas características hayan sido demostradas científicamente de forma válida, incumpléndose de esta forma las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos, y evitando de esa forma el pertinente control sanitario que se les debería aplicar realmente.

Se tratan de productos, materiales, sustancias o métodos que alegan gozar de una pretendida finalidad sanitaria para el diagnóstico, prevención o el tratamiento de enfermedades; modificar estados físicos o fisiológicos; y restaurar, corregir o modificar las funciones orgánicas.

Suelen presentarse a través de fuertes campañas publicitarias, donde en muchas ocasiones no han cumplido la legalidad. Con ellos, se sugiere al consumidor con la obtención de determinadas efectos a través de distintos medios

de comunicación, aunque cada vez más se observa que se utilizan las redes sociales e internet al ser más complicado el seguimiento de la ilicitud de la publicidad sobre los mismos. Igualmente se observa que el aumento de la publicidad de determinados de estos productos se debe a modas o de carácter estacional, como por ejemplo el verano donde se incrementa la publicidad de productos para conseguir adelgazar, anticelulíticos...

Hay que tener en cuenta que no solo resulta un engaño para el consumidor, sino que los mismos pueden ocasionar consecuencias negativas para la salud de los mismos.

Igualmente se debe hacer hincapié en que el RD 1907/1996, de 2 de agosto, no sólo regula la publicidad y promoción comercial de productos, sino que también se incluye citándose textualmente de “actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria”. Queda patente que en los medios de comunicación se ha observado un gran impulso de publicidad de cómo por ejemplo centros estéticos, centros láser, centros de bronceado...

La legislación que regula la publicidad de estos productos es muy limitada en cuanto a la prohibición de su comercialización y prácticamente lo que hace es impedir determinados calificativos en su promoción, lo cual no resulta tan efectivo como se pretendía con su regulación.

Como hemos indicado el artículo 4 del RD 1907/1996, debe ser interpretado en el sentido de que a menos que hayan quedado acreditadas a través de suficientes pruebas técnicas o científicas fehacientes, expresamente reconocidas por la Administración Estatal, la publicidad de cualesquiera productos, materiales, sustancias, energías o métodos no podrá utilizar alegaciones de tipo sanitario, esto es, alegaciones preventivas, terapéuticas o curativas. No está de más precisar que aunque el anunciante aportara otro tipo de pruebas en apoyo de la veracidad de las propiedades sanitarias que se puedan atribuir al producto promocionado, resultarían irrelevantes.

Este RD 1907/1996 es muy útil para identificar esta clase de productos y así se ha pronunciado en repetidas ocasiones el órgano de Autocontrol cuando: Se destine a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles; de cáncer, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo; se utilice para describir sus virtudes, el término natural vinculado a pretendidos efectos preventivos o terapéuticos; asegure alivio o curación cierta de alguna afección; Utilice como respaldo cualquier clase de homologaciones o controles de autoridades sanitarias de otro país; Pretenda sustituir la utilidad de los medicamentos o productos sanitarios legalmente reconocidos, o la consulta o intervención de los profesionales sanitarios. Ejemplo: *“Especialmente clarificadora ha resultado en este ámbito la delimitación realizada por el Jurado entre alegaciones sanitarias y alegaciones salud y alegaciones nutricionales, Como el propio Jurado ha destacado en diversos pronunciamientos, a diferencia de las alegaciones sanitarias, la utilización de estas dos últimas resultará lícita siempre que cumplan, respectivamente, las condiciones recogidas en el Acuerdo Interpretativo sobre la publicidad de las propiedades de los alimentos en relación con la salud, concluido entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas en 1998 y en el Real Decreto 930/1992, de 17 de julio, que regula la Norma de etiquetado sobre propiedades nutritivas de productos. En punto a la aplicación de esta prohibición resulta indicativa, por ejemplo, la Resolución de 12 de febrero de 2003 (FEBE vs Grupo Garvey “Ponchesterol”) relativa al etiquetado y telepromoción de una bebida alcohólica de*

la que se predicen propiedades preventivas en relación con el colesterol a través de expresiones tales como "Ponchesterol Garvey es capaz de influir sobre los niveles de colesterol y saboreándolo estaremos previniendo el colesterol y los riesgos asociados a su exceso en sangre" o "el temido colesterol se puede combatir gracias a esta bebida". En concreto, señaló el Jurado: "...es fácil concluir que la publicidad objeto del presente procedimiento infringe el principio de legalidad recogido en el artículo 2 del Código de Conducta, en relación con el art.4 del Real Decreto 1907/1996 y con el artículo 4 del Real Decreto 1334/1999. Ya la propia denominación del producto (ponchesterol) sugiere la presencia de específicas propiedades preventivas y curativas. Y esta sugerencia inicial se reitera en la publicidad con expresiones como la siguiente: "El Departamento de nutrición y desarrollo del Grupo Garvey ha elaborado el Lipsol, una estudiada combinación de vitaminas y extractos vegetales que completan de forma óptima las características de Ponchesterol. Los estudios científicos realizados en colaboración con prestigiosas instituciones científicas independientes demuestran que Lipsol es capaz de influir sobre los niveles de colesterol".

Llegados a este punto debe precisarse que el Jurado de la Publicidad entendió que, en todo caso, la citada prohibición no alcanza a las que se denominan alegaciones salud, alegaciones en las que se predica algún tipo de beneficio para la salud derivado de la utilización de los productos en cuestión pero sin aludir a efectos preventivos o terapéuticos de los mismos. En este sentido, manifiesta el Jurado de la Publicidad en su resolución de 14 de enero de 2003 (AUC vs. Orafiti "Beneo"): "Entiende este Jurado que debe trazarse una clara distinción entre aquéllas hipótesis en las que la publicidad de un producto (en este caso un alimento) afirma o sugiere la existencia de una relación entre un alimento o uno de sus constituyentes y la salud o alude a la función de uno o varios nutrientes o constituyentes de un alimento en el organismo y aquellos otros casos en los que se atribuyen al producto promocionado propiedades preventivas o terapéuticas específicas de alguna o algunas enfermedades, ya se expresen éstas en la publicidad o no. EL tenor literal de las normas antes transcritas lleva a este Jurado a concluir que sólo la segunda de estas categorías se encuentra prohibida por el Decreto sobre publicidad y promoción de productos con pretendida finalidad sanitaria. (...) Este Jurado, por lo demás, ya ha tenido ocasión de señalar que, a la hora de trazar la línea divisoria entre las alegaciones preventivas o terapéuticas y aquellas otras que se limitan a destacar la existencia de una relación entre el producto promocionado y la salud, reviste un indudable valor el Acuerdo Interpretativo concluido entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas en la medida en que este texto contiene una lista abierta de alegaciones que se consideran preventivas y, por ende, prohibidas por el Real Decreto sobre publicidad y promoción de productos con pretendida finalidad sanitaria".

En el caso de los productos supuestamente adelgazantes, el RD tiene como pautas a tener en cuenta para detectar un producto milagro y por tanto deberíamos desecharlo, que: Atribuya a los productos cosméticos o a los alimentos propiedades distintas de las reconocidas a los mismos conforme a su normativa especial; sugiera propiedades adelgazantes o contra la obesidad.; aporte testimonios de profesionales sanitarios, personas famosas o conocidas por el público, o pacientes supuestos o reales, como medio de inducción al consumo; aluda a su venta en centros sanitarios o farmacias. Ejemplo: Resolución dictada el 3 de abril de 2003 (CECU vs. GREEN MAIL "Algoxyl 500"). En punto al alcance

de esta prohibición, el Jurado ha declarado que la misma no resulta aplicable en aquellos casos en que quienes aparecen en el anuncio ensalzando las cualidades del producto son simples usuarios o consumidores que no pueden ser catalogados como “pacientes”. Así lo señaló el Jurado en su Resolución de 30 de julio de 2002 (AUC vs. Laboratorios Menthol House “Revital”): “los testimonios de varias personas que aparecen en el spot reclamado que a juicio de esta sección no pueden ser calificadas de “pacientes” en el sentido de lo previsto en el art.4.7 del Real Decreto 1907/1996. En opinión de esta Sección estamos simplemente ante los testimonios de corrientes usuarios, que no se presentan ante los consumidores como “pacientes” o personas que sufren algún tipo de dolencias en concreto. Por ello consideramos no les resulta de aplicación la prohibición del art.4.7”.

Resolución de 23 de julio de 2014 de la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad por la que se estima la reclamación presentada por Johnson & Johnson, S.A. frente a una publicidad de la que es responsable la entidad Beiersdorf, S.A. La Sección estimó la reclamación, declarando que la publicidad reclamada incluía alegaciones que excedían de las propiedades de un producto cosmético y, por tanto, que infringía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, en relación con el artículo 16 del Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre sobre productos cosméticos y el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria; así como el artículo 3.1 del Código Ético de Confianza Online. La reclamación se formula frente a una campaña publicitaria en Internet difundida por Beiersdorf para su gama de productos “Eucerin pH5 piel sensible” a través de una página web y del portal Facebook donde se recogían frases como: “Protección frente al polen gracias a la piel. Las alergias son una de las enfermedades más frecuentes actualmente. Las denominadas alergias tipo I como la rinoconjuntivitis alérgica y la alergia al polen son causadas por aeroalérgenos. Se sabe que los alérgenos producen estrés en el aparato respiratorio y los ojos. ¿Sabía que la piel constituye un punto importante para la entrada de los aeroalérgenos? Estudios científicos recientes han demostrado que los aeroalérgenos como el polen pueden penetrar en el organismo a través de la piel y que son los responsables de la aparición de reacciones y síntomas alérgicos. Por este motivo, Eucerin® ha desarrollado la gama de productos Piel Sensible con el fin de: Reducir la carga producida por los alérgenos en el organismo. Activar los mecanismos de defensa propios de la piel. Proteger la piel normal y sensible” en el margen derecho leemos: “Productos pH5 Eucerin-piel sensible. Por todo ello el Jurado entendió la publicidad reclamada, transmite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, un mensaje preventivo y terapéutico que excede de las propiedades de un producto cosmético como es la gama de productos “pH5 piel sensible” de Eucerin.

En general aluden a propiedades preventivas o terapéuticas, sin el respaldo científico o técnico reconocido expresamente por la Administración Sanitaria. Pensando detenidamente en el listado que se presenta, y teniendo en cuenta la publicidad que se presenta al respecto en los medios de comunicación, las señales para identificar los mismos son visibles, pero cada año se presentan con mayor abundancia y promocionando mayores beneficios.

8. FORMAS EN QUE SE PUEDE PRESENTAR LA PUBLICIDAD

Las campañas publicitarias tienen distintas formas de presentación ante el consumidor potencial, se utilizan distintos medios de comunicación teniendo en cuenta a la cantidad de público al que se pretende llegar, el desembolso económico disponible para la campaña y un sin fin de elementos que hagan elegir uno u otro medio de comunicación.

El principio de autenticidad proscribió aquellas prácticas publicitarias que pudieran generar confusión en el consumidor sobre el carácter publicitario de la comunicación. Así se desprende del artículo 9 de la LGP al exigir a los medios que deslinden de forma clara entre información y publicidad y a los anunciantes desvelar el carácter publicitario de sus anuncios. El artículo 26 de la LCD prohíbe otorgar a la publicidad la apariencia de comunicación informativa, “Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.”. Ambas normas fueron modificadas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de modificación del régimen general de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. La modificación no afectó al contenido de la LGP, en la que sólo se reenumeró el artículo; la LCD en cambio, incorporó matices para reforzar el deber de los anunciantes de hacer identificable su publicidad.

Entre los medios de comunicación existentes y el que más alcance presenta, nos encontramos con la publicidad televisiva, donde cada vez más apreciamos que el volumen de promoción de productos y prestaciones sanitarias, o con pretendida finalidad sanitaria tiene más cabida.

Ante la influencia de este medio en el marco de la publicidad existe una norma que persigue el interés por una publicidad transparente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA). Establece en su artículo 13.1 que: “*La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial*”, concretando el artículo 14 que: “*2. Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas (...). 3. En la emisión de publirreportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación de publicidad*”.

Por último en relación a la publicidad televisiva, se debe tener en cuenta que existe una regulación legal sobre contenidos publicitarios prohibidos en este medio que se encuentra recogido en la Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo), en su artículo 18 donde se establece:

Además de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita, está prohibidaEsta prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud.

En todo caso está prohibida:

b) La comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el artículo 78, apartados 1 y 5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios....

Pues bien, ahondando en la publicidad ilícita en medios de televisión se pueden ver ejemplos en el que conforme el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), ha tenido que ejercer su potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otras, en la Ley 7/2010 de 31 de marzo, sancionando a medios de comunicación por emitir en su programación la promoción de determinados productos donde se exponían las características de los mismos, y se efectuaban determinadas declaraciones de propiedades saludables, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 18.7 de LGCA en relación con el RD 1907/ 1996. (Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 11 de diciembre de 2014, SNC/DTSA/2014/14/MEDIASET).

Debemos tener igualmente presente que conforme al artículo 9 de la LGCA que cuando la autoridad audiovisual competente aprecie que se ha emitido un contenido aparentemente ilícito dará audiencia al prestador del servicio implicado y, en su caso, a la persona que solicitó la intervención de la autoridad pudiendo alcanzarse acuerdos con el prestador o, que se ponga fin a la emisión del contenido ilícito. Estas previsiones se entienden sin perjuicio de las especificidades que se derivan de la normativa en materia de procedimiento sancionador dictada por las Comunidades Autónomas. Si conforme al párrafo 2º del artículo 61.2 de la LGCA el prestador del servicio no cesa en la emisión del anuncio ilícito a pesar de la decisión de la autoridad audiovisual, y de que lo probable es que esa publicidad se haya elaborado por una persona ajena al medio, se incurriría en una infracción grave del artículo 58 LGCA.

A pesar del seguimiento que se ha de hacer para comprobar que se ha cesado en la emisión de la publicidad considerada como ilícita, pueden existir supuestos en las que el anuncio en cuestión se siga emitiendo a nivel estatal. Para que se proceda al cese en todo el territorio nacional, se pondrá en conocimiento las resoluciones de la autoridad audiovisual de competencia autonómica a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI).

Con la aparición de las nuevas tecnologías se ha ampliado el abanico de posibilidades para presentar los productos y servicios consiguiendo una gran difusión publicitaria, como por ejemplo mediante correo electrónico. En cuanto a la publicidad por medios electrónicos, es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) la que regula en sus artículos 18 a 22. Además de prohibir la publicidad no deseada, en su artículo 20.1 establece que: *“las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable”.*

Aunque podríamos pensar que las citadas normas son suficientes para asegurar el principio de autenticidad, la ley tiene unos contornos tan rígidos, en contraste con la creatividad e imaginación de los profesionales de la publicidad, que no resulta difícil encontrar vías para eludir sus restricciones, pues por ejemplo mediante este sistema el empresario envía su mensaje o anuncio de

forma generalizada a direcciones electrónicas de usuarios con intención de que sea leído y no lo incluya como correo spam. Incluso con este envío masivo puede conseguirse que algunos destinatarios puedan incluso sentirse interesados en recibir información acerca de nuevos productos y servicios.

Otra de las formas de publicidad que está alcanzando un mayor impulso es la utilizada a través de las redes sociales. Se trata de un fenómeno de mayor crecimiento en internet debido a la cantidad de utilidades y entretenimientos que se proporcionan en las mismas, y el simple hecho de no tener que pagar por ellas las hace muy atractivas. Además en las redes sociales se puede segmentar la publicidad dependiendo del sector del mercado al que se desea llegar al conocer al detalle estas redes sociales la información de cada usuario pues al iniciarse en las mismas los usuarios tienen que facilitar determinados datos de carácter personal.

9. INSTRUMENTOS DE LUCHA CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA

En relación a la lucha de las conductas publicitarias ilícitas de los productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, cabe tener en cuenta que puede conllevar consecuencias en el ámbito penal, administrativo, y civil.

A pesar de existir distintos mecanismos de lucha, cabe resaltar la función de autocontrol, así como la necesidad de autorización administrativa previa, que minimizan en gran medida el impacto judicial de la publicidad ilícita.

9.1 Autocontrol de la publicidad

En España existe un mecanismo de autorregulación publicitaria, Autocontrol (Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial). Es una asociación sin ánimo de lucro compuesta por anunciantes, agencias y medios de comunicación. Su objetivo es obtener una publicidad veraz, legal, honesta y leal. La autorregulación publicitaria no pretende ser un sustituto del control legal, sino ser complemento a éste, mediante la corregulación.

Entre los servicios que ofrece este organismo encontramos:

- Consulta previa de carácter voluntario, confidencial y no vinculante, que analiza un proyecto de anuncio antes de su emisión.

- Resolución extrajudicial de Controversias.

- Otros servicios: En cuanto al servicio de monitoring, que consiste en el examen de piezas publicitarias, páginas web o aplicaciones de un sector difundidas en un periodo de tiempo determinado, para verificar una serie de indicadores relacionados con el efectivo cumplimiento de la normativa legal o deontológica aplicable a esa publicidad.

Además de promover la elaboración de códigos sectoriales (*Publicidad de perfumes y cosméticos; Promoción de Medicamentos; Publicidad del juego; Publicidad de los productos dietéticos infantiles; Publicidad de Servicios de búsqueda de pareja, amistad, encuentros, contactos e intermediación de parejas según afinidad y compatibilidad a través de Internet; Publicidad Ecológica; Publicidad del Vino; Publicidad de Productos de Nutrición Entera; Publicidad de Tecnología Sanitaria; Publicidad de Videojuegos; Publicidad de Alimentos y bebidas dirigida a niños, CÓDIGO PAOS; Defensa de la Marca; Publicidad de Bebidas Espirituosas y Publicidad de Cerveza*), cuenta con un conjunto de reglas

que constituyen la concreción de aquello que es éticamente correcto o incorrecto en el ámbito del discurso comercial y determina los límites de la actividad publicitaria para la protección de los intereses y derechos de consumidores y competidores disponiendo de códigos en los que proyecta sus resoluciones: Código de conducta Publicitaria y Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva (Confianza Online), siendo estos dos los que se aplican para valorar la publicidad sanitaria. A pesar de ello, llama la atención que este organismo no haya desarrollado un código sectorial específico en materia sanitaria, y más aún teniendo en consideración que es un tema al que se debe otorgar una especial protección.

Estos órganos de control no se limitan a juzgar si la publicidad se ajusta o no a la ley, sino si es honesta o no lo es, así como las posibles consecuencias negativas para la sociedad en general o para los consumidores en particular. En el ámbito de la autorregulación, el principio de autenticidad viene recogido en el artículo 9.1 del Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC establece que el mensaje comercial *“debe percibirse claramente como tal, cualquiera que sea su forma y el medio utilizado. Cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias o material editorial, éste debe ser presentado de tal forma que pueda ser fácilmente reconocido como un anuncio y la identidad del anunciante también debe ser evidente”*. Más escueta, pero en el mismo sentido, se pronuncia la norma 13 del Código de Conducta Publicitaria (CCP) de Autocontrol al establecer que la publicidad debe ser *“identificable como tal sea cual sea su forma o el medio utilizado”*. En el ámbito de la publicidad de medios electrónicos de comunicación a distancia, el artículo 5 del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (Confianza Online) es muy explicativo al establecer que la publicidad *“será fácilmente identificable como tal. No se admitirá la publicidad encubierta”*.

El Jurado de la Publicidad tiene encomendada la resolución de aquellas controversias que le sean presentadas, por cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo, contra piezas publicitarias tanto de empresas asociadas como de terceros. Sin embargo, las resoluciones que dirimen tales controversias sólo tienen fuerza vinculante para los asociados, que voluntariamente han manifestado su adhesión al Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol que rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad que no se encuentra adherido al sistema de autodisciplina de este organismo, el dictamen que se efectúe sólo constituye una mera opinión, no vinculante.

Un ejemplo de la multitud de dictámenes que se resuelven por el Jurado y concretamente en materia de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria: Dictamen de autocontrol de 25 de junio de 2015, de la sección sexta del Jurado por el que expresa su parecer sobre una publicidad en la que una sociedad publicitaba mediante prensa e Internet un producto que indicaba tener propiedades para aportar un extra de energía y vitalidad, reduciendo el estrés y ansiedad, así como otras cualidades con una serie de frases muy alentadoras. Además de todo ello, mediante la página web se daba como dato al consumidor que *“Un profesional médico resolverá tus dudas”*. Por todo ello, la sección concluyó que la publicidad en cuestión infringía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (principio de legalidad), en relación con el artículo 4 del RD 1907/1996. Asimismo, entendió que la página web reclamada vulneraría el artículo 3.1 de Código Ético de Confianza Online: *“3.1.- La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser*

conforme a la ley aplicable, leal, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL y por el Código de Práctica Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional.”

El hecho de que los dictámenes no revistan el carácter vinculante para aquellas empresas que no están asociados podría suponer la falta de alcance de este organismo, pero a pesar de todo ello, la mayor parte de los dictámenes que emite el Jurado son cumplidos de forma voluntaria incluso en estos caso, probablemente por la reconocida fuerza moral de que gozan dichos dictámenes como consecuencia del prestigio de los componentes del jurado, así como el respaldo legal otorgado al sistema de autocontrol a nivel comunitario (artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa entre otras).

El respeto de estas normas y su correcta aplicación por los órganos de control, no sólo beneficiará a la sociedad con una publicidad más honesta, sino a los propios profesionales de la publicidad, cuyos mensajes serán recibidos por los consumidores con mayor confianza.

9.2 Procedimiento judicial civil

A la hora de iniciar una acción judicial en materia de publicidad se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir los conflictos derivados de la publicidad ilícita en los términos establecidos en los artículos 3 a 8 de la LGP. El artículo 249.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece *“se decidirán por el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía: las demandas relativas a publicidad siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame”*. A su vez el artículo 250.1.12^a *“No obstante se tramitará por el juicio verbal cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad”*.

Tendrán competencia objetiva según los establecido en el artículo 86, ter. 2 a de la LOPJ los Juzgados de lo Mercantil, que conocerán de cuantas cuestiones acciones correspondan a la jurisdicción civil en materia de publicidad.

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre modificó el régimen legal de la competencia desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero) y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (artículos 32 a 36), da unidad al régimen legal de acciones disponibles frente a la competencia desleal y publicidad ilícita.

El artículo 32 LCD, establece un listado determinado de posibles acciones a ejercitar en los supuestos de competencia desleal y publicidad ilícita. Estas acciones son las siguientes:

1. Acción declarativa de deslealtad:

Con la primera acción prevista en el citado artículo pretende obtener del juzgador un pronunciamiento expreso de la ilegalidad de la conducta o publicidad en cuestión. Esta acción suele ejercitarse de forma conjunta con cualquier otra prevista en el artículo 32 LCD, pues junto a la declaración de deslealtad, también se pretende conseguir la cesación o prohibición de reiteración futura, la remoción de los efectos o la indemnización de daños y perjuicios.

2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica:

En las pretensiones ejercitables con esta acción se aprecia una finalidad de carácter preventivo, pues se persigue conseguir eliminar el riesgo cierto de que acontezca un comportamiento futuro desleal o ilícito para que esta acción pueda prosperar judicialmente. Cabe tener en cuenta que en el ámbito de las campañas publicitarias donde su temporalidad puede resultar muy corta, y teniendo en cuenta el tiempo necesario para que se dicte una resolución judicial, cabe recordar la posibilidad de solicitar medidas cautelares basada en la acción de cesación.

3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal:

A través de la acción de remoción se busca eliminar los efectos adversos que hayan podido ocasionarse con la conducta desleal. Estos efectos negativos deberán persistir en el tiempo, es decir en el momento en que se formule la acción para que puedan apreciarse judicialmente.

4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas: Esta acción prevista en el artículo 32.1.4º LCD pretende obtener la reparación de los efectos producidos por la publicidad ilícita. Tiene por objetivo corregir las alegaciones que se han realizado en la publicidad ilícita. Con ella no se produce el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados, sino que supone al empresario infractor una exposición pública de rectificación, suponiendo para el mismo un daño ante la confianza del consumidor.

5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente:

Con ella se pretende restablecer la indemnidad de quien haya podido resultar lesionado como consecuencia de la conducta desleal o ilícita, reconociendo la posibilidad de resarcir de los daños y perjuicios.

6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Para ejercitar este tipo de acciones gozaran de legitimación activa frente a la publicidad ilícita para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 5ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo (33.1.II LCD). Además las anteriores acciones podrán ejercitarse igualmente por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. Cuando la acción se inicie en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, gozará de legitimación activa, tanto:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios.

c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

d) El Ministerio Fiscal (art. 33.3 LCD)

En cambio para la acción de cesación por enriquecimiento injusto solo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada (art. 33.1.IV).

9.3 Control administrativo

El principal mecanismo que dispone la administración para el control de la publicidad es el derecho regulatorio contenido en el artículo 5 de la LGP. Con base legal en este artículo se han dictado normas restrictivas de la publicidad realizadas en determinados sectores de actividades.

Como se ha mencionado el artículo 5 LGP establece que podrá someterse al régimen de autorización administrativa previa la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como las de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio. El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de competencia leal, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores. La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada. Una vez pasado el plazo de contestación que las normas establecen para estos expedientes, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo.

Según el artículo 5.6 de la LGP, el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios (materiales o productos sanitarios, aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de general riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio,...), tendrán consideración de infracción a los efectos en la Ley General de para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (49 a 52) y en la Ley General de Sanidad (artículos 35 y 36).

Cabe tener en cuenta igualmente, que la Administración también estará legitimada para interponer acciones de cesación por publicidad ilícita ante los tribunales y ante el Jurado de la Publicidad.

La Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, la Ley General de Sanidad y el RD 1907/1996, atribuyen a la Administración Sanitaria las competencias de control en el cumplimiento de la normativa en materia de publicidad, y su incumplimiento puede determinar la imposición de sanciones que oscilan entre los 3.005€ y los 601.012€, así como la adopción de medidas preventivas o de clausura, cierre o suspensión del establecimiento, instalaciones o servicios por un periodo de hasta cinco años.

El RD 1907/1996, también atribuye a los colegios profesionales, dentro del ámbito de sus competencias, la participación y colaboración en el cumplimiento de la normativa que establece. Asimismo, el artículo 15.3 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, atribuye a los colegios la potestad disciplinaria, que supone la aplicación del régimen disciplinario en caso de vulneración de la normativa deontológica o profesional. Así pues, el incumplimiento de lo previsto en materia de publicidad, de conformidad con lo previsto en los propios Estatutos y el Código de Deontología, podría conllevar una sanción colegial de inhabilitación profesional.

9.4 Penal

La publicidad infractora que atribuya efectos preventivos o terapéuticos específicos, que no estén respaldados por las pruebas científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Autoridad de la Administración Sanitaria del Estado (artículo 4 RD 1907/1996), cuando resulte falsa podrá ser constitutiva del delito de publicidad engañosa del artículo 282 del Código Penal, estableciendo: *“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”*. Si resultase ser perjudicial para la salud podrá constituir el delito del artículo 363.4 del mismo texto legal.

Por tanto se puede distinguir entre el delito publicitario y las infracciones en materia publicitaria pues que estas últimas inducen a error al consumidor, pero para que se pueda considerar delito publicitario, es necesario que además exista una falsedad objetiva del mensaje y no que se tergiverse alguna expresión. Como segundo elemento para encontrarnos ante la conducta típica penal es exigible la posibilidad de grave perjuicio para los consumidores.

10. CONCLUSIONES

- La publicidad sanitaria ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años, habiéndose detectado que la presencia de publicidad engañosa es mucho más frecuente de lo que sería deseable.

Se trata de una publicidad muy agresiva con mensajes directos al consumidor que animan a comprar y consumir estos productos, o a adquirir determinados servicios sanitarios en muchas ocasiones de forma engañosa, sin que su destinatario pueda llegar a conocer si su utilización le puede suponer algún riesgo para la salud.

- Por esta razón se hace necesaria la realización de estudios especializados sobre la materia, que tengan continuidad en el tiempo y nos permitan tomar conciencia de la gravedad del problema y los perniciosos efectos que la proliferación de información engañosa puede ocasionar en el ámbito de la salud.

Sobre la base de estos estudios se podrían diseñar sistemas que nos permitan combatir de una forma más efectiva la publicidad engañosa, contribuyendo a mejorar el marco legislativo, la aplicación efectiva de las normas a través del sistema judicial y los códigos deontológicos.

- A pesar de que en la actualidad existe un gran número de normas que regulan la publicidad sanitaria, la regulación de la materia es tan dispersa y confusa, que sería necesaria una reforma legislativa si queremos mantener un control sobre la publicidad capaz de garantizar su veracidad y credibilidad en términos de percepción social.

- En nuestro país, en el momento actual, el sistema de control más utilizado es el de Autorregulación. A pesar de que el mismo presenta interesantes ventajas, como el hecho de que las resoluciones se dicten con mucha mayor celeridad que en el ámbito judicial, lo cierto es que tampoco resulta del todo eficaz. Los incentivos para su cumplimiento son insuficientes y las sanciones previstas son realmente pequeñas.

Llama poderosamente la atención, tal y como hemos puesto en evidencia a lo largo del trabajo, que este organismo, no disponga de una regulación específica tanto en lo que concierne al procedimiento para dictar resoluciones como muy especialmente en lo que concierne al servicio de revisión previa de la publicidad, máxime si tenemos en cuenta que sus competencias se desarrollan en un ámbito tan delicado como es la salud.

- Hay que señalar también la facilidad con la que se publicitan estos productos o servicios. Proliferan de manera creciente sin que los medios de comunicación en que aparecen cuestionen su legalidad y la responsabilidad en la que pueden incurrir a tenor del impacto que puedan tener los mismos.

El seguimiento y evaluación de los contenidos publicitarios ha de ser más eficaz, pues a pesar de que en ocasiones se pueda declarar su ilicitud por la administración competente, siguen apareciendo en los medios de comunicación con total impunidad.

- Es necesario que los organismos públicos encargados de controlar el contenido publicitario, sean más activos persuadiendo estas prácticas publicitarias mediante distintos controles y sanciones que llevarían a aumentar la calidad publicitaria sanitaria, con la consiguiente obtención por parte de los consumidores- pacientes de una mayor seguridad, así como un incremento de credibilidad por parte de los mismos respecto del objeto de la publicidad.

- Para garantizar un control eficaz sobre este tipo de publicidad, es necesario que por parte de las administraciones pertinentes se efectúen campañas para concienciar a las personas de los peligros que pueden conllevar, así como intensificar las campañas de inspección, control, retirada de los productos que se anuncian y se incoen los expedientes sancionadores necesarios, así como el endurecimiento de sanciones para evitar que se reincida.

11. BIBLIOGRAFÍA

11.1 Libros

- **García del Castillo, José A. y López Sánchez, Carmen**, 2009: Medios de comunicación, publicidad y adicciones, Edaf, S.A.
- **Lázaro Sánchez, Emilio J.**, 2009: Comentario Ley General Publicidad, Civitas S.L.
- **Martín García, M^a del Lirio**, 2002: La publicidad su incidencia en la contratación, Dykinson, S.L., Madrid.
- **Massaguer Fuentes, Josep**, 2006: El nuevo derecho contra la competencia desleal, Civitas, S.L.
- **Santesmases Mestre, Miguel**, 1995: Marketing: conceptos y estrategias. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid.
- **Vilajona Alejandro, Sandra**, 2011: Las leyes de la publicidad: Límites jurídicos de la actividad publicitaria, Editorial UOC

11.2 Artículos

- **Amarilla, Nuria** 2006: Los productos milagro desde la perspectiva jurídica. En www.eupharlaw.com/es/los-productos-milagro-desde-la-perspectiva-juridica/. Consultado: 13/09/2015.
- **Díaz Martínez, Ana**, 2014: Publicidad, medicina y protección de consumidores,

Centro de Estudios de Consumo. En www.uclm.es/centro/cesco/serviciosSanitarios7pdf7proteccionConsumidor.es.pdf

- **García Vidal, Ángel**, 2014: La autorización administrativa previa de la publicidad de los productos sanitarios. En www.uclm.es/centro/cesco/

- **Martínez Platel, Ricardo**, 2015: La delgada línea Roja entre la publicidad y la información sanitaria, Revista médica. <http://www.rmedica.es/edicion/224/la-delgada-linea-roja-entre-la-publicidad-y-la-informacion-sanotaria>.

Consultado: 27/07/2015.

- **Rodríguez Arrastía, María Jose y Romero Padilla, C.**, Vol. 3, nº2, 2012: Publicidad sanitaria en la prensa nacional española, Revista Española de Comunicación en Salud.

12. ABREVIATURAS

- **CCP**: Código de Conducta Publicitaria
- **CE**: Constitución española
- **CONFIANZA ONLINE**: Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva
- **LCD**: Ley 3/1991, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, por la que se modifica el Régimen Legal de Competencia Desleal y de la Publicidad para la mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.
- **Ley CNMC**: Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- **LGCA**: Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual
- **LGP**: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
- **LGS**: La Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad
- **LOPJ**: Ley Orgánica Poder Judicial
- **LSSI**: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
- **RD 1416/1994**: Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.
- **RD 1907/1996**: Real Decreto 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria
- **RD 1599/1997**: Real Decreto de 17 de octubre, sobre productos cosméticos.
- **RDL 1/2015**: Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios
- **R.P.S.**: registro de publicidad sanitaria
- **TRLGDCU**: Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias