

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

POR

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. EL SUPUESTO DE HECHO SOMETIDO AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.-III. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y LA COMPETENCIA MERCANTIL.- IV. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 20 DE ENERO DE 2004: 1. La función de consultoría y la función autorreguladora; 2. La obligatoria sujeción al dictamen previo vinculante.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado año 2004 nos ha deparado una sentencia de la Audiencia de Madrid y una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que han venido a marcar sendos límites al poder autorregulador que ejerce o, mejor, pretende ejercer la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, en adelante Autocontrol.

No hay que decir que cada uno de esos límites es de un género diferente o pertenece a una esfera jurídica distinta. Lo que, por cierto, viene a corroborar la tesis de que el fenómeno de la autorregulación publicitaria merece ser analizado desde distintas perspectivas jurídicas a fin de determinar los límites o las fronteras del campo de su realización para ser legítima.

En el caso que va a centrar nuestra atención en este trabajo el límite deriva del derecho de la competencia, en concreto del derecho de la libertad de competencia, y se deduce de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada por el Pleno el 20 de enero de 2004. Del límite que señala la sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004 que, por cierto, ha devenido firme, me he ocupado en otro trabajo¹. Baste recordar aquí que la sentencia declaró la nulidad de una resolución del Jurado de Autocontrol que concernía a la publicidad efectuada por quien no era miembro de la asociación ni había aceptado someterse a su Jurado. La actuación de éste se considera en tal caso ilícita y generadora de la obligación de reparar el daño inferido al anunciante al que el Jurado estigmatizó con su resolución.

La enseñanza que se contiene en la muy importante sentencia de la Audiencia de Madrid es la de que sólo es lícita la actuación de Autocontrol, sea por vía de mediación sea por el cauce del arbitraje o sea por intervención de su Jurado, cuando se realiza respecto de publicidad emitida por quien acepta expresamente someterse a aquella actuación.

En el trabajo que comenta esa sentencia se argumenta acerca no sólo de la razón jurídica que le asiste, sino, además, sobre que, pese a ser, en todo caso, de indudable trascendencia, el límite que la sentencia descubre para la actuación de Autocontrol, no se agota en él el régimen a que debe someterse esa actuación. Para considerarla válida, e incluso lícita, no basta que se desarrolle respecto de sujetos que voluntariamente la acepten, que es lo que resuelve la sentencia de que hablo, sino que al lado de esa esencial o necesaria condición hay que considerar otras, incluso procedentes de otros sectores del Derecho. Por eso allí sostengo que la doctrina de la sentencia no implica que una actuación de Autocontrol respecto de la publicidad de quien voluntariamente se somete a ella sea sin más adecuada a derecho. Una perspectiva de singular importancia para juzgar sobre tal adecuación es la que se presenta desde el sector del derecho de la

¹ *Un límite al poder autorregulador de la Publicidad. La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004* (en prensa). Accesible en <http://vherrerros2.sim.ucm.es:8080/archive/00001627/>

competencia mercantil. Pero ni siquiera tampoco con ésta se agotan los lugares desde los que ha de procederse al análisis².

Pero, como ya he dicho, de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004 es de la que voy a tratar aquí.

II. EL SUPUESTO DE HECHO SOMETIDO AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Hasta cierto punto la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia guarda similitud con la que hubo de resolver la Audiencia de Madrid en su citada Sentencia.

En efecto, en ninguno de los dos casos se trataba de enjuiciar la pertinencia de la calificación efectuada por parte de Autocontrol de la publicidad de un anunciante. En los dos se trataba de resolver acerca de si el Jurado podía o no proceder como en un caso, el de la sentencia, lo había hecho y en el otro, el de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, se proponía hacer en el futuro.

Obviamente la intervención de este organismo sólo se justifica por venir reclamada la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y ha de notarse que, salvo en el supuesto de su artículo 7º, en ella no encuentra cabida la calificación de las prácticas publicitarias por el contenido de los mensajes sino por la afectación de la libre competencia a causa del modo en que la práctica publicitaria se produzca. E incluso en el supuesto del artículo 7 LDC en que cabría considerar desleal la publicidad por el contenido de sus mensajes como paso previo a la aplicación del precepto, la calificación de la deslealtad se realiza al margen de un verdadero proceso iniciado por demanda expresiva del ejercicio de una acción; mucho menos entonces, cabe pensar en una pretensión de que el Tribunal de Defensa de la Competencia se pronuncie sobre la pertinencia de la calificación efectuada por Autocontrol. Esto excede de su esfera competencial. Lo que se incluye en ésta es el juicio acerca de si que Autocontrol actúe como pretendía hacerse en el caso impide o restringe la competencia en el mercado.

² Según mis noticias, se prepara en la actualidad el muy pertinente ejercicio de acciones judiciales contra Autocontrol dirigidas no a combatir la calificación otorgada en su caso por el Jurado, sino a que se declare la improcedencia de su actuación por causas distintas de la que provocó la sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004. Parece que puede esperarse que a medio plazo podamos contar con un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre la actuación de Autocontrol

Por eso cabalmente, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que aquí se tratará versa sobre si Autocontrol puede cumplir según la Ley de Defensa de la Competencia la función de calificar la adecuación de la publicidad a las normas que la disciplinen.

Pero todavía es menester precisar algo más. Porque el Tribunal de Defensa de la Competencia no considera en su resolución cualquier actuación de Autocontrol según sus fines asociacionales o, en otros términos, si Autocontrol puede cumplir en términos generales esos fines. La resolución se refiere precisamente a un modo específico de actuar siempre con referencia a su fin genérico de velar por la sujeción de las comunicaciones comerciales a las normas que las disciplinan. No se cuestiona el Tribunal la pertinencia de ese fin genérico, sino el modo concreto con que pretende en el caso conseguirse dicho fin.

Avanzando en el camino de la precisión, y habida cuenta el tenor de la Ley de Defensa de la Competencia y el ámbito reservado a la actuación del Tribunal, hay que señalar que, en realidad, el caso no contempla directamente la actuación de Autocontrol en sí misma sino que se refiere a un acuerdo entre empresas por el cual se habría de convenir con Autocontrol que ésta actuase en una cierta manera en relación a la calificación de la publicidad que cualquiera de aquellas empresas concertadas pudiera difundir.

Se trata, pues, de una resolución relativa a si el acuerdo en cuestión es o no una práctica de las previstas como prohibidas por el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y si, en su caso, merece ser autorizada singularmente al amparo de lo establecido en el artículo 4º de dicha Ley.

De donde se deduce que el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa en este caso movido por una solicitud presentada por la representación de las empresas concertadas dirigidas a que por el Tribunal se declare que el acuerdo de la asamblea de su asociación no constituye una práctica prohibida por el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia o, subsidiariamente, se autorice singularmente dicho acuerdo al amparo del artículo 4º de la Ley.

El acuerdo, tomado en asamblea general de una asociación de empresas, consistía concretamente en imponer a los asociados la obligación de someter su publicidad difundible por cualquier medio a un dictamen técnico de Autocontrol previo a la emisión de la publicidad. Dicho dictamen sería vinculante para los asociados.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

Es de señalar que la asociación empresarial de referencia cuenta con un código de conducta, referido a la publicidad, cuya adopción por acuerdo de la asamblea de la asociación se sometió a la consideración del Tribunal de Defensa de la Competencia que resolvió favorablemente; también se aceptó que se confiara la aplicación del código a Autocontrol cuyo código propio y general de buenas prácticas publicitarias también les debería ser aplicado a los asociados de la asociación empresarial concernida.

Dada la situación anterior a la solicitud que ahora se plantea al Tribunal, es claro que la novedad de lo que ahora se le pide reside en que la actuación de Autocontrol se pretende que se produzca previamente a la difusión de las piezas publicitarias, que han de calificarse por esa asociación con arreglo a las normas. Mientras que hasta el presente Autocontrol operaba *a posteriori* de la difusión de la publicidad y, por consiguiente, cuando ésta ya se había difundido, se intenta ahora que el control de la adecuación de la publicidad a las normas se practique *ex ante*, es decir previamente a su difusión. Pero además el acuerdo establecía que el sometimiento al control previo sería obligatorio para todo asociado así como que el dictamen que Autocontrol emitiera, vincularía al que lo solicitó.

Nótese, pues, que la resolución no toca a la finalidad o función autorregulatoria de Autocontrol, cosa que no se discute en este momento, sino tan sólo a una modalidad de cumplimiento de esa función. Por lo tanto, la resolución, desfavorable a esa modalidad, no significa nada respecto de la función genérica autorregulatoria de Autocontrol; pero de la misma forma ha de subrayarse que la resolución tampoco puede tratarse como referencia para considerar admisible o conforme al sistema de libre competencia cualquier actuación que no consista en la modalidad que la resolución reprueba. Una deducción semejante implicaría un razonamiento *a contrario* que es inadmisibles respecto de la jurisprudencia.

III. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y LA COMPETENCIA MERCANTIL

Lo primero que manifiesta la resolución que se comenta es la indudable incidencia de la autorregulación de la publicidad en el orden de competencia mercantil. Subrayar esto no es trivial ni perogrullesco. Porque si bien es cierto que no toda norma reguladora de la publicidad tiene como referencia a la competencia mercantil y que ni

aún las que la tengan puede considerarse sin más que tienen “por objeto la regulación de la actividad concurrencial” (cfr. art. 15.2 Ley de Competencia Desleal)³, es lo cierto que el fenómeno publicitario se inserta en el más amplio de la competencia en el mercado. En este sentido, la publicidad puede contemplarse desde un doble punto de vista: el de la relación de comunicación publicitaria y el del proceso de información dirigido a dicha comunicación. La relación de comunicación, que se establece entre el anunciante y los destinatarios de sus mensajes, afecta a la posición de uno y otros en el mercado de los productos y servicios objeto del mensaje y, por lo tanto, compromete el orden de competencia en ese mercado, sin perjuicio de que además queden también comprometidos otros bienes o valores ajenos a dicho orden concurrencial en sentido estricto, v.gr. la salud o el mejor desarrollo del menor y adolescente.

Al lado de la consideración de la publicidad como relación de comunicación hemos de situar la de la publicidad como proceso de información dirigido a instrumentar el mensaje que se comunicará. Y este proceso, que involucra a las empresas publicitarias, a los medios, a sus empresas auxiliares, a las modelos, a fotógrafos, etc., afecta también, junto a otros valores o bienes, al orden de la competencia en la medida en que afecta a los mercados de servicios, que son, además, mercados conexos al de los bienes o servicios objeto del mensaje de la publicidad⁴.

Esta propuesta de desdoblamiento de perspectivas del fenómeno publicitario, permite apreciar afecta al orden de competencia tanto por lo que se refiere al mercado en el que opera el anunciante empresario en relación con la producción y el intercambio de bienes y servicios objeto de su actividad como al mercado en que opera ese mismo anunciante pero, además, los empresarios de publicidad, los medios y otros muchos agentes que prestan sus servicios o sus cosas o sus obras en vista de la necesidad de instrumentar y transportar el mensaje publicitario al público. Por lo tanto, normas reguladoras del fenómeno publicitario pueden afectar a uno u otro mercado; y los procedimientos de aplicación de las normas también pueden afectar a uno u otro de esos mercados.

También entonces, en relación con el sector del derecho dirigido a mantener el orden de competencia en el mercado, resulta complejo el análisis de la consistencia de

³ Sobre el artículo 15 LCD, ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Competencia desleal por infracción de normas*, RDM, núm. 202 (1991), págs. 667 y ss.

⁴ De estas cuestiones me ocupé ya en *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, págs. 154-163; y, después, en *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona, 2002, págs. 28-32.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

las normas relativas a la publicidad y de los procedimientos dirigidos a aplicarlas con el orden jurídico.

Es necesario tener en cuenta el doble momento de la expresión de la normatividad y de su aplicación ya que Autocontrol es centro productor de normas relativas a la publicidad a la vez que las aplica. En cuanto a esta última función, Autocontrol tanto aplica las normas creadas en su seno como las originadas por otras asociaciones u organismos. Nótese que en uno y otro caso se trata de normas de producción, en principio, autonómica, esto es, no estatal. Este carácter de las normas es lo que explica que se hable de autorregulación.

Aunque es claro que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que motiva este trabajo se refiere al momento de la aplicación de las normas y no al de su contenido normativo y jerarquía, convienen unas palabras para situar el problema en el contexto del derecho de la competencia.

Es incuestionable que el juego de la competencia es estructurante de la economía de mercado de la misma manera que ésta sólo puede existir si algunos de los agentes que operan en el mercado son empresarios, por lo que el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa es también un elemento estructurante de aquel sistema de economía. En consecuencia, juego de la competencia y derecho a la libertad de empresa –que, por otra parte, se coimplican- son elementos pertenecientes al sector del derecho constitutivo del marco institucional del mercado que es la referencia del sistema de economía que establece nuestra Constitución. El primer párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia no puede ser más esclarecedor en este sentido⁵. El orden de competencia se integra, pues, en el orden público imperante entre nosotros; de “orden público económico” hablaba certeramente la Exposición de Motivos de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, precedente de la Ley vigente de Defensa de la Competencia, y aun sin mencionarlo su concepto está presente en la Exposición de Motivos de esta última cuando dice: “La aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de los intereses públicos...”.

Las normas relativas a la conducta de los agentes económicos en el mercado, y las que se refieren a la conducta de los anunciantes pertenecen a esa clase de normas,

⁵ Por su parte, la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 se integra, según su Preámbulo, en el “orden concurrencial” integrado a su vez en la constitución económica (véase en particular el párrafo cuarto del epígrafe II del Preámbulo).

afectan al orden de la competencia y en definitiva al marco institucional del mercado y, por consiguiente, puede afirmarse que afectan a un sector del derecho que se considera de orden público. Vistas así las cosas, no parece haber lugar para normas con un origen distinto del Estado y, más todavía, que pertenezcan al grado de superior jerarquía de las normas estatales, esto es, la ley. Porque ha de notarse que, en el momento histórico en que vivimos, sólo al legislador corresponde realizar las valoraciones sobre los bienes e intereses que configuran el orden público. Y, negativamente, no es concebible que pueda sostenerse por el derecho una norma de cualquier origen que no sea consistente con el orden público; nada se diga de una norma de producción autonómica.

Las normas emanadas de Autocontrol y de otras asociaciones relativas a la conducta de los anunciantes y, normalmente, integradas en códigos de conducta, como hoy es la moda, aunque se dicen ser –sin serlo– de carácter ético no pueden sustraerse a un juicio necesariamente establecido a partir de su consistencia con el orden público económico. En definitiva, aquellos códigos no hacen más que expresar valoraciones diferentes a las del legislador y por cierto que ni mucho menos extraídas indubitadamente de principios morales.

Como he señalado en otros lugares, entre las normas de conducta referidas al fenómeno publicitario hay que distinguir aquéllas que integran lo que puede denominarse disciplina de la publicidad de aquéllas otras que miran a regular las relaciones entre los sujetos intervinientes en los procesos informativos de la publicidad. Así como respecto de éstas no puede negarse su posible producción autonómica dentro de los límites que a la autonomía de la voluntad corresponden, de las normas integrantes de la disciplina no puede dejar de dudarse acerca de si pueden ser de producción autonómica.

La disciplina de la publicidad o viene de la consideración de ésta como arma de la competencia mercantil, que no olvidemos que es un bien protegido en último término en favor de los consumidores, o procede de la necesidad de velar por los intereses, más que derechos *stricto sensu*, de los destinatarios de los mensajes considerados en otro carácter que el de consumidores o de público en general (vgr. los enfermos, los niños, etc). Por consiguiente la disciplina de la publicidad recae sobre un campo material que, en mi opinión, no puede ser dejado a la autorregulación de intereses. Las normas relativas a la publicidad como actividad con trascendencia concurrencial no pueden ser más que de producción estatal; y las demás de la disciplina publicitaria también afectan indirecta o reflejamente a la competencia y de modo directo al ámbito de intereses de

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

quienes no participarían en el proceso de producción de normas paradójicamente consideradas autonómicas.

Como he señalado en otros lugares⁶, no es aceptable hablar de autorregulación o de normas autonómicas por el simple hecho de que el proceso de su producción se desarrolle en el seno de una asociación como Autocontrol o cualquier otra en la que sea voluntaria la adscripción, porque lo cierto es que la eficacia de las normas de la disciplina de la publicidad se proyecta más allá del universo subjetivo de los asociados y con pretensiones configuradoras del sector social de que se trate. Pero el sector jurídico de la competencia mercantil en cuanto determinación del orden público económico no puede ser configurado más que a partir de las valoraciones del legislador. En el fondo las normas autonómicas relativas a la publicidad son siempre normas prohibitivas o limitativas ya tengan como materia actos publicitarios que deban juzgarse en su condición de actos de competencia, ya se refieran a actos publicitarios que afecten directamente a intereses dignos de protección, v.gr. el idioma, la seguridad vial, el paisaje, etc.

Ya he señalado antes, que en cualquier caso las normas acaban por afectar a la competencia pero ahora conviene precisar las consecuencias que esto tiene en relación con uno y otro de los dos grupos de normas indicados. Las normas que miran directamente a la cara concurrencial de la publicidad suponen una restricción del campo de juego del orden de economía constitucionalizado. Como se ha dicho de modo gráfico, por quien está singularmente autorizado⁷, los participantes en el mercado “están obligados a competir, les está prohibido restringir o limitar la competencia con otros competidores (obligación de competir)”. De ahí la atención hacia la defensa de la libre competencia y hacia las prácticas restrictivas de la misma; pero no puede olvidarse que, protegiendo la normativa de la competencia desleal el mismo bien de la competencia y con el mismo fundamento del interés público, las normas dirigidas a definir formas inaceptables de competencia, y por lo tanto de publicidad que puede reputarse desleal, también limitan o impiden competir, por lo que importa no extralimitarse en la tipificación de los actos desleales y, pienso por ello que el ilícito concurrencial sólo puede definirse a partir de normas legales⁸.

⁶ En especial, *Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación*, RDBB, núm. 94 (2004), pág. 87 y sobre todo pág. 112.

⁷ A. BERCOVITZ: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Cezur Minor, 2004, pág. 287.

⁸ Esta opinión me parece que está implícita en A. BERCOVITZ, ob. cit. pág. 373.

Por su parte, las normas que de manera directa tienden a proteger intereses ajenos a los que se dirimen en el ámbito del mercado, no cabe duda de que también acaban afectando a la competencia en él; pero en todo caso aquí cobra singular relieve para el análisis jurídico la consideración de que la comunicación publicitaria se vincula al orden constitucional en un doble sentido: el de su estructura informativa (art. 20 CE) y el de su funcionalidad en el mercado (art. 38 CE); de donde ha de concluirse que la limitación de la actividad publicitaria sólo puede derivar de la protección de otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos, y siempre sobre la base de que la limitación sea *necesaria y proporcionada* al fin de protección y provenga además de una ley. Esta es la doctrina ya firmemente establecida por los tribunales de la Unión Europea. Sólo a condición de que se den esas circunstancias podrán establecerse límites a la comunicación comercial o publicitaria; límites que impondrán una restricción o limitación de la competencia indudable pero justificada por el ordenamiento jurídico.

La conclusión es que resulta más que discutible la pertinencia de la producción de normas relativas a la comunicación publicitaria al margen del proceso productivo de la norma legal propiamente dicha y, en concreto, por parte de Autocontrol o de cualquier otra asociación. La afectación del mercado en que opera el anunciante es indudable. Precisamente por ello, la propia asociación de empresas que instó la solicitud a que se refiere la resolución motivadora de este trabajo sometió en su momento a autorización del Tribunal de Defensa de la Competencia la aplicación del código de conducta por ella preparado. Y si el Tribunal concedió entonces la autorización, se debió a estimar no que el código no limitaba o restringía la competencia, sino a que la limitación se justificaba por los beneficios que reportaba a los consumidores⁹.

Ha de notarse que en el ámbito de la protección de consumidores es amplio el margen de juego para las limitaciones dirigidas a tutelar sus intereses. La propia Unión Europea en sus directivas relativas a la publicidad señala que sus normas son de mínimos en cuanto a la tutela de los consumidores. Pero quizá sea conveniente

⁹ En la resolución del 10 de noviembre de 2000 por la que se autoriza el recurso al código se dice textualmente: “al acordar el código de autorregulación, las empresas renuncian a grados de libertad de que antes disponían para su estrategia comercial... e incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el mencionado artículo 1”, a continuación señala que “el código de autorregulación, al tratar de limitar la publicidad de bebidas alcohólicas para proteger intereses generales como la salud, la abstención de los menores de edad y la seguridad vial hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores sino también al resto de los ciudadanos”, asimismo considera el tribunal que el “código no impone a las empresas más condiciones que las indispensables para el logro de sus objetivos y carece de aptitud para eliminar a posibles competidores” por todo lo que se concluye que procede autorizar el acuerdo de la asociación de empresarios aprobatorio del código de autorregulación.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

puntualizar que la admisión por la Unión de que los ordenamientos internos endurezcan las condiciones de las directivas en función de la tutela de consumidores no significa que ese endurecimiento o esta tutela se defiera a cualquiera y no al legislador estatal interno. Aquellas previsiones no llevan de suyo a legitimar a asociaciones privadas a estrechar los límites de la comunicación publicitaria con la excusa de ensanchar la protección de consumidores. En mi opinión, la cuestión implica una ponderación o valoración que, en sede de producción de normas, corresponde al legislador y, en sede de su aplicación, a los tribunales de justicia.

Por otro lado, cuando las normas proceden de una asociación como Autocontrol integrada fundamentalmente por anunciantes, agencias de publicidad y medios publicitarios, resulta que se imponen a todos los asociados, de modo que una norma que señale la ilicitud de un contenido concreto de los anuncios, es decir una norma relativa a la publicidad como relación de comunicación entre anunciante y el público objetivo de aquélla se impone también a los medios que sean miembros de Autocontrol. Con lo que en el caso de que hubiere de aplicarse una norma de aquel carácter, aun en el caso de que el proceso de su aplicación no se entendiese con el anunciante, debería ser respetada por todos los medios miembros de Autocontrol. Se produciría entonces una limitación de la competencia en el mercado de los servicios de la publicidad (mercado afectante al proceso de la información publicitaria) que es un mercado conexo con el mercado principal del anunciante.

Como puede apreciarse no es ni mucho menos sencillo o simple el análisis que demanda una respuesta jurídicamente fundada a la pregunta de la legitimidad de la producción de normas relativas al fenómeno de la publicidad por Autocontrol y, en general, por cualquier otra asociación. Calificarlas de autonómicas a tales normas no es suficiente puesto que lo que está en entredicho es si por la naturaleza de la materia no se desbordan los límites de la autonomía de la voluntad. Esto no puede tener una respuesta unívoca.

No se diga que las normas generadas en el seno de Autocontrol (o de cualquier otra asociación) por no ser jurídicas han de quedar al margen de un análisis como el que aquí he apuntado. Desde luego, resulta por completo inapropiado referir tales normas al orden moral o ético. Suponiendo, lo que ya es mucho suponer, que las normas expresen determinaciones de ese orden, su imposición coactiva las extrae del orden de la moralidad. Tampoco la referencia a la deontología me parece satisfactoria, principalmente porque no considero merecedora de atención esa categoría en cuanto

acogedora de normas que imponen deberes de conducta en razón de paradigmas propios de los pertenecientes a una clase o un grupo de personas. En un Estado moderno, que debiera estar presidido por la *rule of law*, me parecen sencillamente inadmisibles, como hasta cierto punto expresa nuestra Constitución, las normas deontológicas.

Hasta aquí hemos contemplado la autorregulación publicitaria en el momento de producción de normas. Debemos ahora pasar al otro momento, el de su aplicación.

Autocontrol desempeña su función mediante un triple cauce: la mediación; el arbitraje y el procedimiento ante el Jurado, que es órgano, administrativamente dependiente de la asociación pero en principio, integrado por personas independientes de ella y que son profesionales del derecho, de la economía, de la publicidad, de la comunicación.

En otro lugar me he ocupado de que, de esos tres cauces, el único apto para aplicar las normas que integran la disciplina de la publicidad es el del Jurado, pues ni la mediación ni el arbitraje son idóneos más que para decidir conflictos que afecten tan solo a quien se someta a ellos pero no pueden servir para aplicar unas normas que por definición trascienden la esfera de interés del que formula la denuncia o reclamación. Pero, con independencia de ello, todos esos tres cauces de actuación son medios de solución extrajudicial de controversias, como ha resuelto con acierto la sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004. Luego, supuesta la legitimidad del cauce en cada caso, el resultado de la mediación, el laudo arbitral y la resolución del Jurado dirimen el conflicto sobre si una publicidad efectuada es conformes o no a las normas; y de ello se seguirán en cada caso las consecuencias oportunas. Debe notarse que, siendo, por hipótesis, legítima la actuación de Autocontrol, la publicidad sometida a enjuiciamiento ha de sujetarse a lo que Autocontrol imponga, bajo la sanción correspondiente al que no siga su dictado.

No hay que decir que los tres cauces de actuación no ocupan el mismo plano con referencia a su disponibilidad. Inicialmente los tres cauces están igualmente disponibles e incluso, en la práctica, los órganos directivos de Autocontrol ofrecen la mediación a quien reclama frente a una publicidad y al anunciante que la emite; de no aceptarse la mediación por uno u otro, se iniciará el arbitraje o el procedimiento ante el Jurado. Lo mismo sucederá si, ejercida la mediación, no da fruto. Luego, en rigor, la mediación no es cauce alternativo de los otros dos. En cambio, sí son alternativos el arbitraje y el procedimiento ante el Jurado.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

Pues bien, es lo cierto que Autocontrol ha extendido su objeto más allá de ser centro de producción de normas y de resolución extrajudicial de controversias. La extensión se ha producido desde que ha asumido una función de consulta previa a la difusión de la publicidad sobre la conformidad de ésta a las normas. Cabalmente este es el *quid* de la cuestión que aborda el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 20 de enero de 2004 que motiva el presente trabajo.

Se trataba, en efecto, recordémoslo, de un acuerdo adoptado por la asamblea general de una asociación de empresarios por virtud del cual vendrían éstos obligados a someter las piezas publicitarias previamente a su difusión al control de conformidad a normas por parte de Autocontrol. El dictamen de ésta sería vinculante, de modo que, caso de ser negativo, el asociado habría de abstenerse de difundir la publicidad incurriendo en otro caso en determinadas sanciones. Las normas a que habría de ajustarse Autocontrol para emitir su dictamen serían las del código de la asociación de empresarios que adoptó el acuerdo así como las del código propio de Autocontrol. No es impertinente decir en este momento, aunque no sea lugar para extendernos en los problemas adicionales que presenta, que de hecho mediante un “principio de legalidad” que se supone a la base de todo deber “deontológico”, la aplicación de los códigos implica aplicación de normas legales cuya realización se hurta por cierto a los tribunales de justicia. En este sentido, el acuerdo preveía que el dictamen de Autocontrol expresara la conformidad del anuncio a la ley además de a las normas autonómicas.

La asociación de empresarios que adoptó el acuerdo solicita al Tribunal de Defensa de la Competencia que considere que dicho acuerdo no supone limitación o restricción a la competencia en los términos del artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia o, subsidiariamente, conceda autorización singular para llevar a la práctica el acuerdo en cuestión por concurrir en el caso los requisitos del artículo 3º de dicha Ley según ordena su artículo 4º. Ante semejante pretensión, la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004 deniega la autorización para el acuerdo referido una vez que comprueba que el acuerdo constituye una práctica prohibida a tenor del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en su artículo 3.

IV. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 20 DE ENERO DE 2004

Como acabo de indicar, el Tribunal de Defensa de la Competencia resolvió en 20 de enero de 2004 denegar la autorización singular solicitada por la asociación de empresarios para el acuerdo por el que todos los asociados antes de difundir publicidad por cualquier medio debían someter obligatoriamente las piezas publicitarias a un dictamen previo y vinculante de Autocontrol sobre la conformidad a la ley y a los códigos de conducta.

Como también he indicado, con el servicio de emisión de dictámenes previos a la difusión de la publicidad, Autocontrol amplía su objeto propio de ser cauce autorregulador de la publicidad mediante emanación de normas y mediante la solución extrajudicial de controversias con fundamento en las normas privadas y en las legales. Se puede hablar de una función de consultoría sobre la que merece la pena detenerse.

1. La función de consultoría y la función autorreguladora

La función de consultoría de Autocontrol desborda la que le es propia en el campo de la autorregulación. Ciertamente la emisión de dictámenes previos a la difusión de la publicidad ni supone producción de normas ni tampoco es cauce para su aplicación. Lo primero no parece que pueda ser discutido; lo segundo, puede ser motivo de debate y en él puede adoptarse una u otra posición según se conciba la tarea de aplicación de normas.

Si hemos de atender a la solicitud dirigida al Tribunal de Defensa de la Competencia, en el caso que nos ocupa la entidad solicitante –y, por ende, la misma Autocontrol- parece considerar que expresar una opinión vinculante previa a la difusión de la publicidad no es cualitativamente algo distinto a emitir una opinión sobre la publicidad realizada. Como el parecer previo se ha de fundar en el mismo conjunto de normas sobre el que habría de fundarse el acuerdo entre partes –en el supuesto de mediación- o el laudo –en el de arbitraje- o la resolución del Jurado –si éste tuviere que intervenir-, puede considerarse que ese parecer no hace otra cosa más que anticipar el acuerdo, el laudo o la resolución del Jurado, anticipación que no le priva del significado de aplicación de normas.

Debo recordar en este momento que ni la mediación ni el arbitraje son cauces adecuados para la aplicación de normas integrantes de la disciplina de la publicidad.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

Sólo el Jurado lo es, y el Jurado se incardina en el sistema de solución extrajudicial de controversias.

Por definición, pues, el Jurado interviene sólo cuando una controversia está planteada. En razón de ello, el Jurado actúa conforme a un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. El Jurado, en fin, aunque se puede decir que tiene una dependencia administrativa de Autocontrol no es órgano suyo; se integra de personas profesionales en distintas actividades basadas en las correspondientes ramas del saber y ajenas a la industria de la publicidad a quienes se les debe presumir la independencia de juicio y la plena conciencia de su responsabilidad.

Las diferencias entre que el Jurado actúe en aplicación de normas y que Autocontrol emita dictámenes sobre la publicidad no pueden ser más ostensibles. Existen diferencias aun sin considerar el carácter previo de los dictámenes de Autocontrol. En efecto, éstos se emiten por órganos de la propia asociación, no responden a ningún procedimiento regular y, sobre todo no ejerce Autocontrol al efectuar esta actividad dictaminadora ninguna suerte de solución extrajudicial de controversias. Por eso el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del Jurado. La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004 a la que tantas veces me he referido establece la acertada consideración de que una resolución del Jurado no constituye ni puede estimarse una mera opinión suya. Esto es cabalmente lo que pretendía Autocontrol en el pleito al que puso fin la mencionada sentencia. Pero la Audiencia, con razón, no lo admitió porque, considerando que el Jurado es cauce de solución extrajudicial de controversias, el parecer que sin duda recogen sus resoluciones no pueden ser estimadas como simple opinión, sino como decisión resolutoria de un conflicto. Esta es la valoración que, por lo demás, le otorga la sociedad, que ante una resolución del Jurado la toma como decisión arreglada a normas, como decisión acerca de lo que debe o no hacerse; de donde se deduce el estigma social que una resolución condenatoria de la publicidad representa para el anunciante.

Nada de esto puede predicarse del dictamen de Autocontrol emitido sobre la base de una consulta formulada por el anunciante. El dictamen expresa en este caso el mero parecer de Autocontrol; su confidencialidad excluye precisamente que la sociedad pueda a su vez formar juicio acerca de quien formula la consulta por lo que aun siendo desfavorable no supone ningún estigma para él. La ausencia de contradicción con quien

puede sea portador de un interés opuesto al del consultante excluye igualmente que el dictamen pueda considerarse fruto inequívoco de un enjuiciamiento imparcial.

Nótese que todas estas consideraciones se producen sin más que comparar la naturaleza de una resolución del Jurado con la de un dictamen de Autocontrol relativa a la publicidad de quien lo solicita. Por esta sola razón puede concluirse que la capacidad dictaminadora de Autocontrol pertenece a otra esfera distinta de la autorregulación tanto en su momento de producción de normas como en el de su aplicación.

Parece que en el caso que nos ocupa la entidad que sometió a autorización del Tribunal de Defensa de la Competencia el acuerdo que conocemos insistió en señalar que en realidad dicho acuerdo debería ser autorizado puesto que no implicaba nada sustantivo en cuanto a la sumisión de los asociados al sistema autorregulador de Autocontrol autorizado por el propio Tribunal en fechas anteriores. Al contrario, parece que se insistía en que el recurso al dictamen de Autocontrol no era más que una forma de aplicar las normas asegurando su mayor efectividad, cuyas ventajas se habían considerado por el Tribunal en su resolución anterior.

De acuerdo con lo expuesto, creo que la resolución por la que el Tribunal autorizó los acuerdos de la entidad solicitante relativos a la adopción de un código de conducta de sus asociados y a confiar a Autocontrol su aplicación no es relevante para el caso que nos ocupa por tratarse en ella de cosas distintas de la que ahora se plantea ante el Tribunal. Así lo proclama la resolución de 20 de enero de 2004. Expresamente señala ésta que si bien aquellos otros acuerdos anteriores representaban desde luego restricciones a la competencia¹⁰, la autorización era procedente por darse los requisitos del artículo 3.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuestión esta última que, si discutible, no es para tratar aquí. Puesto que la actividad que ahora se somete a autorización no está implícita en aquella que fue autorizada anteriormente, esta autorización no puede cubrir la actividad que ahora se pretende practicar.

Para el Tribunal de Defensa de la Competencia la actividad de consultoría productora de dictámenes vinculantes no pertenece propiamente a la función autorreguladora. Y efectivamente ha de notarse que aquella actividad no se desempeña por el Jurado y ni siquiera tampoco por una corte arbitral de Autocontrol; El cita al arbitraje porque, aunque el arbitraje no sea cauce idóneo para aplicar normas relativas a

¹⁰ Véase nota anterior.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

la disciplina de la publicidad la corte como el Jurado sí responden a la independencia y a la imparcialidad. La actividad de consultoría que se pretende ahora practicar se realizaría mediante órganos propios de Autocontrol que desenvuelven su función al margen de cualquier procedimiento reglado y público y que, por definición, se integran en el orden jerárquico de la Asociación. Como anticipé, el dictamen fruto de la función de consultoría es una mera opinión que predice, en los términos en que la predicción es posible en el campo del cumplimiento de normas, cómo se enjuiciaría la publicidad a la luz de las normas de su disciplina por los órganos llamados a aplicarlas.

En este punto conviene reparar en lo siguiente. La función de consultoría a la que se refiere la resolución objeto de estudio la realizaría Autocontrol pero los obligados a solicitar su dictamen serían los miembros de la asociación de empresarios que adoptó el acuerdo, en ese sentido obligatorio como es natural, sólo para los asociados. En consecuencia, el reproche que la resolución representa en cuanto deniega la autorización solicitada para el acuerdo en cuestión no se dirige en realidad contra la función asesora o consultora que Autocontrol cumple junto a su función autorreguladora, sino contra que aquella función haya de ser solicitada obligatoriamente por un grupo de empresarios que quedan vinculados al parecer que Autocontrol emita en relación con su publicidad. En otros términos, la práctica prohibida no susceptible de autorización singular no consiste en la actividad de asesorar de Autocontrol sino en el acuerdo adoptado por la asociación de empresas solicitante de la autorización. En consecuencia, la resolución no afecta a la función en cuanto tal que Autocontrol realiza.

Ciertamente, con la sola actividad dictaminadora Autocontrol no se convierte en factor restrictivo o limitador de la competencia en los mercados de los bienes objeto de publicidad ni de los servicios publicitarios. Únicamente sería de considerar la incidencia de aquella actividad en el mercado de los servicios de la abogacía con cuyos sujetos entraría en competencia Autocontrol. Pero aquí no estamos interesados en esta cuestión.

Que el emitir dictámenes no implique de suyo una limitación o restricción de la competencia en aquellos mercados a los que la publicidad objeto de dictamen se refiere no significa sin embargo que no merezca ser considerado desde otros puntos de vista que necesariamente han de completar el análisis jurídico del fenómeno de la autorregulación que lleva a cabo Autocontrol como alternativa a la aplicación del derecho por los jueces y tribunales con quien entra en competencia. Situados en este terreno, la actividad dictaminadora sí puede afectar a la competencia en los mercados de

los bienes a que se refiere la publicidad objeto de dictamen y en los mercados de servicios publicitarios.

Que los dictámenes sean previos a la difusión de la publicidad supone para Autocontrol disponer de una herramienta potenciadora de su presencia activa en el mundo de la comunicación publicitaria. Quiérase o no, es claro que entre el dictamen previo y la resolución del Jurado que por hipótesis se produciría en vista de la publicidad difundida sin atenerse al dictamen se dará una coincidencia que de hecho hará que la actuación *ex ante* de Autocontrol desplace a su actuación *ex post* y convierta a dicha asociación en el guardabarreras único de los flujos de la comunicación comercial. Claro está que podría argüirse en este punto que la independencia de juicio por parte del Jurado se puede conseguir sobre la base de emplear la técnica de la “muralla china”. La virtualidad de esta técnica se ha puesto a prueba, como es sabido, en referencia a los mercados de valores. La experiencia obtenida es que resulta preferible contar con la realidad que engañarse con la ilusión de esas pretendidas “murallas”.

Vistas así las cosas, con independencia de las consideraciones relativas a sus efectos sobre el orden de libre competencia, es claro que el desplazamiento de la actuación de Autocontrol desde la fase posterior a la difusión de la publicidad hasta la previa a difundirse tiene consecuencias en otros órdenes jurídicos de considerable trascendencia. La comunicabilidad entre el dictamen previo y la resolución *a posteriori* que, en su caso, se dictase ante la desconsideración de aquel dictamen por el anunciante, hace que su emisión constituya ejercicio de censura previa. Y nótese que, por razones que no son ahora del caso, la opinión de Autocontrol expresada en el dictamen previo sería muy probablemente seguida por los jueces y tribunales de justicia ante los que se entablase una acción por publicidad ilícita. La censura, proscrita expresamente por la Constitución, afectaría a la publicidad objeto de dictamen en su vertiente de información colectiva amparada por el artículo 20 del texto fundamental; pero, además, y como acabo de insinuar, con su actuación censoria Autocontrol se erigiría en fuente definidora de la conducta leal de los agentes económicos. Baste con dejar apuntados aquí estos aspectos de la actuación de consultoría de Autocontrol porque ahora debemos dedicar nuestra atención a lo que ella representa de restricción o limitación de la competencia cuando todo un grupo de empresarios tiene obligatoriamente que someter su publicidad a la emisión de un dictamen previo vinculante por parte de Autocontrol.

2. La obligatoria sujeción al dictamen previo vinculante de Autocontrol

Lo que según el Tribunal de Defensa de la Competencia hace inaceptable el acuerdo de la asociación de empresarios solicitante de la autorización singular del mismo es, de una parte, ser el dictamen de Autocontrol previo a la difusión de la publicidad, y, de otra, ser vinculante el dictamen para los anunciantes miembros de la asociación que han de solicitarlo necesariamente a tenor de la obligación que les impone el acuerdo en cuestión si es que no quieren sufrir las consecuencias de la infracción.

Si antes hemos visto que la actuación de consultoría de Autocontrol no puede estimarse inherente o implícita en la actuación de la autorregulación de la publicidad, aquella actuación, consistente en la emisión de un dictamen previo a la difusión de la publicidad, merece ser analizada con todo cuidado por si es causa o motivo de una limitación o restricción en la competencia entre los empresarios obligados a solicitar y obtener el dictamen. Lo nuevo del asunto estaría en el hecho del carácter previo y vinculante del dictamen.

De todas formas, el Tribunal de Defensa de la Competencia se detiene en si el acuerdo que se somete a autorización puede considerarse incluido en la previamente otorgada por él mismo anteriormente sobre la adopción del código de conducta y la atribución de su aplicación a Autocontrol. Al rechazar, como he dicho, que la autorización anterior preste cobertura al acuerdo de que ahora se trata, se considera entonces necesaria una nueva autorización singular para ese acuerdo a tenor del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia; la resolución del Tribunal entra a analizar si se dan los requisitos para otorgar semejante autorización.

En cuanto al primer aspecto, de la resolución del Tribunal se deduce que la asociación de empresarios instante subrayó en su solicitud que el acuerdo en cuestión era complemento del anterior que establecía el régimen de autorregulación publicitaria de sus miembros. Esta posición se defendió hasta el punto de señalar que sin complementarlo con el acuerdo ahora propuesto se frustraría el fin de aquel régimen autorregulatorio. Quizá de forma retórica, el Tribunal rechaza esta alegación señalando que ni en el momento de establecer aquel régimen con el anterior acuerdo se consideró que sólo sería completo si al control *a posteriori* se unía el control previo o *a priori* de la publicidad ni los hechos han acreditado hasta el presente que esta última forma de control resulte imprescindible para que el régimen de autorregulación sea plenamente

eficaz. A estos efectos, el Tribunal, que ha tenido especial interés en conocer la integridad del acuerdo adoptado por la asamblea de la asociación de empresarios solicitante, valora el hecho de que la decisión de obligar a los asociados a someter su publicidad *ex ante* al dictamen previo de Autocontrol que tendría carácter vinculante se inserta en un plan de acción más amplio que relativiza la importancia del acuerdo respecto de su utilidad para el buen funcionamiento del régimen de autorregulación en beneficio de los consumidores y usuarios de los productos de los empresarios asociados.

Acaso estas consideraciones se formulan en la resolución de una forma en exceso retórica que puede restarles fuerza de convicción o incluso valor respecto de su pertinencia a efectos de negar la autorización singular pretendida. Sin embargo es indudable la razón que asiste al argumento, que está por encima de su retórica formulación. El argumento sirve, por un lado, para negar que en el núcleo de la autorregulación publicitaria soportada por unos códigos de conducta y por un control *ex post* de la publicidad se haya de incluir para su eficacia un control *ex ante* de la publicidad; por otro lado, el argumento sirve también para subrayar que el control *a priori* tiene una relevancia tal que le hace cualitativamente diverso del control *a posteriori* a efectos de su incidencia en el orden de la competencia mercantil.

Por consiguiente, la resolución del Tribunal por la que se autorizó el régimen de autorregulación a partir de un acuerdo de la misma asociación empresarial ahora solicitante no pueden extenderse sin más al acuerdo ahora propuesto por no ser éste una necesaria emanación de aquel otro que fue autorizado.

Es claro que si esa extensión no se puede producir, la resolución que ahora debe dictar el Tribunal ha de ser fruto del análisis de si el acuerdo de control *ex ante* de la publicidad merece ser o no autorizado. Debe, pues, el Tribunal pasar al análisis de esta cuestión según las pautas que se deducen del artículo 3º de la Ley de Defensa de la Competencia al señalar los requisitos que deben reunir una práctica restrictiva de la competencia para poder ser objeto de autorización singular por el Tribunal.

Nótese, es de interés subrayarlo una vez más, que el Tribunal da por sentado que el régimen de autocontrol afecta restrictiva o limitativamente a la competencia. El acuerdo en cuestión en cuanto que se integra en un régimen de aquel carácter *lato sensu* ha de ser autorizado a tenor del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia sólo si cumple los requisitos del artículo 3º. Considero interesante llamar aquí la atención sobre este modo de ver las cosas porque a veces se puede pensar que la adopción de códigos de conducta y el sometimiento a organismos *ad hoc* previstos para su aplicación

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

es algo que no afecta al orden de competencia. Incluso hay quien parece escandalizarse de que se sostenga –como yo vengo haciendo- que algunos aspectos de la actividad de Autocontrol pueden afectar al orden público. Pero parece que, a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, una opinión semejante no está mal fundada; y es que no puede tomarse en bloque el fenómeno autorregulador de la publicidad que Autocontrol ejerce para calificarlo en conjunto y de una vez por todas. La necesidad de distinguir aspectos es clara y, en este sentido, las diferencias deben establecerse incluso cuando se contempla aquel fenómeno desde el punto de vista del derecho de la competencia como nos enseña la resolución que se comenta, del mismo modo que nos enseñó para otra perspectiva distinta la sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004.

El Tribunal de Defensa de la Competencia establece que el sometimiento de la publicidad al dictamen vinculante de Autocontrol y previo a la difusión de aquélla es algo diferente del sometimiento de la publicidad ya realizada, es decir al control *a posteriori* de su realización. Tal parece que la Asociación solicitante de la autorización del Tribunal sostenía que en realidad no existen diferencias entre el control *ex ante* y *ex post* de la publicidad por existir identidad entre la opinión que se expresaría en el primer caso y la decisión que se adoptaría en el segundo. Por eso parece insistir la entidad solicitante en que el acuerdo no introduce ninguna referencia a una nueva normativa capaz de alterar sustantivamente la situación.

Mas con acierto, a mi juicio, el Tribunal no se detiene en la consideración del contenido sustantivo de las normas referenciales de la actividad de control para concluir acerca de la novedad o identidad que lleva consigo el acuerdo. La diferencia, la novedad que trae el control *a priori* no reside en el contenido de las normas consideradas al efectuar el control; reside en la diferencia que hay entre realizarlo, no propiamente en dos momentos diferentes, sino con referencia a una comunicación comercial todavía no establecida o a comunicación comercial ya establecida. La mera circunstancia temporal no es relevante, lo es sin embargo el hecho de que la publicidad haya o no sido difundida. El control *a priori* derivado de un dictamen vinculante de Autocontrol implica impedir realizar algo, como la publicidad, que afecta a una vertiente de la libertad comercial de las empresas; el acuerdo empresarial sometido a la autorización del Tribunal significa establecer un medio de coordinación de las políticas comerciales que le hace incurrir en el elenco de prácticas prohibidas del artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia. El control *a priori* supone que pueden ser objetadas

campañas de publicidad que antes del acuerdo en cuestión sólo podrían serlo, a partir de la aplicación del código de conducta, *a posteriori* de la difusión publicitaria.

Y esto supone “un nuevo elemento de restricción de la competencia” según afirma el Tribunal al señalar que mientras en el control *a posteriori* el anunciante puede difundir publicidad hasta que Autocontrol la objeta, en el control *a priori*, el anunciante sólo puede difundir publicidad no objetada por Autocontrol. De aquí infiere el Tribunal que el acuerdo que se analiza “impondría una nueva y significativa reducción del ámbito de libertad comercial de las empresas”. No puede negarse la importancia del aprovechamiento del tiempo y de la coyuntura en la difusión de las campañas publicitarias, determinante, en muchas ocasiones, de los resultados en el plano económico incluso en el corto plazo y, siempre, de sus frutos en el terreno de las estrategias de mercado discernibles en el medio y largo plazo.

La influencia de la intervención previa de Autocontrol en esos campos a que acabo de aludir no se contrarresta ni siquiera con la valoración positiva de su silencio a lo largo de un plazo establecido a partir de la solicitud del dictamen para que aquella asociación lo emita; valoración que el acuerdo en cuestión establecía.

No puede tampoco desdeñarse la consideración de que la obligación de someter *ex ante* la publicidad a dictamen previo vinculante recuerda la sujeción a censura previa de esa forma o ese medio de comunicación colectiva. Es en este punto pertinente traer a colación el modo como trata la Ley General de Publicidad en su artículo 8.3 la exigencia en determinados casos de autorización administrativa de los anuncios previamente a su difusión, medida de cuya constitucionalidad puede legítimamente dudarse puesto que la censura previa está expresamente prohibida por la Constitución (cfr. art. 20.C.E.). No es este sin embargo el momento de abordar el análisis de la posible equivalencia a efectos constitucionales del régimen de autorización administrativa previa y del sistema de dictamen previo vinculante emitido por Autocontrol. Pero importa, en cambio, señalar que la previsión legal de la autorización rodea al proceso necesario para otorgarla o denegarla de unas garantías expresamente previstas entre las que destaca a nuestros efectos la de que en ese proceso y en la decisión final no se incurra en competencia desleal (cfr. art. 8.3 L.G.P.)

Esta garantía nos pone sobre aviso de que ni siquiera conferida a órganos de la Administraciones Públicas la competencia para el otorgamiento de la autorización se presume que el proceso y la decisión son consistentes con el orden de concurrencia. Por otra parte, la sujeción al régimen de competencia desleal significa que, al margen de la

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

revisión jurisdiccional del acto administrativo relativo a la autorización, cabe reaccionar contra él impetrando el auxilio judicial en el orden civil, con las consiguientes consecuencias, de las que no ha de ser considerada menor la de reparar los daños causados.

Pues bien, ninguna garantía se adopta en el acuerdo enjuiciado respecto del sistema de sumisión obligatoria al dictamen previo de Autocontrol. No es una garantía invocar, como suele hacerse, el carácter independiente y profesional de quienes emitirían el dictamen. En primer lugar, esas circunstancias personales (pero siempre abstractas) no son predicables más que de los miembros del Jurado y no de los miembros de los órganos de la asociación Autocontrol, constituida por anunciantes, agencias de publicidad y medios; sería uno de aquellos órganos el llamado a dictaminar. Pero en segundo término, no hay motivo para pensar que el dictaminador de Autocontrol goce de mayor independencia y actúe con mayor responsabilidad que cualquier órgano de la Administración competente para otorgar, en su caso, la autorización previa a la emisión de la publicidad. Antes al contrario, con razón o sin ella –y pienso que, desde luego, esto segundo- constitucional y legalmente se presume adornada la Administración y por ende sus órganos de aquellas cualidades que exige su función de velar por el interés público, cosa que no puede arrogarse Autocontrol respecto de cualquier plano o nivel que se considere de ese interés. Pues si, aún con la presunción a que me refiero, la ley exige que en el proceso de la autorización previa el órgano administrativo se atenga a reglas y en especial a las que perfilan la lealtad en la competencia para que sea legítimo el acto administrativo, es claro que la imparcialidad, independencia y responsabilidad de los de los servidores de aquel órgano no son suficientes a esos efectos. Con mayor motivo resultaría inane invocar aquellas, pretendidas que no reales, cualidades de los miembros del órgano de Autocontrol llamado a emitir el dictamen previo para considerar legítima su actuación.

Por lo demás, como se ha señalado, la actuación del órgano administrativo se somete al control jurisdiccional no sólo en el terreno de la jurisdicción contencioso-administrativa sino en el de la civil. El dictamen negativo que emitiera Autocontrol con carácter vinculante no podría ser objeto de recurso ante los tribunales. Esta es una diferencia fundamental entre la actuación del Jurado de Autocontrol *a posteriori* de la difusión de la publicidad y la actuación vinculante de Autocontrol *a priori* de esa difusión; porque en el primer caso cabe recurrir a los tribunales aun en el supuesto de que se hubiera aceptado la intervención del Jurado puesto que el sistema de

autorregulación ejercido por Autocontrol a través de su Jurado no significa renunciar al derecho de acción ante los órganos de la Administración de Justicia como repetidamente reconoce la propia Autocontrol.

Tras estas consideraciones parece obvio que existe una diferencia sustancial entre el control de la publicidad difundida y el control previo a su difusión ejercido con carácter vinculante; y si aquél ya representa una restricción a la competencia, éste significa un nuevo modo de restringirla sobre la base de reducir el ámbito de libertad comercial de las empresas como expresamente dice la resolución que se comenta. Pero, además, y como ya se argumentó antes, esta nueva restricción no resulta indispensable para obtener la ventaja que a los consumidores reporta la restricción derivada del control *ex post* ni tampoco representa ventajas adicionales que puedan equilibrar los inconvenientes. Razones éstas por las que no procede otorgar la autorización singular a que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se refiere.

La resolución rebate también el argumento de la entidad solicitante de la autorización singular que sostiene que no puede calificarse de restricción de la competencia la evitación de que se difunda publicidad ilícita puesto que “ésta no puede constituir un parámetro válido de competencia”. El valor meramente retórico del argumento es palmario. Parte de una premisa que no pasa de ser una hipótesis que está por demostrar, la de que el dictamen previo sobre la publicidad necesariamente será negativo sólo cuando la publicidad sea ilícita. Hay que recordar que el empleo de este argumento por la entidad solicitante supone aflorar el subconsciente de que el dictamen previo en todo caso coincidiría con la resolución que habría de dictar el Jurado *a posteriori* de la difusión de la publicidad objeto del dictamen. Ello sin duda tiene considerables significaciones respecto de la calificación que merece el sistema autorregulador cuyo centro es ocupado por Autocontrol, significaciones que fueron apuntadas antes y en las que ahora no procede detenerse. Interesa, en cambio, subrayar que, como afirma la resolución, aquella hipótesis de que solo se produciría un dictamen previo negativo cuando la publicidad fuese ilícita, de modo que todo el material publicitario “censurado” coincidiría con toda la publicidad que habría de ser calificada de ilícita *a posteriori*, es una mera hipótesis que no puede darse por comprobada, menos todavía si se tiene en cuenta que la consideración de licitud o ilicitud de una publicidad difundida depende en último término de la calificación realizada por los tribunales de justicia, cosa de imposible práctica, como ya se ha dicho, si la publicidad se somete a censura previa vinculante. Por el sistema de control previo, junto a la difusión de

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE LA PUBLICIDAD...

publicidad que pudiera considerarse ilícita, se obstaculiza la de publicidad que pudiera ser perfectamente lícita, con los consiguientes efectos negativos para la competencia y sin poder reaccionar útilmente frente al abuso, pues que el poder dictaminador previo se ejerce al margen de todo control. De hecho, una argumentación como la de la entidad solicitante habría de servir para justificar toda censura previa a las informaciones de cualquier género dado que la censura impediría difundir informaciones falsas y éstas no son propiamente información que quede amparada por el derecho a difundirla. Por otro lado, de aceptar el retórico argumento que se combate, Autocontrol se consagraría de hecho y de forma irrefutable como el *único* guardabarreras de los flujos de comunicación comercial.

Un concepto correcto de competencia mercantil excluye que pueda ponerse cualquier cortapisa a los operadores económicos en el momento de establecer sus comunicaciones publicitarias con cualquier contenido y forma so capa de su ilicitud. Es claro que la publicidad que llegue a emitirse puede ser ilícita pero la sanción *-lato sensu-* jurídica sólo puede producirse *a posteriori* de su difusión; admitir la censura previa supone homogeneizar los mensajes de modo asfixiante para la cualidad propia de la función empresarial de la que es parte significativa la creatividad publicitaria. En definitiva, como en todos los órdenes de la vida, hay que aceptar la posibilidad de que se produzcan actos ilícitos antes que soportar que un gendarme se sitúe al lado de cada uno con el fin de impedirlos; lo que por lo demás abriría la cuestión de *¿qui custodet custodes?* Esta aporía descubre el error intelectual del intento de organizar las cosas para impedir la realización del acto malo.

No se desvirtúa este punto de vista ni, por lo tanto, se confirma el contrario, por considerar que si no se impide la difusión de publicidad ilícita mediante el dictamen previo vinculante de Autocontrol pudieran aprovecharse los competidores faltos de escrúpulos sacando ventajas al difundir publicidad ilícita respecto de quienes se comportan honradamente al procurar evitarla. Esto es algo consustancial a la sociedad humana y, en particular, a la competencia mercantil cuya defensa no puede venir de impedir los actos competitivos realizados por cualquier competidor, porque sólo si obra deslealmente habrá de sufrir la sanción jurídica que corresponda. Dicho de otro modo, de ninguna manera, a mi juicio, puede considerarse que no autorizar la práctica del dictamen previo vinculante de Autocontrol contribuye a fomentar prácticas competitivas indeseables o incluso un “tipo” de competidor no menos indeseable.

En mi opinión, pues acierta plenamente, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004 por la que deniega la autorización singular para el acuerdo adoptado por la asociación empresarial solicitante por el que se impone la obligación a sus miembros de someter su publicidad a dictamen previo vinculante de Autocontrol relativo a su conformidad a las normas legales y a las normas de un código de buenas prácticas publicitarias. El acuerdo se subsume para el Tribunal en la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en cuanto “supone una coordinación de políticas comerciales”. La práctica, sigue razonando el Tribunal, “no queda compensada por nuevos beneficios para los consumidores y usuarios”. Se refiere al decir “nuevos” a beneficios distintos de los que teóricamente se desprenden de la adopción de códigos de conducta que controlan la lealtad de la publicidad *a posteriori* y que fueran autorizados, en cambio, por el propio Tribunal. No dándose pues, los requisitos del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, no procede autorizar singularmente, según lo establecido en su artículo 4, el acuerdo de la asociación de empresarios que constituye una práctica prohibida incurso en el artículo 1 de la citada Ley.