

Análisis y propuestas a partir del caso PAOS

POR **ÁLVARO PÉREZ-UGENA Y COROMINA, ESTHER MARTÍNEZ Y ALEJANDRO PERALES ALBERT**

La regulación voluntaria en materia de publicidad ha alcanzado en España un amplio desarrollo. El Código PAOS cumple en mayor medida que otros modelos existentes en nuestro país los criterios de eficacia y rigor establecidos desde la Unión Europea, aunque no puede considerarse un modelo de corregulación ni representa lo que se denomina el “equivalente jurisdiccional”

En el presente artículo se expone brevemente la génesis y desarrollo del concepto de regulación voluntaria en el ámbito de la comunicación y de la publicidad en general. Se pasa después a describir la situación en España y, de un modo más específico, a analizar el denominado Código PAOS relativo a la publicidad de alimentos dirigida a menores, a partir de sus criterios de regulación y de la casuística de resoluciones que ha generado hasta el año 2010.

Asimismo, se reflexiona sobre la actividad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), teniendo en cuenta su papel central en el desarrollo de la regulación voluntaria en España. Dicha reflexión hace especial hincapié en el denominado *equivalente jurisdiccional* y en la posibilidad de que las resoluciones emitidas por parte de su Jurado pudieran llegar a contar, en un entorno arbitral, con efectos de cosa juzgada frente a terceros.

Aproximación a la regulación voluntaria

La regulación de la publicidad es un objeto de estudio ampliamente abordado por juristas y comunicólogos desde diferentes perspectivas. Puede encontrarse abundante literatura científica sobre los aspectos éticos de la comunicación comercial y sobre su tratamiento legal, atendiendo a las características de los distintos formatos, mensajes y medios utilizados; a las peculiaridades en función de los distintos productos y servicios

promocionados, o a los efectos esperables sobre determinados colectivos (De La Cuesta, 2002; Santaella, 2003; Corredoira, 2003; Lema Devesa, 2007; Tato Plaza, 2008; Martínez, 2009). Sin embargo, una cuestión todavía poco analizada de modo sistemático es la referida a las posibilidades y límites de la llamada “regulación voluntaria” como alternativa o complemento a la normativa legal. El presente artículo aborda este tema y aspira a ofrecer cierta luz sobre la materia.

La regulación voluntaria, término que proviene del ámbito anglosajón (*non-satutory professional bodies*), ha experimentado en esta década un notable crecimiento en Europa debido al apoyo decidido de las autoridades de la UE (Perales, 2009). Puede afirmarse que dicha regulación forma parte de la política comunitaria al menos desde 2001, con antecedentes como el Tratado de Maastricht, que en 1992 reconocía la posibilidad de regulación mediante acuerdos homologados y vinculantes entre los agentes sociales concernidos, o la Recomendación de la Comisión relativa a la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo de 1998. Ejemplos de ese apoyo son algunos documentos básicos del modelo comunitario de “economía social de mercado” como el *Libro Blanco sobre la Gobernanza europea*, el *Libro Verde sobre Protección de los Consumidores* y la Recomendación del Consejo sobre el consumo de alcohol por parte de los jóvenes y, en particular, de los niños y adolescentes (todos de 2001); el acuerdo interinstitucional *Legislar mejor* entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión (2003), o las directivas sobre publicidad engañosa (2004), prácticas comerciales desleales (2005) y de servicios de comunicación audiovisual (2010). En todos esos casos, y en otros que podrían mencionarse, se recoge la necesidad de potenciar la regulación voluntaria, como una manera de contribuir a la simplificación normativa; a la flexibilidad y rapidez de su aplicación en el mercado único; a la cobertura de vacíos legales en sectores complejos o transnacionales, en los cuales la regulación legal se muestra insuficiente o inviable; a la descongestión de los circuitos legislativos e incluso al *empoderamiento* de los ciudadanos a través de sus organizaciones.

La regulación voluntaria, como concepto, se concreta en una amplia variedad de modelos. En unos casos se limita a la mera adopción de compromisos por parte de los oferentes, con el objetivo de prevenir determinados conflictos de intereses comerciales o problemas de imagen del sector. En otras ocasiones, esos compromisos de los oferentes pueden estar acordados con los agentes sociales -por ejemplo, con las organizaciones de consumidores- generándose una colaboración más estrecha para llevar adelante dicha regulación voluntaria. El papel de las Administraciones puede ser también diferente según los modelos propuestos. Hay quienes contraponen la regulación del mercado a la regulación del Estado, buscando cerrar el paso a la segunda. Hay quienes, por el contrario, defienden el papel relevante de las Administraciones Públicas como incentivadoras y garantes del proceso regulatorio voluntario e incluso como fijadoras de sus objetivos marco.

El mencionado acuerdo interinstitucional *Legislar mejor* diferencia dos opciones o modelos principales dentro del ámbito de la regulación voluntaria: la autorregulación y la corregulación (*self-regulation and co-regulation bodies*).

- La autorregulación se caracteriza por la posibilidad de que oferentes, u oferentes y demandantes (es decir, empresas y consumidores) conjuntamente, adopten códigos de conducta sin participación de la Administración. Esta última queda, a lo sumo, encargada de verificar la conformidad de las directrices de dichos códigos con la legislación vigente, la

representatividad de las partes adheridas, su cobertura sectorial y geográfica, así como la naturaleza de los compromisos contraídos, que pueden implicar restricciones complementarias añadidas a las que marca la Ley o simplemente aportar una mayor agilidad en la resolución de los conflictos.

- La correulación, sin embargo, requiere de la participación de la Administración en el sistema, a través del establecimiento de un marco legal de obligado cumplimiento, siendo después los interlocutores sociales afectados los encargados de desarrollar los criterios interpretativos *ad casum* para su aplicación, de acuerdo con la lógica y la experiencia real del mercado.

Estas definiciones coinciden sustancialmente con lo señalado por los diferentes autores que se han ocupado desde el punto de vista teórico de este tipo de sistemas, muy especialmente de la autorregulación. Gómez Segade y Lema Devesa (1981) consideran que el autocontrol implica una observancia de pautas de conducta «cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objeto». Price y Verhulst (2004) sostienen que el significado de autocontrol varía según el sector en el que se origine su significado. Y Patiño Alves (2007), por su parte, sostiene que la propia delimitación del concepto vendría dada por su denominación: de un lado, 'auto' implica el elemento subjetivo que alude a los sujetos que se regulan; de otro lado, 'regulación' especifica el elemento objetivo de los criterios con los que están constituidos los códigos. Aunque también existen diferentes perspectivas conceptuales a la hora de interpretar cada término: el prefijo 'auto' puede referirse a la regulación impuesta por y para uno mismo, o puede ser colectiva cuando varios sujetos de forma volitiva se adhieren al cumplimiento de unas normas que para ellos, y sólo para ellos, tienen carácter coercitivo. De igual modo, el término 'regulación' se vincula con la imposición de normas, de modo que la 'autorregulación', por extensión, vendría referida a la voluntad de crear y aceptar unas normas, además de incluir «una capacidad impositiva o de control de ejecución de los códigos, por parte de un miembro a otro».

Por lo que se refiere a la doctrina comunitaria arriba mencionada, hay que aclarar que su apoyo a los modelos de regulación voluntaria no es, desde luego, acrítico. Las autoridades europeas son conscientes de que la proliferación de códigos deontológicos, sellos de calidad, cartas de servicios, guías de buenas prácticas, etc., puede llevar a una banalización de la regulación voluntaria. Por ello, la Comisión considera que su implantación debe someterse a determinadas condiciones para ser reconocida y avalada. Entre ellas, que su conocimiento sea público; que cualquier incumplimiento por parte de una empresa del compromiso adquirido voluntariamente quede definido como práctica engañosa o desleal; que el ámbito de aplicación no se limite sólo a la actividad de las empresas, sino que se extienda a las asociaciones comerciales y profesionales, y que aporte, como ya hemos señalado, un valor añadido a la situación de 'mera legislación' desde el punto de vista del interés general.

Asimismo, la Comisión advierte sobre algunas carencias importantes de muchos sistemas de regulación voluntaria, entre las que pueden enumerarse:

- La falta de representatividad. En algunos casos, empresas importantes no se someten al modelo de regulación voluntaria o se someten con restricciones, lo que genera una dinámica a la baja que acaba despojando al modelo de contenido real.
- La falta de control externo. Cuando las empresas sometidas a un acuerdo se convierten en las únicas instancias encargadas de su cumplimiento, es decir, son juez y parte, la

transparencia y la credibilidad del modelo se ven claramente menoscabadas. Es necesario un sistema garantista de los derechos de reclamantes y reclamados.

- La falta de procedimientos de resolución adecuados. En caso de conflicto, el modelo no puede limitarse a la mera reconvencción a posteriori del infractor, sino que debe exigir ceses o rectificaciones de la práctica ilícita y compromisos de futuro de no reiteración, estableciendo incluso sanciones económicas y publicitando en todo caso la infracción y las decisiones adoptadas contra el infractor (*name and shame*).

La regulación voluntaria en el ámbito de la comunicación

Son muchos los ámbitos en los que se ha desarrollado ampliamente la regulación voluntaria, ya sea o no como *equivalente jurisdiccional*, especialmente cuando entran en juego intereses mercantiles relevantes y la actuación en el ámbito jurídico o administrativo se considera ineficaz o incluso sospechosa. En relación con mundo de las industrias culturales, de los medios de comunicación y, por consecuencia, de la publicidad, los primeros pasos de la autorregulación preventiva pueden ubicarse, como hemos indicado, en el ámbito anglosajón: EEUU y, en el caso europeo, Reino Unido, surgidos por iniciativa del sector privado. Las primeras iniciativas de autocontrol surgieron en el teatro, en el cine y la televisión.

A principios de 1909, un grupo de compañías de teatro fundó en EEUU la National Board of Review (NBR). El nacimiento de esta iniciativa espontánea surgió porque el alcalde de New York City en 1900 quiso controlar los contenidos que las compañías de teatro representaban, utilizando para ello la renovación de las licencias otorgadas. Ante este posible control externo, las propias compañías decidieron establecer un código de funcionamiento y así, de forma voluntaria, crearon su asociación para poder controlar las irregularidades desde el mismo sector (Pérez-Ugena, 2008).

Este modelo de control se trasladaría también a la industria del cine. En 1922, las compañías productoras de películas formaron su propia organización reguladora: los productores de películas y distribuidores de América (MPPDA). Aprobaron su propio código para las películas, código que de forma efectiva estuvo vigente de 1930 hasta 1958 (Trend, 2007). Los nuevos aires de libertad llegados a Hollywood en la década de 1960 fueron rápidamente asumidos por los cineastas independientes, pero también generaron entre los productores un cierto miedo; circunstancia ésta por la que en 1968 desarrollaron un sistema voluntario de graduación o clasificación de películas que continúa, a día de hoy, funcionando.

Por su parte, la industria de la televisión inició un sistema de autorregulación con carácter previo a la normativa externa establecida por los legisladores, aunque la existencia de la *Federal Communications Commission* (FCC) como órgano regulador ha trasladado fundamentalmente a este ámbito el control de los contenidos. Algo similar ha ocurrido en Europa a partir de la creación en casi todos los países de consejos audiovisuales como el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA) francés, el *Office of Communications* (Ofcom) británico o la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (AGCOM) italiana. Sí cabe mencionar en este último país, como ejemplo de autorregulación, el *Codice di Autorregolamentazione Tv e Minori*, inspirador del español Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia¹.

Por lo que se refiere a la regulación voluntaria de la actividad publicitaria, existen experiencias en la mayoría de los países europeos. Tal es el caso de Irlanda, con *The Advertising Standards Authority for Ireland*² (ASAI) como órgano de control que vela por una correcta publicidad y funciona de forma gratuita para socios, empresas o particulares. El de Italia, con el *Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria*³ (IAP), que gestiona la buena práctica de las comunicaciones publicitarias a través del *Codice della Autodisciplina della Comunicazione Commerciale*, desde 1977. Francia cuenta con la *Autorité de régulation professionnelle de la publicité*⁴ (ARPP) desde 1953, antes denominada *Office de Contrôle des Annonces y Bureau de Vérification de la Publicité*, la cual funciona con un conjunto de recomendaciones que incluyen tanto aspectos generales como específicos por productos y servicios y que se actualizan regularmente. Los Países Bajos disponen de *Stichting Reclame Code*⁵ (SRC) desde el año 1964; el servicio es gratuito excepto si se trata de una actividad competitiva, en cuyo caso se presta previo pago. En Reino Unido, el *Advertising Standards Authority*⁶ es el organismo que vigila la publicidad desde 1962 y tiene la peculiaridad de contar con tres tipos de códigos: uno para televisión, otro para radio y el tercero para los demás medios no recogidos en los dos anteriores.

La regulación voluntaria en España en materia de publicidad

España cuenta con diferentes iniciativas en lo referente a la regulación voluntaria en el ámbito de la publicidad, en sintonía con las experiencias desarrolladas en otros países. La proliferación de estas iniciativas se asocia, sin duda, al interés de los anunciantes en encontrar sistemas ágiles de resolución extrajudicial de conflictos asociados a prácticas desleales entre concurrentes, evitando o minimizando en lo posible los desarrollos normativos de carácter legal y el recurso a los tribunales.

Pero también se observa un progresivo apoyo por parte de la Administración, que no sólo recoge los planteamientos favorables a la regulación voluntaria por parte de la Comisión Europea, sino que en ocasiones va más allá como lo demuestran las claras referencias legales a la conveniencia de fomentar dicha regulación voluntaria⁷ y el aval prestado a determinados códigos impulsados por la industria. Como luego veremos, el Código PAOS es un claro ejemplo de ello. ¿Por qué esta indudable sintonía de las autoridades españolas con la regulación voluntaria? Desde luego, aspectos como el *mainstream* europeo o la dificultad para aplicar la legislación publicitaria, que requiere de una interpretación experta, son importantes. Pero no hay que olvidar otros motivos, como las reticencias de la abogacía del Estado ante posibles recursos contenciosos en materia de contenidos comunicativos o la falta de procedimientos de actuación administrativa por parte de la administración central en materia de consumo, tras la descentralización de competencias. Cabe mencionar también la franca colaboración en el desarrollo de la regulación voluntaria por parte de algunas organizaciones de consumidores, que aprecian la utilidad de estos modelos para defender los intereses difusos de los consumidores frente a la lentitud de los procedimientos judiciales, los discretos resultados del procedimiento administrativo y la inadecuación a estos efectos del sistema arbitral, aun a pesar de que desde la aprobación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, se contempla ya su aplicación en el ámbito de las acciones colectivas.

En nuestro país, el marco global para el ejercicio de la regulación voluntaria en materia de publicidad es gestionado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)⁸. Creada por anunciantes, agencias y medios, forma parte de la *European Advertising Standards Alliance* (EASA) y está reconocida por la Unión Europea como instancia para la resolución extrajudicial de conflictos en este ámbito (Red EJE). Autocontrol inició su actividad en 1996, y en la actualidad cuenta con más de 300 asociados que aglutinan aproximadamente el 70 por ciento de la inversión publicitaria. Cuenta con un Código de Conducta basado en el *International Code of Advertising Practice de la Internacional Chamber of Commerce* (ICC) y sus decisiones dependen de un Jurado independiente de los asociados, con personas de relevancia en el ámbito jurídico, comercial o asociativo, en algún caso a propuesta del Instituto Nacional de Consumo (INC). Con todo, esta composición, que es siempre decisión última de la Junta Directiva de la entidad, queda lejos de eso que algunos autores han denominado «sistema heterocompositivo» (Guasp, 1996).

El Jurado de la Publicidad, en sección y pleno, ha resuelto desde su creación hasta finales de 2010 2.230 casos. Además de esta labor de regulación *ex post*, Autocontrol cuenta desde 2001 con un sistema de consulta previa o *copy advice* para la publicidad aún no difundida, cuyos dictámenes no son vinculantes para el Jurado y que desde sus inicios hasta finales de 2010 había recibido más de 37.000 solicitudes.

Comparado con los modelos existentes en otros países europeos, Autocontrol presenta algunas particularidades. Así, el servicio de *copy advice* no se contempla en países como Alemania⁹, Finlandia, Suiza, Países Bajos o Rumanía. Por otra parte, algunos sistemas de autodisciplina europeos se circunscriben a las controversias entre anunciantes, sin permitir la presentación de reclamaciones de ciudadanos particulares u organizaciones de consumidores, mientras que en el caso de Autocontrol las provenientes de estos suponen casi la mitad del total de las presentadas.

Además del propio Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, existen en España otros sistemas de regulación voluntaria más específicos o sectoriales. En la mayoría de los casos consideran a Autocontrol como garante de su cumplimiento y se someten al Jurado de esta entidad en el procedimiento de resolución de controversias. Cabe destacar, entre ellos, el Código Deontológico de la Publicidad Infantil de la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ); el Código de la Federación de Empresas de Bebidas Espirituosas (FEBE); el Código de Cerveceros de España; el Código de Autorregulación del Vino en Materia de Publicidad y Comunicaciones Comerciales de la Federación Española del Vino (FEV); las Directrices de Buenas Prácticas en Publicidad de Productos de Software Interactivo de la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE). A los anteriores habría que añadir otros, con una clara promoción y, en algunos casos, intervención por parte de la Administración, como la Comisión Asesora de la Imagen de las Mujeres en la Publicidad y los Medios de Comunicación; el Código de Autorregulación sobre Argumentos Ambientales en Comunicaciones Comerciales; los aspectos publicitarios del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (Confianza On Line); el ya mencionado Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia; la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) y, finalmente, el Código de

Autorregulación de la Publicidad de Alimentos Dirigida a Menores, Prevención de la Obesidad y Salud (PAOS), al que dedicaremos el siguiente apartado de este artículo.

La regulación voluntaria en materia de alimentación dirigida a menores: el Código PAOS

El Código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos Dirigida a Menores, Prevención de la Obesidad y Salud (PAOS)¹⁰ se firma en 2005 en el marco de la llamada Estrategia NAOS (estrategias para la Nutrición, Actividad Física y Prevención de la Obesidad)¹¹, lanzada por el Ministerio español de Sanidad y Consumo con el objetivo de disminuir el sobrepeso y sus riesgos para la salud de los menores. Se trata de un problema que en el momento de la puesta en marcha de la Estrategia NAOS era ya enormemente preocupante y que ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia (Jiménez: 2006).

Este Código, auspiciado por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), es promovido por la patronal española de fabricantes de alimentación y bebidas (FIAB) tomando como antecedente en los *Principles of food and beverage product advertising* de la Confederación de Industrias Agro-Alimentarias de la UE (2004)¹²+

Su objetivo queda claramente reflejado en el apartado específico referido al comportamiento social: «Evitar la incitación a los niños a la imitación de comportamientos perjudiciales o peligrosos para la salud, especialmente: la incitación al consumo de cualquier tipo de droga y el culto a la extrema delgadez». Parece, pues, fundamental para los promotores del Código la protección de los menores como segmento de consumidores que están todavía formando su personalidad, y por tanto especialmente crédulos y vulnerables ante los mensajes comerciales, que les puede inducir a asumir como normales ciertas conductas, cuando por el contrario son perjudiciales para su salud.

La protección de los menores ante este tipo de mensajes publicitarios es una práctica generalizada en la gran mayoría de países desarrollados, a través tanto de regulación legal (que suele ser lo más extendido) como de la autorregulación, especialmente orientada al ámbito audiovisual. Así, por ejemplo (Hawkes, 2005 y 2007), en el caso europeo, Finlandia cuenta con sus *Guidelines on Children and Foodstuffs Marketing Among others*, que establecen que la publicidad sobre alimentos debe diferenciarse de cualquier programa; prohíbe incitar a la compra de una determinada comida argumentando que se obtendrá un incremento en la calidad de vida o reconocimiento social; no permite utilizar como reclamos los caracteres de dibujos animados, ni estimular la compra a través de promociones o regalos gratuitos. En Francia, el Instituto Nacional para la Salud Educativa aprobó que cualquier tipo de publicidad sobre alimentos y bebidas que contenga grasas, dulces o contenidos salados debe ir acompañada de un mensaje sobre los principios de la alimentación responsable, y añade la particularidad de que el publicista debe contribuir con una tasa del 1,5 por ciento del total del gasto publicitario realizado sobre ese producto, con el objetivo de generar un fondo para campañas nutricionales educativas. Italia expresa taxativamente la prohibición del uso de niños menores de 14 años tanto para la televisión como para la radio. Por su parte, Portugal dispone en su Código de Buenas Prácticas en la Comunicación Comercial un

artículo general para los menores en el que se indica que la publicidad sobre comida no debe generar compra o consumo compulsivo en ningún medio, incluidos los móviles, videojuegos e Internet, y prohíbe la distribución de muestras de los productos, sin tener la aprobación del director y profesores del centro. En el Reino Unido, además de las sucesivas restricciones de Ofcom para la publicidad de determinados productos en atención a proteger al público infantil, el Código *Food and Drink Federation* prohíbe la aparición de personajes juveniles famosos en los anuncios de comida y bebida y ha eliminado las marcas de las máquinas de *vending*.

A esos ejemplos, que demuestran el interés de los países comunitarios en proteger a los menores y favorecerles una adecuada y equilibrada dieta de los posibles excesos de los mensajes publicitarios, se une lo señalado por el Reglamento de declaraciones nutricionales y propiedades saludables sobre las restricciones de dichas declaraciones, cuando se refieren al desarrollo y la salud de los niños¹³. Y también lo recogido en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual sobre la autorregulación televisiva ante la publicidad de alimentos ricos en grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares¹⁴.

Volviendo al Código PAOS, hay que destacar que en la actualidad cuenta con cerca de 40 empresas adheridas, las cuales aglutinan en torno al 95 por ciento de la inversión publicitaria en televisión de alimentos y bebidas en franjas para niños. Además, en septiembre de 2006, los principales operadores televisivos de ámbito estatal y autonómico firmaron un acuerdo de adhesión al mismo, por el que se comprometían a colaborar en su cumplimiento¹⁵. La aplicación del Código queda en manos de Autocontrol y de su Jurado de la Publicidad, si bien se crea también una Comisión de Seguimiento del mismo con representantes de los anunciantes (FIAB/AEA), del Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU) y de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), encargada de evaluar la eficacia del sistema y que puede acordar también la presentación de reclamaciones. Es, además, el único modelo de regulación voluntaria existente en nuestro país que contempla la posibilidad de sanciones económicas a los anunciantes a él sometidos y que lo incumplan.

Por lo que respecta a las normas de cumplimiento, el Código maneja criterios muy similares a los recogidos en la legislación y en otras normas deontológicas: legalidad, veracidad, no inducción a error, no creación de falsas expectativas asociadas al consumo de los productos, evitación de prácticas agresivas, restricción en el uso testimonial de personajes populares o de ficción y en el recurso a las promociones, etc. La determinación de qué anuncios de alimentos quedan bajo el marco del Código PAOS se establece teniendo en cuenta la retórica del mensaje y el *target* tanto del producto anunciado como de la publicidad difundida. En la práctica, ese *target* ha quedado establecido para los menores de 13 años, aspecto que ha concitado importantes críticas por considerarse insuficiente¹⁶.

Conclusiones

La regulación voluntaria adquiere cada vez más relevancia como sistema extrajudicial de resolución de conflictos en materia publicitaria, pero se caracteriza por una gran disparidad no tanto en los criterios normativos cuanto en los modelos de aplicación, gestión y control.

La evaluación del funcionamiento del Código PAOS, que puede considerarse uno de los ejemplos de autorregulación más eficaces entre los actualmente vigentes (sin llegar al nivel de la correulación), pone de relieve la enorme potencialidad de estos sistemas para desalojar malas prácticas del mercado cuando se proveen de mecanismos objetivados y cuentan con la supervisión de la Administración. Pero también evidencia los límites de una excesiva dependencia de los puntos de vista de los anunciantes a la hora de determinar las reglas del juego y su interpretación; y ello, sin caer en críticas poco fundamentadas¹⁸ o sin hacer excesivo hincapié en aspectos que en realidad no cubre un código de estas características¹⁹.

En todo caso, es cierto que, a pesar de sus carencias, la autorregulación está funcionando en nuestro país con un elevado nivel de consenso. En los casos estudiados relacionados con el Código PAOS -y eso suele ser norma general también en otros códigos-, los reclamados suelen cumplir las resoluciones del Jurado y aquellos cuyas reclamaciones se desestiman no suelen recurrir a los tribunales, aunque sin duda podrían hacerlo antes, durante y después del procedimiento.

Por otro lado, si bien Autocontrol se aproxima de forma práctica al denominado *equivalente jurisdiccional*, carece de algunos elementos que dotarían a dicho modelo de una verdadera naturaleza jurídica, con efectos de cosa juzgada frente a terceros, tal y como ocurre en el sistema arbitral. Para ello sería necesario que las partes, en uso de su libertad individual, pudieran renunciar de modo previo y manifiesto al derecho constitucional de acudir a los tribunales en auxilio de la tutela judicial efectiva de sus pretensiones (Merchan: 2002), quedando la función ejecutiva como competencia exclusiva (esta sí) de juzgados y tribunales.

Sin pretender recoger aquí la doctrina existente sobre la materia²⁰, sí parece preciso mencionar cómo la jurisprudencia del TC marcaría la base para considerar la libertad individual como un *prius logico* del Ordenamiento Jurídico, siendo el artículo 24.1 de la Constitución un derecho prestacional, ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación jurídica. La evolución de Autocontrol hacia la equivalencia jurisdiccional, hacia un sistema heterocompositivo, con efectos de cosa juzgada frente a terceros, tendría a su favor tanto el prestigio de los miembros del Jurado como la experiencia y actividades previas desarrolladas por este organismo.

Bibliografía

Alexandre, L. (2008). *Overall Compliance Report, 2008 Food and non alcoholic beverages advertising compliance monitoring*. En Report on the results of EASA SRO monitoring of TV, print, pop-ups and banners captured by Xtreme from 10 January to 09 April 2008: Alianza Europea para la Ética Publicitaria.

Alonso Mosquera, M^a. H., Hidalgo de Caviedes, L. G. y López Medel, I. (2008). Productos para adultos, publicidad para niños: los menores como prescriptores en los anuncios de automóviles. En *I Congreso Internacional de Televisión e infancia: IORT*.

Corredoira, L. y Bel, I. (Coord.) (2003). *Derecho de la información*. Barcelona: Ariel.

De la Cuesta Rute, J. M^a (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Eunsa.

Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C (1981). La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español (pp. 31-114). En *Actas de Derecho Industrial*. Madrid.

González Vaqué, L. (2009). La regulación de la publicidad de los productos alimenticios en la Propuesta de la Comisión relativa a un nuevo Reglamento sobre la información alimentaria. *Autocontrol de la Publicidad*. Madrid, 139, 9-14.

Guasp, J. (1996). *Estudios jurídicos*. Madrid: Civilitas.

Hawkes, C. (2005). Self-regulation of food advertising: What it can, could and cannot do to discourage unhealthy eating habits among children. *Nutrition Bulletin*, 30, 374-382.

↔↔↔ (2007). Regulating food marketing to young people worldwide: Trends and policy drivers. *American Journal of Public Health*, 97 (11), 1962-1973.

Jiménez, M. (2006). Cuando barbie se come a Garfield. Publicidad y alimentación: niños obesos buscando la perfección del cuerpo adulto. *Trastornos de la conducta alimentaria*, 3, 245-263.

-(2007). *De l'estereotip adult a la realitat preadolescent. Influència del discurs audiovisual publicitari en els trastorns del comportament alimentari en nens i nenes de 8 a 12 anys*. Tesis doctoral en Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Lema Devesa, C. (2007). *Problemas Jurídicos de la Publicidad*. Madrid: Marcial Pons.

Martínez Pastor, E. (2009). *Los mensajes publicitarios analizados desde la comunicación y el derecho*. Madrid: Universitas

Martínez Pastor, E. y Pérez-Ugena, A. (2009). Los medios de comunicación en relación al género y a la violencia de género. En *Manual sobre la Igualdad Álvarez Conde* (Ed) Instituto de Derecho Público (1^a. ed.) (pp. 692- 702). Madrid: Iuste.

Menéndez García, R. A. y Franco Díez, F. J. (2009). Publicidad y alimentación: influencia de los anuncios gráficos en las pautas alimentarias de infancia y adolescencia. *Nutrición hospitalaria: Organó oficial de la Sociedad española de nutrición parenteral y enteral*, 24, 3, 318-325.

Merino Merchán, J.F. (2002). *El equivalente jurisdiccional en el derecho público español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Patiño Alves, B. (2007). *La autorregulación publicitaria*. Barcelona: Bosch.

Perales A. (2009). *La regulación voluntaria en materia de publicidad* en www.auc.es

- (2010). *La publicidad de alimentos con alegaciones de salud* en www.auc.es.

Pérez-Ugena y Coromina, A (2008). La infancia y la dieta televisiva desde la autorregulación de las empresas; modelo europeo y modelo televisivo. *Televisión Digital, Democracia y Servicio Público. Una perspectiva crítica*. Sevilla: Acongagua, 91-111.

Price, ME y Verhulst, SG (2004): *Self Regulation And The Internet*. Kluwer Law International, The Hage.

Romero-Fernández M. M., Royo-Bordonada M. A. y Rodríguez-Artalejo F. (2009). Compliance with self-regulation of television food and beverage advertising aimed at children in Spain. *Public Health Nutrition*, 16, 1-9.

Sánchez de Diego, M (dr.) (2007). *Informe la Televisión para los niños 2008. Análisis de las comunicaciones y contenidos televisivos dirigidos a la infancia y juventud en relación con sus derechos, en especial con el derecho a la salud*. Madrid: CEACCU.

Santaella López, M. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Madrid: Civitas.

Tato Plaza, A. (2008). El nuevo régimen jurídico de las declaraciones de propiedades saludables en la publicidad de los alimentos. *Autocontrol*, 134, 22-30.

Trend, D. (2007). *The myth of media violence. A critical introduction*. USA: Blackwell Publishing.

VV.AA.(2004). *Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*. Pamplona: Thompson -Aranzadi.

Notas

1 Este último, suscrito en 2005 por los principales operadores de ámbito estatal en ausencia de un consejo audiovisual de carácter estatal, determina los criterios de calificación por edades de dichos contenidos que deben aplicar las televisiones

2 Véase <http://www.asai.ie/>

3 Véase <http://www.iap.it/>

4 Véase <http://www.arpp-pub.org/>

5 Véase <http://www.reclamecode.nl/>

6 Véase <http://www.asa.org.uk/asa>

7 Cabe mencionar aquí las referencias recogidas en el Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, modificado por el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero, que regula el distintivo de confianza en línea; en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que ha modificado la legislación básica en materia de defensa de los consumidores, publicidad y competencia desleal o en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

8 Véase www.autocontrol.es

9 En Alemania se puede recurrir al gabinete técnico de STIVA, grupo de productores e importadores de cerveza, vino y bebidas alcohólicas cuya fundación promueve el uso responsable de las bebidas de contenido alcohólico, para consultar sobre los anuncios de estos productos con carácter previo a su difusión.

10 Véase http://www.autocontrol.es/pdfs/cod_%20Paos.pdf

11 Véase http://www.naos.aesan.msc.es/naos/estrategia/que_es/

12 Cabe citar también como antecedente el acuerdo FIAB MISACO suscrito en los 90 para regular los argumentos utilizados en la publicidad de alimentos.

13 Reglamento 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables, de acuerdo con la modificación de su artículo 14.1 por el Reglamento 109/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de enero.

14 Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Artículo 9.2. La misma llamada a la autorregulación en este ámbito queda recogida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en su artículo 7.4.

15 Hay que tener en cuenta, en este sentido, que ya en el Código de Autorregulación de Contenido e Infancia las cadenas de televisión se sometían a las decisiones de Autocontrol en materia de publicidad dirigida a menores

16 Un análisis detallado del contenido del Código y de las propuestas para su modificación, planteadas desde el ámbito de la defensa de los consumidores, puede verse en Perales (2010).

17 Hay que tener en cuenta que en ese momento no se había modificado aún la Ley

34/1998, de 12 de noviembre, General de Publicidad, en el sentido de prohibir en cualquier medio que aparezcan menores persuadiendo de la compra a padres o tutores, tal y como establece la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (prácticas desleales).

18 Romero-Fernández MM, et. alt.(2009).

19 Por su parte, Alonso: 2008 sostiene que hay ámbitos en los que ni el código PAOS ni Autocontrol desarrollarían actividad alguna; como la explotación de la imagen del menor y la aparición de menores vinculados con productos de comunicación, comida o cultura. De manera que:

- Casi uno de cada tres anuncios incluye la presencia de niños en sus historias, aunque no se trate de productos dirigidos a dicho público sino por el contrario a un público adulto, generándose con ello una explotación de la imagen del menor con el objetivo entre otros, de generar tranquilidad y confianza al espectador.
- Casi una cuarta parte de los *spots* publicitarios en los que aparecen niños se relaciona a éstos con productos de comunicación, comida o cultura.

20 SSTC 99/1985, 50/1990, 149/1995 y 176/1996

Por lo que respecta a los resultados derivados de la aplicación del Código, desde su entrada en vigor en diciembre de 2005 hasta finales de 2009 se han presentado un total de 1.738 solicitudes de consulta previa (*copy advice*) ante Autocontrol, de las cuales 1.225 han recibido respuesta positiva (el 69 por ciento), en 425 se han propuesto modificaciones (26 por ciento) y 88 se han valorado negativamente (5 por ciento). Aunque no puede asimilarse de un modo automático, este volumen de anuncios desestimados o rectificadas, en la medida en la que no se han emitido o se han emitido con modificaciones, aportan una estimación de “perjuicio cesante” o de beneficio preventivo aportado por el Código PAOS, al que cabría añadir el efecto disuasorio (*in vigilando*) que se deriva de su mera existencia y de sus actuaciones como ejemplo para terceros.

En estos años, los motivos por los que se ha instado desde Autocontrol a modificar la publicidad sometida a consulta o se ha desestimado su difusión (teniendo en cuenta que en cada caso puede consignarse más de un motivo) son los que se indican en la tabla1.

Tabla 1. Motivos de consultas previas negativas y con modificaciones en relación con Normas PAOS (septiembre 2005 – diciembre 2009)

	Número de casos
Principio de legalidad: publicidad desleal, niños en situación de peligro...	66
Veracidad	
Presentaciones sonoras, visuales, etc., que pueden inducir a error sobre las características del producto (Norma 3).	128
Inducción a error sobre los beneficios derivados del producto (Norma 4).	6
Sobreimpresiones ilegibles o incomprensibles para el público infantil (Norma 8).	4
Ausencia de información adicional necesaria para el público infantil.	1
Presión de ventas	
Llamamiento directo a los niños a adquirir el producto o incitarles a persuadir a padres...	77
Apremiar a la obtención del producto, crear sensación de inmediatez o exclusividad, etc. (Norma 10).	5
Crear la impresión de que la compra o consumo del producto produce una mayor aceptación entre amigos y compañeros (Norma 11).	6
Uso de reduccionismos relativos al precio del producto (Norma 12).	2
Restricciones relativas a la presencia y participación de personajes famosos	144
Fomento de uso peligroso del producto	4
Identificabilidad inequívoca de la publicidad	2
Promociones	
Obligación de mostrar claramente el producto principal.	37
Obligación de expresar con sencillez y claridad las condiciones esenciales de las ofertas promocionales.	161
Educación nutricional	
Incitar o presentar situaciones de consumo inmoderado, hábitos sedentarios, etc.	17
Presentar el producto anunciado como sustitutivo de comidas principales.	1
Minusvalorar hábitos de vida saludable.	2
Otros	3

FUENTE: AUTOCONTROL.

En cuanto a las reclamaciones presentadas por supuesto incumplimiento del Código, desde su entrada en vigor hasta finales de 2009 ascienden a 17, según los datos publicados en las memorias de Autocontrol. Los motivos que han dado lugar a las mencionadas reclamaciones (teniendo en cuenta que en un caso puede reclamarse por más de un motivo), serían los que se señalan en la tabla 2.

Tabla 2. Motivos de los casos resueltos por el Jurado de la Publicidad referidas a anuncios a los que resulta aplicable el Código PAOS (septiembre 2005 – diciembre 2009)

	Número de casos
Presión de ventas	
Llamamiento directo a los niños a adquirir el producto o incitarles a persuadir a padres...	2
Apremiar a la obtención del producto, crear sensación de inmediatez o exclusividad, etc.	3
Crear la impresión de que la compra o consumo del producto produce una mayor aceptación entre amigos y compañeros...	0
Uso de reduccionismos relativos al precio del producto.	0
Restricciones relativas a la presencia y participación de personajes famosos	9
Educación nutricional	
Incitar o presentar situaciones de consumo inmoderado, hábitos sedentarios...	4
Presentar el producto anunciado como sustitutivo de comidas principales.	1
Minusvalorar hábitos de vida saludables.	1

FUENTE: AUTOCONTROL.

En nuestra labor de búsqueda, sin embargo, sólo hemos podido acreditar 15 casos sobre los que se ha pronunciado Autocontrol en relación al Código PAOS, como puede verse en la tabla 3.

Tabla 3. Casos sobre los que se pronunció Autocontrol en relación al Código PAOS

Año	Producto/marca	reclamado	Reclamante
2006	Restauración	McDonalds	AUC
2006	Leche	Central Lechera Asturiana	AUC
2006	Natillas Danet	Danone	AUC
2006	Pesquitos Pescanova	Pescanova	AUC
2006	Macarrones con verduras	Gallo	AUC
2006	Leche	Central Lechera Asturiana	Pascual
2006	Pizza	Casa Tarradellas	AUC
2007	Hamburguesa	Burguer King	AUC
2008	Sunny Delight	SD España	AUC
2008	Kinder Sándwich de leche	Ferrero Ibérica	AUC
2008	Kinder Joy	Ferrero Ibérica	Particular
2009	Nestlé Crecimiento	Nestlé	AUC
2009	Kinder Barritas Choco	Ferrero Ibérica	AUC
2009	Galletas Príncipe	Kraft Foods	AUC
2009	1X1 Ricky Rubio	McDonalds	AUC

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA.

Un análisis de las resoluciones de Autocontrol al respecto puede ser ilustrativo de los criterios interpretativos dominantes a la hora de aplicar el Código. El Jurado de Autocontrol desestimó las reclamaciones relativas a la publicidad televisiva “1X1 Ricky Rubio” y “Kinder Sándwich de Leche”. Aunque en ambos anuncios hay testimonio de famosos (el jugador de baloncesto y la bailaora Sara Baras), el Jurado considera que no se trataba de personajes demasiado conocidos por el público infantil o, al menos, no especialmente atrayentes para dicho público. Se señala, además, el carácter genérico del *target* destinatario de los anuncios y del *target* consumidor de los productos, y la variedad temporal de las franjas de emisión.

La reclamación relativa a “Kinder joy” sostenía que la marca anunciante usaba la palabra *merienda* varias veces para incitar a los menores a que pensaran que el producto podía sustituir de una de las comidas fundamentales para el niño; la merienda. El Jurado desestimó dicha reclamación porque el Código PAOS sólo denomina expresamente “comidas principales” el desayuno, la comida y la cena, además de entender que la marca solo promociona su producto como un alimento que complementa a la merienda y nunca la sustituye.

También desestimó la reclamación presentada contra una publicidad de “Galletas Príncipe”, en la que un menor realizaba una apelación directa de compra, por entender que la

publicidad, publicada en una revista, iba dirigida a las madres¹⁷. Y la misma posición adopta en relación a la campaña de “Nestlé Crecimiento”, si bien en este caso obvia las referencias a PAOS y se apoya en la conocida doctrina de Autocontrol de considerar lícitas alegaciones de salud como “ayuda a tus defensas”.

Por el contrario, fueron estimados los casos “Pesquitos Pescanova”, cuya publicidad incluía imágenes de la película *Piratas del Caribe II*; “Central Lechera Asturiana”, que utilizaba como reclamo el personaje de Superman, y “Natillas Danet”, con el jugador de fútbol Ronaldinho. En el caso de “Pesquitos Pescanova” el Jurado tuvo en cuenta tanto los protagonistas del *spot* (niños que viven en una fantasía o juego), como los diálogos y las propias imágenes de una película especialmente conocida por los menores, considerando que la presencia de personajes famosos protagonistas podían ejercer una influencia indebida sobre aquéllos. En el caso de “Central Lechera Asturiana”, a la influencia indebida del superhéroe se añadía la posible inducción a error sobre los beneficios derivados del uso del producto. En cuanto a “Natillas Danet”, cabe aclarar que la clave de la estimación de la reclamación radicó en el hecho de incluir en el *spot* la voz de un niño y una cola promocional referida a un concurso claramente dirigido a un *target* infantil más que en el personaje prescriptor, que, de hecho continuó apareciendo en las campañas del producto sin problemas en campañas sucesivas. En todos los casos la infracción se consideró leve y la multa fue de 6.000 euros, desestimándose en los dos últimos los recursos de alzada interpuestos por los reclamados. En cuanto a “Pesquitos Pescanova”, hay que señalar que el reclamado ni siquiera contestó a la reclamación.

Cabe mencionar otros casos sobre los que el Jurado no tuvo ocasión de pronunciarse, al resolverse por la vía de la mediación con promesa de cese o de rectificación: la reclamación sobre “Pastas Gallo”, que se refería a la asimilación entre el consumo de verdura fresca y la ingesta de un producto industrial (macarrones) al que se añadía cierta cantidad de verdura. O la publicidad de “Pizza Tarradellas”, “Sunny Delight” y “Kinder Barritas” con el compromiso de los anunciantes de no proseguir con sus referencias a hábitos de alimentación inadecuados (como los tamaños grandes).