

EL FOMENTO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LA
LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 37. Fomento de los Códigos de conducta

- 1. Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.*
- 2. Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.*
- 3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin.*
- 4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente.*
- 5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32.*

I. COMENTARIO

1. Los Códigos de conducta en la Directiva 2005/29/CE

1.1. Consideraciones Generales

Los Códigos de Conducta según GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA se remontan a la Edad Media, en la que los mercaderes los elaboraban y aplicaban para afianzar y extender su poder en el gremio¹. Por lo tanto, desde los orígenes de los códigos de conducta hasta hoy en día, han sido fomentados y promovidos –mayoritariamente- por un interés muy concreto en el mercado; a

¹ GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA, «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español», *ADI*, 7, 1981, p. 33.

saber: el interés comercial o empresarial. Desde esta óptica, resulta chocante que unas normas creadas por los comerciantes y empresarios tengan como objetivo prioritario el interés y la protección de los consumidores. Sin embargo, analizaremos esta y otras cuestiones con el fin aclarar algunos conceptos en los que se asientan las bases de los códigos de conducta y, por ende, los sistemas de autorregulación.

Los códigos éticos poseen diferente origen en el Derecho anglosajón del que tienen en el Derecho continental. En los sistemas que impera la *Common Law*, su nacimiento es espontáneo y promovido, bien por la propia industria, bien por los movimientos consumeristas de finales del S. XIX². En el sistema continental, el proceso de creación de estos códigos ha sido muy diferente, pues su instauración viene marcada por dos hechos puntuales: en primer lugar, el Código de Prácticas Leales en materia de Publicidad, aprobado en 1937 por la CCI (fuente de todos los códigos de conducta de los sistemas europeos); y en segundo lugar, la acción por parte de los poderes públicos, inicialmente a través del Consejo de Europa, que aprobó la Resolución 72 (8), de 18 de febrero de 1972, sobre la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, en la que se recomendaba a los Estados europeos que fomentasen y promoviesen la elaboración de códigos de prácticas leales, en materia publicitaria, así como la creación de organismos de autorregulación. A partir de ese momento, se inició una etapa en la que la regulación comunitaria abogó por la creación y formación de los Códigos de conducta y, consecuentemente, de los sistemas de autorregulación³.

A nivel comunitario, son varias las Directivas que regulan el mercado, las cuales prevén la existencia de los Códigos de conducta, aunque hemos de señalar que estos se formulan con naturaleza jurídica diferente. Así, a través de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en

² ROSDEN, *The Law of Advertising*, Matthew Bender, Nueva York, 1992., pp. 40-52. Este autor alude a la creación de los *Associated Advertising Clubs of the World*, en 1914. A través de la misma, todas las Asociaciones vinculadas a la industria publicitaria empiezan a unir sus fuerzas para lograr un único propósito: imponer la autorregulación como forma de ordenar la publicidad. *Vid.* en este sentido, MIRACLE y NEVETT, *Voluntary Regulation of Advertising: A comparative analysis of the United Kingdom and the United States*, Lexington Books, Massachusetts, 1987. pp. 38-50.; ZANOT, «Before the National Advertising Review Board: A History and Evaluation of Self-Regulation in Advertising to 1970», en *Annual Meeting of Association for Education in Journalism and Mass Communication*, College Park, MD, 1976, Pennsylvania, pp. 99-135; FRENCH, *20th Century Advertising*, D. Van Nostrand, Nueva York, 1926, p. 25; MCTIGUE, «Self-Regulation Efforts of Advertisers, Their Agents, and the Media», en STUART (ed.), *Consumer Protection from Deceptive Advertising*, Hofstra University, Nueva York, 1974, pp. 111-121.

En el Reino Unido las presiones no sólo de la industria publicitaria, sino también de los consumidores, para imponer el sistema de autorregulación se remontan al siglo XIX. *Vid.* en este sentido MIRACLE y NEVETT, *Voluntary Regulation of Advertising:...*, cit. pp. 34-36; NEVETT, *Advertising in Britain – A History*, Heinemann, Londres, 1982, pp. 24-36.

³ Para un análisis más completo de los orígenes de las normas de conducta en Europa, *vid.* PATIÑO ALVES, B., *La autorregulación publicitaria: Especial referencia al sistema español*”, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 64 y ss.

adelante, Directiva de comercio electrónico)⁴, concretamente en sus artículos 16 y 17, se estableció una gran novedad en relación con las anteriores Directivas Comunitarias, relativa al impulso y creación no sólo de los códigos de conducta, sino también de los sistemas de corregulación. Hasta ese momento, los textos normativos comunitarios contemplaban la autorregulación, como una forma de resolución extrajudicial de conflictos, en la cual la pieza angular eran los Códigos de conducta. No obstante, en la Directiva sobre comercio electrónico se experimenta una evolución, ya que de la mera previsión de los Códigos de conducta se avanza hacia el fomento e impulso de éstos por parte de los Estados miembros y de la Comisión⁵, es decir, por las Administraciones Públicas correspondientes. Y, aunque volveremos sobre este tema, debemos señalar que la Directiva de comercio electrónico es la primera manifestación clara sobre corregulación, toda vez que los poderes públicos incitan a los sujetos privados, involucrados en comercio electrónico, no sólo a que elaboren unos Códigos de conducta, sino también a que se implante una corregulación en materia de comercio electrónico⁶. En efecto, cuando esta Directiva se traspuso a la Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, para los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, por una parte, el artículo 18⁷, sobre Códigos de conducta, y por otra parte, la

⁴ Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>, visitada el 20 de enero de 2012).

⁵ Vid. Artículo 16 de la Directiva sobre comercio electrónico, que dispone: “1. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán:

a) la elaboración de Códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15;

b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de Códigos de conducta a nivel nacional o comunitario;

c) la posibilidad de acceder a los Códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias;

d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus Códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico;

e) la elaboración de Códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana.

2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la redacción y aplicación de los Códigos de conducta que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes”.

⁶ LLÁCER MATA CÁS, R, “Códigos de conducta y On-Line Dispute Resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXII-4, octubre 2009, pp. 1523-1578.

⁷ El artículo 18, sobre Códigos de conducta establece lo siguiente: “1. Las Administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de Códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de Códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional.

Los Códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información.

2. En la elaboración de dichos códigos, habrá de garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas, cuando afecten a sus respectivos intereses.

Disposición Final Octava⁸, relativa al Distintivo de adhesión a Códigos de conductas que incorporen determinadas garantías, afianzaron la corregulación en relación con la contratación electrónica. De este modo, el 30 de septiembre de 2005 se aprobó el Real Decreto 1163/2005, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al igual que sus requisitos y procedimientos de concesión. Su objetivo es regular el distintivo que mostrarán los prestadores de servicios adheridos a los Códigos de conducta que cumplan las condiciones establecidas en el mencionado Real Decreto, establecer las condiciones que deben reunir tales Códigos de conducta: su concesión y retirada del distintivo y, finalmente, el procedimiento aplicable.

En este sentido, resulta relevante resaltar que los poderes públicos, a través del órgano competente en materia de consumo de la Comunidad Autónoma correspondiente, así como los sujetos privados, denominados Entidades Promotoras de los Códigos de conducta, colaboran estrechamente para la puesta en marcha del “Distintivo público de confianza en línea”. De este modo, por una parte, las entidades promotoras de los Códigos de conducta contraen, entre otras, la obligación de administrar el mencionado distintivo, facilitando y gestionando su utilización por los prestadores de servicios adheridos al Código de conducta. Y, por otra parte, el órgano para la concesión y retirada del distintivo corresponde al órgano competente en materia de consumo de la Comunidad Autónoma, en el que esté domiciliada la entidad promotora del código⁹.

Cada vez más, la corregulación se erige como un sistema sustitutivo de los sistemas de autorregulación, toda vez que el éxito de aquel radica en la estrecha colaboración con las Administraciones Públicas, bien para la creación de códigos, bien para que sea una última instancia de control en la resolución

Cuando su contenido pueda afectarles, los Códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias.

Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos.

3. Los Códigos de conducta a los que hacen referencia los apartados precedentes deberán ser accesibles por vía electrónica. Se fomentará su traducción a otras lenguas oficiales, en el Estado y de la Unión Europea, con objeto de darles mayor difusión”.

⁸ En este sentido, la Disposición final octava, relativa al Distintivo de adhesión a Códigos de conducta que incorporen determinadas garantías, establece: “*En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten Códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, en los términos que reglamentariamente se establezcan*”.

⁹ Para consultar el Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre de 2005, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y procedimientos de concesión, vid. <http://www.boe.es/boe/dias/2005/10/08/pdfs/A33070-33074.pdf>, visitada el 13 de marzo de 2012.

de controversias por los sistemas de autorregulación¹⁰. De este modo, este sistema híbrido, paliaría los efectos negativos de cada uno de los sistemas individualmente. Pues, la corregulación está integrada por los sujetos privados, que forman el sistema de autorregulación, pero con la ventaja de que su actuación está supervisada por parte de la Administración Pública, generalmente bajo la forma de Agencia gubernamental. Así las cosas, resulta evidente que el sistema de corregulación seguiría poseyendo las ventajas de la autorregulación, pero con mayor seguridad jurídica en su actuación, tanto para resolver conflictos, como para convertir en más efectiva su capacidad de sanción.

La Directiva de prácticas comerciales desleales paraliza la evolución de la autorregulación, y no contempla su desarrollo hacia una corregulación. Los precedentes normativos de esta Directiva, a saber: El Libro Verde sobre la protección de los consumidores en el Unión Europea¹¹, así como el Libro Blanco de la gobernanza europea¹² plasmaban una defensa de la corregulación, a través de su impulso mediante “Directivas marco”, puesto que este sistema *“combina medidas legislativas o reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los agentes más interesados sobre la base de su experiencia práctica. El resultado es una mayor identificación con las políticas en cuestión, mediante la implicación de quienes resultan más afectados por la aplicación de las normas en su preparación y ejecución efectiva. Se consigue así a menudo un mayor grado de observancia, incluso cuando las normas de desarrollo no son vinculantes”*. Posteriormente, el 11 de junio de 2002, cuando la Comisión presentó la Comunicación de Seguimiento del Libro Verde se continuaba una línea similar a la establecida en el Libro Verde, en la que se afianza la autorregulación, pero de un modo indefinido, con la necesidad absoluta de concretar muchos aspectos y pilares, en los que se fundamentará el sistema¹³. Sin embargo, la Directiva sobre prácticas desleales defrauda expectativas en orden a avanzar en la progresión hacia los sistemas de corregulación, tal y como se había materializado en la Directiva de comercio electrónico¹⁴.

¹⁰ Esta postura ya se vislumbraba en la década de los ochenta en autores como Boddewyn (cfr. el epígrafe 2 del Capítulo 1), vid. BODDEWYN, *Global Perspectives on Advertising Self-Regulation: Principles and Practices in Thirty-eight Countries*, Quorum Books, Connecticut, 1992, 13-14

¹¹ Para un análisis del contenido del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, vid. http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/libro_verde.pdf, visitada el 2 de febrero de 2012.

¹² Para examinar el texto del Libro Blanco de la Gobernanza Europea, vid. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf, visitada el 17 de marzo de 2012.

¹³ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Algunas notas sobre la autorregulación en la nueva legislación contra la competencia desleal”, *ADI*, Tomo XXIX, 2008, <http://www.vlex.com/vid/230457737>, visitada el 5 de enero de 2012.

¹⁴ LÓPEZ SANTOS, O., “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *BAACC*, n.º 104, enero 2006, p. 9. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Algunas notas sobre la autorregulación...”, op. cit., p. 13. En este sentido, MASAGUER afirma que los términos en los que se elaboró la Directiva de prácticas comerciales desleales se aleja de la redacción plasmada en la Propuesta de Directiva, en la que seguía una línea muy similar a la expuesta en los artículos 16 y 17 de la Directiva sobre comercio electrónico. Vid. MASAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales*, Civitas, Madrid, 2006, p. 152.

Finalmente, deberíamos manifestar que las políticas de armonización legislativa en la Unión Europea deben ser más consecuentes, toda vez que si se promueven los sistemas de autorregulación y la elaboración de códigos de conducta por parte del Parlamento Europeo, se debería crear un único sistema comunitario de autorregulación, en el que se aplicase un Código de conducta único¹⁵. Aunque suponemos que un sistema de autorregulación comunitario fuerte haría perder -en gran medida- el poder que acumulan los diferentes sistemas de autorregulación nacionales.

A la vista de lo expuesto, la presente Directiva de prácticas comerciales desleales tan sólo reconoce la existencia de los Códigos de conducta, como un pilar en el que se sostienen los sistemas de autorregulación. En relación con estos sistemas tampoco se amplían las competencias atribuidas, toda vez que se reconoce su capacidad de resolución extrajudicial de conflictos sobre las prácticas comerciales desleales. Además, tal y como examinaremos más adelante, cada Estado miembro decidirá si las controversias surgidas por la realización de prácticas desleales se dirimirán a través de un procedimiento judicial o administrativo, y si conviene que el tribunal o el órgano administrativo esté facultado para exigir el recurso previo de solución del conflicto, a través de un sistema de autorregulación. Ahora bien, en cualquier caso, la resolución extrajudicial del conflicto, dentro de un sistema de autorregulación, se contempla como una actuación subsidiaria, toda vez que los medios de control utilizados para luchar contra las prácticas comerciales desleales se llevan a cabo -prioritariamente- a través de un procedimiento judicial o administrativo¹⁶.

A continuación, estudiaremos la regulación de los códigos de conducta por parte de la Directiva de prácticas comerciales desleales.

1.2. Definición de Código de conducta

La Directiva de prácticas comerciales desleales otorga un reconocimiento y cierto protagonismo a los códigos de conducta, de tal modo que los comerciantes puedan aplicar los principios previstos en el texto comunitario, a través de un código ético. Es evidente que el Código de conducta -como mecanismo individual- resulta ineficaz para establecer un medio de control de las prácticas comerciales desleales. Por lo tanto, esta Directiva no sólo prevé la

¹⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ, "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: un nuevo e importante instrumento para proteger a los consumidores en el ámbito del Mercado interior", *Revista de Derecho Alimentario*, n° 4, 2005, p. 19-29; GONZÁLEZ VAQUÉ, "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización", *Derecho de los Negocios*, n° 181, 2005, p. 8 y ss. PARDO LEAL, "Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales. ¿un puedo y no quiero para la protección de los consumidores?", *Boletín del Centro Europeo para el Derecho de Consumo*, n° 108, 2005, pp. 9 y ss. En este sentido, la autora SEGURA RODA, sostiene que el legislador comunitario se equivoca al priorizar la autorregulación nacional que la comunitaria, vid. "Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales", *Revista de Derecho Alimentario*, n° 14 (2006) p. 15-21, p. 8.

¹⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización", *Derecho de los Negocios*, n° 181, 2005, p. 20; MASAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE...*, *op.cit.*, p. 152.

existencia de códigos éticos, sino también establece la resolución extrajudicial de conflictos, llevada a cabo por los responsables de los códigos, como medio subsidiario al control establecido por los tribunales ordinarios. Y decimos subsidiario, porque, en todo caso, el control administrativo o judicial, predominaría frente a los organismos de autorregulación.

A la vista de lo expuesto, el control que ejerzan los responsables de los códigos es obvio que repercute proporcionalmente sobre una menor litigiosidad¹⁷. En este sentido, el Considerando 20 DCPD pone de manifiesto los beneficios que suponen para la agilización de la actividad de los tribunales ordinarios, el control de cumplimiento de los códigos de conducta, por parte de los responsables de los mismos¹⁸. Es más, y puesto que se trata de una Directiva que pretende mejorar el nivel de protección de los consumidores, anima a los sistemas de autorregulación vigentes, y a los que están por llegar, para que otorguen un nivel de colaboración digno a los representantes de los consumidores, quienes –en muchas ocasiones– no forman parte de los sistemas de autorregulación, sino simplemente componen los órganos de control de la autorregulación, pero con participaciones un tanto insuficientes, como para que pueda estar equilibrada la balanza en relación con todos los intereses que concurren al mercado¹⁹.

Por lo tanto, la DCPD, a través de sus diferentes preceptos, promueve y fomenta la instauración de sistemas de autorregulación, tanto a nivel nacional como comunitario, pero sin otorgarles mayores concesiones, que las que le

¹⁷ En España, con la creación del Jurado de la Publicidad ha descendido sustancialmente la actuación de los tribunales de justicia en el control publicitario. Así, desde el año 1996, fecha en la que se constituyó, el órgano de control de la AACC, el Jurado ha resuelto 2.519 asuntos. Vid, http://www.autocontrol.es/pdfs/NP%20actividad%20autocontrol%202011_14febrero2011.pdf, visitada el 2 de febrero de 2012.

¹⁸ El texto del Considerando 20 DPCD, dispone: “Debe otorgarse un papel a los Códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar. Con objeto de obtener un nivel elevado de protección del consumidor, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de Códigos de conducta y asociarlas a su redacción”.

¹⁹ En el artículo 33 de los Estatutos de la AACC, que fueron aprobados por la Asamblea Constituyente el día 11 de mayo de 1995 y modificados el 26 de abril de 2011, relativos a las funciones de la Junta Directiva de la AACC, se prevé que podrán “nombrar y, en su caso, renovar en sus cargos al Presidente del Jurado de la Publicidad y sus miembros, así como al Presidente y miembros de las correspondientes secciones. Tales nombramientos serán sometidos a la Asamblea General, para su ratificación”. Aunque se ha flexibilizado la redacción del artículo original, los miembros del Jurado de la Publicidad, órgano independiente de la Asociación, son elegidos en un 75 % por la Junta Directiva y, a partir del 13 de enero de 1999, se admiten representantes de las asociaciones de consumidores. Esta representación se concreta en el 25 % del jurado es designado por la Junta Directiva de la AACC, a propuesta del Instituto Nacional de Consumo (INC) y del Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU). Vistas las proporciones del Jurado, tendríamos que realizar dos reflexiones: por una parte, quienes son los miembros de la Junta Directiva y qué intereses representan y, por otra parte, que poseer el 25 % de la cuota de participación en el Jurado de la Publicidad, sitúa a los consumidores en una clara minoría, mermando enormemente su capacidad de decisión al dictar una resolución. Aún así, es importante resaltar que el apartado 1, del artículo 5, relativo al objeto y fines de la Asociación, cuyo fin prioritario es contribuir a que la comunicación comercial sea un instrumento útil en el mercado, velando por los derechos de los destinatarios de esa publicidad. Por lo tanto, un objetivo primordial de esta Asociación es la protección de los derechos de los consumidores.

habían proporcionado otras Directivas comunitarias anteriores (que regulan el mercado), a excepción de la Directiva de comercio electrónico. Para ello, propone los Códigos de conducta como pilar de la autorregulación, los cuales se definen en el apartado f) del artículo 2 DCPD, estableciendo lo siguiente:

[“Códigos de conducta” acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos.]

A nuestro modo de ver, con esta definición el legislador comunitario claramente se está decantando por los Códigos éticos o normas de conductas propias de los sistemas de autorregulación tradicionales. Y es así porque –manifiestamente- las contraponen a las normas jurídicas, como reglas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, sino como normas que emanan de los sujetos privados, concretamente, de los comerciantes. Por lo tanto, los códigos de conducta se originarían mediante un proceso autónomo de creación normativa, por parte de sujetos privados, sin la intervención de los poderes públicos, cuya finalidad última es autorregular el sector concreto en el que operen, autoimponiéndose estas normas éticas. Estos códigos están formados por un conjunto de principios, pautas y reglas deontológicas, que determinan una correcta práctica comercial.

A la vista de lo expuesto, el legislador comunitario –intencionadamente- quiere delimitar la norma ética, que integra el Código de conducta, distinguiéndola de la norma jurídica. Esta diferencia se manifiesta a través de dos circunstancias: por una parte, en el elemento subjetivo, es decir, los sujetos de los que emana una y otra norma. Así, mientras el creador de la norma jurídica es el poder legislativo estatal, comunitario o internacional, la norma de conducta -prevista en la presente Directiva- se elabora por los comerciantes, aunque también pueden participar en su elaboración otros sujetos, tales como los consumidores. Por otra parte, como consecuencia del ámbito subjetivo, las normas éticas previstas en la Directiva de prácticas comerciales desleales poseen las siguientes características: voluntariedad, sectorialidad y limitada coercibilidad, que las diferencian claramente de las normas jurídicas, caracterizadas por la imperatividad, generalidad y coercibilidad.

1.2.1. Características de los Códigos de conducta

En atención a la definición propuesta por la DCPD, los códigos de conducta autoimpuestos por el sector de los que participan en el mercado, con el objetivo de regular las prácticas comerciales, tiene las siguientes características:

Voluntariedad.- Las normas que integran los códigos éticos son de voluntario cumplimiento. La voluntariedad se manifiesta desde dos perspectivas: desde un punto de vista positivo, todo aquel que ha adquirido el compromiso de cumplir los códigos de conducta o formalizado un contrato de adhesión al

mismo, adquiere el deber moral de cumplir los códigos de conducta²⁰; y desde un punto de vista negativo, todo aquel que no se ha comprometido a cumplir los códigos, ni forma parte del sistema de autorregulación, no se le podrá exigir la observancia y el cumplimiento de las normas éticas, ya que exclusivamente vinculan a los miembros que se adhieren al sistema. Aunque se podría admitir la salvedad del tercero ajeno al sistema, que presta su consentimiento para que su actuación sea examinada por el órgano de control del organismo autorregulador. Sin embargo, en uno y otro caso, como veremos más adelante, si el empresario –voluntariamente- decide no cumplir las normas del sistema de autorregulación, éste no tendrá ningún mecanismo eficaz para obligarle coactivamente a cumplir con tales normas.

Sectorialidad.- Las normas que componen los códigos de conducta son de carácter sectorial, toda vez que establecen una regulación o unas pautas de comportamiento en relación con un sector o una materia concreta. En efecto, la propia definición de la Directiva establece que son normas en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos.

Coercibilidad limitada.- Las normas éticas, en las que no hay ningún tipo de intervención pública, se imponen de forma limitada, toda vez que la capacidad de sanción que se prevé en ellas, no es vinculante para los terceros ajenos al sistema, salvo que hayan otorgado consentimiento para que su conducta sea examinada por el órgano de control. Y en cuanto a los miembros, la capacidad de sanción es vinculante para aquellos que se han comprometido con su cumplimiento, siempre y cuando ese compromiso sea firme y pueda ser verificado. Ahora bien, en ambos casos la capacidad de sanción sobre las prácticas desleales (modificación, cesación y rectificación) es limitada, ya que siempre pende de la voluntariedad de cumplimiento por parte del infractor. Los sistemas de autorregulación adolecen de una capacidad coercitiva plena, como puedan tener los tribunales ordinarios. De este modo, la ejecución de la resolución dictada por un órgano de control de un sistema de autorregulación no posee los efectos jurídicos que despliega un laudo arbitral, el cual es vinculante para las partes y posee valor de cosa juzgada.

La AACC, que imponía sus sanciones a aquellos que eran miembros y a los que no eran miembros de la Asociación, bajo la apariencia de “mera opinión deontológica” vio como esta actuación fue objeto de enjuiciamiento por parte de los tribunales, cuando sancionó y aplicó la sanción a un laboratorio que no estaba asociado a su sistema de autorregulación. Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de mayo de 2004, condenó a la AACC, anulando la resolución dictada contra el Laboratorio Lesvi. La razón en la que fundamentó la condena se basaba en el consentimiento. De tal forma que, para analizar una campaña publicitaria de una empresa no asociada al sistema, ésta –al menos- debería prestar su consentimiento expreso. Por lo tanto, no debería valer cualquier consentimiento, sino un consentimiento en el que -

²⁰ Sin embargo, la propia voluntariedad de la norma tiene como consecuencia que su capacidad sancionadora sea limitada, tal y como veremos, sobre todo para los que son miembros del sistema, quienes si no cumplen la sanción impuesta por el sistema, no podrán ser obligados a hacerlo, únicamente se le podrá expulsar del sistema (aunque existen otras medidas disciplinarias, además de la expulsión).

expresamente y por escrito- la empresa autorizase a la AACC para que se enjuiciase su campaña.

En la mencionada sentencia, se equiparaba el sistema de autorregulación a un arbitraje, aunque la autorregulación jerárquicamente hablando, debería estar en un rango inferior, toda vez que sus resoluciones no son vinculantes, ni cosa juzgada para las partes. No obstante, el juzgador otorgó una equivalencia entre ambas instituciones, por lo que exigió, que al menos, se cumplieren los requisitos requeridos para que un arbitraje desplegase plenos efectos jurídicos. En este sentido, el artículo 9, relativo a la forma y contenido de los convenios arbitrales, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, establece que el convenio arbitral deberá adoptar forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, en el que las partes expresen su voluntad de someter la controversia a un arbitraje.

Por lo tanto, para que un conflicto se pueda resolver a través de un arbitraje, las partes deberán dejar plasmado por escrito su consentimiento expreso. Pues bien, si estas son las exigencias del arbitraje, lo mínimo es que estos requisitos también se cumplan en la autorregulación. Sin embargo, algún autor ha sostenido que la aplicación de la Ley de Arbitraje al sistema de autorregulación era “inadecuada” porque el procedimiento ante el Jurado no era un procedimiento arbitral, ni se regía por estas normas, sino por lo establecido en su propio Reglamento. Sin lugar a dudas, su Reglamento -en el año 2004- no establecía que el Jurado de la AACC podía enjuiciar a cualquier anunciante, independientemente de que fuese o no miembro de la Asociación. Pero es más: a raíz de que la sentencia fuese firme, la AACC decidió modificar sus Estatutos, el Reglamento del Jurado y el Código de conducta Publicitaria. Sin embargo, en su empeño de seguir sancionando a terceros ajenos al sistema, han reformado sus normas éticas con una redacción un tanto confusa y muy alejada de lo previsto en la SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004²¹.

Pues bien, a raíz de la mencionada sentencia, la AACC decide cambiar algunos preceptos de sus normas éticas, aunque –en realidad- no sabemos si complicará todavía más la aplicación de los mismos. Así, el artículo 30 del Reglamento del Jurado, relativo a los efectos de las resoluciones, establece que éstas serán vinculantes para todos los asociados de Autocontrol y para aquellos no asociados que expresamente acepten la competencia del Jurado de la Publicidad.

²¹ Para un análisis más detallado de la SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004, vid. DE LA CUESTA RUTE, «Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la Publicidad: La Sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de Mayo de 2004», *Cuadernos de Derecho y de Comercio*, n.º 43, 2005, pp. 11 y ss. DE LA CUESTA comparte la opinión de la Audiencia al señalar —entre otros extremos— que el sistema español de autorregulación publicitaria es un sistema extrajudicial de resolución de conflictos en materia publicitaria. Por lo tanto, para cualquier actuación por parte del Jurado de la Publicidad se exige un acuerdo de voluntad expresa entre las partes. En efecto, si las dos partes son miembros del sistema, en principio se presupone que concurre tal voluntad. En el caso de que una de las partes no pertenezca al precitado sistema, la capacidad de sanción por parte del órgano de control es inexistente, no pudiendo producir ningún efecto adverso a la parte que no se sometió al enjuiciamiento voluntariamente y de forma expresa.

Sin embargo, si conjugamos este precepto con el artículo 18.2 RJ, se puede extraer una conclusión sobre la interpretación del significado de “aceptación expresa” un tanto *sui generis*, puesto que podría suponer el control de todo sujeto que realice publicidad, independientemente de su condición de asociado. El apartado 2 del artículo 18 RJ exige el rechazo expreso por parte del tercero no miembro de la Asociación, para que éste no sea enjuiciado por el Jurado. Por lo tanto, le impone al tercero una carga intolerable y que no se le debe exigir siendo ajeno al sistema de autorregulación, toda vez que le obliga a participar activamente en el procedimiento, presentando escrito en el cual plasme su rechazo a ser enjuiciado por el Jurado de la Publicidad. Este requerimiento es inaceptable. Al tercero no se le debe instar a actuar ante la Asociación, pues ésta no tiene ninguna potestad sobre aquel.

Ahora bien, el periplo normativo no acaba en los artículos 30 RJ y 18 RJ, sino que el artículo 11 RJ, establece que las Secciones del Jurado serán competentes para “*Resolver las reclamaciones o controversias que se presenten en relación con las comunicaciones comerciales realizadas o difundidas ... por terceros no asociados que acepten expresa o tácitamente la competencia del Jurado, por la presunta infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la Asociación”.* Por lo tanto, el artículo 11 RJ prevé la sumisión tácita al Jurado de la Publicidad. Y, en efecto, nos consta que el Jurado ha examinado campañas en las que el tercero, defendiendo sus intereses ante la Asociación, ha entrado en el fondo del asunto, exponiendo los argumentos para calificar su publicidad como lícita. Y esta mera defensa ha sido interpretada como una sumisión tácita al Jurado de la Publicidad. Pues bien, si nos detenemos a analizar esa conducta por parte del no miembro, resulta un comportamiento bastante lógico en el caso de recibir una reclamación de un asociado, en la que se le acusa de realizar una publicidad ilícita. El anunciante no miembro del sistema de autorregulación, como respuesta inevitable o incluso automática, contesta defendiéndose de las acusaciones vertidas, pero esta contestación no debería ser entendida por el Jurado de la Publicidad como una sumisión tácita a su control, toda vez que el artículo 30 RJ establece una aceptación expresa de la competencia del Jurado. De hecho, el consentimiento expreso del que se hace eco el artículo 30 RJ no incluiría –en ningún caso- el consentimiento o sometimiento tácito al Jurado de la Publicidad. Y, por supuesto, cualquier actuación en este sentido iría totalmente en contra del espíritu de la SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004, aunque no se comparta su criterio por parte de algunos miembros de la AACC²².

²² Resulta sorprendente como, tras la SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004, y a pesar de haber modificado el Reglamento del Jurado, en orden a identificar la vinculación de la resolución, no con cualquier consentimiento, sino con un consentimiento expreso, algunos autores sigan empeñados en que se puedan enjuiciar campañas publicitarias de no asociados, siempre que el empresario no miembro no rechace la competencia del Jurado. Parece bastante contradictorio que se admita el consentimiento tácito por parte del Jurado de la Publicidad, si en su artículo 30 del Reglamento del Jurado se está exigiendo un consentimiento expreso a los que no son miembros del sistema. Vid. FERNANDO MAGARZO, “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Estudios de Consumo*, num. 84, abril 2008, p. 71-83. El Jurado ha reconocido -mediante sus resoluciones- que sus decisiones solo tenían fuerza vinculante para sus socios. Vid., entre otras, la RJAACC 17 mayo 2000, BAACC (BD), n.º 43, 2000, en la cual se establece que las decisiones que adopta el Jurado sólo tendrán fuerza vinculante para los asociados.

Por otra parte, y en relación con la capacidad coercitiva limitada de los sistemas de autorregulación, debemos señalar que esta merma de la capacidad de sanción se produce no solo en relación con los no miembros del sistema, sino también en relación con los asociados, toda vez que si están en desacuerdo con la decisión del Jurado de la Publicidad, y deciden no cumplir la resolución, la Asociación carece de mecanismo para obligar a cesar la campaña publicitaria, salvo, claro está que, en aplicación del artículo 30 RJ, del apartado b) del artículo 3 CCP y el apartado d) del artículo 14 EAACC, obliguen a los medios, que sean asociados del sistema, a no difundir las campañas cesadas o modificadas por el Jurado de la Publicidad. Sin embargo, esta actuación por parte de la AACC podría ser calificada como una práctica colusoria, que restrinja la competencia, toda vez que obligar a cesar una campaña publicitaria a un anunciante, no sólo implica unos daños por la retirada de la misma, sino posiblemente un ulterior desembolso para realizar una nueva campaña, que comunique el producto y/o servicio, para el que fue creado la primera publicidad. ¿Qué ocurriría en el caso en que el órgano de control obligase a cesar una campaña por ilícita y, tras su enjuiciamiento por los tribunales ordinarios, éstos decidiesen que la publicidad es lícita? El acuerdo por parte de los medios más relevantes de este país²³ de no difundir campañas publicitarias sancionadas por el Jurado de la Publicidad, sin contrastar la licitud o ilicitud de la campaña con los tribunales ordinarios, podría ser una decisión, cuyos efectos podrían traer como consecuencia reducir la capacidad de competencia en el mercado.

En los sistemas de autorregulación anglosajones, la práctica general es que los medios de comunicación no pertenecen al sistema de autorregulación. De este modo, el organismo autorregulatorio se dirige al medio a través de una carta, a modo de recomendación, para lograr el cese de la actividad ilícita. Sin embargo, esta carta recomendatoria ya ha sido calificada por la FTC, como una práctica restrictiva de la competencia. De hecho, se consideraba que esta

²³ Los medios asociados a la AACC son ATRES ADVERTISING, SL.U. (ANTENA 3 TV, ONDA CERO, EUROPA FM, MOVIERECORD), CBS OUTDOOR SPAIN, S.A., CEMUSA (CORPORACIÓN EUROPEA DE MOBILIARIO URBANO, S.A.), CLEAR CHANNEL ESPAÑA, COMPAÑÍA DE RADIO TELEVISIÓN DE GALICIA (CRTVG), CORPORACIÓN ARAGONESA DE RADIO Y TELEVISIÓN, CORPORACIÓN RTVE, CORPORACIÓN VOZ DE GALICIA,S.L.U., DIARIO ABC, S.L (GRUPO VOCENTO), DISCOVERY COMMUNICATIONS SPAIN & PORTUGAL, DISNEY CHANNEL, EDICIONES PRIMERA PLANA, S.A. (EL PERIÓDICO), EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE MADRID, S.A., ENS PÚBLIC RADIOTELEVISIÓ DE LES ILLES BALEARS, EUSKAL IRRATI TELEBISTA, S.A.(EITB), GOOGLE SPAIN, S.L., GPS GESTOR DE PUBLICACIONES Y PUBLICIDAD, S.L., GRUPO PRISA (EL PAÍS, AS, CINCO DÍAS, GDM, GRUPO UNIÓN RADIO Y PROGRESA, PRISACOM), HOLA, S.A., IDS ESPAÑA, EDUCACIÓN Y PREVENCIÓN DE LA SALUD, INSTITUT MUNICIPAL DEL PAISATGE URBÀ I LA QUALITAT DE VIDA, JC DECAUX ESPAÑA, S.L., MEDIA CONTACTS, S.A. (HAVAS DIGITAL), MEDIA RESPONSABLE, S.L, MTV CHANNEL ESPAÑA, S.L.U., PROMEDIOS EXCLUSIVAS DE PUBLICIDAD, S.L., PUBLIESPAÑA, S.A. / TELECINCO, PUBLIPRESS MEDIA ,S.L.U.(8TV,LA VANGUARDIA Y .COM, MUNDO DEPORTIVO Y .COM, MAGAZINE, RAC1, RAC105), PUBLISEIS INICIATIVAS PUBLICITARIAS (LA SEXTA), RADIO TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA (CANAL SUR), RADIO TELEVISIÓN DE CASTILLA Y LEÓN, S.A., RADIO TELEVISIÓN VALENCIANA, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIO DIFUSIÓN, S.L. (CADENA SER), SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO, S.A.U. (SOGECUATRO), TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A., TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID, S.A., TELEVISIÓN AUTONÓMICA DE CASTILLA-LA MANCHA, TELEVISIÓN AUTONÓMICA DE MURCIA, S.A., TELEVISIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A., TELEVISIÓN PÚBLICA DE CANARIAS, S.A., TUENTI TECHNOLOGIES, S.L., TURNER BROADCASTING SYSTEM ESPAÑA, S.L. (TCM, CARTOON NETWORK), UNIDAD EDITORIAL, S.A. (DIARIO EL MUNDO), YAHOO IBERIA, S.L.U., YELMO FILMS, S.L. Vid. <http://www.autocontrol.es/>, visitada el 22 de enero de 2012. Imaginémosos -por un momento- que todos estos medios no difundiesen una campaña publicitaria por una decisión tomada por el Jurado de la Publicidad.

sanción tan sólo correspondería a una agencia gubernamental²⁴. Ahora bien, la tendencia actual es que estas recomendaciones sean tenidas en cuenta por el medio de comunicación, toda vez que en los sistemas anglosajones impera un sistema de corregulación, en el que existe una estrecha colaboración entre los organismos de autorregulación y las agencias gubernamentales²⁵.

No obstante, el organismo de autorregulación debe poseer un régimen disciplinario para los miembros que no acatan sus resoluciones o que son reincidentes, y sancionarles –entre otras medidas- con la expulsión, a falta de cumplimiento de los códigos y de las resoluciones dictadas por el órgano de control²⁶.

1.2.2. Naturaleza jurídica de los Códigos de conducta

La Directiva Comunitaria de Prácticas Desleales define el Código de conducta como toda norma no impuesta por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro. Por lo tanto, resulta evidente que desde una perspectiva subjetiva, los sujetos que elaboran los códigos previstos por la Directiva son agentes privados, sin la intervención de los poderes públicos. Pues bien, una de las notas características de estos Códigos de conducta es que responden al perfil tradicional de códigos éticos, apartándose del concepto de Código de conducta, previsto en la Directiva sobre comercio electrónico. En este sentido, resulta muy relevante diferenciar el Código de conducta que emana de la iniciativa privada, del Código de conducta impulsado y promovido por los poderes públicos, concedores de que los agentes intervinientes en el sector son los que verdaderamente conocen las necesidades del medio en el que operan.

En los últimos años se ha iniciado un proceso de desplazamiento de la producción normativa desde los poderes públicos a las entidades privadas, debido al creciente papel de los llamados sujetos intermedios (asociaciones empresariales, profesionales, de consumidores, etc.), que tienen reconocido un espacio de producción normativo para la defensa de sus legítimos intereses económicos²⁷. Por lo tanto, resulta necesario analizar la naturaleza jurídica de los códigos de conducta desde una perspectiva subjetiva.

²⁴ LABARBERA, «The Difusion of Trade Association Advertising Self-Regulation», *JM*, vol. 47, 1983, pp. 58-67; «The Antitrust Shadow Over Advertising Self-Regulation» en LEIGH y MARTIN (eds.), *Current Issues and Research in Advertising*, UM, Division of Research, 1981, pp. 57-70.

²⁵ PRICE y VERHULST, «The Concept of Self-Regulation and the Internet», en WALTERMANN, J. and MACHILL, M. (eds.), *Protecting our Children on the Internet*, Bertelsmann Foundation, Guetersloh, 2000, pp.133-198; SINCLAIR, D., «Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies», *LP*, octubre 1997, Vol. 19, n.º 4, pp. 529-559; DOYLE, C., «Self Regulation and Statutory Regulation», *BSR*, Vol. 8, n.º 3, 1997, pp. 35-43.

²⁶ Vid. el Capítulo III del Estatuto de la AACCC, en relación con el régimen disciplinario aplicable a los miembros de la Asociación.

²⁷ En el Libro Blanco de la Gobernanza Europea se pone de manifiesto la necesaria reforma del modo de gobernar Europa. Entre los cambios propuestos se plantea una mejora de la política y producción normativa llevada a cabo por la Unión Europea. Para lograr estos objetivos se proponen, entre otras posibilidades, implicar a la sociedad civil en esa gobernanza. Por lo tanto, se apuesta por el diálogo con organizaciones sindicales, patronales, no gubernamentales, asociaciones profesionales, de consumidores, etc., no sólo para adoptar normas basadas en Códigos de conducta, sino también para que sean sujetos activos de un sistema de corregulación. Este sistema combinaría medidas legislativas o

A este respecto, debemos indicar que las normas de conducta —elaboradas y aprobadas por grupos privados— únicamente son vinculantes para sus miembros; y, por ende, carecen de las características propias de las normas jurídicas; es decir: no son de aplicación general, ni poseen la fuerza coactiva plena²⁸. Por consiguiente, estos códigos son catalogados como normas de carácter ético, ya que sólo el poder legislativo y, en algunos casos —por delegación—, el poder ejecutivo, tienen la capacidad de crear normas jurídicas²⁹.

En este sentido, los códigos de conducta previstos por la Directiva de prácticas comerciales desleales son normas morales o éticas, puesto que han sido elaboradas y aprobadas sin ningún tipo de intervención de los poderes públicos³⁰. A riesgo de ser reiterativos, nos resulta sorprendente que, habiéndose producido un avance indiscutible en la evolución de los códigos de conducta, a través de la regulación prevista en la Directiva de comercio electrónico, (en la que son los poderes públicos quienes impulsan y promueven la creación de los códigos de conducta), la Directiva de prácticas comerciales desleales no haya seguido esta línea legislativa. Estos sistemas de correulación se apoyan en códigos que se alejan de una naturaleza ética para convertirse en eficaces cuerpos normativos, con la estrecha cooperación de los poderes públicos. Estos códigos impulsados y promovidos por los poderes públicos son calificados como códigos institucionales o funcionales³¹, diferenciándolos de los códigos de conducta puramente éticos.

reglamentarias y otras medidas adoptadas por los agentes más interesados y conocedores del sector, sobre la base de su experiencia práctica. *Vid. DOCE*, n.º C 287/1, de 12 de octubre de 2001.

²⁸ GÓMEZ SEGADA y LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado...”, *cit.*, p. 44; TATO PLAZA, «El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», *ADI*, Tomo XVIII, 1997, p. 169. En su Exposición de Motivos, la LGP contempla tímidamente el control voluntario de la publicidad. Pero, hemos de señalar que, en ningún caso, existe la voluntad por parte del legislador de instaurar un sistema de autorregulación dentro de un marco normativo; esto es, lo que los anglosajones denominan *self-regulation within a statutory framework*. *Vid.* en este sentido, PAGE, «Self-regulation: the constitutional dimension», *MLR*, vol. 49, 1986, pp. 144-145.

²⁹ Este sistema ha sido catalogado por gran parte de la doctrina como un sistema mixto o híbrido de autorregulación. En este sentido, *vid.* GARVIN, D. A., “Can Industry Self-Regulation Work?”, *California Management Review*, n.º 25, 1983, pp. 39 y ss.

GARVIN, *cit.*, pp. 45 y 46; PITOFSKY, «Self regulation and Antitrust», D. C. Bar Association Symposium, Washington, 1998, pp. 15 y ss.

³⁰ Según DE LA CUESTA RUTE, estas normas éticas, a pesar de vincular únicamente a quienes han asumido su cumplimiento y no imponer conductas para terceros ajenos a los sistemas de autorregulación, poseen -sin embargo- consecuencias para éstos, ya que a los Códigos de conducta se les otorga un cierto poder configurador del orden jurídico del mercado, confrontándolas a las normas jurídicas. *Vid.* DE LA CUESTA RUTE, «Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación», *RDBB*, Año 23, n.º 94, abril-junio 2004, pp. 91 y ss.

³¹ El sistema de autorregulación americano tiene una estrecha relación de colaboración y cooperación con la *FTC*, Agencia gubernamental que goza de una total independencia. Este sistema ha sido catalogado por gran parte de la doctrina como un sistema mixto o híbrido de autorregulación. En este sentido, *vid.* GARVIN, *cit.* pp. 47 y ss.; PITOFSKY, «Self regulation and...», *cit.*, p. 15 y ss.

En Australia, se intentó correular ciertos sectores del Derecho privado, concretamente el sector bursátil y el publicitario. A través del *Taskeforce on Industry Self-regulation*, se elaboró un informe en junio de 2000, en el cual se ponían de manifiesto no sólo las carencias de la autorregulación, sino también las de la regulación. En el citado informe se estableció que el futuro del Código de conducta será el código

Llegados a este punto, debemos reseñar que, atendiendo a los sujetos que promueven la creación y elaboración de los códigos de conducta (poderes públicos o sujetos privados), la naturaleza jurídica de los mismos será claramente diferente. Resulta evidente que no puede tener el mismo tratamiento jurídico el código promovido por la industria, que el impulsado por los poderes públicos, en colaboración con asociaciones profesionales y asociaciones de consumidores. En este estado de cosas, el debate se suscita cuando el legislador, a través de su potestad legislativa, fomenta y promueve la creación y puesta en marcha de esos códigos de conducta, con la estrecha colaboración de los sujetos privados implicados en el sistema de autorregulación³². En este caso, la doctrina discute la naturaleza jurídica de estas normas de conducta³³; debate que pone de manifiesto que entramos en un proceso de consolidación de la norma de conducta con características propias de la norma jurídica, abandonándose definitivamente el modelo deontológico y, por lo tanto, ético de la norma de conducta. Estas normas — creadas en colaboración con los poderes públicos— gozan de las características esenciales de las normas jurídicas, representando un nuevo orden coactivo y obligatorio³⁴. La moral por parte del grupo ya no se consideran suficientes, por sí mismas, para garantizar el respeto de las normas de conducta. Así, su incumplimiento da lugar a nuevos mecanismos represivos, dotados de un verdadero carácter obligatorio, basado en el poder coactivo del Estado³⁵.

institucional o funcional. Este código tendrá unas características propias, con la colaboración de los poderes públicos. Consecuentemente, producto de esta intervención, el código será de obligado cumplimiento para todos aquellos que integren el sector, no sólo para los que se han adherido. Para un conocimiento íntegro del citado informe, *vid.* www.selfregulation.gov.au/resources.asp (visitada el 5 de febrero de 2012).

³² Vid. Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre de 2005, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y procedimientos de concesión, *vid.* <http://www.boe.es/boe/dias/2005/10/08/pdfs/A33070-33074.pdf>, visitada el 13 de marzo de 2012.

³³ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000, p. 76. En este trabajo, el autor, apoyándose en estudios muy innovadores, justifica el valor jurídico y no ético de las normas de conducta, en los sistemas de autorregulación bursátil. En este sentido, *vid.* TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en los mercados de valores. Primeras reflexiones sobre el Real Decreto 629/1993», *RDBB*, Año 13, Vol. 50, 1993, pp. 315 y ss.; DE WAEL, «Déontologie et performances financières en matière de gestion de valeurs mobilières», *Gaz. Pal.*, 1993, pp. 561 y ss.; ANNUNZIATA, F., «Regole di comportamento e deontologia degli intermediari», en GERVASIONI (coord.), *Verso una Borsa europea. La riforma del mercato mobiliare italiano e l'integrazione dei mercati finanziari*, Editorial Egea, Milán, 1992, pp. 115 y ss.; IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», en BELTRÁN SÁNCHEZ y NIETO CAROL (coords.), *Contratación Mercantil*, Madrid, 1998, pp. 361 y ss.

³⁴ La FTC, indirectamente, hace cumplir los Códigos de conducta al obligar al anunciante a acatar la decisión de la NARB. Desde este punto de vista, los códigos citados anteriormente podrían impregnarse del carácter obligatorio y coactivo que tienen las normas jurídicas. *Vid.* GARVIN, *cit.*, p. 37 y ss.

³⁵ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*, Instituto de Estudios Económicos, cit., Madrid, 2000, p. 77. Al estudiar la naturaleza jurídica de los Códigos de conducta en el mercado de valores este autor manifiesta que en el Derecho comparado se constata de modo generalizado un encuadre de las normas de conducta dentro de las normas de carácter reglamentario. Este fenómeno normativo, con mayor trascendencia en los ordenamientos jurídicos inglés,

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta inexplicable la decisión tomada por el legislador comunitario, al prever una definición tan clásica de códigos de conducta en la Directiva de prácticas comerciales desleales. De hecho, este planteamiento marca también la naturaleza de los sistemas de autorregulación, contemplados en el texto comunitario y que analizaremos a continuación.

1.3. La autorregulación como sistema de resolución extrajudicial de conflictos

La Directiva de prácticas comerciales desleales no sólo prevé la creación de códigos de conducta por parte de los sujetos que intervienen en el mercado, y más concretamente, por parte de los comerciantes, sino también establece un control sobre los mismos, aplicado por los responsables de los códigos³⁶. De este modo, la mencionada Directiva se decanta por la autorregulación como medio de resolución extrajudicial de conflictos. Los Códigos de conducta son un elemento más a tener en cuenta para constituir un sistema de autorregulación que pueda ser eficaz.

Para calificar el tipo de autorregulación que describe la Directiva sobre prácticas comerciales desleales es necesario examinar si el legislador comunitario ha contemplado todos los elementos constitutivos para que un organismo de autorregulación sea eficaz. Por todos es sabido que los orígenes de los mencionados sistemas se ubican en determinados sectores empresariales que deciden aprobar un Código de conducta para que sea cumplido por todos los miembros del colectivo. No obstante, esta situación embrionaria del sistema, no produce resultados efectivos³⁷, siendo necesarios otros requisitos para dotar de eficacia al sistema. El problema estriba en delimitar si la DPCD ha tomado en consideración todos los elementos imprescindibles para que un sistema de autorregulación sea eficiente.

Krum y Greenhill manifiestan que la verdadera autorregulación implica limitación a la regulación estatal. Estos autores son los primeros que se arriesgan a enumerar los requisitos esenciales que ha de incluir un sistema de autorregulación para que tenga éxito³⁸. Se enumeran como fundamentales los siguientes:

francés e italiano, corrobora la indudable naturaleza de normas jurídicas de tales códigos, al margen de la ética o deontología.

³⁶ El apartado g) del artículo 2 DPCD dispone lo siguiente: [*“responsable del código”: cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un Código de conducta y/o supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo*].

³⁷ NEELANKAVIL y STRIDSBERG, *Advertising Self-Regulation: A Global Perspective*, Communication Arts Books, Hastings House Publishers, Nueva York, 1980, pp. 48-54; ROSDEN, *The Law of Advertising*, cit., pp. 46 y ss.; BODDEWYN, *Advertising Self-Regulation and Outside Participation. A multinational Comparison*, Quorum Books, Nueva York, 1988., p. 6; BALDWIN y CAVE, *Understanding Regulation*, OUP, Oxford, 1999, p. 87; SINCLAIR, «Self-Regulation Versus Command and Control?...», cit., p. 522; DOYLE, «Self Regulation and Statutory...», cit., p. 39.

³⁸ KRUM y GREENHILL, «The extent of industry self-regulation through trade association codes of ethics», *AB*, n.º 17, 1972, pp. 379 y ss. Posteriormente, en el mismo sentido, NEELANKAVIL y STRIDSBERG, *Advertising Self-Regulation: A Global...*, cit. p. 34-36; LABARBERA, «Analyzing and Advancing the State of the Art of Advertising Self-Regulation», *JA*, vol. 9, n.º 4, 1980, pp. 27-38; «Toward the Theoretical Development of Advertising Self-Regulation» Paper presented to 2nd Annual Theory Conference, American Marketing Association, Phoenix, Arizona, 1980, pp. 127 y ss.; «The Antitrust Shadow Over Advertising

- a) Aceptación de unos códigos éticos por parte de los miembros de una asociación.
- b) Procedimiento práctico previsto en el Código de conducta para la averiguación de infracciones cometidas por los miembros.
- c) Procedimiento de instrucción y ejecución para la resolución de presuntas infracciones del Código, por parte de los miembros.
- d) Un sistema de sanciones para las empresas que hayan infringido el código ético aprobado por los miembros.

A pesar de que los requisitos anteriormente enumerados desdibujan los pilares del citado sistema, estos han evolucionado paulatinamente. Neelankavil y Stridsberg, autores clásicos en el estudio de los sistemas de autorregulación, establecen que estos sistemas han de cumplir cuatro requisitos constitutivos:

- a) Creación de unas normas para la industria que serán analizadas por terceros ajenos al sistema.
- b) Anticipación para resolver aquellos asuntos que puedan perjudicar la credibilidad de la industria.
- c) Establecimiento de un sistema, similar al arbitral, basado en un procedimiento objetivo, para la resolución de disputas respecto, no sólo a los contenidos sino también a las técnicas publicitarias.
- d) Resolución rápida y objetiva de las reclamaciones presentadas en materia publicitaria³⁹.

A la vista de lo expuesto, consideramos que la DCPD recoge todos los requisitos de la autorregulación, para que sea efectiva, introduciendo matices, que nos va a aportar características propias de los sistemas de autorregulación contemplados por el legislador comunitario. De este modo, debemos realizar las siguientes consideraciones:

Self-Regulation» en *Current Issues and Research in Advertising 1981*, LEIGH y MARTIN (eds.), University of Michigan, Division of Research, pp. 57-70; «Government Regulation vs. Self-Regulation of Marketing Ethics: A Cost – Benefit Approach» en JONES (ed.), *Doing Ethics in Business*, Cambridge (Mass.), Oelgeschlager, Gunn and Hain Publishers, Inc., 1982, pp. 165 y ss.; «The Diffusion of Trade Association Advertising Self-Regulation», *JM*, vol. 47, 1983, pp. 58-67; ZANOT, «Unseen But Effective Advertising Regulation: The Clearance Process», *JA*, vol. 14, n.º 4, 1985, pp. 44 y ss.; ROTFELD y PARSONS, «Self-Regulation and Magazine Advertising», *JA*, vol. 18, n.º 4, 1989, pp. 33-40; ROTFELD, ABERNETHY y PARSONS, «Self-Regulation and Television Advertising», *JA*, vol. 19, n.º 4, 1989, pp. 18 y ss.; ROTFELD, «Power and Limitations of Media Clearance Practices and Advertising Self-Regulation», *JPPM*, vol. 11, n.º 1, 1992, pp. 87 y ss.; ROGERS, «Advertising Self-Regulation in the 1980s: A Review», *Current Issues and Research in Advertising*, Vol. 13, n.º 1 y 2, 1991, pp. 369-392. BODDEWYN, «Advertising Self-Regulation: Private Government as an Agent of Public Policy», *JPPM*, vol. 4, 1985, pp. 129 y ss.; «Advertising Self-Regulation: True Purpose and Limits», *JA*, vol. 18, n.º 2, 1989, pp. 19 y ss.; GUPTA y LAD, «Industry Self-Regulation: An Economic Organizational and Political Analysis», *AMR*, vol. 8, n.º 3, pp. 416-425. *Vid.*, en este sentido, autores españoles como GÓMEZ SEGADE, «Sistemas de autorregulación publicitaria» *Depalma*, 1984, p. 311 y ss.; GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA, *cit.*, pp. 39 y ss. La European Advertising Standards Alliance (en adelante EASA), en su *Blue Book*, simplifica los elementos de un sistema de autorregulación publicitaria, por un lado, a la elaboración y aprobación de un código; y por otro lado, al establecimiento de un proceso imparcial a través del cual puedan juzgarse aquellas conductas contrarias al código.

³⁹ NEELANKAVIL y STRIDSBURG, *Advertising Self-Regulation:...*, *cit.*, pp. 14-28.

Agrupación voluntaria de miembros. Analizando el texto comunitario, sin lugar a dudas, se opta por un sistema que integra principalmente a los comerciantes o lógicamente empresarios, aunque se prevé la existencia de entidades que agrupen a todos estos sujetos privados, para que sean los responsables de los Códigos de conducta. Además, y puesto que se trata de una Directiva que pretende contribuir a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores, establece que se mantengan informados a los consumidores de estos códigos, e incluso se les invita a participar en la elaboración de los mismos.

En nuestra opinión, resulta insuficiente el modo en el que esta Directiva prevé la participación de los consumidores, tanto en la redacción de los códigos, como en la supervisión de su cumplimiento, puesto que -en este último caso- ni se contempla la posibilidad de que los consumidores formen parte de los órganos de control del organismo de autorregulación. A nuestro modo de ver, para que un sistema de autorregulación funcione equitativamente, defendiendo todos los intereses que concurren en el mercado, éstos deben estar representados paritariamente. En caso contrario, se producirá un desajuste, siempre y en todo caso, a favor de quienes tengan mayor representación en el sistema. No podemos creer que los empresarios elaboren un Código de conducta con la finalidad de proteger los intereses de los consumidores. Este es un argumento ingenuo y pueril. Desde que la empresa es empresa su finalidad, primera y última, es ganar dinero. Negar la realidad es cerrar los ojos a la realidad meridiana y transparente. De hecho, si una empresa deja de ganar dinero, es obvio que echa el cierre. Se desconoce la finalidad altruista de las empresas, incluso nos atreveríamos a decir, de ciertas Asociaciones. Así que, a nuestro modo de ver, existe cierta hipocresía en torno a aquellos sistemas de autorregulación, en los que los únicos intereses que se dejan oír son los intereses económicos. En este sentido, echamos de menos, sobre todo en una Directiva de prácticas comerciales desleales, cuyo fin primordial es el mayor nivel de protección de los consumidores, que no se haya sido más categórico con la participación de los consumidores en los organismos de autorregulación. De este modo, en atención a los sujetos que integran un sistema de autorregulación este podría ser calificado como un sistema de autorregulación puro o mixto, hasta llegar a evolucionar a un organismo corregulatorio⁴⁰. La legitimidad y credibilidad de un sistema viene marcada por los integrantes del mismo. Si únicamente está constituido por empresas y comerciantes, difícilmente se representarán todos los intereses en juego en el mercado. A este respecto, ya Cesar recriminó a Pompeya que *“la mujer del Cesar no sólo debe ser honrada, además debe parecerlo”*.

Elaboración de códigos de conducta. Tal y como hemos expuesto, la DPCD no apuesta por un concepto moderno de códigos de conducta, sino más bien

⁴⁰ Hoy en día, parece bastante absurdo plantearse un sistema de autorregulación en el que no participen terceros ajenos a la industria publicitaria, como pueden ser los consumidores, puesto que este debate, quedó zanjado a finales de la década de los setenta. De hecho, el 13 de enero de 1999, la AACC, en aquel momento AUTOCONTROL, tras tres años de existencia, suscribió un Convenio con el Instituto Nacional de Consumo, con el objetivo de que este organismo pudiese nombrar el 25% del Jurado de la Publicidad, para garantizar la participación de los consumidores en el órgano de control de la AACC.

aboga por una noción clásica, incluso nos atreveríamos a decir, ciertamente obsoleta. Aunque no vamos a abundar en lo ya expuesto con anterioridad, los Códigos de conducta elaborados –exclusivamente– por los empresarios y comerciantes, resultan casi obsoletos.

Órgano de control. Resulta evidente que la aprobación de unos códigos de conducta exige una supervisión y control de cumplimiento de los mismos. En este sentido, la Directiva de prácticas comerciales desleales dispone que este control debe realizarlo el responsable del código, incluyendo como tal, a cualquier entidad, comerciante o grupo de comerciantes, que sean responsables de la elaboración y revisión del mismo. Por lo tanto, y dentro de la línea clásica en la que se desenvuelve esta Directiva, el órgano de control de los códigos se lo otorga prioritariamente a los comerciantes o empresarios. Además, establece que ese control lo podrá efectuar cualquier entidad, sin embargo, por el contexto en el que se enmarca esta Directiva, descartamos que esa entidad sea de carácter público. Más bien parece hacer referencia a una entidad de carácter privado, que agrupe los intereses colectivos de carácter económico. Asimismo, y aunque el texto comunitario no lo manifieste expresamente, podríamos afirmar que este control también lo podrían llevar a cabo representantes de los consumidores, siempre que hayan participado en la elaboración de los códigos de conducta. En relación con el órgano de control, la interrelación de los artículos 10⁴¹ y 11⁴² DPCD nos proporcionan alguna

⁴¹ Vid. el artículo 10 DPCD, relativo a los Códigos de conducta, establece: “La presente Directiva no excluye el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas comerciales desleales por parte de los responsables de códigos, ni el recurso a tales organismos por parte de las personas u organizaciones a las que se hace referencia en el artículo 11, siempre y cuando el procedimiento ante tales organismos sea adicional al procedimiento administrativo o judicial mencionado en dicho artículo.

El recurso a tales órganos de control nunca supondrá la renuncia a las acciones judiciales o administrativas a que se refiere el artículo 11”.

⁴² Vid. el artículo 11 DPCD, sobre ejecución, dispone: “1. Los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores.

Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan:

a) proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales,
y/o

b) someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente, bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes.

Corresponderá a cada Estado miembro decidir cuál de esos procedimientos se adoptará y si conviene que el tribunal o el órgano administrativo esté facultado para exigir el recurso previo a otras vías establecidas para la solución de reclamaciones, incluidas las mencionadas en el artículo 10. Estos procedimientos estarán disponibles con independencia de que los consumidores afectados se hallen en el territorio del Estado miembro en que se encuentre el comerciante o en otro Estado miembro.

Corresponderá a cada Estado miembro decidir:

a) si estos procedimientos legales podrán utilizarse, por separado o conjuntamente, contra varios comerciantes de un mismo sector económico,

y

b) si podrán utilizarse contra el responsable de un código en caso de que el código en cuestión fomente el incumplimiento de requisitos legales.

2. En el marco de las disposiciones legales a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros conferirán a los tribunales o a los órganos administrativos unas competencias que les faculten para tomar las medidas que se indican a continuación si estiman que dichas medidas son necesarias habida cuenta de todos los intereses en juego y, en particular, del interés general:

a) ordenar el cese de prácticas comerciales desleales, o emprender las acciones legales pertinentes para que se

clave más, para entender su incidencia como órgano de resolución extrajudicial de conflictos. En primer lugar, el artículo 10 establece que no se excluye el control de las prácticas comerciales desleales, por parte de un organismo de autorregulación. Sin embargo, este control siempre sería adicional al realizado por un procedimiento judicial o administrativo. El problema surge al interpretar el término “adicional”, toda vez que el DRAE, lo define como “*que suma o añade algo*”. No obstante, no nos indica si se trata de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos que se equipara al de los tribunales ordinarios, en el sentido de que sus resoluciones tengan fuerza vinculante de cosa juzgada. Ahora bien, a pesar de ser un sistema de control que se añade a los ya existentes, manifiestamente el legislador comunitario ha dejado patente que el recurso previo nunca supondrá la renuncia a los procedimientos judiciales o administrativos. A la vista de lo expuesto, el control administrativo y judicial siempre será una vía que debe quedar expedita, como una ulterior forma de control de las prácticas comerciales desleales. Es más: en cada Estado miembro estará facultado para exigir la existencia de un recurso previo ante un organismo de autorregulación, para que éste emita resolución –en un primer momento- sobre la controversia. Pero sin que esta actuación agote la vía judicial. Como consecuencia de ello, tal y como hemos manifestado con anterioridad, esta actuación hará descender el nivel de litigiosidad ante los tribunales u órganos administrativos, al igual que ocurre con la mediación y el arbitraje. En definitiva, son medidas que tratan de descargar la extraordinaria actividad de actuación por parte de los tribunales ordinarios. Finalmente, es cierto que el artículo 11 DPCD, otorga libertad a los Estados miembros para decidir si se podrán utilizar los procedimientos legales contra el responsable de un código, en caso de que el código en cuestión fomente el incumplimiento de

ordene el cese de dichas prácticas,

o

b) prohibir la práctica comercial desleal o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica, cuando ésta no haya sido todavía utilizada pero sea inminente su utilización, incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del comerciante.

Los Estados miembros preverán además que las medidas a que se refiere el párrafo primero se adopten en el marco de un procedimiento acelerado:

- bien con efecto provisional,

- bien con efecto definitivo,

quedando entendido que corresponde a cada Estado miembro determinar cuál de estas dos opciones será la que se adopte.

Además, los Estados miembros podrán atribuir a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de prácticas comerciales desleales cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten:

a) para exigir la publicación total o parcial de dicha decisión en la forma que juzguen adecuada;

b) para exigir, además, la publicación de un comunicado rectificativo.

3. Los órganos administrativos a que se refiere el apartado 1 deberán:

a) tener una composición tal que no arroje dudas sobre su imparcialidad;

b) tener poderes adecuados para poder supervisar e imponer de manera eficaz la observancia de sus decisiones cuando se pronuncien acerca de las reclamaciones;

c) en principio, motivar sus decisiones.

Cuando las competencias a que se refiere el apartado 2 sean ejercidas únicamente por un órgano administrativo, éste deberá motivar sus decisiones en todos los casos. Además, en este caso, se deberán prever procedimientos que permitan someter a control jurisdiccional todo acto u omisión impropio o injustificado en el ejercicio de las competencias del órgano administrativo”.

aquellos requisitos legales. Ahora bien, en nuestra opinión, la interpretación conjunta de los preceptos 10 y 11 DPCD no permite otra conclusión, que siempre y en todo caso, la conducta del responsable de un código que fomente el incumplimiento de lo establecido en las normas jurídicas deberá ser sometido al control de los tribunales o de los órganos administrativos.

Capacidad de sanción. Por último, la DPCD ha previsto la existencia de un órgano de control que supervise el cumplimiento de los códigos, pero no se contemplan las medidas sancionadoras que podría imponer el responsable del cumplimiento de los códigos, o si el responsable del código debe responder por sus actuaciones al sancionar injustamente a sus miembros por campañas publicitarias, que, *a posteriori*, fueran calificadas como lícitas por los tribunales ordinarios. Tampoco consideramos que sea el texto normativo oportuno para concretar las medidas sancionadoras de un organismo de autorregulación. No obstante, consideramos que éstas no pueden ser más amplias que las previstas a aplicar por los tribunales u órganos administrativos. A la vista de lo expuesto, el organismo de autorregulación tiene mermada su capacidad de imponer sanciones, así como la capacidad para ejecutar las mismas. Este tema excede del presente trabajo, por lo que no entraremos a analizar algunas medidas sancionadoras, que podrían considerarse actos contrarios al Derecho de la Defensa de la Competencia o Derecho *Antitrust*. Sin embargo, volviendo a las medidas sancionadoras que podría imponer un sistema de autorregulación nunca podrían exceder de las previstas en el artículo 11 DPCD; a saber: cese de la práctica, prohibición de la práctica en el presente y en el futuro, publicación total o parcial de la decisión, en atención a la gravedad de la práctica y publicación de un comunicado rectificativo por parte del infractor. Por último, y aunque no se prevé expresamente en la Directiva, los sistemas de autorregulación deberían actuar como supervisores del cumplimiento de las conductas previstas en el código, poniendo en práctica la actuación de oficio. De tal forma que, si un asociado reincidiese en su conducta, o no cumpliera la sanción que el sistema le impone, debería existir una obligación de persecución por parte del sistema e incluso de denuncia -por parte del organismo de autorregulación- ante los poderes públicos, de tal forma que se pusiese en conocimiento de éstos la conducta reincidente del infractor. Sin embargo, hasta que no se produzca una estrecha colaboración entre los sistemas de autorregulación publicitaria y los poderes públicos, esta medida sancionadora no tendría ninguna efectividad real.

Realizadas estas consideraciones en orden a la regulación, o más bien previsión de los códigos de conducta y, consecuentemente, de los sistemas de autorregulación en la Directiva de prácticas comerciales desleales, a continuación analizaremos cómo se ha traspuesto el contenido de la mencionada Directiva a la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

2. Los Códigos de conducta en la Ley 29/2009.

2.1. Consideraciones Generales

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dispone en su Capítulo V, una regulación de los códigos de conducta, y consecuentemente, de los sistemas de autorregulación, que controlan el cumplimiento de los códigos que persiguen las prácticas comerciales desleales. Y, aunque esta Ley contempla un capítulo independiente para la regulación de los códigos de conducta, a lo largo del texto de la Ley se establecen como prácticas desleales, y, más concretamente, como actos de engaño, conductas del empresario en relación con los códigos de conducta a los que está adherido. De este modo, y siguiendo la línea fragmentaria de la Ley, por una parte, el artículo 5.2 LCD recoge como acto engañoso, el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta por un empresario, siempre que esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios (se estudiará en el comentario al artículo 5 LCD); y, por otra parte, el artículo 21 LCD prevé -como una práctica desleal *per se*- las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, siempre que se cumpla el supuesto previsto en el mencionado precepto (se analizará en el comentario del artículo 21 LCD).

El Capítulo V, titulado Códigos de conducta, compendia tres preceptos, en los que se incluye, en primer lugar, el fomento de los mismos previsto en el artículo 37 LCD. En segundo lugar, el artículo 38 LCD establece diversas acciones procesales contra los códigos de conducta y sus responsables, con el fin de que se cese o rectifique la recomendación desleal supuestamente incluida en el Código (comentario del artículo 38). Y, en tercer lugar, en el artículo 39 LCD se recogen unas “acciones” de cesación y rectificación previas frente a empresarios y profesionales adheridos a los códigos de conducta, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 5.2 LCD. En el comentario del precepto realizaremos las aclaraciones que estimemos pertinentes. En este sentido, convenimos con el autor GAVILÁN LÓPEZ que, aunque el legislador ha tildado estas actuaciones como “acciones” impropias de un sistema de autorregulación; sin embargo, no nos encontramos ante una verdadera acción procesal, sino ante un “procedimiento previo” a las acciones judiciales.

Además, por toda la doctrina es sabido que la Directiva de prácticas comerciales desleales es singularmente una Directiva de máximos⁴³, a través de la cual los Estados miembros no podrán introducir en sus respectivas legislaciones internas previsiones más restrictivas que las dispuestas en la Directiva. No obstante, en relación con los Códigos de conducta, y por ende, con los sistemas de autorregulación, más bien parece una Directiva de mínimos, por las variadas concesiones que se la han otorgado a sistemas de autorregulación como la AACC, concesiones que no están exentas de ser puestas en duda, como veremos más adelante.

⁴³ Considerando 14 y 15 DCPCD. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 98.

Hechas estas consideraciones, en este apartado procederemos a analizar el contenido del artículo 37 LCD, verificando cómo se ha traspuesto el contenido de la Directiva en el Derecho español.

2.2. Fomento de los Códigos de conducta

El artículo 37 LCD promueve la creación de códigos de conducta por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, para que sean asumidos voluntariamente por los colectivos empresariales y profesionales, con el fin de proporcionar mayor protección a los consumidores. En el mismo precepto, el legislador hace hincapié en que las organizaciones de consumidores participen en la elaboración de estas normas éticas.

Pues bien, en este primer apartado del artículo 37 LCD hay un claro llamamiento a las organizaciones empresariales, así como a los responsables de los Códigos de conducta, futuros y presentes, para que las asociaciones de consumidores formen parte -como autores- de la elaboración de los códigos de conducta. Por lo tanto, estas organizaciones de consumidores no sólo deberían formar parte de los órganos de control del sistema de autorregulación, sino también deberían componer las comisiones o grupos de trabajo para la elaboración de los Códigos.

El sistema de autorregulación, cuya actuación posee mayor incidencia en el mercado español, es la AACC. Si observamos sus Estatutos, veremos que el proceso de creación normativo de este organismo recae fundamentalmente sobre uno de sus órganos directivos, que es la Junta Directiva, quien tramitará definitivamente los anteproyectos de Códigos éticos formulados por el Jurado de la Publicidad. En este sentido, el Jurado, formado por Sección y Pleno, podrá formular y aprobar anteproyectos del Código, pero –en definitiva- quien los aprueba es la Junta Directiva de la Asociación⁴⁴. Según el artículo 32 de los Estatutos, la Junta Directiva de la AACC está compuesta por treinta y ocho miembros, de los cuales hasta dieciocho serán anunciantes, ocho asociados colectivos empresariales, seis agencias de publicidad y hasta seis medios. Además, los socios adheridos como “Otros Servicios a la Comunicación Comercial” podrán presentar su candidatura en uno de los otros cupos⁴⁵. Por lo tanto, la Junta Directiva, constituida exclusivamente por intereses económicos, quien además elige en un 75% el Jurado de la Publicidad, es quien tramita la aprobación definitiva de los Códigos éticos. A la vista de lo expuesto, la actuación de las asociaciones de consumidores se verá muy reducida,

⁴⁴ Los artículos 4 RJ, 8 RJ y 11 RJ, establecen que –entre otras- las funciones del Jurado de la Publicidad son formular y aprobar anteproyectos de Códigos éticos, aunque su tramitación definitiva se realizará ante la Junta Directiva. Concretamente, el artículo 4, dispone: “El Jurado de la Publicidad tendrá las siguientes funciones: a) Formular anteproyectos de códigos éticos y otras normas de conducta en materia de comunicación comercial, que se presenten a la Junta Directiva de la Asociación, para su tramitación definitiva”.

⁴⁵ Para conocer la composición de la Junta Directiva, desde el 26 de abril de 2011, vid. <http://www.autocontrol.es/pdfs/Junta%20Directiva.Asamblea.%202011.pdf>, visitada el 3 de marzo de 2012.

incidiendo directamente en la falta de propuestas para formular el anteproyecto del Código Ético. De hecho, al tener tan mermada su representación en el órgano de control, tenemos serias dudas de que las iniciativas normativas, que parten de las organizaciones de consumidores, lleguen a cristalizar y reflejarse en la redacción de los Códigos éticos.

En nuestra opinión, si la LCD se ha modificado para mejorar las garantías y derechos de los consumidores, sería recomendable que esta protección no se quedase exclusivamente en la letra de la ley y también se viese reflejada en la praxis. Sin lugar a dudas, tanto el sistema de autorregulación de la AACC, como los que surgirán en el futuro, deberían proporcionar mayores cuotas de participación a las organizaciones de consumidores en sus organismos. Desde luego, la mejor forma de colaboración con las asociaciones de consumidores sería su integración como miembros del sistema, formando parte de sus órganos de gobierno y dirección. De hecho, la AACC tiene como objetivo primordial velar por los derechos de los destinatarios de la publicidad. Claro que, se podría matizar que destinatario no es lo mismo que consumidor.

Dentro del primer apartado del artículo 37 LCD se pueden observar características específicas de un Código de conducta propio de un sistema de autorregulación puro o mixto, (en el caso de que las asociaciones de consumidores hayan sido llamadas para participar en la elaboración de los códigos o del sistema en general, en unas cuotas proporcionalmente representativas). Así, tenemos que significar, por una parte, el carácter voluntario con el que los empresarios y profesionales deben adherirse a ellos. La voluntariedad, como ya dijimos en su momento, afecta -en primer lugar- a las relaciones jurídicas de carácter privado que se crean entre los miembros y los responsables de los códigos. En segundo lugar, la voluntariedad influye en su limitada actuación para controlar y hacer cumplir estas normas éticas, toda vez que se reduce a los que hayan asumido expresamente el cumplimiento de los códigos, puesto que sobre los terceros, que no se han comprometido con la obediencia de las normas, no poseen ningún tipo de autoridad. En tercer lugar, no sólo no deben analizar las conductas de terceros ajenos al sistema, sino tampoco pueden sancionar a terceros que no hayan otorgado su consentimiento expreso para ser enjuiciados por este sistema de autorregulación.

Por otra parte, del primer apartado del artículo 37 LCD se extrae la idea de que los códigos de conducta versarán sobre las prácticas comerciales con los consumidores. No obstante, el apartado 4 del mencionado precepto establece un control previo -únicamente- de los contenidos publicitarios. Tal vez para reconocer uno de los servicios más controvertidos que ofrece la Asociación, previo pago de su importe; a saber: el *copy advice*, que analizaremos más adelante.

A la vista de lo expuesto, los Códigos de conducta serán promovidos por los sujetos privados, sin intervención de los poderes públicos. De este modo, las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales, en la elaboración de códigos de conducta con carácter comunitario. Resulta evidente que, a pesar de los esfuerzos

comunitarios para crear un sistema de autorregulación comunitario, éste todavía no posee la entidad y fuerza necesaria como para afirmar que existe una autorregulación europea única. De hecho, las políticas de armonización legislativa en la Unión Europea debían de ser más consecuentes. Si se fomentan los sistemas de autorregulación y la elaboración de códigos de conducta por parte del Parlamento Europeo, se debería crear un único sistema comunitario de autorregulación, en el cual existiese un único código de conducta aplicable a todos los Estados miembros. Sin duda, la eficiencia de un sistema comunitario depende de la iniciativa y de los esfuerzos que los sistemas nacionales de autorregulación europeos inviertan en el proceso de creación de tal sistema de autorregulación comunitaria. Para que ese sistema sea eficaz, necesitará la coordinación no sólo de los sistemas nacionales de autorregulación, sino de la estrecha cooperación y colaboración con la EASA⁴⁶. Resulta obvio que el legislador español ha sido consciente de ese vacío en relación con la autorregulación comunitaria y es por ello que desde las Administraciones públicas se fomenta y promociona la elaboración de códigos éticos a nivel comunitario, ya que es la mejor forma de armonizar todos los sistemas de autorregulación de los Estados miembros.

2.3. Los Códigos de conducta y el principio de legalidad

Aunque el apartado 2 del artículo 37 LCD dispone que los Códigos de conducta deberán respetar la normativa de defensa de la competencia, a esto deberíamos añadir que estos códigos deberían acatar todas las normas que regulan el mercado, prevaleciendo el principio de legalidad sobre ellos. Ahora bien, que el principio de legalidad presida los Códigos de conducta no otorga potestad al organismo de autorregulación para que, invocando el mencionado principio, se puedan aplicar directamente las normas jurídicas que regulan el mercado. Resulta obvio que esta función es exclusiva de los jueces, los únicos con potestad jurisdiccional para aplicar la ley. Por este motivo, el órgano de control del sistema de autorregulación correspondiente no puede atribuirse tal función.

⁴⁶ Para un mayor conocimiento de la EASA, *vid.* <http://www.easa-alliance.org> (visitada el 19 de abril de 2012). Sin duda, la EASA sería un organismo adecuado para fomentar la elaboración de un Código de conducta comunitario. Como organismo paneuropeo, la EASA promueve la autorregulación publicitaria en Europa; sus funciones se centran en la coordinación del sistema de reclamaciones transfronterizas, la difusión sobre el conocimiento sobre la autorregulación, la ayuda para la creación de sistemas de autorregulación publicitaria allí donde todavía no existen, así como el apoyo a aquellos que todavía no se han consolidado. Ahora bien, carece de un Código de conducta único aplicable a la publicidad europea y a la publicidad contemplada en el territorio comunitario. Es necesario que se evolucione hacia un sistema de autorregulación publicitario comunitario, con un Código de conducta aplicable a la totalidad de los Estados miembros. Este mecanismo sería de gran utilidad, especialmente en la nueva era de las comunicaciones digitales y la globalización propiciada por Internet y las nuevas tecnologías. En nuestra opinión, la EASA, como sistema europeo de la autorregulación, debería asumir funciones más relevantes; a saber: la creación de un sistema de autorregulación en Europa, que armonice los diversos sistemas de autorregulación nacionales. El 31 de mayo de 2002, la Asamblea General de EASA aprobó la Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas para toda Europa. Estos Principios y Reglas comunes de EASA, dirigidos a los organismos nacionales de autorregulación, están diseñados con el fin orientar a todos los participantes en el proceso de autorregulación comunitaria. En 2011, la AACC participó en la plataforma creada a nivel europeo por la EASA y la industria publicitaria, para el diseño de un sistema de autorregulación que proporciona respuestas a la publicidad digital (OBA). Además, el 14 de abril de 2011, se publicó la EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising, para proporcionar soluciones a los desafíos planteados por la publicidad comportamental.

El propio contenido del principio de legalidad consiste en «respetar»; es decir, acatar, obedecer o asumir las normas jurídicas, pero -en ningún caso- aplicar las normas legales vigentes. En este sentido, el Jurado de la Publicidad, al inicio de su actividad, aplicaba normas exclusivamente éticas. Sin embargo, posteriormente, escudándose en el principio de legalidad, aplicó normas jurídicas, a pesar de que el Jurado únicamente podrá velar por el cumplimiento del principio de legalidad. De hecho, este órgano de control era consciente de que una aplicación de las normas jurídicas podría ser tachada de una injerencia en la función jurisdiccional, que el artículo 117 CE reserva, con carácter exclusivo, a los jueces y a los tribunales. Así, en la RJAACC de 7 de marzo de 2000, Caso «Indasec» [BAACC (BD), n.º 41, abril 2000], el Jurado de la Publicidad en su Fundamento Deontológico 2 estableció que *«...este Jurado ya ha tenido la ocasión de descartar en numerosas ocasiones que el precepto citado no supone la asunción por este Jurado de cualquier tipo de función jurisdiccional o similar. En consecuencia, las eventuales infracciones de la legalidad vigente serán analizadas y sancionadas por el Jurado, no como infracciones legales, sino como vulneraciones del primer mandato ético que debe imponerse a toda industria, cual es el de cumplir con la legalidad vigente en cada momento»*.

A la vista de lo expuesto, y ya que la LCD fomenta la creación de Códigos de conducta, el Jurado de la Publicidad debería elaborar y aprobar más códigos de conducta para regular determinadas actividades publicitarias —en la mayoría de los casos, relacionadas con sectores específicos (publicidad de centros sanitarios y de belleza, material técnico-sanitario, cosmética, etc.)—, en vez de aplicar las normas jurídicas correspondientes. En efecto, una de las finalidades de la AACCC es la elaboración de Códigos de conducta, tanto generales como sectoriales. A nuestro modo de ver, en el caso de que el sistema de autorregulación no contase con normas éticas necesarias para perseguir la supuesta conducta ilícita, su órgano de control debería inhibirse y remitir el asunto a los jueces o tribunales ordinarios.

2.4. Los Códigos de conducta y el Derecho de la competencia

A pesar de que ya lo adelantábamos en el anterior epígrafe, el apartado 2 del artículo 37 LCD efectúa especial hincapié en que los Códigos de conducta respeten la normativa de la defensa de la competencia. Se hace necesario evaluar las razones que han llevado al legislador a invocar específicamente estas normas. Es obvio que la existencia de una competencia efectiva entre empresas constituye uno de los elementos definitivos de la economía de mercado. Para ello, es necesario articular los mecanismos efectivos para luchar contra las conductas restrictivas de la competencia. El legislador es consciente que detrás de unos códigos de conducta existe —generalmente— una asociación de empresas o comerciantes, que se autoimponen unas normas, con la finalidad de regular su actuación en el mercado, en orden a no realizar prácticas comerciales desleales.

En el caso de la AACC, único sistema de autorregulación en España⁴⁷, que cumple las exigencias en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativo a la Red Comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, está constituido por DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE (257.-) anunciantes, CUARENTA Y SIETE (47.-) agencias creativas y de medios, CUARENTA Y DOS (42.-) grupos de medios y TREINTA Y DOS (32.-) asociaciones sectoriales. En este momento, la Asociación representa al 70 % de la industria publicitaria. Por lo tanto, los Códigos de conducta que se aprueben en su seno, así como las recomendaciones previstas en los mismos deben cumplir rigurosamente la normativa de defensa de la competencia. El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de la ley de Defensa de la Competencia de 2007, prohíbe los acuerdos, decisiones o recomendaciones, que tengan por objeto, den lugar o puedan dar lugar a una restricción de la competencia en el mercado. Este tipo de conductas se materializa, entre otros, en acuerdos o pactos, que traen como consecuencia limitaciones en el mercado. A la vista de lo expuesto, uno de los casos que más preocupación suscita, desde el punto de vista de la competencia, son las decisiones o recomendaciones de las asociaciones empresariales dirigidas a sus empresas asociadas, que afecten a aspectos relevantes de su actividad comercial. En este sentido, una de las actuaciones más perjudiciales que una Asociación puede cometer para alterar la competencia es recomendar a sus asociados la no difusión de la campaña. Esta recomendación adquiere especial relevancia si la mayoría de los medios de difusión son miembros del sistema de autorregulación.

2.4.1. La negativa a difundir la campaña publicitaria

Tal y como hemos expuesto, la prohibición al medio de difundir la campaña o la invitación mediante una recomendación para que el anunciante retire la publicidad han sido catalogadas por la doctrina norteamericana como una forma de boicot, de ahí que cierto sector doctrinal haya acuñado el calificativo de «*boicot del anuncio*». En efecto, la propia connotación negativa de la palabra *boicot* nos deja entrever que se trata de una sanción catalogada como una medida que choca frontalmente con las normas del derecho de la competencia⁴⁸.

Respecto a esta sanción, hemos de enumerar los diferentes problemas que presenta su aplicación. En primer lugar, como ya hemos indicado, la mayoría de las sanciones se imponen a los anunciantes, puesto que –frecuentemente– son los únicos que constituyen parte en el procedimiento. No obstante, la prohibición de la difusión de la publicidad afecta indirectamente al medio de

⁴⁷La AACC ha sido notificado por el INC, a la Unión Europea, como órgano extrajudicial de solución de conflictos en materia de consumo e incluido en la European Extra-Judicial Network, por la CE (DG SANCO), al cumplir con los principios de la Recomendación 987257/CE.

⁴⁸ Vid. LABARBERA, «The antitrust shadow...», *cit.*, p. 66; y, para el sistema español, GÓMEZ SEGADE, *cit.*, p. 324 y ss.; TATO PLAZA, «El nuevo sistema de autodisciplina...», *cit.*, pp. 176 y ss. La doctrina norteamericana manifestó que, aunque los fines de estos sistemas son la protección del interés de los consumidores, empresarios y el interés general, esta medida sancionadora podría catalogarse fácilmente como una práctica restrictiva de la competencia, incluso en el caso de que se recomendase por parte del sistema de autorregulación, es decir, sin utilizar ninguna fuerza coactiva.

comunicación: p. ej., en el sistema español de autorregulación publicitaria, en aplicación del artículo 30 RJ, del apartado b) del artículo 3 CCP y el apartado d) del artículo 14 EAACC, se podría obligar a los medios, que son asociados del sistema, a no difundir las campañas cesadas o modificadas por el Jurado de la Publicidad⁴⁹.

Los medios de comunicación, miembros del sistema de autorregulación publicitaria, deberían acatar la sanción impuesta al anunciante⁵⁰; toda vez que han adquirido el compromiso de cumplir las resoluciones del Jurado, viéndose obligados a cumplir con sus deberes de asociado al sistema de autorregulación⁵¹. En efecto, si un asociado incumple sus obligaciones como miembro de la AACC, está sometido a un régimen sancionador disciplinario. Así, si no acata las resoluciones del Jurado de la Publicidad, podría sancionársele incluso con la expulsión del organismo. De hecho, según afirmaciones del sistema español de autorregulación publicitaria, la mayoría de los miembros, e incluso no miembros, cumplen las sanciones impuestas por el órgano de control.

Un segundo problema surge cuando la totalidad o la mayoría de los medios de comunicación pertenecen a un sistema de autorregulación publicitaria, como es el caso español. Y, además, los más importantes de ellos han suscrito Convenios con la AACC, como el firmado el 13 de junio de 2002⁵², con diversas emisoras de televisión, y el suscrito en diciembre de 2004 con los operadores de televisiones y la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (autoridad audiovisual del Estado). Además, relativo a la autorregulación televisiva, el 9 de diciembre de 2004, los

⁴⁹ Vid., respectivamente, <http://www.autocontrol.es/data/frames/fraap.htm> (visitada el 31 de mayo de 2011); http://www.iap.it/it/tit_4.htm (visitada el 31 de mayo de 2011); EASA, *Blue Book*, cit., p. 81; y www.icap.pt (visitada el 31 de enero de 2012). Así, el sistema italiano de autorregulación publicitaria establece en el artículo 41 del *Codice di Autodisciplina* que el efecto vinculante de las decisiones del *Giuri* alcanza a los medios de comunicación miembros del sistema, aunque no hayan sido parte en el procedimiento. El sistema holandés también prevé que el medio debe cumplir, en la medida en que le afecta la sanción impuesta al anunciante. En el sistema de autorregulación portugués, el ICAP puede solicitar al medio que es miembro del sistema que deje de difundir una campaña publicitaria sancionada previamente por el JEP.

⁵⁰ TATO PLAZA, manifiesta que en el sistema español de autorregulación, el medio no tiene la obligación de cumplir la resolución dictada por el Jurado de la Publicidad, puesto que «las resoluciones del Jurado de Autocontrol —en su parte dispositiva— se dirigen siempre de manera exclusiva frente al anunciante, sin contener orden o mandato alguno para los medios adheridos al sistema». Vid. TATO PLAZA, «La Autodisciplina Publicitaria», *BAACC (BD)*, n.º 102, diciembre 2005.

⁵¹ En el sistema español de autorregulación publicitaria, vid. <http://www.autocontrol.es/data/frames/fraap.htm> (visitada el 22 de enero de 2012); en el sistema italiano, vid. http://www.iap.it/it/tit_4.htm (visitada el 12 de marzo de 2011); en el portugués, vid. www.icap.pt (visitada el 12 de febrero de 2012).

⁵² El Convenio de Autorregulación Publicitaria en Televisión de 13 de junio de 2002 lo firmaron el Presidente de Autocontrol, Félix Muñoz; el Presidente de la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Rafael Mazón; el Secretario General del Ente Público Radio Televisión Española, Marcelino Alonso; el Director General de Publiespaña (Telecinco), Giovanni Rier; el Director de Ventas Nacional de Antena 3, Ignacio Castro; el Secretario General de Sogecable (Canal Plus), Íñigo Dado Elorza; y el Presidente de la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA), Rafael Camacho. Vid. <http://www.autocontrol.es/data/frames/frnot.htm> (visitada el 4 de septiembre de 2011).

operadores de Televisión Radiotelevisión Española, Antena 3 Televisión, Gestevisión Telecinco y Sogecable también suscribieron un acuerdo con el Gobierno, para el fomento de la autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia. La firma de este acuerdo supone un reconocimiento a la labor realizada por la AACC, como consecuencia del Convenio firmado el 13 de junio de 2002⁵³. A través de este Convenio los operadores de televisión adheridos, cuando tienen dudas acerca de la licitud de un anuncio que le es remitido para su emisión, solicitan a la AACC la elaboración de un Dictamen previo sobre dicho anuncio. La importancia de este Convenio estriba en que los operadores de televisión firmantes, cuando tengan dudas acerca de la licitud de un anuncio, que le sea remitido para su emisión, solicitarán a la AACC la elaboración de un dictamen previo sobre tal anuncio.

Por su parte, la Asociación se compromete a elaborar y enviar a todos los operadores de televisión adheridos, en un plazo de 24 horas, dicho dictamen, el cual concluirá con alguna de las siguientes recomendaciones: 1. Que no se aprecian inconvenientes a la emisión del anuncio; 2. Que se aprecian inconvenientes menores, que pueden ser subsanados; 3. Que la emisión del anuncio sólo puede hacerse en horario adulto; y, finalmente, 4. Que se recomienda la no emisión del anuncio⁵⁴.

A la vista de todos estos Convenios con los operadores televisivos, éstos, para la difusión de una campaña, en múltiples ocasiones, requieren del anunciante el *copy advice*, servicio de la AACC, que examinaremos a continuación, hasta el punto de que muchos no miembros se ven presionados a solicitar el consejo previo del Gabinete Técnico de la AACC, al considerar que un informe favorable, le facilitará la emisión de la publicidad. Si el 70 % de la industria publicitaria es miembro del sistema de autorregulación, el otro 30 % restante, que corresponde a anunciantes, todavía es un índice bastante alto de anunciantes que recurren al servicio de *copy advice*, o en su caso, encuentran un motivo con bastante fundamento para asociarse, toda vez que el precio de estos servicios, desciende sustancialmente en el caso de adquirir la condición de socios. Este es el caso, (sobre el que volveremos más adelante), de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y Establecimientos financieros de Crédito, quienes han solicitado la tramitación de NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO (9.518.-) *copy advice*, en el año 2011, y consecuentemente, provocó la adhesión de CIENTO TRECE (113.-) entidades financieras a la AACC.

Sin embargo, y volviendo al tema que nos ocupa, si los medios de difusión más importantes de este país han suscrito varios Convenios con la AACC para fomentar el uso de la autorregulación, y más concretamente, para promover la utilización de uno de sus servicios; a saber: el *copy advice*, entendemos que sería una contradicción y una cierta hipocresía que no acatasen las resoluciones del Jurado de la Publicidad, en el caso de que ordenasen la cesación de una campaña, y el anunciante infractor no cumpliera la resolución.

⁵³ Vid. <http://www.autocontrol.es/bbdaap/noti/2005/no050102.pdf> (visitada el 2 de febrero de 2012).

⁵⁴ Vid. <http://www.autocontrol.es/data/frames/frnot.htm> (visitada el 4 de septiembre de 2011).

2.4.2. El control previo de los contenidos publicitarios

Los Códigos de conducta y las normas éticas propias de un sistema de autorregulación pueden prever –como un servicio del organismo- el control previo de las prácticas comerciales. Sin lugar a dudas, aunque el artículo 37.4 LCD tan sólo lo contempla para los contenidos publicitarios, esta restricción se debe, sin duda a un descuido del legislador, quien, para otorgar legitimidad a un servicio prestado por la AACC, ciñe el control previo a la actividad publicitaria. No obstante, si la LCD fomenta los Códigos de conducta y, consecuentemente, los sistemas de autorregulación para la regulación y control de las prácticas comerciales, resulta evidente que el control previo debería extenderse a cualquier práctica comercial, y no sólo relegarse a los contenidos publicitarios.

Tras esta primera incoherencia de la norma, debemos definir el control previo de los contenidos publicitarios como el servicio de supervisión del mensaje publicitario, con anterioridad a su difusión. Desde el 1 de enero de 2001, la AACC presta el servicio de "copy advice" o consulta previa, clasificándolo como un servicio voluntario, confidencial y no vinculante. La SAP de Madrid, de 15 de marzo de 2007, se pronunció sobre los informes previos a la campaña, declarando lo siguiente: *“En cuanto a la calificación del artículo en cuestión y su alcance, basta dar por reproducido lo hasta ahora dicho para rechazar este motivo, sin que sea óbice para ello el informe de autocontrol de la publicidad que se aportó, pues las valoraciones jurídicas del artículo, son competencia exclusiva de los Juzgados y Tribunales, careciendo el mismo, como se ha dicho, de los requisitos precisos para calificarlo como estudio comparativo, lo que priva de relevancia al informe en cuestión”*. A la vista de lo expuesto, el informe emitido por el Gabinete técnico de la AACC carecía de toda eficacia jurídica, dentro de un procedimiento judicial.

Aunque la AACC califica el servicio del *copy advice* como un servicio voluntario y no vinculante, en nuestra opinión, el problema que presenta el control voluntario de la campaña publicitaria es que -cada vez- es menos voluntario y más vinculante. Por una parte, cada vez es menos voluntario, toda vez que, como acabamos de señalar, el control previo de las campañas publicitarias en este país se está convirtiendo en una práctica habitual, que el anunciante o –en su caso- el medio o la agencia solicitan porque, aunque un medio televisivo no puede obligar al anunciante a acompañar su campaña publicitaria del *copy advice*, se trata *de facto* de una exigencia que requieren los medios de difusión, antes de su emisión. Por lo tanto, se está convirtiendo en una práctica usual que la campaña vaya acompañada del informe favorable del Gabinete técnico de la AACC.

Los ratios de este servicio son sorprendentes en el último año. En efecto, mientras en el año 2000 se realizaron DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (254.-) *copy advice*, en el año 2011, en número de solicitudes de asesoramiento y consultas previas a la difusión de la campaña ascendió a DIECISIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE (17.639.-). Así, desde que se inicia la prestación de este servicio, en el año 2000, hasta febrero de

2012, el número de consulta previas a la divulgación del mensaje supera las SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS (62.700.-) solicitudes.

De hecho, son cada vez más los Convenios, en los que no sólo se fomenta la autorregulación en el sector, sino la utilización del control previo, como una actuación anterior a la difusión de la campaña. Así, hasta la fecha, la AACC se ha convertido en un sistema de autorregulación que aplica múltiples Códigos de conducta sectoriales en todos los ámbitos publicitarios, (aunque no los haya elaborado y redactado), tales como: juguetes, medicamentos, bebidas espirituosas, cervezas, videojuegos, alimentación, vino, televisión, tecnología sanitaria, etc.⁵⁵.

Por otra parte, la AACC ha suscrito dieciocho Convenios con la Administración, quien consultará de antemano al sistema de autorregulación, para que proporcione una solución al conflicto derivado de una campaña publicitaria, en un espacio corto de tiempo⁵⁶.

⁵⁵ Concretamente, estos Códigos de conducta sectoriales son los siguientes: Publicidad interactiva y comercio electrónico: Convenio AUTOCONTROL – AECE para cogerionar CONFIANZA ONLINE (2002); Promoción de Medicamentos: Convenio con FARMAINDUSTRIA (2002); Publicidad televisiva: Convenio AUTOCONTROL – AEA - operadores de TV (2002); Convenio SETSI (Ministerio Industria)-Autocontrol (2003); Publicidad Cervezas: Convenio con Cerveceros de España (2003); Publicidad Bebidas Espirituosas: Convenio con FEBE (2003); Defensa de la Marca: Convenio con ANDEMA (2004); Publicidad de Alimentos y bebidas dirigida a niños, CÓDIGO PAOS Convenio con FIAB-Ministerio Sanidad, Política Social e Igualdad-Autocontrol (2005); Publicidad de Videojuegos: Convenio con ADESE (2005); Publicidad de Tecnología Sanitaria: FENIN (2006); Investigación de Mercados y Opinión: ANEIMO (2006); Publicidad de Productos de Nutrición Enteral: AENE (2006); Convenio firmado con Red.es para la resolución de controversias en la asignación de dominio “.es” (2006); Publicidad de Preparados Alimenticios Especiales, Dietéticos y Plantas Medicinales: AFEPADI (2007); Publicidad de medicamentos dirigida al público Especialidades: Convenio con la Asociación para el Autocuidado de la Salud (ANEFP) (2007); Publicidad del Vino: Convenio con la Federación Española del Vino (FEV) (2009); Publicidad Ecológica: Código de autorregulación de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en las comunicaciones comerciales (Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y Empresas del sector energético y de automovilístico (2009); Publicidad de Juguetes: Convenio con AEFJ (junio 2003) Nuevo Convenio con AEFJ y INC (diciembre 2010) 25 2003); Publicidad de Servicios de búsqueda de Pareja, Amistad, Encuentros, Contactos e intermediación de parejas según afinidad y compatibilidad a través de Internet (eDarling, Meetic y Parship) (2011).

⁵⁶ Hasta la fecha, los Convenios que la AACC ha suscrito con la Administración son los que enumeramos a continuación: con la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI): Fomento de la autorregulación televisiva (diciembre 2003) y adenda a dicho convenio (2006); con el Instituto Nacional de Consumo (INC): Autorregulación en Internet: Confianza Online (2004); Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid: Fomento de la autorregulación de la publicidad de Bebidas Alcohólicas (abril 2005); con el Ministerio de Sanidad y Consumo y FIAB: Gestión del Código PAOS (junio 2005); con Red.es: AUTOCONTROL designada “entidad de resolución extrajudicial de controversias” en la asignación de dominios “.es” (2006); con el Consejo Audiovisual de Andalucía (2006); con el Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC) (2006); con el Instituto Nacional de Consumo: Fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria (2007); con la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid: fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria (2007); con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría General de Políticas de Igualdad) (2007); con la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) (2008); con el Ministerio de Medio Ambiente autorregulación de buenas prácticas par el uso de argumentos ambientales en las comunicaciones comerciales (2009); con el Ministerio de Sanidad, FIAB y Televisiones para la aplicación del Código PAOS por las televisiones (2009); con la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes y el INC sobre autorregulación de la publicidad de juguetes (2010); Convenio con la Federación de Bebidas Espirituosas y la Comunidad de Castilla La Mancha sobre autorregulación publicitaria de bebidas alcohólicas (2011); con la Dirección General de Ordenación del Juego del

El Convenio más reciente, calificado como Acuerdo de Corregulación con AUTOCONTROL, en materia de publicidad de juego, (el cual se enmarca en lo previsto en la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1614/2011⁵⁷, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego, que a su vez desarrolla el artículo 24.5, de la precitada ley⁵⁸) establece un sistema de correulación publicitaria, basado en una colaboración entre la autoridad estatal competente, en materia de regulación, inspección y control de la publicidad de actividades de juego y la AACC. Esta colaboración se traduce, entre otras, en la siguiente actuación: la Dirección General de Ordenación del Juego (en adelante, DGOJ) podrá solicitar a la AACC todas las consultas previas a la difusión de la campaña, que estime convenientes, hasta el punto

Ministerio de Economía y Hacienda: Corregulación en materia de publicidad, patrocinio y promoción de las actividades de juego (2011).

⁵⁷ La Disposición Adicional Séptima, del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, relativa a los Acuerdos de Corregulación (RCL 2011/2047), dispone: “1. De conformidad con lo previsto en el artículo 24.5 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, la Comisión Nacional del Juego está facultada para firmar acuerdos de correulación que coadyuven al cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha Ley, en particular en lo referido a la publicidad. En la medida en que dichos acuerdos afecten a la publicidad efectuada por los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, deberá recabarse informe del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales con carácter previo a la firma de los mismos. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas.

En el marco de los citados acuerdos de correulación podrán desarrollarse Códigos de conducta de dichos sistemas que coadyuven al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en particular en lo referido a la publicidad. Dichos Códigos de conducta deberán contar con la aceptación de la Comisión Nacional del Juego una vez verificado que son acordes y compatibles con la legislación vigente. Conforme al citado artículo 24.5 de la Ley 13/2011, esos Códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extra-judicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente.

2. Para el seguimiento de los citados acuerdos de correulación se establecerá una Comisión Mixta, presidida por un representante de la Comisión Nacional del Juego, ante la que el sistema de autorregulación rendirá cuentas, periódicamente, de su actividad. Si la Comisión Nacional del Juego entendiera que el sistema de autorregulación no está desarrollando adecuadamente la actividad acordada, podrá denunciar el acuerdo en el plazo que en el mismo se establezca.

3. La Comisión Nacional del Juego publicará en su página web los acuerdos de correulación que haya firmado, así como los Códigos de conducta que haya aceptado”.

⁵⁸ El artículo 24.5 LJ, (RCL 2011/982), prevé: “5. La Comisión Nacional del Juego podrá firmar acuerdos de correulación que coadyuven al cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley, en particular en lo referido a la publicidad, en los términos que se determinen reglamentariamente. En la medida en que dichos acuerdos afecten a la publicidad efectuada por los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, deberá recabarse informe del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales con carácter previo a la firma de los mismos. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus Códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente”.

de que, en conformidad con el artículo 7.4 LJ⁵⁹, para el supuesto de actuación administrativa, realizada en el marco de un expediente sancionador, se entenderá que el operador del juego actuó de buena fe, siempre que la campaña publicitaria cuente con un informe positivo del *copy advice*.

Pues bien, el *copy advice* favorable paralizará una posible sanción administrativa de la Comisión Nacional del Juego. En efecto, se reconoce la exoneración de responsabilidad de aquellos operadores del sector, que hayan obtenido un *copy advice* positivo, otorgándole a este sistema de autorregulación la facultad de limitar la capacidad sancionadora de la Administración. A la vista de los efectos que pueda llegar a tener el control previo de la campaña por la AACC, nos preguntamos cuánto tiempo tardarán los operadores del juego en hacerse miembros de la AACC.

Hechas estas aclaraciones, no podemos sostener que el *copy advice* sea un consejo previo a la campaña de carácter voluntario. Pues resulta obvio que los operadores del juego, a sabiendas de los efectos que despliega un informe previo favorable, se verán obligados a solicitarlo, como un medio disuasorio para evitar la sanción por parte de la Comisión Nacional del Juego. Por su parte, la industria del juego, que ha hecho un gran esfuerzo para adherirse a sus códigos de conducta propios, se pregunta por qué en la normativa actual no se han dado cabida a los Códigos de conducta de los propios operadores del juego, cuyo fomento se recomienda por la Comisión europea y que son una garantía eficaz de los derechos de los participantes en los juegos. Además, esta industria sectorial no entiende por qué tiene que pagar bien la adhesión a un sistema de autorregulación impuesto, o en su caso, el *copy advice*.

Para conocer la incidencia que ha tenido el servicio de *copy advice* en otros sectores, como el financiero, basta conocer los datos del último año, para comprobar el carácter “voluntario” del *copy advice*. En el año 2011, Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y Establecimientos financieros de Crédito han solicitado la tramitación de NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO (9.518.-) *copy advice*, provocando –consecuentemente- la adhesión de CIENTO TRECE (113.-) entidades financieras a la AACC. Esta respuesta por parte del sector financiero a la autorregulación surge a raíz de la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España (BDE), a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, a través de la cual se desarrolla la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, en virtud de la cual se suprimió el régimen de control administrativo

⁵⁹ El artículo 7.4 LJ, establece: “4. La Comisión Nacional del Juego en el ejercicio de la potestad administrativa de requerir el cese de la publicidad de las actividades de juego, se dirigirá a la entidad, agencia de publicidad, prestador de servicios de comunicación audiovisual o electrónica, medio de comunicación o servicio de la sociedad de la información correspondiente, indicándole motivadamente la infracción de la normativa aplicable.

La entidad, agencia de publicidad, prestador de servicios de comunicación audiovisual o electrónica, medio de comunicación o servicio de la sociedad de la información deberá, en los dos días naturales siguientes a su recepción, comunicar el cumplimiento del requerimiento. En caso de que el mensaje publicitario cuente con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación publicitaria con el que la Comisión Nacional del Juego tenga un convenio de colaboración de los previstos en el apartado 5 del artículo 24 de esta Ley, se entenderá que se actuó de buena fe si se hubiese sujetado a dicho informe de consulta previa positivo, para el supuesto de actuación administrativa realizada en el marco de un expediente sancionador”.

previo de la publicidad de las operaciones y servicios bancarios, en los que se aluda a su coste o rentabilidad para el público⁶⁰.

Así, la mencionada Orden EHA 1718/2010, en su Preámbulo incita a las entidades financieras a adherirse a la AACC, puesto que en el momento en el que se realiza esta recomendación, es el único sistema de autorregulación publicitaria que cumple los requisitos establecidos por la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo. El apartado 2 de la norma 4 de la Circular 6/2010⁶¹ establece que si el anuncio ha sido objeto de un *copy advice* favorable, emitido por un sistema de autorregulación publicitaria, que cumpla con los requisitos establecidos en la citada Recomendación, el Banco de España, antes de poner en práctica el requerimiento para cesar o rectificar la campaña, deberá oír al órgano de control correspondiente del sistema de autorregulación en un plazo mínimo de tres días hábiles. Transcurrido ese tiempo, el Banco de España confirmará o modificará su requerimiento, en los tres días hábiles siguientes. Ahora bien, no debemos olvidar que, en caso de actuación administrativa, realizada en el marco de un expediente sancionador, se presume la actuación con buena fe por parte de la entidad financiera, siempre que la publicidad haya sido apoyada por el informe previo favorable del sistema de autorregulación.

Pues bien, a la vista de lo expuesto anteriormente, se deberían realizar las siguientes consideraciones: en primer lugar, si el consejo previo o *copy advice* lo realiza el Gabinete técnico de la AACC, el cual no tiene carácter vinculante, (o al menos así lo promueve la AACC) ¿cómo el apartado 2 de la norma 4 de la Circular 6/2010 prevé que el Banco de España, antes de poner en práctica el requerimiento, deberá oír al órgano de control del sistema de autorregulación?. No sabemos si el Jurado de la Publicidad informará favorablemente todos los *copy advice* que elabore el Gabinete técnico, y si es así, claramente en estos casos, el *copy advice* debería tener carácter vinculante, al menos para el Jurado. O si, por el contrario, verdaderamente, a quien va a oír el Banco de España, o el criterio que tendrá en consideración para no ejecutar el requerimiento, será el informe previo no vinculante del Gabinete técnico de la AACC, que al promedio de NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO (9.518.-)

⁶⁰ Vid. GALÁN CORONA, "La publicidad financiera. Parte I", BAACC, n.º 167, octubre 2011, pp. 11-15 y "La publicidad financiera. Parte II", BAACC, n.º 168, noviembre de 2011, pp. 11-15.

⁶¹ "2. En el ejercicio de la potestad administrativa de requerir el cese o la rectificación de la publicidad bancaria a que se refiere el artículo 5.1 de la Orden, el Banco de España se dirigirá a la entidad cuyos productos se reflejen en la correspondiente campaña, indicándole motivadamente los desajustes que aprecia con la normativa aplicable y, en su caso, la rectificación que considera apropiada.

La entidad deberá, en los dos días hábiles siguientes a su recepción, bien comunicar el cumplimiento del requerimiento, o bien objetarlo, alegando las razones que a su derecho convengan. En caso de que entre dichas alegaciones se indique que el mensaje publicitario cuenta con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación publicitaria que cumpla con lo dispuesto en el apartado 2 de la norma tercera, el Banco de España deberá oír, antes de dar eficacia al mencionado requerimiento, al órgano de control del correspondiente sistema de autorregulación por un plazo mínimo de tres días hábiles. Una vez cumplidos dichos trámites, el Banco de España confirmará o modificará su requerimiento en los tres días hábiles siguientes, requerimiento que deberá cumplirse de inmediato, sin perjuicio de la posibilidad del recurso administrativo que pueda haber contra el mismo. En caso de actuación administrativa realizada en el marco de un expediente sancionador, se entenderá que la entidad actuó de buena fe si se hubiese sujetado a dicho informe de consulta previa positivo".

informes anuales, son aproximadamente SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO (794.-) mensuales y CUARENTA (40.-) diarios. Evidentemente, a estos informes se le deberían sumar todos los demás hasta completar los DIECISIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE (17.639.-), que han realizado en el año 2011. Resulta complicado pensar en semejante prolífica producción de asesoría jurídica, contrastada por el Jurado de la Publicidad.

Por otra parte, también resulta difícil creer que se cese o rectifique una publicidad financiera, en el caso de que esté avalada por el informe previo favorable del Gabinete técnico de la AACC, pues siempre se presupondrá que el anunciante ha actuado de buena fe, siguiendo el consejo de este órgano. Al igual que ocurre con los operadores del juego, en caso de actuación administrativa, realizada en el marco de un expediente sancionador, se presume la actuación de buena fe por parte de la entidad financiera, siempre que la publicidad haya sido respaldada por el informe previo favorable del sistema de autorregulación

A la vista de lo expuesto, las entidades financieras han respondido a esta normativa con la adhesión masiva al sistema de autorregulación y con la solicitud de multitud de informes previos a las campañas publicitarias. Ahora bien, si una entidad financiera sabe que el informe previo favorable sobre su campaña le exonera de responsabilidad ante la misma, evitando que se le imponga una sanción administrativa, nos preguntamos cómo se puede mantener la voluntariedad del servicio.

La AACC mantiene que el *copy advice* generalmente no es vinculante, salvo en determinados casos. El primer supuesto es el control previo vinculante de las campañas publicitarias, previsto en el Código de conducta sectorial de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (en adelante, FEBE). La resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, el 20 de enero de 2004, denegó la autorización para un acuerdo por el que los asociados se comprometían a someter a un dictamen previo y vinculante por parte de la AACC, la publicidad de ciertas bebidas alcohólicas, sobre la base de que *“existe la posibilidad conceptual de que se impidan ciertas campañas publicitarias perfectamente legales, dificultando con ello el acrecentamiento de la competencia en el mercado- el acuerdo resulta objetable desde el punto de vista de la LCD...Sin embargo, como se ha puesto de relieve anteriormente, en la medida en que cabe imaginar abortados por un mecanismo de autorización previa, no es lo mismo una censura previa que un control a posteriori. Por tanto el Tribunal no acepta que exista esa identidad entre el acuerdo objeto del presente expediente y el acuerdo, aprobado en su día, que se refleja en el art. 15 del Código...El Tribunal considera que el acuerdo que se somete a autorización supone una coordinación de políticas comerciales de las empresas claramente inserta en la prohibición del art. 1 LDC diferente de la que fue aprobada mediante Resolución de 10 de noviembre de 2000. De dicha coordinación de políticas comerciales surge una nueva restricción de la competencia que no queda compensada por los nuevos beneficios para los*

consumidores y usuarios, por lo que no procede su aprobación conforme al art. 3 LDC⁶².

Por su parte, la decisión del TDC fue revocada por la Resolución de la Audiencia Nacional, de 16 de junio de 2006, la cual sostuvo que la restricción a la política publicitaria de las empresas no nace del sometimiento al dictamen previo en materia de publicidad, que es un simple medio de control, sino de la sujeción al Código de Autorregulación Publicitaria autorizado por el TDC. De este modo, afirma que el nuevo acuerdo no impone a los medios de difusión nuevas limitaciones o amplía las existentes. Según la Audiencia Nacional, el acuerdo sobre el *copy advice* vinculante es instrumental y no sustancial, de manera que no añade nuevas restricciones, sino garantiza la aplicación de las ya existentes. Finalmente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional decidió: *“Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2004, que anulamos por ser contraria a derecho, declarando el derecho de la Federación recurrente a la autorización singular para la aplicación del Acuerdo al que se refiere este recurso⁶³”.*

A nuestro modo de ver, la Resolución de la Audiencia Nacional, de 16 de junio de 2006, realiza diversas afirmaciones en su argumentación que deberían ser comentadas. En primer lugar, manifiesta que la restricción de la publicidad no se origina por el *copy advice*, sino por el propio Código, cuya autorización ha sido concedida. En este sentido, no podemos compartir la opinión del Juzgador, toda vez que según el artículo 1 LDC, se prohíbe cualquier acuerdo, decisión o recomendación que tenga por objeto la restricción de la competencia. Así, las decisiones o recomendaciones de las asociaciones empresariales, que afecten a aspectos relevantes de la actividad comercial, dirigidos a sus empresas asociadas, podrían ser consideradas prácticas restrictivas de la competencia. Resulta evidente que un Código de conducta puede ser revisado en su integridad y, dentro del mismo, pueden existir normas que se encuentran dentro de los límites legales previstos, y además, se pueden incluir otros acuerdos más restrictivos, que no tienen una compensación proporcional en relación con un supuesto beneficio que revierta en el interés de los consumidores. Por lo tanto, no resulta un argumento riguroso otorgar cobertura a un acuerdo más restrictivo para difundir publicidad sobre la base

⁶² Para una lectura de la Resolución de 20 de enero de 2004 (Expte. A 338/03, Autorregulación Publicitaria FEBE), vid. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=A+338%2f03&Ambito=Conductas>, visitada el 10 de abril de 2012. Para un análisis de esta Resolución, vid. DE LA CUESTA RUTE, “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del derecho de la competencia: a propósito de la Resolución del T.D.C. de 20 de enero de 2004, en http://eprints.ucm.es/5921/1/Cuesta_Rute.pdf, visitada el 5 de marzo de 2012.

⁶³ Para una lectura de la Resolución de 16 de junio de 2006 (Expte. A 338/03, Autorregulación Publicitaria FEBE), vid. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=A+338%2f03&Ambito=Conductas>, visitada el 10 de abril de 2012.

de que el Tribunal de Defensa de la Competencia había concedido autorización singular para la aplicación del Código de Conducta.

En segundo lugar, no estamos ante cualquier consejo previo a la difusión de la campaña, sino que tiene una característica excepcional; a saber: se trata de un informe previo de carácter vinculante. Este servicio es muy diferente al que publicita la propia Asociación, como informe previo de carácter no vinculante. Pues bien, si se trata de un servicio al que se le otorga una particularidad única, esta circunstancia debería ser tomada en consideración por el Juzgador como una situación excepcional dentro del servicio del consejo previo; y, por ello, examinar si podría llegar a ser una censura de la campaña, sin que se justifique esta prohibición, toda vez que existe un control posterior a la difusión del mensaje publicitario.

En tercer lugar, se debería tener en cuenta el escenario en el que se enmarca la actividad publicitaria, el coste de la campaña y el daño que se podría llegar a producir a un anunciante si se le obliga a paralizar una campaña antes de su difusión por un órgano de control de un sistema de autorregulación publicitaria, el cual no posee capacidad coercitiva plena, ni posterior, ni previamente a la divulgación de la publicidad. Todo ello, sin olvidar que la AACC es una Asociación que representa exclusivamente a la industria publicitaria. Por lo tanto, sus miembros representan los intereses económicos de la industria, y aunque más adelante lo trataremos, queremos señalar que existió cierta reticencia por parte del INC a la hora de notificar a la Comisión Europea, que la AACC actuase como órgano de resolución extrajudicial de conflictos. El motivo se debía a su incapacidad para dirimir los conflictos surgidos entre consumidores y empresarios, en los que se resolviese una situación creada por una posible violación de los derechos de los consumidores, tal y como exigía la Recomendación 257/98.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto de 21 de abril de 2009 y acordó archivar el procedimiento por pérdida sobrevenida de objeto, ya que las autorizaciones singulares habían caducado conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por su parte, el segundo supuesto, en el que se impone el control previo vinculante de las campañas publicitarias es el que se refiere a la autorización singular, formulada por la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (en adelante, FIAB), para el establecimiento de un Código de Autorregulación Publicitaria de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (en adelante, el Código PAOS). Dentro del mencionado Código PAOS se prevé la obligación de la consulta previa vinculante, que se podrá solicitar de forma voluntaria a todas las empresas. El Servicio de Defensa de la Competencia, para que se autorizase el acuerdo, consideró que era precisa la eliminación de la cláusula del Código PAOS, que preveía la obligación de realizar el *copy advice* de las campañas a todas las empresas adheridas al sistema de autorregulación. El Tribunal de Defensa de la Competencia aprobó la autorización singular, incluyendo el consejo previo, manifestando que, si bien limitaba la actuación de las empresas, se hallaba

amparada por el artículo 1.3. LDC, por contribuir a la prevención de la obesidad infantil. No obstante, y a pesar de que este tipo de autorizaciones se concede por cinco años, en este caso concreto se concedió solo por un plazo de tres años. Esta merma en el plazo se debió a la necesidad de comprobar los efectos del control previo en las condiciones de la competencia⁶⁴.

A la vista de lo expuesto, debemos afirmar que, aunque la Administración pública anime a la industria a promover acuerdos de autorregulación, que incluyan mecanismos de control preventivo, ello no significa, en primer lugar, que los poderes públicos impongan la obligación de someterse al control previo de las campañas, control que –en todo caso- debería ser no vinculante y sobre todo voluntario. Voluntariedad que, en nuestra opinión, no existe, debido a las presiones ejercidas por los medios de difusión (surgidas a raíz de todos los Convenios y acuerdos que ha suscrito la AACC con los diferentes sectores empresariales), que, aunque no obligatoriamente, solicitan el *copy advice* de la campaña publicitaria que se pretende difundir. Por lo tanto, el carácter voluntario se disipa “a golpe” de Convenio.

En segundo lugar, el hecho de que el artículo 37 LCD fomente los Códigos de conducta, los cuales pueden incluir, entre otras medidas individuales o colectivas, el control previo de los contenidos publicitarios, no quiere decir que los incluyan *de facto*; y lo que es más relevante y de vital importancia, los sistemas de autorregulación que los incluyan como medida de control, como la AACC, no les exime de que esa medida de control previo pueda ser supervisadas por la Comisión Nacional de la Competencia, en cada caso y en cada sector. De hecho, el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando admite el control previo en el Código PAOS, establece lo siguiente: *“El Tribunal admite que pueden existir en este caso circunstancias que permitan autorizar el control previo de la publicidad destacando entre ellas, sobre todo, la especial vulnerabilidad del público objetivo de las campañas de publicidad a que se refiere esta autorregulación y la limitación del control previo a las franjas horarias de protección reforzada de la infancia”*. En efecto, la autorización singular se concede tan sólo por tres años, con carácter excepcional. Por lo tanto, entendemos que el control previo no está exento de control por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, quien deberá pronunciarse si en cada sector no supone una censura a la campaña, o en su caso, de un servicio que se ha convertido en una obligación para los anunciantes, que no desean ver paralizada su campaña, o que intenta evitar con el *copy advice* ser objeto de una sanción administrativa.

Por último, en relación al control previo, la propia Directiva comunitaria, que es una norma de máximos, prevé en su artículo 11 DCPD, que los tribunales u órganos administrativos puedan exigir un recurso previo ante un sistema de autorregulación. En nuestra opinión, este recurso previo, que se podría requerir

⁶⁴ Para una lectura de la Resolución de 2 de enero de 2006 (Expte. A 356/05, Autorregulación Publicitaria FEBE), vid. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=A+356%2f05&Ambito=Conductas>, visitada el 10 de abril de 2012.

por parte de los tribunales, dista mucho del servicio *copy advice*, tal y como está planteado en la AACC. Según la DCPC, se podría plantear como medio disuasorio a la hora de acudir a los tribunales; pero no por parte de la industria, sino por parte de los poderes públicos. De este modo, se debería obligar a las partes a agotar un procedimiento previo de control de la campaña, siempre y cuando, obvia decirlo, las partes fuesen miembros del sistema. A la vista de lo expuesto, el apartado 4, del artículo 37 LCD dista mucho de ser una trasposición fiel al artículo 11 DCPD. Es más: el apartado 4, del artículo 37 LCD pareciera estar hecho para la AACC. Y, aunque procederemos a analizarlo más adelante, de la lectura del citado precepto claramente se extrae que, quien debe decidir la existencia del informe previo será el sistema de autorregulación, a través de sus códigos de conducta. Tampoco debemos olvidar que, hasta la fecha, el único organismo de autocontrol notificado a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, es la AACC.

2.4.3. La asesoría jurídica prevista en los códigos de conducta

Tal y como hemos señalado en anteriores epígrafes, el legislador ha hecho hincapié en que los códigos de conducta deben respetar la normativa de defensa de la competencia, puesto que resulta evidente que el Código de conducta no deja de ser un conjunto de normas que regulan las prácticas comerciales con los consumidores, pero creado –generalmente- por la industria, es decir, por comerciantes, empresarios y profesionales, así como por las asociaciones, corporaciones y organizaciones, a través de las cuales operan. Por lo tanto, un Código de conducta o el conjunto de normas éticas que se autoimpone el sistema de autorregulación plasma acuerdos, recomendaciones y decisiones tomadas por la agrupación de empresas y comerciantes de un sector concreto o de varios sectores, con la finalidad de evitar que su actividad se regule y sea controlada por los poderes públicos. En este sentido, los acuerdos, recomendaciones y decisiones llevadas a cabo por el sistema de autorregulación deben ser controlados, puesto que el poder que se concentra en este tipo de organismos es considerable. No debemos olvidar, tal y como manifestó el Prof. LEMA DEVESA, que la publicidad es una actividad fundamental en el marco de la empresa en el actual sistema económico, calificándose como un elemento imprescindible en la lucha competitiva por la conquista del mercado. Pero además, debemos tener presente las sustanciales inversiones económicas que se manejan en este ámbito, pues por todos es conocido, que hacer publicidad supone un esfuerzo económico importante, con graves consecuencias para el anunciante que ve paralizada su campaña⁶⁵. El poder del sistema de autorregulación que controle

⁶⁵ Y aunque estamos en tiempos de crisis, y la actividad publicitaria ha sido muy castigada por ella, en el año 2011, la Inversión Real Estimada que registró el mercado publicitario se situó en un volumen de 12.061,0 millones de euros, lo que representa un decrecimiento del -6,5% sobre los 12.893,1 millones de euros que se alcanzaron en el año anterior. Vid. <http://www.infoadex.es/RESUMEN%202012.pdf> visitada el 11 de marzo de 2012. Sin embargo, si la publicidad mueve ese volumen de dinero, afectando al consumo y, en definitiva, a la economía, el sistema de autorregulación que controle esta actividad, claramente tendrá un poder efectivo sobre el consumo, e indirectamente, sobre la economía de mercado.

la publicidad, al 70 % de un país, tiene el dominio sobre el gasto, las preferencias y los hábitos de consumo. Por todo ello, consideramos que el legislador siempre tienen muy presentes todas estas circunstancias para exigir, de forma expresa, que los Códigos de conducta, normas por las que se rige un sistema de autorregulación, cumplan con las normas de la competencia, tanto la Ley para la Defensa de la Competencia, como la Ley de Competencia Desleal.

A la vista de lo expuesto, se hace necesario analizar si el servicio de asesoría jurídica que presta la AACC, previsto en sus Estatutos⁶⁶, en el Código de Conducta Publicitaria⁶⁷ y en el Reglamento del Jurado⁶⁸ podría ser una práctica restrictiva de la competencia en relación con el ejercicio de la profesión colegiada de abogado.

Antes de valorar los servicios que presta la AACC, es importante señalar que el sistema de autorregulación español se constituyó como asociación, para disipar cualquier tipo de duda en orden a confirmar los fines no lucrativos del organismo. De hecho, el primer sistema de autorregulación publicitaria español, "AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD, S.L.", que se constituyó el 17 de mayo de 1977, fue enérgicamente criticado, ya que la elección como forma jurídica de sociedad anónima generaba bastantes dudas sobre la credibilidad del sistema.

Ahora bien, como hemos podido comprobar, una de las finalidades de la Asociación, además de emitir copy advice, a través del Gabinete técnico, es elaborar dictámenes, informes, estudios de cualquier clase o naturaleza sobre cuestiones de publicidad. Estas labores son propias de un abogado, quien debe colegiarse para ejercer su profesión, la cual está sometida a un régimen de prohibiciones e incompatibilidades. En efecto, el artículo 6 del Estatuto General de la Abogacía Española, (aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), manifiesta lo siguiente: "Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico⁶⁹".

⁶⁶ El artículo 5.2.c) de los Estatutos de la AACC, establece que uno de los fines de la Asociación es "Elaborar dictámenes, informes, estudios de cualquier clase o naturaleza sobre cuestiones concernientes a la comunicación comercial, cuando le sean solicitadas, bien por un asociado o bien por cualquier tercero".

⁶⁷ El artículo 2.2. c) del Código de conducta Publicitaria, dispone que uno de sus fines es "elaborar dictámenes, informes, estudios de cualquier clase o naturaleza sobre cuestiones concernientes a la publicidad, cuando le sean solicitadas, bien por un asociados, bien por las Administraciones Públicas, bien por un tercero".

⁶⁸ El apartado c) del artículo 4 del Reglamento del Jurado, prevé como función "Emitir, cuando se le requiera por cualquier persona con un interés legítimo, y de conformidad con este Reglamento, Dictámenes que expresen su opinión deontológica y no vinculante acerca de la corrección de comunicaciones comerciales realizadas por terceros no asociados que hubieran rechazado participar en el procedimiento previsto en el apartado anterior". Asimismo, el apartado e) del mencionado artículo 4 señala que podrán "Emitir dictámenes de carácter técnico o deontológico sobre las diversas cuestiones publicitarias que le sean solicitados por la Asociación".

⁶⁹ <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1335353150924.pdf>, visitada el 11 de marzo de 2012.

Por lo tanto, el servicio de consultas y asesoría prestado por el Gabinete Técnico de la AACC, son principalmente el *copy advice*, consultas jurídicas e informes y dictámenes jurídicos, que se prestan tanto a los asociados, como no asociados. Las tarifas que se le aplican a estos servicios son las siguientes: en primer lugar, la consulta jurídica se presta sin coste para los asociados, salvo que conjuntamente con las solicitudes de consulta previa, se supere el cupo previsto para el tramo que corresponde a la cuota social de cada asociado. Superado el cupo previsto, el importe de la consulta tendrá un coste de TREINTA EUROS (30 €). Para los no miembros de la AACC, la tarifa será de TRESCIENTOS TREINTA EUROS (330 €) consulta. En segundo lugar, la consulta previa o *copy advice*, para el miembro de la Asociación, será gratuito, hasta superar el cupo de consultas previas sin coste asignado en función de su categoría social e importe de la cuota de asociado. Superado este cupo de consulta, el *copy advice* tendrá el coste de TREINTA EUROS (30 €). En el caso de no miembros del sistema de autorregulación, la tarifa ascenderá a CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS (435 €). Finalmente, el importe del informe o dictamen jurídico para los asociados de la AACC será de MIL TRESCIENTOS CINCO EUROS (1.305 €), y para los no socios, ascenderá a TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS (3.685 €).

Si atendemos a las cifras del último año, la AACC recibió DIECISIETE MIL SEISCIENTAS TREINTA Y NUEVE (17.639.-) consultas, de las cuales QUINCE MIL NOVECIENTAS QUINCE (15.915.-) han sido *copy advice* y MIL SETECIENTAS VEINTICUATRO (1.724) consultas legales, representando un 116 % más que el año anterior. En el último año se han adherido CIENTO TRECE (113.-) nuevas entidades financieras, quienes han solicitado NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO (9.518.-) *copy advice*⁷⁰. La totalidad de consultas previas a la campaña, consultas jurídicas de otro tipo, informes jurídicos y dictámenes ha superado las SESENTA Y DOS MIL QUINIENTAS (62.500) solicitudes, desde que inició la prestación de estos servicios, en el año 2000. En nuestra opinión, el crecimiento desmesurado de la solicitud de asesoría jurídica, integrando todos los servicios (consultas jurídicas, informes, dictámenes y *copy advice*), responden claramente a todos los Convenios y acuerdos suscritos con los diferentes sectores de anunciantes, así como con la Administración pública. El próximo año veremos los resultados que arrojarán los efectos de la corregulación en el sector del juego.

El problema no es que una asesoría jurídica de una Asociación preste estos servicios, sino que –a través de los Convenios y acuerdos suscritos- se monopolice la prestación de los mismos, propios de la abogacía. Por lo tanto, la cuestión no es, tal y como se enjuició por el TDC, si este tipo de servicios, como el *copy advice*, mejoran la protección de los intereses de los

⁷⁰ Si atendemos a las estadísticas de años anteriores, entre julio de 1996 y diciembre de 2004, elaboradas por la propia Asociación, observamos que se han atendido a más de 7.000 consultas previas durante el período mencionado. Concretamente, en el año 2004 se han recibido 2.300 solicitudes de consejo previo a la difusión de la campaña. Es innegable que una de las labores fundamentales de la AACC en el año 2004 ha sido la elaboración de este tipo de informes. En el año 2005, el número de consejos previos solicitados ascendió a 2.915 solicitudes, incrementándose también el número de otras consultas e informes. En el año 2008, se realizaron más de 7.500 consultas y *copy advice*. ⁷⁰Vid. <http://www.autocontrol.es/bbddaap/noti/2005/no050102.pdf> (visitada el 2 de febrero de 2012).

consumidores, sino si servicios como el *copy advice*, propios de una asesoría jurídica, puede ser monopolizados por una Asociación, a través de los Convenios y acuerdos suscritos, con la agravante de que, junto con las cuotas de sus socios, el mayor volumen de ingresos de la AACC proviene de la prestación de tales servicios. De hecho, las cifras demuestran que si un anunciante o un medio de difusión tiene dudas sobre la licitud de su campaña publicitaria, nunca recurrirá a los servicios de asesoramiento de un abogado especialista en estas materias, toda vez que los Convenios y acuerdos suscritos entre la AACC y los medios y/o sectores de diferentes ámbitos del mercado, exigen que ese consejo previo a la campaña sea emitido por la AACC.

Por todo ello, no resultaría muy descabellado señalar que el acuerdo entre la AACC y los medios, así como los demás acuerdos con otros sectores, podrían llegar a restringir la competencia en el campo de la asesoría jurídica, servicios propios de la profesión de abogado, puesto que no permite a otros profesionales ofrecer el mismo tipo de asesoría jurídica en igualdad de condiciones. No debemos olvidar que este tipo de acuerdos involucra prácticamente a toda la industria publicitaria, integrando a anunciantes, agencias y medios. Y, aunque la AACC manifiesta que el asesoramiento previo no es vinculante, ya hemos visto que no es así en todos los sectores. Pero es más: los medios de difusión, como miembros de la AACC, tendrán en cuenta este *copy advice*, a la hora de difundir el mensaje publicitario. Obviamente, tal y como ha pasado en el sector financiero, el *copy advice* no sólo ha sido un incentivo para captar más asociados, sino también es un servicio que –cada vez en mayor medida– se solicita por los que no son miembros de la AACC, porque los anunciantes son conscientes de que es una especie de “visado” para difundir su publicidad.

A la vista de lo expuesto, la prestación de estos servicios por parte de la AACC podrían ser calificados como un acto desleal frente a otros profesionales. Lo que resulta sorprendente es que ni el Consejo General de la Abogacía Española, ni los diferentes Colegios Profesionales de Abogados hayan controlado este tipo de prácticas, teniendo en cuenta que una de las funciones dentro de sus correspondientes Estatutos es adoptar medidas conducentes a evitar la deslealtad profesional.

2.4.4. Los responsables de los códigos de conducta

Aunque en el artículo 2.g) DCPD proporciona una definición de “responsable de código de conducta”, la LCD no la incluye. Sin embargo, indirectamente podríamos afirmar que serían las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores que elaboran los códigos de conducta, para que sean asumidos por los empresarios o profesionales.

Según el artículo 38 LCD, los responsables de los códigos de conducta tan sólo lo serán cuando recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas. En este caso, se podrá ejercitar la acción de cesación y rectificación de la conducta. Sin embargo, previamente, debe instarse del responsable del

código la cesación o rectificación de la recomendación desleal, así como el compromiso de abstenerse a realizarla cuando todavía no se haya producido.

A nuestro modo de ver, y dado el gran poder que acumula un sistema de autorregulación como la AACC, el grado de responsabilidad de la Asociación, como responsable de los códigos de conducta debería ser mucho mayor, que el que se le atribuye a través de la LCD.

En nuestra opinión, las decisiones que toma el órgano de control pueden acarrear graves consecuencias para los anunciantes, que se encuentran con el deber moral de modificar, o en su caso cesar, la campaña publicitaria, que en numerosas ocasiones, se difunde para dar a conocer un producto y/o servicio nuevo, que depende de la nueva publicidad para ser conocido por el público en general. En este sentido, el cese de una campaña no sólo implica la pérdida económica de la inversión realizada, sino también supone otra inversión para realizar una nueva publicidad, toda vez que el producto tiene que publicitarse, para que el público lo conozca. Todo ello sin olvidar las ganancias dejadas de obtener por el lapsus de tiempo perdido entre el día en que cesó la primera campaña “supuestamente” ilícita y el día de emisión de la nueva campaña publicitaria.

Sin lugar a dudas, el artículo 1902 CC establece lo siguiente: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. El fundamento y régimen de la responsabilidad por culpa extracontractual se asentaba en una concepción subjetiva de la responsabilidad, basada en la culpa, de modo que el autor sólo respondía cuando el daño era consecuencia directa de la negligencia. Sin embargo, esta concepción ha ido evolucionando a través de la presunción de la culpa por parte del autor del daño y la inversión de la carga de la prueba, que pone a cargo del agente la demostración de su propia diligencia, llegando a mantener la responsabilidad en aquellos casos en los que, pese al cumplimiento de los reglamentos y disposiciones legales, se produce el daño, pues la realidad de éste pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas adoptadas.

A la vista de lo expuesto, el responsable del código de conducta, debería responder de los daños causados al anunciante, en aquellos casos en los que se le obliga a cesar una campaña publicitaria, que –posteriormente- ha sido declarada lícita por los tribunales ordinarios. La cesación de la campaña publicitaria no sólo causa un daño de tipo económico, tal y como hemos señalado, sino también ocasiona un daño moral al anunciante, calificado de infractor ante la industria publicitaria, a través de la publicación de las resoluciones del Jurado de la Publicidad.

Para ilustrar este tipo de casos, cabe citar la RJAACC, de 14 de octubre de 1996, en la que AUTOCONTROL sostuvo que la utilización de la figura de un capitán en las varitas de merluza de la marca Pescanova inducía a confusión con otra marca del sector, Frudesa, quien venía utilizando la figura del capitán, desde el año 1963. Por ello, el Jurado ordenó el cese de la campaña publicitaria. Sin embargo, la SAP de Madrid, de 21 de diciembre de 2005, dispuso lo siguiente: *“Cuarta, el término "CAPITAN" en cuanto concepto que*

define con carácter general una profesión (capitán de barco), no puede en sí mismo ser patrimonializado por quien lo haya usado precedentemente, ni cabe analizar su posterior uso en abstracto por tercero a los fines del proceso, sino que deben ambos usos relacionarse con las representaciones gráficas o audiovisuales que los hayan desarrollado, sin que, en tal sentido, se aprecie en los contenidos de los respectivos spots publicitarios -admitidos y no discutidos por las litigantes-, el carácter servil imitativo antes expuesto del segundo (el de Pescanova) respecto del primero (el de Frudesa), antes bien se advierten sensibles diferencias, ya puestas de manifiesto por la resolución recurrida, cuales son, esencialmente, en cuanto al personaje, que el CAPITAN FRUDESA lo representa un marinero con gorra, uniforme y barba cana, mientras que el CAPITAN PESCANOVA es un hombre joven ataviado con chubasquero o impermeable amarillo, y en cuanto a la historia narrada y su entorno, que mientras que FRUDESA la sitúa en unas compras en paraje polar, con presencia de un oso y donde aparece un capitán que dirige a los niños a descubrir un tesoro consistentes en las varitas de merluza, en el anuncio de Pescanova el capitán irrumpe en una cena doméstica y traslada a los niños a un barco pesquero faenando en la mar, cuyas diferencias identifican y distinguen los orígenes del producto común ofrecido (pescado congelado), y disipan suficientemente la posible y ulterior asociación y confusión al respecto por los consumidores adquirentes, quienes, en cambio, podrán advertir perfectamente en el mercado que diferentes empresas elaboran y venden pescado congelado y más concretamente varitas de merluza rebozadas y preparadas para su fritura, eligiendo el de una u otra (Frudesa o Pescanova) según sus particulares apetencias y la calidad que confieran al producto en función del prestigio que atribuyen a sus diferentes elaboradoras”.

Además, sostuvo que, aunque la resolución dictada por el Jurado de la Publicidad era contraria al criterio adoptado por la Audiencia Provincial, esta decisión no tenía fuerza ejecutiva. Concretamente, la Sala se pronunció de la siguiente forma: *“finalmente en la cuarta y última alegación de su recurso reprochan las recurrentes a la resolución apelada que haya pasado por alto otros actos realizados por las recurridas constitutivos de ilícitos competenciales al margen del formato publicitario, como son el incumplimiento de las resoluciones de la Asociación de Autocontrol de Publicidad de 4 de noviembre y 17 de diciembre de 1996, y los específicos actos de denigración integrados por la vinculación del "Capitán Pescanova" a un "auténtico experto" o "un capitán de verdad", en detrimento de tales características respecto del "Capitán Frudesa", con lo que se recalca que sólo el primero "puede hacer unas varitas como éstas". Pues bien, ambos alegatos están avocados al fracaso, el primero, porque el incumplimiento de resoluciones sin fuerza ejecutiva y vinculante, carece de trascendencia en sede jurisdiccional”.* El 9 de diciembre de 2008, la Sala Primera del Tribunal Supremo falló no admitir el recurso de casación, contra la mencionada SAP de la Audiencia Provincial de Madrid, declarándola firme.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 29 de abril de 2002 (Caso “WALL STREET INSTITUTE”), en el que se sostuvo que no existía publicidad engañosa, (en contra de la resolución dictada por el Jurado de la Publicidad, de 26 de junio de 2000), el juzgador declaró que: *[El hecho de que*

esta última acotación (“Condiciones válidas este mes para matriculados en tres niveles o más. Infórmate llamando al 902222032...”) aparezca expresada con caracteres de menor tamaño que el resto del texto y ubicada en un lateral del anuncio..., no es por sí misma capaz de provocar error aquella publicidad que destaca los aspectos más atractivos del mensaje comercial (la gratuidad de un curso), mientras que, por el contrario, relega a un segundo plano sensorial (visual y/o auditivo), sin ocultarlos u omitirlos en absoluto, aquellos otros elementos que, por su carácter de contraprestación o carga para el destinatario potencial del bien o servicio, pongan de relieve la dimensión menos codiciable de la contratación que se ofrece (en este caso, la necesidad de estar matriculado al menos en tres niveles para poder disfrutar de la gratuidad del curso)”. En efecto, en el presente caso, el Juzgador manifestó que en los tres distintos pasajes del mensaje publicitario se invitaba al consumidor interesado a que se informase de las condiciones, bien en el propio centro, o bien telefónicamente, indicando un número de teléfono, e incluso proporcionando una dirección en Internet. A la vista de lo expuesto, y contradictoriamente a lo que manifestó el Jurado de la Publicidad, se declaró que la publicidad debía ser analizada en su conjunto. Por lo tanto, tan sólo a un consumidor especialmente desatento podría pasarle inadvertida la información que se incluía en la zona lateral del anuncio. Consecuentemente, se desestimó íntegramente la demanda.

Otro asunto en el que se han utilizado argumentos distintos por parte del Jurado de la Publicidad y los tribunales ordinarios es el caso “ROYAL CANIN IBÉRICA, S.A. vs. HILL’S PET NUTRITION ESPAÑA, S.L.”, que mediante resolución de 15 de julio de 2002, dispuso que no existía publicidad comparativa ilícita, pero que sí existía publicidad engañosa en sentido abstracto, por la ambigüedad de la expresión publicitaria: “100% garantizado”. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, mediante su sentencia de 22 de diciembre de 2004, desestimó la demanda interpuesta por HILL’S PET NUTRITION ESPAÑA, S.L. Contradictoriamente, la SAP de Madrid, de 29 de abril de 2008, estimó parcialmente la demanda. Ahora bien, a diferencia de la resolución de la AACC, declaró que eran engañosas otras frases publicitarias, tales como: “la mejor nutrición” y “la mejor nutrición nunca ha tenido mejor sabor” y obligó a retirar los folletos y objetos publicitarios que contuviesen dichas expresiones. En la mencionada SAP de Madrid, se avanzaron criterios recogidos en el texto de la nueva LCD. Así, se estimó que la interposición de una reclamación ante la AACC desplegaba los mismos efectos jurídicos que el requerimiento previo, exigido por el derogado artículo 29 LGP. Por este motivo, se declaró que no era necesario dirigir un requerimiento previo al demandado para cesar su publicidad.

Además, la SAP de Madrid, de 29 de abril de 2008, estimó la tesis defendida por la demandante en relación con la resolución del asunto por parte del Jurado de la Publicidad, indicando que esta actuación suponía incurrir en una especie de prejudicialidad de un organismo, que no pertenece al poder judicial, ni a la Administración Pública, ni tampoco tiene atribuidas funciones arbitrales. Es más, según la SAP de Madrid, si el Juzgado de Primera Instancia no enjuiciase el asunto, por existir una resolución dictada por el Jurado de la Publicidad, dicha omisión comportaría la omisión de su deber de resolver sobre todas las

cuestiones planteadas, vulnerando el derogado artículo 28 LGP, artículos 1.7 del Código Civil, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 24 de la Constitución. Por último, invocando la ya citada SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004, la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 29 de abril de 2008 sostuvo que la autorregulación publicitaria sólo podría afectar a sus asociados y a terceros, siempre que hayan manifestado expresamente la voluntad de someterse a dicho procedimiento. De este modo, la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid manifestó lo siguiente: *“la resolución de cualquier conflicto entre personas físicas o jurídicas tiene que resolverse necesariamente por quien tiene potestad para ello, pues como establece el apartado 3 del artículo 117 CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de marzo de 2005, también se mantiene en una postura contraria al criterio del Jurado de Autocontrol, en relación con la mención **“precios válidos salvo error tipográfico”**, al disponer: *“En cuanto a la alegación segunda del recurso es obvio que la resolución del Jurado de Autocontrol de la Asociación para la Autorregulación de la Publicidad en nada vincula ni puede vincular a los órganos judiciales con lo que en nada afecta al contenido de la litis...no se aprecia que la citada frase pueda inducir a error de clase alguna desde el momento en que el consumidor acudirá si lo desea a adquirir tales productos al precio ofertado y no a otro”*.

Finalmente, el 25 de junio de 1998, en el caso “MITSUBISHI GALANT”, el Jurado de la Publicidad declaró lo siguiente: *“en el caso que nos ocupa, se sugiere un comportamiento violento e ilegal, al aludir a una escena consistente en pinchar o rajar las ruedas de un coche. Es cierto, como queda expuesto, que este comportamiento se representa en un tono pretendidamente irónico y humorístico, en el marco del estado de enfado y desánimo del presidente de una compañía que ve cómo el director general de la misma ha adquirido un coche mejor que el suyo. Mas no es menos cierto, por otro lado, que el humor o la ironía no son contempladas como excepciones a las prohibiciones contempladas en las normas 5 y 6 del Código, y aunque en casos singulares, claros y con evidencia aceptada generalmente, la clave de humor pudiera desvirtuar el significado real del acto violento descrito, en el caso concreto analizado, la Sección ha estimado, unánimemente, que el comportamiento descrito del “Presidente” puede sugerir la violencia condenable en ética publicitaria”*. Por este motivo, el Jurado estimó la reclamación presentada por la Unión de Consumidores de España contra el anuncio de MITSUBISHI, instándoles a que cesase la publicidad reclamada, y consecuentemente, a la retirada de la campaña publicitaria.

En la STS, de 15 de enero de 2009, (RJ, 2010/415), el Alto Tribunal, en sentido contrario al Jurado de la Publicidad, dispuso lo siguiente: *“El mensaje publicitario prohibido exteriorizaba y hacía llegar a sus destinatarios una información relativamente útil, mediante la proyección de una escena con algún*

grado de creatividad, cuyo núcleo lo constituía una reacción provocada por la envidia y, en sí, sancionada penalmente.

Sin embargo, con razón sostiene la recurrente que la naturaleza ridícula de la situación, su contenido jocoso, el contraste y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje principal del anuncio y su absurda reacción, convierten al mismo en inocuo e intrascendente desde el punto de vista de los bienes que el Tribunal de apelación se decidió a proteger.

En conclusión, constatamos la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien -la dignidad de la persona- que no había sido lesionado ni amenazado". De este modo, el Tribunal Supremo declaró lícita la campaña publicitaria de Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA.

En los casos citados, si el anunciante decide incumplir la resolución, cuya sanción es la cesación de la campaña, porque la pudiese calificar de injusta, podría ocurrir que, habiendo decidido continuar con la difusión, el anunciante se viese imposibilitado porque los medios se negasen a hacerlo, o en su caso, podría llegar a ser expulsado de la AACC. Pero, sin embargo, el responsable del Código de conducta no responde del daño que pudiese llegar a ocasionar con sus resoluciones a los anunciantes "supuestamente" infractores. No debemos olvidar el daño económico que supone la cesación de una campaña, además del daño moral en relación con el prestigio del empresario "supuestamente" infractor en el sector.

2.5. El artículo 37.4 LCD y la AACC.

El apartado 4 del artículo 37 LCD prevé los sistemas de autorregulación tradicionales, siguiendo la línea de la DCPD, aunque con determinadas concesiones a los mismos, no contempladas en la mencionada Directiva. Este precepto establece que los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Pues bien, aunque se aboga por un sistema de autorregulación clásico, sí es cierto que el legislador impone que el órgano de control sea independiente, en relación con el sistema de autorregulación.

EL Jurado de la Publicidad, como órgano de control del sistema de autorregulación publicitario español, es elegido a propuesta de la Junta Directiva de la Asociación, para cubrir el 75 % de los miembros y el 25 % restante son designados por la Junta Directiva de la AACC, a propuesta del Instituto Nacional de Consumo (INC) y del Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU)⁷¹. Sin embargo, en los últimos años la actividad del Jurado ha quedado en un segundo plano, toda vez que el número de reclamaciones que

⁷¹ Para un análisis de la naturaleza, composición, funciones y funcionamiento del Jurado de la Publicidad, vid. http://www.autocontrol.es/pdfs/Reglamento_Jurado.pdf, visitada el 18 de marzo de 2012. Dentro de la composición de las seis Secciones del Jurado de la Publicidad, doce de las dieciocho personas nombradas han estado vinculadas al sector empresarial, aunque no en el momento en el que fueron nombrados miembros del Jurado. Para un estudio del sistema de autorregulación español, vid. PATIÑO ALVES, B., *La autorregulación publicitaria: Especial referencia...!*, op. cit., pp. 173 y ss.

se han tramitado ha ido mermando paulatinamente. Así, en el año 2007 se resolvieron CIENTO NOVENTA Y UNA (191.-) reclamaciones; en el año 2008, se dirimieron CIENTO SETENTA Y TRES (173.-) casos; en el año 2009 se solventaron CIENTO NOVENTA Y DOS (192.-) reclamaciones; en el año 2010 se tramitaron CIENTO CUARENTA Y SEIS CASOS (146.-) en el año 2010; y, finalmente, en el año 2011, se han resuelto CIENTO CUARENTA Y TRES ASUNTOS (143.-) en el año 2011⁷².

Por lo tanto, la actividad del Jurado de la Publicidad ya no es el servicio más significativo del sistema de autorregulación en España, ni el que aporta mayor margen de beneficios a la Asociación, sino el servicio del *copy advice*. En efecto, las cifras hablan por sí solas: en el año 2007 se emitieron CUATRO MIL SEIS (4.006.-) informes previos; en 2008 se dictaron CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO (4.694.-) *copy advice*; en 2009 se redactaron CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO (5.675.-) informes previos; en 2010 se emitieron SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS (6.636.-) *copy advice*; y, finalmente, en el año 2011, el Gabinete técnico (asesoría jurídica de la AACC) dictó QUINCE MIL NOVECIENTOS QUINCE (15.915.-) *copy advice*. Si comparamos estas cifras con las del año 2001, en el que la AACC no había suscrito casi ninguno de los Convenios y acuerdos que –hoy en día están en vigor- el número de consejos previos a la difusión de la campaña era aproximadamente de TRESCIENTOS NOVENTA (390.-) *copy advice*.

El apartado 4 del artículo 37 LCD otorga una concesión, no prevista en la DCPD, al menos en los términos en los que se pronunció el texto comunitario; a saber: la previsión en los códigos de conducta del autocontrol previo de los contenidos publicitarios. A nuestro modo de ver se trata de un privilegio otorgado –exclusivamente- a la AACC porque, según el artículo, tan sólo se contempla el servicio de “autocontrol previo” en relación con los contenidos publicitarios. Tal y como hemos manifestado, y a riesgo de ser reiterativos, manifestaremos que llama la atención que la LCD, cuyo cometido es regular las prácticas comerciales para la protección de los intereses de los consumidores, limite el “autocontrol previo” a los contenidos exclusivamente publicitarios, y no a cualquier práctica comercial, incluyendo la publicidad. Ahora bien, tal y como hemos indicado con anterioridad, el hecho de que esta norma prevea la existencia del “autocontrol previo”, no significa que este servicio no deba ser controlado en cada sector en el que se aplique, pues con el número de anunciantes, medios, agencias y asociaciones empresariales que agrupa el sistema de autorregulación español, se hace necesario un control sobre los acuerdos que adopten y que restrinjan la actividad publicitaria.

De un análisis del apartado 4 del artículo 37 LCD podemos observar que los sistemas de autorregulación previstos en el citado artículo, hasta la fecha, se identifican con un único organismo: La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. En efecto, los procedimientos extrajudiciales a los que se refiere la Recomendación 257/98 son específicos para la solución de

⁷² Para una lectura de los Balances de Actividad de la AACC durante los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, vid. <http://www.autocontrol.es/>, visitada el 13 de enero de 2012.

litigios en materia de consumo, en los que se discuten los derechos individuales del consumidor. En este sentido, el INC –en su momento- cuestionó que la AACCC no fuese –estrictamente- un órgano extrajudicial de resolución de conflictos surgidos entre consumidores y empresarios, que resolvieran la situación creada por la posible violación de los derechos del consumidor. Es más: a nuestro modo de ver, una Asociación que no acepta como miembros del sistema de autorregulación a las organizaciones de consumidores, difícilmente podrá representar otros intereses, que no sean los de la industria publicitaria. De hecho, tal y como se plasma en sus cifras como órgano extrajudicial de conflictos en materia de consumo, su actividad –cada año- es menor. Por el contrario, el servicio de asesoría previa de la campaña publicitaria, ampliamente utilizado por la industria, se ha convertido en el servicio estrella de la Asociación. Resulta evidente que la AACCC no sólo no es estrictamente un órgano extrajudicial de resolución de conflictos entre consumidores y empresarios, que dirime las controversias por posible infracción de derechos de consumidores, sino que se aleja bastante de ese cometido, puesto que las funciones que ejerce, así como los servicios que proporciona se dirigen –mayoritariamente- a la industria publicitaria, quien abona unas tarifas por recibirlos.

A pesar de que en un primer momento el INC no estaba a favor de notificar a la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, como órgano de resolución extrajudicial de conflictos a la Comisión Europea, ante su negativa de calificarles como órgano extrajudicial de conflictos, tal y como figura en la Recomendación 98/257/CE, finalmente –en el año 2000- el INC informó favorablemente para que la AACCC fuese notificada a la Unión Europea como órgano extrajudicial de solución de litigios en materia de consumo.

A la vista de lo expuesto, no hay duda que el apartado 4, del artículo 37 LCD ha sido un “traje a medida” para la Asociación de la Autorregulación para la Comunicación Comercial, reconociendo todos sus servicios y su actividad – hasta la fecha- como único sistema de autorregulación.

Ahora bien, para finalizar, y siguiendo los criterios establecidos en la DCPD, la actuación de los sistemas de autorregulación no impedirán –en ningún caso- la renuncia de las acciones judiciales previstas en el artículo 32 LCD. Por todo ello, este sistema nunca podría equipararse al arbitraje, en el cual el laudo arbitral es vinculante para las partes, siempre y cuando manifiesten expresamente su voluntad de sometimiento a la institución. Consecuentemente, sus resoluciones son cosa juzgada, y por lo tanto, se cierra la vía judicial. Las resoluciones del Jurado de la Publicidad ni son –en todo caso- vinculantes para las partes, ni tampoco poseen efecto de cosa juzgada. Es más: en el caso del Jurado de la Publicidad, éste no admitirá a trámite una reclamación referida a una comunicación comercial que haya sido resuelta o se esté tramitando ante un procedimiento judicial o administrativo. Además, la admisión a trámite, por parte de los Tribunales de Justicia, de cualquier demanda contra una comunicación comercial, que sea objeto de reclamación ante el Jurado de la Publicidad, supondrá la paralización del procedimiento seguido ante este órgano de control.

II. CONCLUSIONES

Después de haber analizado el texto del artículo 37 LCD, finalizaremos el presente trabajo con las siguientes consideraciones:

La DPCD ha desaprovechado la ocasión de instaurar la corregulación como un sistema de control de las prácticas comerciales, sustitutivo de los sistemas de autorregulación. De hecho, el éxito de la corregulación radica en la estrecha colaboración entre las Administraciones públicas y los sujetos privados. De este modo, este sistema híbrido, formado por una autorregulación, pero con la ventaja de que su actuación esté supervisada por parte de la Administración pública, paliaría los efectos negativos de cada uno de los sistemas (regulación y autorregulación) individualmente implantados.

Las políticas de armonización legislativa en la Unión Europea deberían fomentar –en mayor medida– la creación de un sistema único de autorregulación europea, que aplicase un único Código de Conducta.

La DPCD ha optado por la previsión de los sistemas de autorregulación tradicionales, en los que no intervenga la actuación de los poderes públicos. De este modo, los Códigos de conducta que se fomentan son aquellos en los que no existe ningún tipo de intervención estatal. Por todo ellos, sus características propias son la voluntariedad, sectorialidad y coercibilidad limitada.

El artículo 37 LCD promueve la creación de Códigos de conducta por parte de los sujetos privados, pero favoreciendo una mayor intervención en su elaboración, de las asociaciones de consumidores. Resulta obvio que esta participación va *in crescendo*, toda vez que la LCD se ha modificado por la Ley 29/2009, la cual pretende una mayor protección de los intereses de los consumidores, siendo éstos los protagonistas principales de toda la reforma.

El legislador ha hecho especial hincapié en que los Códigos de conducta deberán respetar la normativa de defensa de la competencia, puesto que es consciente de que estos códigos suelen estar elaborados por asociaciones que agrupan a todo un sector de empresarios, quienes, a través de sus acuerdos pueden restringir la competencia.

La AACC, que agrupa a más del 70 % de la industria publicitaria, en el caso de que un anunciante no retirase la publicidad objeto de sanción, podría exigir a los medios que estos no difundiesen el mensaje publicitario, sobre la base de su condición de miembros de la AACC. Sin embargo, esta actuación por parte de los medios podría ser considerada una práctica restrictiva de la competencia, al ser un acuerdo que podrían llevar a cabo la totalidad de los medios de comunicación españoles, sin que un tribunal se pronunciase sobre la licitud de la campaña.

El control previo de los contenidos publicitario es un servicio calificado por la AACC como voluntario. Sin embargo, no es voluntario, puesto que los numerosos Convenios que ha firmado la AACC, hacen del control previo el

“visado” imprescindible para una difusión de la campaña. En el caso del sector del juego y de las entidades financieras, el *copy advice* favorable a la emisión de una campaña puede llegar a evitar una sanción administrativa. Por este motivo, el empresario no es libre para decidir si desea contratar este servicio, o en su caso, decidir libremente si desea asociarse a la AACC.

El control previo de los contenidos publicitarios ha sido calificado por la AACC como un servicio no vinculante para las partes. Sin embargo, no ha sido así en el Código de conducta sectorial de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (Código FEBE), ni en el Código de Autorregulación Publicitaria de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (Código PAOS). Y, aunque en ambos casos, se concedió la autorización singular para que el *copy advice* fuese vinculante, se admitía por parte de los tribunales que existían circunstancias extraordinarias que podían justificar tal restricción de la competencia.

Los servicios de asesoría jurídica prestados por la AACC, entre los que se encuentra el *copy advice*, son propios de la profesión de abogado, quienes deberán colegiarse para ejercer tal labor de asesoría. A través de los Convenios y acuerdos que ha suscrito la AACC se monopolizan estos servicios por la asesoría jurídica de la Asociación, no permitiendo a otros asesores ofrecer los mismos servicios en igualdad de condiciones toda vez que los *copy advice* que requieren los medios de difusión son los realizados por el Gabinete técnico de la AACC. Esta actuación llevada a cabo por el Gabinete técnico de la AACC debería calificarse como un acto desleal frente a otros profesionales, los cuales nunca podrán proporcionar sus servicios en igualdad de condiciones.

Los responsables de los Códigos de conducta no deberían responder únicamente en aquellos casos en los que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas, a través de sus Códigos de conducta. Si se obliga a un anunciante a retirar una campaña publicitaria, que luego fue calificada como lícita por parte de los tribunales ordinarios, se ocasionan daños económicos materiales relevantes y daños morales relacionados con el desprestigio del anunciante, daños de los que debería responsabilizarse el responsable de los Códigos de conducta.

El artículo 37.4 LCD ha sido un “traje a medida” para la Asociación de la Autorregulación de la Comunicación Comercial, reconociendo todos sus servicios y su actividad, como único sistema de autorregulación que cumple las exigencias establecidas en el precepto mencionado, para su reconocimiento legal como sistema de resolución extrajudicial de conflictos.

La actuación de los sistemas de autorregulación no impedirá –en ningún caso– la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32 LCD. De este modo, se califica como un sistema no equiparable al arbitraje, cuyas resoluciones son vinculantes para las partes y tienen efecto de cosa juzgada, cerrando la vía judicial.

Las resoluciones del Jurado de la AACC no son vinculantes para las partes que no son miembros de la Asociación, salvo que hayan otorgado su

consentimiento de forma expresa y por escrito. No se admitirá el consentimiento tácito, ni tampoco se le deberá imponer al tercero que rechace la competencia del Jurado de la Publicidad. Las resoluciones serán vinculantes para los miembros de la AACCC, aunque se trata de un compromiso moral de cumplimiento de las mismas. En este sentido, la AACCC, no tiene mecanismos efectivos para obligar a cumplir sus resoluciones contra un miembro que haya decidido no cumplir las mismas, salvo la exigencia a los medios de comunicación, miembros de la AACCC, para que no difundan del anuncio objeto de sanción, o en su caso, la expulsión del incumplidor. Aunque esta última medida no afecta a la ejecución de la resolución, tan sólo es una medida disciplinaria que se toma contra el miembro que incumple la resolución.