

**Autorregulación, mediación y consulta previa,**

**la nueva frontera de la ética publicitaria**

**Artículo Resumen**

**Por Fernando Ramos**

Profesor Titular de Derecho de la Información y la Publicidad. Universidad de Vigo

*Resumen: La autorregulación publicitaria, a través de la aplicación de códigos de deontología, interpretados por organismos independientes, cuyas resoluciones son aceptadas voluntariamente por las entidades (anunciantes, marcas, empresas, medios, agencias) implicadas en las asociaciones profesionales creadas al efecto; la mediación entre discrepantes a la hora de resolver un conflicto sobre la materia; y, finalmente, la consulta previa y voluntaria sobre la licitud de un anuncio o una campaña, antes de emitirlo, perfilan la nueva cultura de la que se está impregnando el sector publicitario. Frente a la solución penal o el conflicto civil que se activan cuando el negocio publicitario deviene en actividad ilícita, el sector se ha dotado de un instrumento de autorregulación, el Jurado de Ética Publicitaria, en el que se han implicado de manera voluntaria anunciantes, empresas, medios y creadores, a fin de fijar unas reglas de "juego limpio" y delimitar, con la ayuda de autorizados juristas, el ámbito de la licitud publicitaria. Hasta noviembre del 2000 el Jurado había recibido casi cuatrocientas reclamaciones, esencialmente por incumplimiento del principio de veracidad. El 42 por ciento de los casos aceptados se debían justamente a publicidad engañosa.*

*Abstract: The advertising self-regulation, through the application of ethics codes, interpreted by independent organisms whose resolutions are accepted voluntarily by the entities (advertisers, marks, companies, mass-media, agencies) involved in the professional associations created to the effect; the mediation among discrepant when solving a conflict on the matter; and, finally, the previous and voluntary consultation on the licitness of an announcement or a campaign, before publishing it, they profile the new culture that is growing in the advertising sector. As opposed to the penal solution or the civil conflict that are activated when the advertising business becomes an illicit activity, the sector has been endowed of a self-regulation instrument, the Jury of Advertising Ethics, in which have been implied voluntarily advertisers, companies, media and authors, in order to fix some rules of fair game and to define, with the help of having authorised jurists, the environment of the advertising licitness. Until November of the 2000 the Jury had almost received four hundred reclamations, essentially for violation of the principle of truthfulness.*

#### 1. Introducción: La efectividad de la autorregulación

La autorregulación publicitaria, a través de la aplicación de códigos de deontología, interpretados por organismos independientes, cuyas resoluciones son aceptadas voluntariamente por las entidades (anunciantes, marcas, empresas, medios, agencias) implicadas en las asociaciones profesionales creadas al efecto; la mediación entre discrepantes a la hora de resolver un conflicto sobre la materia; y, finalmente, la consulta previa y voluntaria sobre la licitud de un anuncio o una campaña, antes de emitirlo, perfilan la nueva cultura de la que se está impregnando el sector publicitario. Esta nueva filosofía alcanza ya al setenta por ciento de la actividad, que mueve anualmente del orden de los dos billones de pesetas.

Es cierto que las resoluciones de los órganos de autodisciplina, como es el caso del Jurado de Ética Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP), no tienen carácter efectivo como si fueran sentencias judiciales; pero al ser voluntariamente aceptadas por quienes se inscriben (anunciantes, agencias, medios) en la AAP y se someten a las decisiones del Jurado y la aplicación de los códigos deontológicos de la publicidad, adquieren plena virtualidad y alcance. Es decir, son plenamente eficaces. En su caso, suponen la retirada o modificación del reclamo o de la campaña.

Incluso, las resoluciones del Jurado están creando un cuerpo de doctrina deontológica que, al definir los límites y perfiles de la licitud, sin ser jurisprudencia, son estimadas y estudiadas por los órganos jurisdiccionales a la hora de construir el razonamiento lógico que fundamenta sus fallos en materia publicitaria.

En cuanto a aquellos asuntos referidos a empresas o agencias que no forman parte de la AAP, cierto que las resoluciones no se ejecutan; pero su alcance moral y su carácter ejemplarizante suplen esa falta de ejecución material. La sociedad toda recibe el inequívoco mensaje de que el anuncio señalado es éticamente inaceptable o incluso socialmente pernicioso, cuando corresponde a un caso claro de publicidad engañosa.

La doctrina económica tradicional gusta de distinguir, como suelen hacer los mercantilistas, entre publicidad informativa y publicidad persuasiva, atribuyendo especialmente a la segunda alcance o efectos comerciales o mercantiles. En este sentido, llegaron incluso a precisar que un mismo bien, publicitado o no, es objetivamente una cosa distinta.

Dentro del ámbito comunitario en el que nos desenvolvemos, conviene recordar que la directiva 84/450 CEE otorga a los estados un amplio margen de maniobra para que, a través de las respectivas legislaciones nacionales, siempre en armonía con aquella directiva, se establezcan mecanismos judiciales y/o administrativos que permitan combatir eficazmente la competencia desleal. Un selecto grupo de especialistas, bajo la dirección del profesor LEMA DEVESA tuvo a su cargo la adaptación de la legislación española a las normas comunitarias, cuyo fruto fue el primer borrador del Anteproyecto de Ley de la Publicidad de 1984. La previsión inicial de establecer un sistema de tutela administrativa de la licitud publicitaria dio paso, tras una reforma del proyecto, al actual sistema de tutela judicial.

Como destaca Madrenas i Boadas<sup>1</sup>, a la prohibición civil del engaño en la Ley General de Publicidad, en la legislación especial de las Comunidades Autónomas (en desarrollo de sus competencias exclusivas en materia de comercio interior, defensa de los consumidores y publicidad), se suman, en el campo del Derecho de la competencia y del Derecho Industrial, la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y las prohibiciones de engaño de la Ley 32/1988 de Marcas. A todo ello habrá que añadir la inclusión del, por muchos discutido, delito publicitario, en el nuevo Código Penal.

Por su parte, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de la Defensa de los Consumidores, introdujo importantes novedades sobre el ámbito del control y alcance de la publicidad. Por lo pronto modificó la vieja concepción de que se trataba simplemente de una información inocua, que no suponía garantía o responsabilidad alguna como consecuencia de sus contenidos.

La Ley de Defensa de los Consumidores ha establecido con claridad una nueva doctrina (que llevada a sus últimas consecuencias enlaza con la del contrato de adhesión, en el sentido de que los consumidores pueden exigir el cumplimiento

efectivo de las prestaciones o contenidos de los anuncios o reclamos publicitarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado (art.8.1).2

Además, los productos deben incorporar y permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente (art.13). La publicidad falsa o engañosa de productos o servicios se considera un fraude, además de sancionar con la misma calificación cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio (art.34.4).

La comunicación comercial, la publicidad, es un universo, un agregado dentro del que convergen diversos servicios, desde los medios de comunicación que actúan como soportes de los mensajes a las agencias de publicidad, las empresas de servicios que facilitan infraestructuras técnicas a las comunicaciones, las empresas y los anunciantes.

Peculiaridad característica del ilícito publicitario es que es capaz de poner en marcha diversos mecanismos jurídicos para corregirlo, según el caso, de ahí que tan diligentemente, sea el propio sector quien se dota de los medios adecuados para evitarlo.

## 2. Las normas de protección de los consumidores

La Directiva del Consejo CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984, en materia de "Publicidad engañosa", (modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa) define la publicidad como "toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. Publicidad engañosa es toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso puede afectar a su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o capaz de perjudicar al competidor".

Esta directiva impone a los estados la obligación de promulgar normas para que los afectados por la publicidad engañosa puedan reclamar contra sus efectos por la vía administrativa o judicial. Asimismo, establece la necesidad de que los órganos internos de garantía frente a la publicidad engañosa tengan competencias para reparar eficazmente los efectos negativos de esta publicidad.

La Libertad de Expresión aplicada a la creación publicitaria no es -como no lo es ningún otro- un derecho absoluto o ilimitado, sino regulado por la Ley y en equilibrio con los demás derechos y libertades de la colectividad social. Frente a la solución penal o el conflicto civil que se activan cuando el negocio publicitario deviene en actividad ilícita, el propio sector, o una parte significativa del mismo, se ha dotado de un instrumento de autorregulación, en el que se han implicado de manera voluntaria anunciantes, empresas, medios y creadores, a fin de fijar unas reglas de "juego limpio" y delimitar, con la ayuda de autorizados juristas, el ámbito de la licitud publicitaria.

La Directiva 84/450 CE admitió, junto a los procedimientos judiciales, el control voluntario de la publicidad por organismos autónomos (art.5), y la Ley General de Defensa de los Consumidores (LGDCU) el sistema arbitral para resolución de las controversias de los consumidores, siempre que no hubiera indicios de delito (art.31), persiguiendo como fraude la publicidad engañosa (art.8.3). La Ley General de la Publicidad (LGPU) acepta el control voluntario de la publicidad por

organismos de autodisciplina, y regulación de las acciones de cesación o rectificación de la publicidad ilegal,- declarándolas compatibles con el ejercicio de acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden, y con la persecución como fraude de la publicidad engañosa (art. 32).

### 3. Autorregulación frente a remedio judicial

Como punto de referencia de esta doctrina, la Alianza Europea para la Ética Publicitaria (EASA) fue constituida en 1992 con el fin de promover y apoyar la autorregulación publicitaria en toda Europa. El Código de Ética Publicitaria, adoptado por la Cámara Internacional de Comercio en 1987, a pesar de no ser una norma de derecho positivo, se concibe incluso como instrumento para la autodisciplina y uso por los tribunales al aplicar las leyes.

La incorporación a los Códigos Penales de tipos delictivos de publicidad protege como "última ratio" frente a la ilícita publicidad, adelantando la barrera de protección penal ante los más graves excesos en la actividad publicitaria. Dado el carácter instrumental de la publicidad, su legislación es muy amplia y el operador jurídico habrá de acudir a la norma extra penal para interpretar algunos de los elementos normativos recogidos en los tipos de ilicitud publicitaria. En algunas ocasiones pueden llegar a configurar auténticos preceptos en blanco.<sup>3</sup>

Además del marco penal, donde se ha introducido la nueva figura del delito publicitario, o del ámbito civil general o, específicamente, del de lícito comercio, donde las relaciones de carácter contractual tienen su regulación; además de las normas sobre publicidad, incluida la competencia desleal, o el derecho de los consumidores, la actividad publicitaria puede chocar con la legislación que protege derechos fundamentales de la persona (honor, propia imagen o intimidad), con el derecho de rectificación, la protección de datos, el secreto de estado, las leyes sanitarias o la protección de la infancia.

120 textos legales afectan directa o indirectamente a la publicidad en España. La Unión Europea quiso poner corregir las divergencias y contradicciones nacionales mediante el Libro Verde de la Comunicación Comercial. Establecer una norma común de carácter general no es fácil. Hay países rigurosos en la prohibición de la publicidad de alcohol y tabaco (Francia) y otros tolerantes (España). Pese al mercado único, es difícil elaborar una campaña uniforme que sirva, al tiempo, para todos los países comunitarios.

### 4. La cultura de la autorregulación en España

La Asociación de Autocontrol de la Publicidad, creada en 1995 por anunciantes, medios y agencias, que representa el 70 por ciento del sector publicitario en España, se ha dotado de un Código de Conducta y de una institución fundamental, el Jurado, formado por relevantes personalidades del Derecho, cuyos dictámenes y resoluciones, aceptados voluntariamente por quienes se someten a su jurisdicción, ha ido creando, en seis años de existencia, un repertorio o cuerpo de doctrina enormemente orientativo para determinar el ámbito ideal dentro de que debe moverse la actividad publicitaria.

Existen antecedentes que no pasaron de buenas e ineficaces intenciones. El Estatuto de la Publicidad de 1964 creó el Jurado de Publicidad, institución a la que los interesados podían someter sus diferencias antes de acudir a la vía jurisdiccional (art.65), cuya mayor intervención tuvo lugar en supuestos en que la publicidad engañosa desacreditaba el producto. El objetivo de este Jurado se situaba en mantener la publicidad dentro de los límites y exigencias de su propia

naturaleza, procurando una intervención más intensa de los sectores sociales que intervienen en los procesos publicitarios en la solución de las controversias.

La Asociación de Autocontrol de la Publicidad engloba asociados individuales y colectivos. Como asociados individuales pueden afiliarse las empresas públicas y las privadas, pudiendo ser, a su vez, anunciantes, agencias o medios de comunicación. Como asociados colectivos pueden asociarse las entidades y asociaciones de carácter colectivo, ya sean empresariales o profesionales, también anunciantes, agencias o medios.

El Jurado de Autorregulación Publicitaria (JAAP) es un órgano especializado, e independiente, creado en el seno de dicha Asociación, dedicado a tareas deontológicas en el ámbito de la publicidad. El Jurado está compuesto por diez miembros, uno de los cuales es su presidente. Todos son nombrados por la Junta Directiva de la Asociación: cuatro de sus componentes, entre ellos, el propio presidente, son juristas de reconocida competencia, y el resto expertos en materias publicitarias.<sup>4</sup>

El Jurado actúa en Pleno, que tiene reservadas determinadas funciones, y en Secciones. Para el primero se necesita la presencia de 6 miembros, incluido el presidente. Las secciones, que no tienen adscripción funcional, sino que están numeradas simplemente, las componen tres miembros, y están presididas por un vocal jurista.

Las competencias del JAAP están distribuidas entre el Pleno y las Secciones. Son competencias del primero: a) Aprobar los Anteproyectos de códigos de conducta que le propongan las Secciones. b) Actuar como instancia de las Secciones y resolver los recursos de alzada contra sus resoluciones; c) Emitir dictámenes según las propuestas que le formulen las Secciones. El Pleno, además, se reserva una función procesal específica: la de resolver sobre la petición de adopción de medidas cautelares instadas en algún procedimiento disciplinario. Las Secciones, que actuarán mediante un sistema de reparto de asuntos llegados al JAAP, tienen las siguientes competencias: a) Emitir informes y propuesta de dictámenes que se les soliciten; b) Elaborar las propuestas de códigos deontológicos; c) Resolver los expedientes por infracción de los mismos; d) Resolver los recursos que se presenten contra la inadmisión de reclamaciones, adoptada por el Comité de Examen Previo (órgano que filtra previamente las reclamaciones presentadas) e) Actuar como árbitro en aquellas cuestiones que les sean sometidas. Para que el JAAP actúe, hay que iniciar un procedimiento reglado por el Reglamento. Puede ser de oficio o a instancia de parte, considerándose como tal cualquier persona que demuestre tiene un interés legítimo respecto a determinada y concreta publicidad explícita.

Opina Cartagena Pastor<sup>5</sup> que fue precisamente la previsión legal de control voluntario de la publicidad lo que determinó la creación del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad. El objeto de la Asociación es contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de la defensa de intereses profesionales.

El Jurado es un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria que goza de plena independencia en sus funciones (art.5 y 43 de sus Estatutos).

## 5. Reconocimiento europeo y consulta previa

La Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) ha sido el primer organismo de autorregulación publicitaria de Europa que la Comisión Europea ha incluido en la relación de Organismos Extrajudiciales de Solución de Controversias en Materia de Consumo, creado a partir de la Recomendación 98/252/CE dictada el 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.

Al mismo tiempo, la Asociación de Autocontrol de la Publicidad ha puesto en marcha, a partir de enero de 2001 un nuevo servicio, la consulta previa, no vinculante, que permitirá a las agencias y los anunciantes contrastar si el reclamo que se proponen elaborar o poner en circulación cumple las normas y requisitos éticos.

La CE tiene gran interés en promover las resoluciones extrajudiciales en ámbito civil, dado que la mayoría de los conflictos en materia de consumo se caracterizan por la existencia de un plazo excesivo en función del importe económico de la cuestión en litigio y la duración de su solución por vía judicial.

Según Gómez Castallo<sup>6</sup>, director de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, este reconocimiento internacional es una inyección de moral que confirma que el sistema de autorregulación que ha montado el sector publicitario español funciona. "Nuestro objetivo era crear un sistema de resolución de conflictos imparcial, justo, riguroso, eficaz y rápido, y nos complace ver que lo hemos conseguido y que se nos reconoce por ello, Hasta ahora en España sólo estaban incluidas en la lista de la CE las Juntas Arbitrales de Consumo y es un honor saber que de las 80 ó 90 asociaciones de toda Europa que la Comisión ha reconocido, la nuestra es la única de autorregulación publicitaria".

El autocontrol de la publicidad y la prevención de irregularidades publicitarias se acomoda a petición que la World Federation of Advertisers y European Association of Communications hizo a la European Advertising Standards Alliance (de la que la AAP es miembro) para la generalización de los servicios de consulta previa en los sistemas de autorregulación publicitaria europeos.

El informe sobre cada anuncio o proyecto de anuncio será realizado por el Gabinete Técnico de la AAP, en un tiempo medio de tres días hábiles y de forma gratuita para sus socios. Este servicio de consulta previa, (copy advice) se concibe para que pueda asegurar su confidencialidad, utilizando sólo documentación que aporte el solicitante. Además, el informe no podrá ser vinculante para el Jurado de la AAP en el supuesto de que se presente una reclamación. Tampoco supone compromiso alguno para el solicitante quien, en definitiva, asumirá la responsabilidad de la emisión del anuncio.

## 6. La actividad del Jurado de Ética Publicitaria

El cuarenta y dos por ciento de las reclamaciones admitidas, total o parcialmente, por el Jurado de Ética Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad se debieron, en el periodo, 1996-noviembre del 2000, a infracciones del principio de veracidad; es decir, a publicidad engañosa en el sentido más amplio de la palabra. El siguiente epígrafe en importancia de las causas que justificaron la admisión de las quejas de debió (24%) al abuso en la buena fe del consumidor, siendo frecuentes, dentro de este apartado general, la inducción premeditada al error del receptor de los mensajes comerciales o el engaño en cuanto a la disponibilidad de los productos.

Entre enero de 1996 y noviembre de 2007, el Jurado de Ética Publicitaria recibió 319 reclamaciones contra anuncios y otros 63 recursos de alzada contra las resoluciones recaídas sobre las primeras. Se solicitaron tres medidas cautelares de suspensión de los anuncios y fueron formuladas 6 quejas transfronterizas; es decir, desde el extranjero sobre publicidad española.

Del total de reclamaciones iniciales presentadas fueron estimadas totalmente el 38,5 por ciento, en tanto el porcentaje de recursos de alzada aceptados fueron el 14 por ciento. Parcialmente se estimaron el 9,7 por ciento de las reclamaciones y el 14 por ciento de los recursos.

El 14 por ciento de las reclamaciones y el 71 por ciento de los recursos fueron rechazados.

Otro de los datos más reveladores del análisis del balance del Jurado de Ética Publicitaria es que el 28 por ciento de las reclamaciones (91 casos sobre 319 reclamaciones) se resolvieron por mediación o cese voluntario del anuncio reclamado.

Carulla Benítez<sup>8</sup> sostiene que Los medios de resolución alternativa de conflictos, entre los que se encuentra la mediación, ahorran dinero y tiempo, y pueden ayudar a dejar de lado el conflicto mientras se preservan las valiosas relaciones comerciales.

La importancia de la resolución de conflictos por vía de la mediación, ha supuesto la creación, por parte de asociaciones profesionales, institutos y centros de mediación, de una serie de procedimientos, reglas y cláusulas contractuales que se aplican de modo específico al proceso de mediación en áreas tan diversas como la construcción, alimentación, salud, franquicias, seguros, bancos, instituciones financieras, telecomunicaciones.

En Estados Unidos, como consecuencia de la creciente popularidad de la mediación en el ámbito comercial, instituciones tan prestigiosas como American Arbitration Association (AAA), y otros Institutos de Mediación, han desarrollado procedimientos y reglas concretos para resolver conflictos comerciales, entre otros.

La cultura de la mediación y el arbitraje, tanto en uno como en otro caso, se han extendido enormemente en los ámbitos del negocio civil. Así por ejemplo, la Corte de Arbitraje de Madrid ha elaborado un modelo de cláusula arbitral, cuya inclusión en los contratos recomienda, ya que es presupuesto necesario para que, en caso de controversia, esté asegurado el cumplimiento de las partes de recurrir al arbitraje de la corte.

## 7. Origen de las reclamaciones ante el Jurado de Etica Publicitaria

En cuanto al origen de las reclamaciones ante el Jurado de Etica Publicitaria, el 52 por ciento del total fueron presentadas directamente por las asociaciones de consumidores, en tanto el resto de las quejas se debieron a los siguientes colectivos o personas: otras empresas, 28,2 por ciento; ciudadanos particulares, 7,5 por ciento; asociaciones de empresas, 3,6 por ciento; otros organismos de autocontrol, 2,8 por ciento; la Administración, 1,8 por ciento; de oficio, 0.9 por ciento.

Luego de la infracción del principio de veracidad y del abuso de la buena fe, la infracción del principio de legalidad, con el 20 por ciento de los casos, es la causa más frecuente de la aceptación de las reclamaciones. En este apartado la casuística

es muy amplia y supone que el anunciante, en su publicidad, vulnera alguna disposición específica que la atañe (desde una ordenanza municipal a determinadas limitaciones para cierta clase de publicidad, como tabaco, productos sanitarios, etc).

#### 8. Publicidad sexista, un caso aparte

En el balance estadístico del periodo 96-2000 de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, el cuarto gran apartado de anuncios improcedentes se refiere a la publicidad denigratoria y desleal, que casi llega al cuatro por ciento de los casos.

De todos modos, son muchas más las denuncias de publicidad sexista que recibe el Instituto de la mujer que los casos que acaban ante el Jurado de Ética Publicitaria. La Publicidad sexista vulnera el artículo 3 de la Ley General de Publicidad. En este caso, solamente en 1999 se tramitaron 331 denuncias en el Observatorio de la Publicidad del Instituto de la Mujer<sup>9</sup>, un 12% más que en 1998. En 1999, 128 campañas han provocaron una reacción contra roles injustamente asignados. Curiosamente, hasta hace poco, la mayoría de las denuncias por este supuesto se presentaban en Madrid y aunque todavía se localizan en la capital del reino el 40%, llegan ya de toda España. El perfil del denunciante es el de una mujer, soltera, de entre 26 y 45 años y con estudios superiores, pero también se ha producido un incremento de las denuncias formuladas por hombres, que suponen un 11% del total, según destaca la directora del Instituto de la Mujer, Pilar Dávila.

Siguen en importancia, en cuanto a los casos conocidos por el Jurado de Autorregulación Publicitaria, los supuestos de protección de la infancia y la adolescencia (3,2 por ciento); explotación del prestigio y del esfuerzo ajenos; publicidad comparativa ilícita o denigración de la competencia; publicidad discriminatoria y explotación del miedo (el 2,5 por ciento de los anuncios en cada uno de los casos).

El 1,2 por ciento de las reclamaciones admitidas se refería a anuncios cuyo contenido contravenían las reglas del buen gusto y el decoro social. Por último, con un porcentaje del 0,6 por ciento en cada caso, han sido atendidas quejas referidas a anuncios que contravenían las disposiciones legales sobre la publicidad ilícita de tono excluyente, la publicidad engañosa que induce a error o confusión, la que exalta la violencia o los comportamientos ilegales, la que vulnera el principio de autenticidad o las reglas de la publicidad en Internet.

#### 9. Crece la sensibilidad de los consumidores

El estudio detenido de los datos estadísticos de la actividad del Jurado de Autorregulación Publicitaria en el periodo 1996-noviembre de 2000 permite subrayar que la mayor parte de la actividad del mismo se centra, precisamente, en atender y resolver reclamaciones iniciales contra anuncios de dudoso contenido (319 reclamaciones sobre 386 casos en total en el periodo estudiado), lo que representa el 82 por ciento de todo su quehacer.

Llama poderosamente la atención que las medidas cautelares solicitadas en su caso (como la suspensión temporal o previa de un anuncio o una campaña) solamente suponen el 0,7 por ciento de todo lo actuado. También resulta interesante poner de relieve que el seis por ciento de las reclamaciones o recursos que llegan al órgano de ética publicitaria de España proceden del extranjero, esto es, son quejas transfronterizas, por lo general formuladas por otras entidades de autorregulación, con referencia a anuncios o campañas que traspasan las fronteras nacionales

(concepto hoy totalmente diluido en Europa). De este supuesto se han dado seis casos.

Debe volverse sobre el hecho de que casi el cuarenta por ciento de las reclamaciones iniciales (38,5 por ciento) son estimadas; esto es, responden a un fundamento real de publicidad ilícita. El dato habla por sí solo. Solamente se rechazan el 14 por ciento de las reclamaciones y se halla fundamento para atenderlas parcialmente casi en el 10 por ciento de los casos. Ello supone que entre reclamaciones totalmente aceptadas y otras estimadas parcialmente, casi uno de cada dos casos presentados por ante el Jurado de Autorregulación Publicitaria está fundamentado en un motivo real.

También resulta muy importante poner de relieve, como se ha destacado, que casi el treinta por ciento de las reclamaciones (28%) se resuelven por mediación, lo que conlleva la modificación total o parcial del anuncio y/o su retirada. En pocos casos, los reclamantes desisten.

La emergente cultura del nuevo derecho de los consumidores, consideramos como elementos activos no meros sujetos pasivos del proceso comercial queda de manifiesto en el hecho de que tales organizaciones hayan suscrito 201 de las 319 reclamaciones iniciales; es decir, el 52 por ciento. Las 109 reclamaciones presentadas por empresas (generalmente marcas, anunciantes o medios contra colegas a los que se acusa de competencia desleal, imitación u otro comportamiento no lícito) es un número elevado y representa casi un tercio del total (28%) de las denuncias que el jurado conoce.

Los particulares, como tales, toda reclaman poco, apenas un 8 por ciento (29 casos sobre 319); tampoco lo hacen las asociaciones de empresas (14 casos, 3,6%), ni reclama mucho la propia Administración (1,8 por ciento, esto es, seis casos), que queda por debajo de las entidades de autocontrol de otros países y las ONGs, con 11 casos, casi el 3 por ciento del total. De oficio no se cursan ni el 10 por ciento (3 casos en casi cinco años).

De los 386 casos conocidos por el JAAP (319 reclamaciones iniciales y 63 recursos de alzada, junto a 3 medidas cautelares y seis queja transfronterizas), 72 casos (casi el 19 por ciento) se refieren a infracciones del principio de veracidad. En cuanto a las causas de ilicitud aducidas por los reclamantes siguen en gravedad: infracciones de la buena fe (38 casos, 9,8%); infracción del principio de legalidad (38 casos, 9,8%); la publicidad denigratoria y desleal (8 casos, 2%); y la explotación del prestigio y el esfuerzo ajenos (7 casos, 1,8 %). En cambio, solamente se registran cinco casos de publicidad comparativa (1,2%) y otros tantos de publicidad que explota el miedo. Supera este nivel de ilicitud el de la publicidad que vulnera las normas de protección de la infancia y la adolescencia (cinco casos, 1,5%).

La publicidad marcadamente discriminatoria solamente registra un 9 por ciento de casos en cuanto a las reclamaciones presentadas, porcentaje llamativamente bajo, como queda dicho, en relación con las denuncias que recibe el Instituto de la Mujer. La publicidad ilícita de tono excluyente representa todavía el 0,50 por ciento de los casos. No obstante, conviene tener presente que, casi el cuatro por ciento de todas las reclamaciones total o parcialmente estimadas por el jurado corresponden a publicidad denigratoria, donde también entran casos de atentados a la dignidad de la mujer. Los motivos menos aducidos inicialmente, por debajo de tres cada cien casos, son la publicidad que induce a error, la exaltación de comportamientos violentos o ilegales, la vulneración del principio de autenticidad o la publicidad en

Internet, donde aparecen los primeros casos y se activan las primeras sensibilidades.

10. Si la autorregulación falla, el Derecho corrige

Y siempre queda el Derecho, si la autorregulación no es suficiente.

El Derecho corrige los supuestos de ilícito publicitario, tanto en el ámbito civil como en el Penal. En el primero, mediante la cesación de la campaña o el reclamo recusado, o bien mediante la restitución del quebranto económico o moral que se pueda haber procurado a un tercero, sea un competidor o un usuario o consumidor. Aun más, la propia especialidad mercantil del Derecho Civil tiene resortes para remediar aquellas conductas que se salen de las reglas del lícito comercio, en especial en lo que se atiende a las sanas costumbres sobre la competencia.

En el segundo caso, el penal, junto con la reparación de orden civil, la sociedad corrige al infractor mediante una sanción penal en toda regla, cuya severidad dependerá del caso. La propia Administración se ha reservado determinada esfera de competencia para actuar, por la vía administrativa, contra las conductas anómalas.

La comunicación es, efectivamente, un fenómeno omnicomprendido, como insiste Fernández Areal<sup>10</sup>, cuando analiza el fenómeno publicitario, a la luz del ordenamiento legal que lo regula. El Derecho siempre tiene la respuesta.

#### Notas

1. Madrenas i Boada, C., Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal, Madrid, Cuadernos Civitas, 1990, págs. 63-64
2. Ramos Fernández, F., Manual de Derecho de la Información y la Publicidad, Santiago, Laverde Ediciones, 2000, pág. 243 y ss.
3. Ramos Fernández, F.; Fernández Souto, A. B., y Valderrama Sabtomé, M., Los límites de la publicidad, Pontevedra, Diputación Provincial, 2000, pág. 53.
4. Sanchez de León, E., El Jurado de Ética Publicitaria, un ejemplo de autorregulación, en "La comunicación Publicitaria", Pontevedra, Diputación Provincial, 1997, págs. 131-162.
5. Cartagena Pastor, F., Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa, en "Estudios de Consumo" número 45, 1988.
6. "Bruselas reconoce la validez del autocontrol para regular la publicidad". ABC, Comunicación, radio, tev, jueves, 25 de enero de 2001, pág. 83.
7. Página Web de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad. Marzo de 2001.
8. Carulla Benítez, P., abogado y mediador, La mediación en conflictos comerciales, página Web, Barcelona, enero 2000.
9. Denuncias sobre publicidad sexista. Instituto de la Mujer, página Web, marzo de 2001.

10. Fernández Areal, M., Publicidade e mensaxes publicitarios: aspectos xurídicos, Revista Galega de Administración Pública, número 12, 1966.