

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Protección al Consumidor

TITULO: LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA: ¿DESAFIO CUMPLIDO?

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Protección al Consumidor

Autor: María Milagros Sánchez Quintero

Asesor: Julio Durand Carrión

Código de alumno: 20088123

2017

RESUMEN

El trabajo de la autorregulación publicitaria, que se inició tiempo atrás desde el Indecopi, muestra la preocupación del sector privado por autorregularse. En ese sentido, es necesario conocer las experiencias de otros países que están más adelantados en la autorregulación.

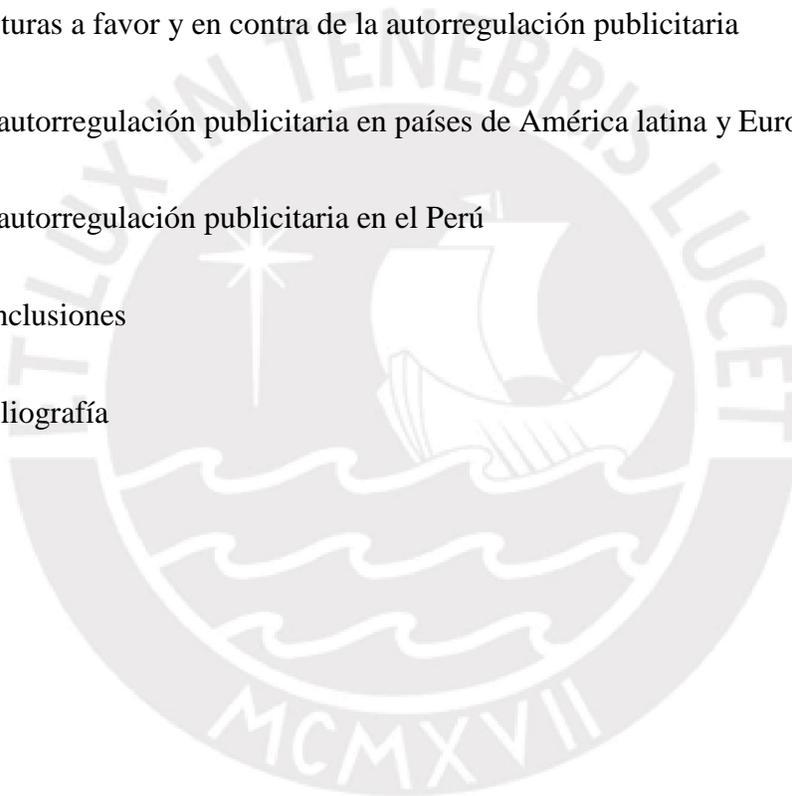
Herbert Tassano Velaochaga

Teniendo en consideración que la publicidad comercial ha tomado gran importancia en el funcionamiento del mercado actual (pues no busca solo obtener beneficios comerciales, sino que también va moldeando en cierta forma nuestros hábitos y generando ciertos gustos específicos por determinados productos o servicios), es que resulta necesario dar a conocer que, además de la regulación estatal respecto a la materia publicitaria, también existe un sistema importante y que cada vez va tomando mayor relevancia: LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA, mediante la cual los propios privados se reúnen para auto imponerse normas de conducta que deben respetar, a fin de no dañar el mercado y establecer límites a la indiscriminada libertad publicitaria que en la realidad se producía. En tal sentido, el presente artículo jurídico busca desarrollar y analizar el sistema de autorregulación publicitaria, los efectos positivos y negativos de su funcionamiento y determinar si en una sociedad como la nuestra resulta más beneficiosa que el sistema de regulación estatal, el cual es competencia del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

En tal sentido, se llega a la conclusión que la autorregulación publicitaria en el Perú constituye un reto no superado, pues presenta las siguientes fallas: (i) ante un incumplimiento de lo resuelto por el CONAR, el sistema de autorregulación publicitaria no puede hacer más que sancionar internamente al asociado (posiblemente con su expulsión), pero no puede obligarlo a cumplir con lo ordenado, pues carece de poder coercitivo; (ii) falta de credibilidad del sistema; (iii) los pronunciamientos del CONAR no son vinculantes y (iv) posibilidad que los medios de comunicación incumplan con lo resuelto por el CONAR.

CONTENIDO:

- i. Introducción
- ii. La publicidad comercial. Definición e implicancias
- iii. La autorregulación publicitaria
- iv. Posturas a favor y en contra de la autorregulación publicitaria
- v. La autorregulación publicitaria en países de América latina y Europa
- vi. La autorregulación publicitaria en el Perú
- vii. Conclusiones
- viii. Bibliografía



La autorregulación publicitaria: ¿Desafío cumplido?

1. Introducción

El fenómeno de la autorregulación publicitaria empezó su desarrollo desde finales del siglo pasado en la mayoría de países del mundo con la finalidad de evitar una regulación excesiva estatal respecto a la materia publicitaria.

Siendo ello así, dicho fenómeno (la autorregulación publicitaria) se constituye en un mecanismo de solución de conflictos que es necesario analizar. Es por tal motivo que en el presente artículo jurídico analizaremos dicho fenómeno desde el punto de vista jurídico, por lo que es necesario empezar estableciendo lo que se debe entender por publicidad comercial, para luego ahondar en lo que significa e implica la autorregulación publicitaria, estableciendo las posturas a favor y las posturas en contra de este sistema y comparando su regulación con la de otros países de América Latina y Europa.

Finalmente, teniendo en consideración todo lo desarrollado, se abordará el tema de la autorregulación publicitaria en el Perú, considerando la realidad sociocultural de nuestro país.

2. La publicidad comercial

Para poder comprender adecuadamente en qué consiste la autorregulación publicitaria, resulta necesario desarrollar previamente el concepto de publicidad comercial.

Así, el artículo 59° inciso d) del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece que la publicidad comercial consiste en toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

En atención a la definición anterior de publicidad comercial es posible identificar sus funciones, siendo la más importante la función persuasiva, pues:

“independientemente de la forma cómo se presente, lo que busca un anuncio publicitario es convencer al potencial cliente a comprar o adquirir su producto o servicio. Con la finalidad de hacer ello, el anunciante se vale de cualquier medio: el humor, el sarcasmo, la nostalgia, la sexualidad, etcétera, buscando de este modo que el mensaje publicitario que pretende transmitir llegue al consumidor y pueda generar en él no solo la necesidad de realizar una transacción económica, sino también la fidelidad de la marca.

(...)

Además, podemos identificar la función informativa contenida en todo el anuncio publicitario. Sobre esta función se dice que aun cuando el fin de la publicidad no es informar, esta brinda información a los consumidores, sea de manera directa o indirecta.”¹

¹ RODRIGUEZ GARCÍA, Gustavo, SOSA HUAPAYA, Alex
2014 “Con licencia para anunciar. Un tratado sobre publicidad y su tratamiento legal en el Perú”. Lima:
Themis. Pp. 10 – 11

De igual modo, es importante señalar que la publicidad encuentra soporte en los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de empresa; sin embargo, su ejercicio presenta límites o restricciones fundamentados en relación a las pautas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico; es decir, en los distintos derechos, principios y valores constitucionales (artículos 58^{o2} y 59^{o3} de la Constitución).

Sobre el particular es necesario mencionar que, tanto la publicidad comercial, como “los derechos a la libertad de empresa y de expresión no pueden ser ejercidas de forma irrestricta, sino que su ejercicio debe ser acorde con las pautas establecidas en el ordenamiento jurídico. Dichas pautas significan límites a la actividad concurrencial de los agentes en el mercado, así como también importan la eventual restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales involucrados en su desarrollo, restricción que debe ser razonable acorde con los parámetros constitucionales exigidos.”⁴

Por ello, resulta indispensable que existan medios adecuados para solucionar posibles conflictos. Uno de los medios consiste en la regulación publicitaria estatal realizada por INDECOPI y la “regulación” por parte de la sociedad civil, pero también encontramos a la autorregulación publicitaria.

3. La autorregulación publicitaria

² Artículo 58°.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁴ PALOMINO ARANIBAR, Marco y GARCIA CHAVARRI, Abraham

2007 “INDECOPI ¿Censor de moralidad? Reflexiones sobre la prohibición de incitar o favorecer conductas antisociales mediante la publicidad comercial”. En Derecho & Sociedad, N° 28, año 2007. Pp. 108 y 109

Al respecto, la autorregulación publicitaria consiste en la posibilidad de que un círculo concreto de personas afines por el ejercicio de la misma actividad someta ésta a unas reglas que ellas mismas se imponen... pero ¿por qué se someterían voluntariamente a reglas que menoscabarían su libertad de actuación?

La respuesta que encontramos sobre el particular es que para que los privados puedan alcanzar sus objetivos persuasivos e informativos a través de la publicidad, éstos deberán contar con la confianza y el apoyo del consumidor. En ese sentido, si se engaña a los consumidores, éstos no volverán a realizar el acto de compra; si se les ofende, ni siquiera lo harán por primera vez. El interés a largo plazo de la industria publicitaria, ya sean anunciantes, agencias de publicidad o medios de comunicación, es el de proteger la libertad de expresión comercial, defendiendo su probidad."⁵

Es así que la falta de ética en la comunicación no perjudica sólo a quien recibe el mensaje sino a todos los que se comunican. Al quebrar la confianza en los propios mensajes se produce el ruido que más puede distorsionar y hacer fracasar la comunicación. Algo que a menudo olvidan quienes se dedican a ella profesionalmente (publicitarios, periodistas, anunciantes, relaciones públicas, etc.). Todo ello va pues en interés general de todos -aunque con mucho mayor motivo de aquellos que buscan obtener rentabilidad de los mensajes publicitarios, es decir de anunciantes, publicitarios y medios- al poder discriminar a quienes no respetan las normas éticas de la comunicación publicitaria. Y en esto consiste básicamente la función de la autorregulación: en poder distinguir y separar a quienes con sus mensajes perjudican a los demás, restaurando así la confianza general en la comunicación.⁶

⁵ European Advertising Standards Alliance (EASA)

1997 'La guía de autorregulación de EASA'. Bruselas: EASA.

⁶ Aznar, Hugo
2000

Publicidad y ética: la vía de la autorregulación. Revista Latina de Comunicación Social, 25.
<http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html>

Por tanto, el objetivo que se persigue es el de garantizar unos criterios éticos en la publicidad, contribuyendo de esta manera a asegurar la confianza del consumidor, en beneficio de todos.⁷

En este punto, luego de haber ahondado en el tema que justifica la autorregulación publicitaria, es que conviene señalar que los requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación, son los siguientes:

- “1. Agrupación voluntaria de miembros que forman la industria publicitaria.
2. La agrupación voluntaria deberá imponerse códigos de conducta que sean compatibles con las normas de carácter jurídico que regulen la materia.
3. Se debe establecer órganos de control y supervisión de la publicidad que se difunda en el mercado, el cual debe ser vinculante entre las partes
4. El sistema debe tener un carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus decisiones respecto de sus miembros.”⁸

En esa misma línea, cabe mencionar que Alex Sosa ha realizado una clasificación de tres tipos de sistemas de autorregulación:

En primer lugar, el sistema de autorregulación publicitaria puro, “este sistema de autorregulación se encuentra integrado únicamente por los anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación. En estos sistemas no existe participación alguna de outsiders”. Asimismo, señala que las tendencias actuales se alejan de este tipo de sistemas, pues los países que lo han adoptado han recibido duras críticas sobre la transparencia y credibilidad del mismo.

En segundo lugar, establece el sistema de autorregulación publicitaria negociada, en donde “la industria publicitaria, de forma voluntaria, negocia con los terceros el

⁷ European Advertising Standards Alliance (EASA)
1997 'La guía de autorregulación de EASA'. Bruselas: EASA.

⁸ PATIÑO, Beatriz.
2007 La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español. Primera edición. Barcelona:
Bosh, 2007, pp. 41-42.

desarrollo, la aplicación y el cumplimiento de los códigos de conducta” y señala que el rasgo característico es la exclusión de los terceros del sistema, como las asociaciones de consumidores o representantes del gobierno.”

4. Posturas a favor y en contra de la autorregulación publicitaria

4.1 Posturas a favor de la autorregulación publicitaria

El primero de ellas explica que este tipo de sistema no es ni bueno ni malo, sino que depende del uso que se le dé, esto es, la forma y el contexto en que se use. Por tanto, “la autorregulación es más efectiva cuando promueve la competencia y aumenta la información hacia el consumidor, sin traicionar la libertad de expresión”⁹

Por el contrario, “algunos tipos de autocontrol podrían perjudicar a los consumidores. Eso sucede cuando la autorregulación restringe la competencia mediante la publicidad, equivoca el verdadero bienestar del consumidor o reduce la información que usa el público para decidir acertadamente”¹⁰

El segundo de los argumentos a favor de los sistemas de autorregulación hace referencia a la capacidad de éstos para sustituir leyes, con las ventajas que ello puede suponer especialmente para los sectores empresariales y para el Estado. Hugo Aznar explica que los sistemas de autorregulación “cubren la distancia entre el mínimo regulador del derecho y el ideal ético exigible en la esfera de actividad social, propiciando que cada uno asuma su parte de responsabilidad en esta tarea”¹¹. De

⁹ REDONDO Ignacio y TELLIS, G. J.
2001 Estrategias de publicidad y promoción, Madrid, Addison Wesley, p. 73.

¹⁰ Maite Pellicer
2011 La autorregulación publicitaria. Posturas y Orígenes.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34625/Documento_completo.pdf?sequence=1

¹¹ AZNAR, Hugo.
1999 Comunicación responsable, Barcelona, Ariel, p. 11.

hecho, la existencia de estos sistemas permite que el derecho regule estas actividades de forma mínima y se evita, por tanto, la aparición de nuevas leyes.¹²

Derivado de lo anterior, como se evita la aparición de más regulación y, por tanto, los profesionales disponen de un mayor margen de decisión personal, son más necesarios, si cabe, estos sistemas de autorregulación. De este modo, en tanto que los sistemas de autorregulación sustituyen a las leyes en muchas ocasiones, o las evitan, es más necesaria la presencia de estos ya que se convierten en un elemento principal para poner límites a la actividad publicitaria.

Ahora bien, no es preciso sólo su existencia, sino que sean útiles socialmente. De ahí que sea necesario que se revisen los códigos para comprobar si cumplen su función real o si, en su caso, es necesario reformarlos o bien sustituirlos por leyes que sí cumplan esa función.¹³

El tercero de los argumentos gira en torno a lo que Aznar postula, que consiste en este argumento y explica que “los sistemas de autorregulación publicitaria tratan de proteger a los consumidores frente a las diversas formas de publicidad no deseable, como puede ser aquella que induce a la confusión o aquella otra que se basa en la inocencia de los niños para fomentar la venta de los productos de las empresas anunciantes”¹⁴.

El cuarto de los argumentos, planteado por Aznar, destaca el beneficio que tienen los sistemas de autorregulación para los profesionales de la publicidad. De este modo, afirma que “los códigos ayudan a defender los criterios morales internos de una profesión frente a las presiones externas”¹⁵. Es más, que estos sistemas también benefician a las empresas, ya que buscan también proteger a los anunciantes de la

¹² ibidem

¹³ ibidem

¹⁴ AZNAR, Hugo op. cit ., p.15

¹⁵ Ibidem

eventual competencia desleal de otros que, utilizando medios publicitarios incorrectos, podrían beneficiarse de ellos en detrimento de los primeros¹⁶.

Otra ventaja otorgada a los sistemas de autorregulación es su capacidad para mejorar la imagen de la publicidad. Aznar explica, de esta forma, que “los sistemas de autorregulación tienen como objetivo elevar la imagen social de la publicidad, concienciando al público sobre la contribución de ésta al desarrollo económico y al bienestar social”¹⁷

4.2 Posturas en contra de la autorregulación publicitaria.

Tras conocer los argumentos a favor de la autorregulación publicitaria, debemos conocer los argumentos contrarios a ella, que se basan en una idea fundamental: su ineficacia. Ésta sería la parte negativa de estos sistemas y la causa fundamental de la crítica a los mismos, como bien apunta Aznar. El autor explica que “dado el nivel de generalidad del contenido de los códigos, éstos acaban sirviendo de poco. Cuando llega el momento, las interpretaciones de sus artículos permiten que, prácticamente, cualquier conducta resulte admisible. (...) En todo caso, cuando se producen interpretaciones que no coinciden, eso mismo puede servir de ocasión y motivo para un debate público en torno a los hechos y al contenido del código”¹⁸.

Como conclusión, podemos afirmar que estas ventajas son reales o mejor dicho que pueden ser reales siempre y cuando los sistemas de autorregulación, materializados a través de códigos éticos, sean realmente completos y útiles. Lo cierto es que en nuestro análisis hemos podido constatar que no todos lo son. Por tanto, lo importante no es en sí la existencia de códigos éticos, sino su utilidad real. Esa utilidad con principios reales y concretos que regulen la actividad publicitaria permitirá que se

¹⁶ Maite Pellicer

2011 La autorregulación publicitaria. Posturas y Orígenes. Consulta: 10 de octubre de 2017
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34625/Documento_completo.pdf?sequence=1

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem

beneficien de ellos tanto empresas, profesionales y consumidores y que estos códigos eviten leyes. De esta idea se deriva la crítica principal que reciben: su ineficacia. De esta forma, si la industria publicitaria quiere conseguir con los sistemas de autorregulación todas las ventajas planteadas, deben combatir su ineficacia actual y luchar para que los beneficios sociales que pueden y deben producir sean compatibles con su actividad económica. Esto se consigue estableciendo unos principios concretos y que regulen realmente la actividad y no estableciendo principios generales y, en muchas ocasiones, hasta contradictorios, como pudimos observar.

5. La autorregulación publicitaria en países de América latina y Europa¹⁹

“Aunque la autorregulación de la publicidad no es un fenómeno nuevo, sí que está de plena actualidad.

El primer código ético de la publicidad de importancia fue creado por la Cámara de Comercio Internacional en 1937 - Francia - y, con varias modificaciones y ampliaciones, sigue vigente hoy y ha constituido un punto de referencia obligado en las diferentes iniciativas de autorregulación.

Desde entonces han sido muchos los países que han puesto en práctica medidas y mecanismos de autorregulación de la publicidad. Aunque al principio fueron sobre todo EE.UU., Gran Bretaña y otros países del Norte de Europa los que los crearon, hoy son comunes en muchos otros países.

El proceso de unidad económica y política de Europa ha fomentado estos últimos años las iniciativas para promover la autorregulación de la publicidad. Ejemplo de ello fue la creación en Bruselas en 1992 de la European Advertising Standards Alliance (EASA), que reúne a todas las organizaciones de autorregulación de la publicidad de Europa y cuenta en la actualidad con 27 miembros procedentes de 24

¹⁹ Aznar, Hugo
2000

Publicidad y ética: la vía de la autorregulación. Revista Latina de Comunicación Social, 25.
<http://www.revistalatinacs.org/aa2000yen/148hugoaznar.html>

países, todos europeos más Sudáfrica y Nueva Zelanda. También en otros lugares se están promoviendo este tipo de iniciativas internacionales (en justa correspondencia con la importancia que ha alcanzado la publicidad), como es el caso de la Sociedad Interamericana para la Libertad de Expresión Comercial (SILEC) en Latinoamérica.

En España, ha sido la creación de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP), en 1996, la que ha supuesto un salto cualitativo fundamental en la autorregulación publicitaria al reunir a los principales anunciantes, medios y agencias de publicidad españoles. La aprobación de varios códigos y la puesta en marcha de un jurado independiente han sido sus medidas más destacadas.

Pero no es la única iniciativa. La antigua AGMD, hoy Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD), realiza también desde hace años una destacada labor autorreguladora en el ámbito del marketing, la publicidad directa y otros conexos. También la Asociación Española de Estudios de Mercado, Marketing y Opinión (AEDEMO) ha prestado especial atención a las cuestiones éticas relacionadas con estas actividades, aplicando al ámbito español los códigos de la European Society for Opinion and Marketing Research Association (ESOMAR), cuyos primeros códigos sobre estudios de mercado datan de 1948.

En una sociedad y un mercado cada vez más complejos el papel de la autorregulación de la publicidad cobra una importancia creciente, por lo que cada día va a ser más necesaria e imprescindible. No es pues un fenómeno pasajero. Lo que ahora hace falta es que su labor se deje notar por todos.”

5.2 La autorregulación publicitaria en el Perú

Una vez definido y descrito el sistema de autorregulación publicitaria y habiendo analizado sus beneficios y desventajas en un ámbito macro, corresponde analizar la

situación actual de los sistemas de autorregulación en el Perú y si en nuestra sociedad se presentan los mismos beneficios y desventajas antes desarrollados.

En ese sentido, resulta necesario mencionar que hasta antes del 2010, el sistema de autorregulación publicitaria peruano fue un sistema que trató de configurarse como un sistema alternativo a la regulación de la publicidad estatal, siendo reconocido – y solo de manera referencial – por algunos pronunciamientos del INDECOPI, en los que se señalaba que la regulación del buen gusto o la afectación a las buenas costumbres de la publicidad no correspondía a la Administración Pública, sino a los propios consumidores –a través de su preferencia o repudio – y a los sistema de autorregulación. Sin embargo, esto ha cambiado a partir de la aprobación y publicación de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, Código de Consumo), que en su artículo VI.6 el Estado Peruano reconoce como política pública el fomento de los sistemas de autorregulación, como podemos apreciar a continuación:

Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo VI.- Políticas Públicas

(...)

6. El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y soluciones directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; Asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la solución de conflictos y reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos.

Como podemos apreciar del artículo citado, actualmente, el Estado reconoce y busca promover sistemas que garanticen mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores, como es la autorregulación.

Así las cosas, en el Perú, el CONAR es el sistema de autorregulación privado creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV), con la finalidad de promover entre sus asociados el correcto uso de la publicidad comercial a través del respeto a un conjunto de principios básicos denominados de legalidad, decencia, veracidad y lealtad, en beneficio de los consumidores y de la leal competencia en el mercado, los cuales se encuentran establecidos en el Código de Ética Publicitaria (código de conducta).

Respecto al Código de Ética Publicitaria, se establece que “es un código de conducta compatible (se supone) con la norma que regula la publicidad en el Perú y ha sido elaborado por los miembros que conforman el CONAR con la finalidad de fomentar el desarrollo de la industria publicitaria a través de la autorregulación. Sus normas son aplicables para todos los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de comunicación, así no estuvieran asociados al CONAR o a los gremios que la conforman”²⁰.

Sobre el particular, el Código de Ética Publicitaria se encuentra estructurado de la siguiente manera, tal como lo muestra Alex Sosa, al señalar que dicho Código:

“se divide en cuatro (4) títulos como podemos apreciar a continuación:

- Títulos I y II: Disposiciones y principios generales
Como disposiciones generales, se establecen el objeto y ámbito de aplicación de la norma de conducta, definiciones de términos relacionados

²⁰ SOSA HUAPAYA, Alex

2011 El siguiente paso: La corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria”. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Tesis. Pp. 19 . Consulta: 22 de junio de 2017.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1534>

con la publicidad, los criterios para analizar la publicidad y la responsabilidad de los sujetos que intervienen en la elaboración y difusión de la publicidad comercial. Respecto a los principios generales encontramos los siguientes:

1. Principio de leal competencia: A través de este principio se dispone que los anunciantes tienen el deber de respetar la libre y leal competencia mercantil, en particular, evitando la confusión y la denigración en la publicidad.
2. Principio de decencia: Este principio, se encuentra contenido en los artículos 8º, 9º, 10º y 11º del Código de Ética. Todos ellos, dirigidos a regular la publicidad de acuerdo a la moral y las buenas costumbres.
3. Principio de legalidad: Este principio se conforma por un solo artículo, a través del cual se dispone que la publicidad debe respetar la constitución y las leyes, señalándose además, que, de existir conflicto entre la Ley y el Código de Ética, se preferirá a la Ley. Sin embargo, en virtud de que dicho código se encuentra constituido por normas auto impuestas, no existe impedimento para una interpretación más severa por parte del CONAR .
4. Principio de veracidad: A través de este principio se dispone que los anuncios no deberán inducir a error a los consumidores respecto a:
 - La naturaleza, características, riesgos, atributos, composición, método y fecha de fabricación, idoneidad para los fines que pretende cubrir, amplitud de uso, cantidad, origen comercial o geográfico de los productos anunciados;
 - El valor del producto, las condiciones de venta y el precio total que efectivamente deberá pagarse;
 - Entrega, cambio, devolución, reparación y mantenimiento;
 - Condiciones de la garantía;

- Derechos de autor y derechos de propiedad industrial, como patentes, marcas registradas, diseños y modelos, nombres comerciales;
- Reconocimiento oficial o aprobación, entrega de medallas, premios y diplomas. Los avisos no deben hacer mal uso de los resultados de investigaciones o citas de literatura técnica y científica. Las estadísticas no deben presentarse insinuando mayor validez que la que realmente tienen, conforme a la documentación de respaldo pertinente. Los términos científicos no deben ser mal usados; no debe utilizarse un lenguaje científico e irrelevancias de manera que lo que se dice parezca tener una base científica que no tiene.

- Título III: Formatos y otras modalidades publicitarias: que los anuncios deben ser claramente identificables por los consumidores como tales. Por lo que los anuncios que tengan la forma de reportaje, artículo, nota, texto, leyenda, deberá ser claramente identificado por el anunciante como publicidad comercial.

Adicionalmente, se dispone que cuando se trate de promociones limitadas en cuanto a su cantidad o período de vigencia, se deberá informar en los anuncios de manera clara y fácilmente accesible la cantidad de unidades y el período de vigencia de la promoción.

Asimismo, el Código de Ética dispone que la publicidad testimonial debe ser difundida por los testigos con su autorización previa por escrito y basarse en experiencias reales y recientes vinculadas al bien o servicio anunciado. Asimismo, dispone que la publicidad testimonial no debe inducir a error acerca de las características reales y atributos del bien o servicio anunciado.

Finalmente, Se dispone que las comparaciones en la publicidad serán válidas siempre que se confronten de modo objetivo características verificables de bienes y servicios, y que:

1. No sea engañosa.

2. No pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o servicios del anunciante y los de su competidor.

3. No cause descrédito, denigración o menosprecio al competidor, sus productos o servicios. 4. No tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor. Asimismo, señala que toda comparación debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Es decir, aquellos a partir de los cuales los consumidores determinan su decisión de compra.

- Título IV: Publicidad y menores de edad: se busca que los anunciantes eviten difundir publicidad comercial que se aproveche de la credibilidad e inexperiencia infantil, así como se exige que los anunciantes sean respetuosos de la integridad física, mental y moral de los menores de edad.”²¹

Adicionalmente, cabe precisar que la importancia de los códigos de conducta de los sistemas de autorregulación radica en que pueden ser más restrictivos que las disposiciones contenidas en la norma legal que regula la materia, pero nunca pueden contener normas más flexibles.²²

Siendo ello así, resulta necesario verificar si el CONAR cumple con los cuatro requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación antes señalados; por lo que, siguiendo lo señalado por Alex Sosa Huapaya, señalamos lo siguiente:

- a) En relación al agrupación voluntaria de miembros que forman la industria publicitaria:

²¹ íbidem.

²² íbidem.

El CONAR nace de una *agrupación voluntaria* de miembros que concurren en la industria publicitaria, lo cual, se condice con la propia naturaleza de los sistemas de autorregulación en sentido estricto, todavez que se trata de un sistema de regulación privada llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, normas de conducta en materia publicitaria a través de órganos de control, que serán los encargados de hacerlas cumplir. Ahora bien, decimos que el CONAR nace de una agrupación voluntaria, toda vez que este sistema privado fue creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANANDA), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV).

- b) La agrupación voluntaria deberá imponerse códigos de conducta que sean compatibles con las normas de carácter jurídico que regulen la materia y que debe ser vinculante entre las partes.

Una vez agrupado el conjunto de miembros con el objetivo de crear un sistema de autorregulación publicitaria y establecido un órgano de control independiente de las empresas que concurren en la industria publicitaria, es necesario que este grupo se imponga normas de cumplimiento obligatorio, las cuales, conforme hemos señalado, nacerán de un proceso autónomo de creación “normativa” por parte de los sujetos que conforman el sistema.

En principio, a estas normas se les atribuye una connotación ética a fin de diferenciarlas de las normas jurídicas, diferencia que se manifiesta en su propia naturaleza. En efecto, por un lado, como bien sabemos, el creador de una norma jurídica es el poder legislativo

estatal, comunitario o internacional. La norma jurídica se caracteriza por la imperatividad, generalidad y coercibilidad. Por otro, la norma de conducta se caracteriza por ser voluntaria, la cual será únicamente vinculante para los que

se adhieren al sistema, no obstante, también podrán ser aplicadas por algunos sistemas de autorregulación a agentes económicos no adheridos al mismo. El Código de Ética Publicitaria es un código de conducta compatible con las normas que regulan la publicidad en el Perú y ha sido elaborado por los miembros que conforman el CONAR con la finalidad de fomentar el desarrollo de la industria publicitaria a través de la autorregulación.

En efecto, decimos que el Código de Ética Publicitaria es compatible con las normas que regulan la materia debido a que su estructura se realiza sobre la base de los mismos principios publicitarios contenidos en la LRCD (veracidad, lealtad, legalidad, autenticidad y adecuación social o principio de decencia, como lo llama el CONAR), así como también contiene disposiciones sobre la publicidad dirigida a menores y las promociones comerciales, siguiendo la regulación específica que recae sobre la publicidad del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

- c) Se debe establecer órganos de control que apliquen el mencionado código y supervisen la publicidad que se difunda en el mercado.

Respecto a los órganos de control, estos se encuentran conformados por profesionales que resolverán los conflictos publicitarios que se presenten ante el CONAR y fiscalizarán de oficio la publicidad difundida por los miembros del sistema, aplicando los códigos de conducta auto impuestos. Estos órganos de control son la Comisión Permanente de Ética (primera instancia) y el Tribunal (segunda).

Ahora bien, en relación con las personas que pueden formar parte de estos órganos de control, es importante diferenciar dos tipos de grupos, que son los que van a distinguir la especie de sistema de autorregulación. Por un lado, tenemos a los sujetos que participan activamente en la industria publicitaria, realizando, creando, preparando, ejecutando y difundiendo la publicidad; y por otro, los

sujetos que participan de manera pasiva en la industria publicitaria, los cuales, si bien no participan del proceso publicitario, sin su existencia, la publicidad no tendría absolutamente ningún sentido, pues son, en su mayoría, los receptores de la publicidad y sobre quienes recae la función persuasiva de la misma. Asimismo, son quienes la fiscalizan —de acuerdo a las normas que regulan la materia— desde la función pública o privada, respectivamente.

De hecho, los grupos descritos se complementan, pues la existencia del grupo que participa activamente necesita del otro grupo, ya que sin ellos nunca pondrían en funcionamiento todo el mecanismo imprescindible para la existencia de la actividad publicitaria.

- d) El sistema debe tener un carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus decisiones respecto de sus miembros.

Las sanciones que puede imponer el CONAR, como la mayoría de sistemas de autorregulación, no son pecuniarias. Se trata de sanciones morales que pueden ser públicas o privadas, las cuales, en la práctica, pueden generar en los anunciantes mayores desincentivos a cometer infracciones sancionadas por los códigos de conducta que una fuerte sanción económica.

Los anunciantes, que por lo general realizan campañas publicitarias fuertes (que normalmente generan efectos relevantes en el mercado y consumidores), son los que, en su mayoría, poseen elevadas cuotas de mercado en los sectores en los que se desenvuelven, toda vez que el anunciar por medios de comunicación de gran difusión, como es la radio y televisión, implica una inversión elevada para el anunciante, la cual solo va a poder asumir si se trata de una empresa con cierto grado de poder económico. Esto lo podemos constatar con las “guerras publicitarias” que usualmente se suscitan en el mercado, pues estas normalmente se desarrollan entre agentes ya implantados con una importante cuota de mercado.

Así, las sanciones que interpone el CONAR ante el incumplimiento de lo dispuesto en el Código de Ética Profesional son evaluadas respecto a la gravedad de la infracción, y son las siguientes de acuerdo al artículo 22 del Código de Procedimientos del CONAR:

- a. Amonestación escrita dirigida al domicilio procesal.
- b. Amonestación por escrito dirigida a la presidencia de directorio o su equivalente de la empresa denunciada, sin perjuicio de la correspondiente notificación en el domicilio procesal determinado.
- c. Amonestación por escrito dirigida a la casa matriz nacional (de ser aplicable), sin perjuicio de la correspondiente notificación en el domicilio procesal determinado.
- d. Amonestación por escrito dirigida a la casa matriz regional (de ser aplicable), sin perjuicio de la correspondiente notificación en el domicilio procesal determinado.
- e. Amonestación por escrito dirigida a la casa matriz mundial (de ser aplicable), sin perjuicio de la correspondiente notificación en el domicilio procesal determinado.
- f. Amonestación pública dirigida a los asociados gremiales que conforman el CONAR y además, de ser el caso, a la industria o gremio al que pertenece el denunciado; sin perjuicio de la notificación correspondiente al domicilio procesal.
- g. Amonestación pública a través de medios de comunicación; sin perjuicio de la notificación correspondiente al domicilio procesal.

Adicionalmente a las sanciones públicas o privadas, el CONAR impone medidas complementarias que tienen la finalidad de corregir la distorsión que los anuncios infractores pueden generar en el mercado, las cuales pueden ser las siguientes:

- a. Retirar o cesar definitivamente la difusión de las partes infractoras del anuncio.
- b. Retirar o cesar definitivamente la difusión del anuncio.
- c. Publicar avisos rectificatorios de la publicidad materia de la infracción.
- d. Cualquier otra medida que tenga por finalidad corregir los efectos de la infracción.

Asimismo, los agentes miembros del sistema tienen como obligación el cumplimiento de lo dispuesto en los códigos de conducta de la asociación a la cual pertenecen, por lo que no podrían oponerse a la interposición de una sanción pública, así como tampoco a alguna medida complementaria que ordene el cese de la difusión del anuncio infractor.

Frente a lo señalado en el párrafo anterior, la pregunta cae por su propio peso: ¿cómo el sistema de autorregulación puede asegurar el cumplimiento de sus sanciones y medidas complementarias si no cuenta con el poder coercitivo del Estado? Es aquí donde destacamos la importancia de la participación de los medios de comunicación —a través de la SNRTV— en el CONAR.

La mencionada importancia radica en el hecho de que, conforme al Código de Procedimientos del CONAR, los medios de comunicación tienen la obligación de hacer cumplir las disposiciones del CONAR, colaborando de esta manera con la eficacia de las disposiciones que emita, haciéndolas cumplir en su totalidad en el plazo de tres días hábiles de notificada.

En esa línea, se sostiene que la participación de los medios de comunicación hace que el CONAR sea un sistema eficaz, incluso sin poseer la fuerza coercitiva del Estado. Y esto es posible gracias a que la SNRT, que reúne a los medios de comunicación más importantes del país, es uno de los gremios fundadores del sistema de autorregulación publicitaria peruano.

Por tanto, en relación a las sanciones que puede imponer el CONAR, podemos mencionar que no son pecuniarias, sino que se tratan de sanciones morales que pueden ser públicas o privadas. Las cuales, en la práctica, pueden generar en los anunciantes mayores desincentivos a cometer infracciones sancionadas por los códigos de conducta que una fuerte sanción económica, pues resultara más perjudicial para las empresas una sanción moral pública que afecta directamente su reputación o imagen comercial (lo cual sí puede generarle una consecuencia negativa grave como es la desconfianza de los consumidores frente a sus productos o servicios) que una simple sanción pecuniaria, que en muchos casos les resulta fácil de cumplir y luego seguir cometiendo las mismas infracciones. Adicionalmente, en relación a la efectividad de las sanciones, resulta de gran importancia los medios de comunicación debido a que tienen la obligación de hacer cumplir las disposiciones del CONAR sin importar el consentimiento del agente infractor. Así, vemos que la participación de los medios de comunicación en la eficacia de los pronunciamientos del CONAR es importantísima y garantiza de gran forma el cumplimiento de sus resoluciones.²³

Así, algunas características adicionales del sistema de autorregulación peruano son las siguientes:

“La celeridad: los procedimientos en el CONAR han sido diseñados para culminarse en ambas instancias en un máximo de 33 días útiles. Además, cabe señalar que su Código de Procedimientos establece que las solicitudes de medidas cautelares deben resolverse en 3 días útiles.

Prevención de infracciones: el CONAR a través del servicio de COPY ADVICE emite dictámenes acerca de la posibilidad de infracción de anuncios publicitarios previamente a su difusión.

Fomento de conciliación: los procedimientos del CONAR cuentan con audiencias de conciliación a fin de que las partes lleguen a un acuerdo.

²³ ibídem

En el periodo 2009-2013, se logró conciliar el 20% de sus procedimientos.”²⁴

Ahora bien, cabe señalar que si bien el CONAR resulta hasta el momento un sistema efectivo, pues las sanciones que impone son cumplidas por los medios de comunicación, también es cierto que presentan ciertos vacíos o fallas que pueden suceder en la práctica.

Así, siguiendo lo señalado por Alex Sosa²⁵, se advierten las siguientes fallas:

1. El caso que el medio de comunicación decida incumplir con lo dispuesto por el CONAR.

Al respecto, el sistema de autorregulación publicitaria no puede hacer más que sancionar internamente al asociado, posiblemente con su expulsión, pero no puede obligarlo a cumplir con lo ordenado, pues carece de poder coercitivo. Ello resulta ser una de las más importantes debilidades pues ataca la característica o beneficio más importante de la autorregulación publicitaria, que consiste en garantizar el cumplimiento de todas las resoluciones del CONAR.

Dicho esto, nos queda claro que el cumplimiento de los pronunciamientos del CONAR no es cien por ciento eficaz como muchas veces se ha comentado, pues basta que los medios de comunicación miembros o no miembros no deseen cumplir con lo ordenado para que el anuncio infractor siga difundándose sin que el sistema de autorregulación pueda hacer algo adicional para hacer cumplir su medida complementaria.

²⁴ ASOCIACIÓN LA LIBRE COMPETENCIA
2014 LA LIBRE COMPETENCIA: Autorregulación o regulación en la publicidad ¿he ahí el dilema? Consulta: 05 de julio de 2017
<https://lalibrecompetencia.com/2014/04/29/autorregulacion-o-regulacion-en-la-publicidad-he-ahi-el-dilema/>

²⁵ SOSA, Alex op. Cit. P. 5 y 6

2. La falta de credibilidad del sistema

Ello debido a que se trata de un sistema de autorregulación cuyos órganos resolutivos y de control se encuentran conformados por miembros de la propia industria publicitaria, lo cual, deja la impresión en la sociedad de que este sistema podría tener como finalidad la protección de sus miembros frente a la regulación estatal²⁶

3. Los pronunciamientos del CONAR no son vinculantes

En tal sentido, así exista una obligación (por parte de los miembros) al cumplimiento de los mismos, estos pueden fácilmente incumplir con dichas disposiciones, estando sujetos solo a sanciones internas que podrían solucionarse con la renuncia al sistema.

4. El uso de los medios de comunicación como herramienta de cumplimiento de sus disposiciones

Al respecto, si bien hasta el momento no ha presentado inconvenientes, lo cierto es que puede fallar en la medida que la obligación que tienen estos de cumplir con los pronunciamientos del CONAR es solo a manera de compromiso con el sistema, por lo que, podrían incumplir con estas disposiciones sin que exista más que sanciones internas, con lo que se tornaría el sistema en ineficiente, pues ante un incumplimiento de este tipo, un anuncio declarado infractor por el CONAR podría seguir difundiéndose en el mercado sin que no exista mayor opción que recurrir a la agencia de competencia.²⁷

²⁶ SOSA HUAPAYA. Ob. Cit. Pp. 6

²⁷ SOSA HUAPAYA. Ob. Cit. Pp. 26

En tal sentido, es preciso señalar que si bien en la actualidad en sistema de autorregulación publicitaria en el Perú es importante y, en general, funciona adecuadamente por la voluntad misma de los privados, no resulta ser más beneficiosa o efectiva que el sistema de sanciones del Estado representado por INDECOPI, toda vez que aun existen inconvenientes o problemas como los desarrollados a lo largo del presente artículo.



CONCLUSIONES

1. La publicidad comercial consiste en toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco

de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

2. Resulta indispensable que existan medios adecuados para solucionar posibles conflictos. Uno de los medios consiste en la regulación publicitaria estatal realizada por INDECOPI y la “regulación” por parte de la sociedad civil, pero también encontramos a la autorregulación publicitaria.
3. La autorregulación publicitaria consiste en la posibilidad de que un círculo concreto de personas afines por el ejercicio de la misma actividad someta ésta a unas reglas que ellas mismas se imponen y cuyo objetivo es el de garantizar unos criterios éticos en la publicidad, contribuyendo de esta manera a asegurar la confianza del consumidor, en beneficio de todos.
4. Los requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación, son los siguientes:
 - “1. Agrupación voluntaria de miembros que forman la industria publicitaria.
 2. La agrupación voluntaria deberá imponerse códigos de conducta que sean compatibles con las normas de carácter jurídico que regulen la materia.
 3. Se debe establecer órganos de control y supervisión de la publicidad que se difunda en el mercado, el cual debe ser vinculante entre las partes
 4. El sistema debe tener un carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus decisiones respecto de sus miembros.”
5. El Estado reconoce y busca promover sistemas que garanticen mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores, como es la autorregulación.
6. En el Perú, el CONAR es el sistema de autorregulación privado creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV), con la finalidad de promover entre sus asociados el correcto uso de la publicidad comercial a través del respeto a un conjunto de principios básicos denominados de legalidad,

decencia, veracidad y lealtad, en beneficio de los consumidores y de la leal competencia en el mercado, los cuales se encuentran establecidos en el Código de Ética Publicitaria (código de conducta).

7. Los códigos de conducta de los sistemas de autorregulación radica en que pueden ser más restrictivos que las disposiciones contenidas en la norma legal que regula la materia, pero nunca pueden contener normas más flexibles.
8. En relación a las sanciones que puede imponer el CONAR, podemos mencionar que no son pecuniarias, sino que se tratan de sanciones morales que pueden ser públicas o privadas. Las cuales, en la práctica, pueden generar en los anunciantes mayores desincentivos a cometer infracciones sancionadas por los códigos de conducta que una fuerte sanción económica, pues resultara más perjudicial para las empresas una sanción moral pública que afecta directamente su reputación o imagen comercial (lo cual sí puede generarle una consecuencia negativa grave como es la desconfianza de los consumidores frente a sus productos o servicios) que una simple sanción pecuniaria, que en muchos casos les resulta fácil de cumplir y luego seguir cometiendo las mismas infracciones.
9. La autorregulación en el Perú constituye un reto no superado pues presenta fallas como (i) que, ante un incumplimiento de lo resuelto por el CONAR, el sistema de autorregulación publicitaria no puede hacer más que sancionar internamente al asociado (posiblemente con su expulsión), pero no puede obligarlo a cumplir con lo ordenado, pues carece de poder coercitivo; (ii) falta de credibilidad del sistema; (iii) los pronunciamientos del CONAR no son vinculantes; (iv) posibilidad que los medios de comunicación incumplan con lo resuelto por el CONAR.

BIBLIOGRAFIA:

1. RODRIGUEZ GARCÍA, Gustavo, SOSA HUAPAYA, Alex
2014 “Con licencia para anunciar. Un tratado sobre publicidad y su tratamiento legal en el Perú”. Lima: Themis. Pp. 10 – 11.
2. PALOMINO ARANIBAR, Marco y GARCIA CHAVARRI, Abraham

- 2007 “INDECOPI ¿Censor de moralidad? Reflexiones sobre la prohibición de incitar o favorecer conductas antisociales mediante la publicidad comercial”. En Derecho & Sociedad, N° 28, año 2007. Pp. 108 y 109
3. European Advertising Standards Alliance (EASA)
1997 'La guía de autorregulación de EASA'. Bruselas: EASA.
4. Aznar, Hugo
2000 Publicidad y ética: la vía de la autorregulación. Revista Latina de Comunicación Social, 25.
<http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html>.
5. PATIÑO, Beatriz.
2007 La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español. Primera edición. Barcelona: Bosh, 2007, pp. 41-42.
6. REDONDO Ignacio y TELLIS, G. J.
2001 Estrategias de publicidad y promoción, Madrid, Addison Wesley, p. 73.
7. Maite Pellicer
2011 La autorregulación publicitaria. Posturas y Orígenes.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34625/Documento_completo.pdf?sequence=1
8. AZNAR, Hugo
1999 Comunicación responsable, Barcelona: Ariel, p. 11.
9. SOSA HUAPAYA, Alex
2011 El siguiente paso: La corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria”. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Tesis. Pp. 19 . Consulta: 22 de junio de 2017.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1534>
10. ASOCIACIÓN LA LIBRE COMPETENCIA
2014 LA LIBRE COMPETENCIA: Autorregulación o regulación en la publicidad ¿he ahí el dilema? Consulta: 05 de julio de 2017
<https://lalibrecompetencia.com/2014/04/29/autorregulacion-o-regulacion-en-la-publicidad-he-ahi-el-dilema/>