



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y
DE LA COMPETENCIA**

**“EL SIGUIENTE PASO: LA CORREGULACIÓN COMO
EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN
PUBLICITARIA”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho presentada
por Alex Sosa Huapaya**

**Lima – Perú
Diciembre - 2011**

A mis padres, por la motivación y
apoyo de toda una vida.



INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ

1. ¿QUÉ ES UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN? EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA.....	10
2. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ: EL CONSEJO NACIONAL DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA – CONAR.....	16
2.1. LA COMISIÓN PERMANENTE DE ÉTICA.....	20
2.2. LA JUNTA DIRECTIVA.....	21
2.3. EL DIRECTOR EJECUTIVO.....	22
2.4. SECRETARIOS TÉCNICOS.....	25
2.5. CLASIFICACIÓN DEL CONAR DE ACUERDO A LA INCLUSIÓN DE OUTSIDERS EN SU SISTEMA.....	25
3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA: EL CÓDIGO DE ÉTICA PUBLICITARIA DEL CONAR.....	26
3.1. TÍTULOS I Y II: DISPOSICIONES Y PRINCIPIOS GENERALES.....	27
3.2. PRINCIPIO DE LEAL COMPETENCIA.....	29
3.3. PRINCIPIO DE DECENCIA.....	30
3.4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	32
3.5. PRINCIPIO DE VERACIDAD.....	32
3.6. FORMATOS PUBLICITARIOS: PROMOCIONES.....	34
3.7. FORMATOS PUBLICITARIOS: PUBLICIDAD TESTIMONIAL.....	34
3.8. FORMATOS PUBLICITARIOS: PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	34
3.9. PUBLICIDAD Y LOS MENORES DE EDAD.....	35
4. MECANISMOS DE SANCIÓN Y MEDIDAS COMPLEMENTARIAS.....	36
5. LA IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN PERUANO.....	49
6. EL CONAR Y EL INDECOPI. PROCEDIMIENTOS PARALELOS – ¿ <i>NOM BIS IN IDEM</i> ?.....	40
7. CUANDO EL CONAR CONCURRE EN EL MERCADO: EL SERVICIO DENOMINADO “COPY ADVICE”.....	42
8. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN EN EL PERÚ: EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LA PROMOCIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO.....	43
9. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EUROPA Y ESPAÑA. MENCIÓN A LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL ESPAÑOLA.....	45
10. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL MUNDO: THE EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE (EASA).....	50
11. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN LATINOAMÉRICA: RED LATINOAMERICANA DE ORGANISMOS DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA (CONARED).....	51
12. CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA.....	51

CAPÍTULO II

LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. LOS ACTOS DE COLUSIÓN RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA. SISTEMA EUROPEO, ESPAÑOL, NORTEAMERICANO Y PERUANO.....	54
1.1. LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	54
1.2. LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.....	62
1.3. LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS.....	63
1.4. LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA EN PERÚ.....	64
2. CONFLICTOS SUSCITADOS EN EUROPA Y ESPAÑA ENTRE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y LAS NORMAS QUE REGULAN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	68
2.1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA.....	69

2.2. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ DE COLABORACIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL CONAR. ¿CONCERTACIÓN PARA AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA?.....	73
2.3. EL “COPY ADVICE” Y LA LIBRE COMPETENCIA: EXPERIENCIA ESPAÑOLA.....	77
3. LA SANCIÓN PÚBLICA: ¿UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE ACTO DE DENIGRACIÓN? LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE MADRID DEL 24 DE MAYO DE 2004.....	79

CAPÍTULO III

LA CORREGULACIÓN PUBLICITARIA

1. EL SISTEMA MIXTO DENOMINADO “CORREGULACIÓN”.....	88
2. IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE CORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ.....	92
3. RECONOCIMIENTO DEL CONAR POR PARTE DEL ESTADO.....	95
3.1. PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL CONAR.....	95
3.2. APROBACIÓN DE CÓDIGOS DE CONDUCTA POR LA AGENCIA DE COMPETENCIA.....	100
3.2.1. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD: LA SALA PLENA DEL TRIBUNAL DEL INDECOPI.....	102
3.2.2. EL CÓDIGO DE ÉTICA PUBLICITARIA Y LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. ¿NECESIDAD DE UN CAMBIO PARA QUE SE PUEDA APLICAR UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN?.....	102
3.2.2.1. ACTOS DE ENGAÑO / PRINCIPIO DE VERACIDAD.....	103
3.2.2.2. ACTOS DE CONFUSIÓN / CONFUSIÓN.....	105
3.2.2.3. ACTOS DE DENIGRACIÓN / DENIGRACIÓN.....	107
3.2.2.4. ACTOS DE COMPARACIÓN / PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	110
3.2.2.5. ACTOS DE EQUIPARACIÓN / PUBLICIDAD ADHESIVA.....	113
3.2.2.6. ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD / AUTENTICIDAD.....	115
3.2.2.7. ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / LEGALIDAD.....	116
3.2.2.8. ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL / DECENCIA.....	118
3.2.2.9. PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES DE EDAD / PUBLICIDAD Y LOS MENORES DE EDAD.....	119
3.2.2.10. PRINCIPIO DE LEGALIDAD-PROMOCIONES / PROMOCIONES.....	120
3.3. ANÁLISIS DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA: LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI.....	121
4. LOS BENEFICIOS AL MERCADO DERIVADOS DE UN EVENTUAL SISTEMA DE CORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ.....	126
5. IMPOSICIÓN DE SISTEMA DE RECLAMACIÓN PREVIA A LOS MIEMBROS DEL CONAR A TRAVÉS DE DISPOSITIVO LEGAL.....	136
6. EL COPY ADVICE EN EL SISTEMA DE CORREGULACIÓN PROPUESTO.....	138
7. EJECUCIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONAR.....	138
8. EL CARÁCTER INAPELABLE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONAR.....	139
 CONCLUSIONES.....	 142
 BIBLIOGRAFÍA.....	 152

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la autorregulación publicitaria viene desarrollándose desde finales del siglo pasado en la mayoría de países del mundo, empero, este desarrollo ha sido accidentado. Muchos de estos sistemas se crearon con la finalidad de evitar una mayor regulación estatal respecto a la materia publicitaria logrando con ello muchos cuestionamientos por parte de la sociedad respecto a la transparencia de su funcionamiento. Así, podemos apreciar que sistemas de autorregulación publicitaria actualmente maduros como el español, tuvieron que reinventarse varias veces debido a los diversos cuestionamientos que tuvo desde su creación¹.

En el Perú, desde el año 1997 contamos con un sistema de autorregulación publicitaria (denominado Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria – CONAR) que en su primera década de existencia pasó prácticamente desapercibida como alternativa de solución extrajudicial de conflictos en materia publicitaria, teniendo como promedio de uno a tres casos por año. Ello, debido a que los usuarios consideraban dicho sistema como uno de solución de conflictos “éticos” o de “decencia” en materia publicitaria, llevando de esta manera ante sus fueros, solo denuncias de anuncios que podrían resultar de “mal gusto” o contrarios a la moral y buenas costumbres, no obstante de que dicho sistema cuenta desde su creación con un código de conducta (denominado Código de Ética Publicitaria) que regula los principios básicos de la publicidad comercial, como son el principio de veracidad, de lealtad, legalidad y autenticidad.

Desde finales del año 2009, este sistema ha tomado un mayor protagonismo y ha empezado a ser considerado como un verdadero sistema alternativo al INDECOPI, llevándose de esta manera ante sus fueros, varios casos respecto a temas sustantivos de regulación publicitaria distintos a los consistentes a temas éticos o de decencia. Esto, debido a la reestructuración y difusión del sistema, lo cual ha llevado que en la actualidad, un buen número de empresas anunciantes pertenecientes a los gremios que conforman el CONAR resuelvan sus conflictos ante dicho sistema.

El terreno que viene ganando el CONAR como un sistema extrajudicial de solución de conflictos, se debe a que las principales características de este sistema son la

¹ DE LA CUESTA RUTE, José María. *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. – EUNSA, 2002, Pp. 246 – 248.

celeridad en la resolución de procedimientos y la eficacia en el cumplimiento de sus pronunciamientos. Y es que el CONAR hace uso de los medios de comunicación asociados al sistema como mecanismo para garantizar ello. Así, si sus órganos resolutivos ordenan, por dar un ejemplo, el cese de la difusión del anuncio infractor, dicha disposición no solo será comunicada a la parte infractora, sino también a los medios de comunicación en los que se venga difundiendo el anuncio, los cuales tendrán la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado por el CONAR, así sea sin el consentimiento del anunciante infractor.

En el presente trabajo, el autor realiza un examen integral del funcionamiento del sistema de autorregulación peruano encontrando en el mismo varios problemas que deben ser solucionados a la brevedad si se pretende que siga siendo considerado como un sistema extrajudicial de solución de conflictos eficaz.

Uno de los problemas mencionados se centra en la falta de credibilidad del sistema, lo cual explica que si bien se ha presentado un incremento de casos llevados ante el CONAR, aun sigue siendo un número menor del que debería tener, y esto, 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 estatal.

Otro de los problemas detectados se centra en el hecho de que los pronunciamientos del CONAR no son vinculantes, por lo que 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. Asimismo, el uso de los medios de comunicación como herramienta de cumplimiento de sus disposiciones, si bien hasta el momento no ha presentado inconvenientes, 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 difundándose en el mercado sin que no exista mayor opción que recurrir a la agencia de competencia.

En esa línea, el uso de los medios de comunicación como mecanismo para hacer cumplir los pronunciamientos del CONAR, nos lleva dos interrogantes: (i) ¿con qué facultad cuenta dicho sistema para sancionar a empresas que no se han sometido voluntariamente a sus fueros?²; y, (ii) el hecho que prácticamente la totalidad de medios de comunicación, por disposición del CONAR, cumplan con el retiro o cese de la difusión de un anuncio publicitario de un agente económico, ¿no sería susceptible de ser denunciado ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI por ser un acto contrario a la libre competencia (en su modalidad de Boicot)? Máxime, si dichas sanciones o medidas complementarias pueden ser aplicadas a anunciantes no miembros del sistema, de acuerdo a su Código de Ética Publicitaria.

Así, la hipótesis principal que se formula en la presente tesis es que la efectividad de un sistema de autorregulación, entendido como un sistema alternativo y complementario de la fiscalización de actos de competencia desleal a través de la publicidad comercial, depende de la colaboración del Estado a través de un sistema mixto de regulación pública – privada (denominada “corregulación”) implementado por Ley. En ese sentido, a través del presente trabajo brindaremos propuestas para mejorar el sistema de autoregulación publicitaria nacional mediante la implementación de un sistema de “corregulación” en el que la participación del Estado permita hacer cumplir las disposiciones del CONAR y brindarle la categoría de cosa decidida a sus pronunciamientos finales, así como también asegurar la imparcialidad y transparencia del sistema, logrando con ello, que se convierta concretamente en un fuero complementario y alternativo a la entidad encargada de la regulación de la publicidad comercial en el país.

En el presente trabajo también se plantearán algunas inconsistencias del actual sistema de autorregulación con el sistema jurídico peruano, como son: (i) los procedimientos paralelos ante el INDECOPI y CONAR; (ii) el servicio denominado “COPY ADVICE” y su probable conflicto con el derecho de libre competencia; y, (iii) el presunto conflicto entre la sanción pública y el acto de competencia desleal en su modalidad de denigración; los cuales revisaremos y buscaremos integrarlos al sistema a través de la corregulación en la publicidad comercial.

² De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° del Código de Ética Publicitaria “(...) *las normas del Código de Ética son aplicables para todos los anunciantes, las agencias de publicidad, los publicitarios y los medios de comunicación, aunque no estuvieran afiliados a una de las asociaciones que los agrupan* (...)” (subrayado y resaltado nuestro)

Un segundo tema relacionado directamente con la hipótesis principal está referido a demostrar que la implantación de un sistema de correulación publicitaria puede generar eficiencias en el mercado, en la medida que ahorrará costos a la Administración, lo cual le permitirá reasignar sus recursos a una verdadera fiscalización del mercado peruano, a través de estudios del mismo, investigaciones e inicio de procedimientos de oficio.

En efecto, en el presente trabajo se demostrará que uno de los principales problemas del INDECOPI es la falta de recursos para fiscalizar de manera eficiente los mercados, los cuales viene utilizando en su gran mayoría para tramitar los expedientes de denuncias entre partes, habiéndose convertido de esta manera en un fuero de disputas empresariales. Así, el autor propone con la implantación de un sistema de correulación, que los conflictos entre partes derivados de la publicidad comercial y denuncias de consumidores a anunciantes miembros del sistema de autorregulación, sean tramitados por el CONAR, que asumirá el costo de los mismos, lo cual, evidentemente, permitirá a la agencia de competencia ahorrarse dichos costos y reasignarlos eficientemente en una correcta fiscalización del mercado nacional.

Así, el primer capítulo del presente trabajo contiene un análisis estructural y de funcionamiento del sistema de autorregulación peruano, planteando las debilidades del mismo. Asimismo, se realiza un análisis comparado con el sistema de autorregulación español, uno de los sistemas que sirven de inspiración para el sistema de correulación propuesto en el presente trabajo.

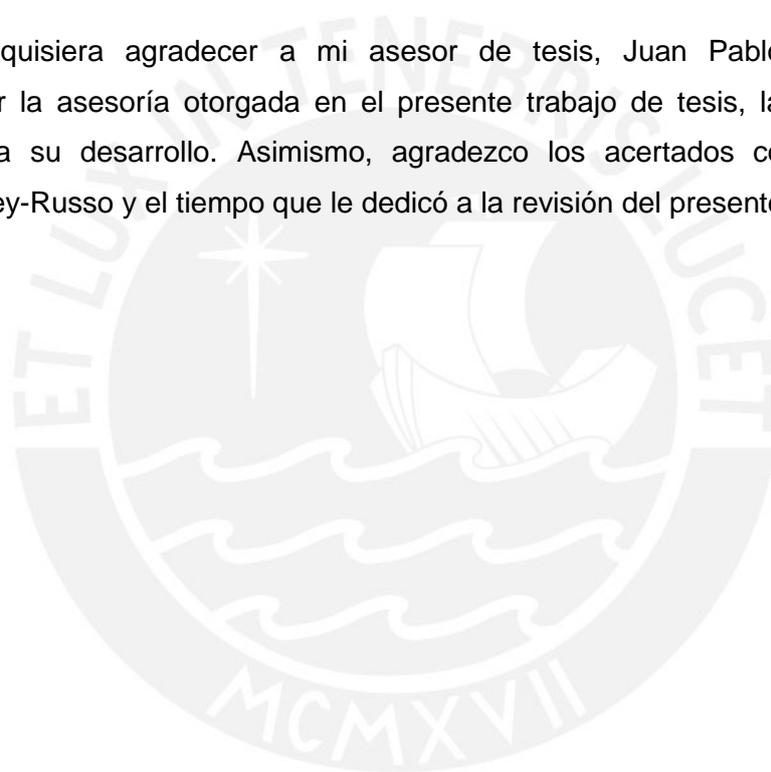
El segundo capítulo aborda los posibles conflictos que pueden presentarse entre los sistemas de autorregulación publicitaria y las normas de defensa de la competencia y de represión de la competencia desleal, tomando como referencia los conflictos suscitados en los sistemas de autorregulación de los Estados Unidos y España. Asimismo, en dicho capítulo, el autor describe las normas de represión de prácticas restrictivas de la competencia en la Unión Europea, España, Estados Unidos y el Perú.

En el tercer capítulo del presente trabajo, se toman los problemas planteados en los dos capítulos anteriores y se plantean las soluciones a partir de la propuesta de creación del sistema de correulación fomentado por el Estado peruano. En este capítulo se plantea la estructura que deberá tener dicho sistema para poder ser eficaz en su funcionamiento y los beneficios que puede generar en el mercado, en virtud de

los ahorros en costos al Estado para la solución de conflictos inter empresas y de consumidores hacia anunciantes adheridos al sistema de autorregulación.

En la presente tesis recurriremos en mayor medida, a la doctrina española y de la Unión Europea, tomándose como modelo de análisis el sistema de autorregulación español (en el que se aplica el derecho continental) sobre el sistema norteamericano o inglés (derecho anglosajón), toda vez que es el sistema de autorregulación que más se asemeja al peruano. Sin perjuicio de ello, en el desarrollo de la presente tesis se plantearán ejemplos generales de los sistemas de autorregulación anglosajones a fin de complementar el sistema propuesto.

Finalmente, quisiera agradecer a mi asesor de tesis, Juan Pablo Schiantarelli Gonzales por la asesoría otorgada en el presente trabajo de tesis, la cual ha sido esencial para su desarrollo. Asimismo, agradezco los acertados comentarios de Alfredo Lindley-Russo y el tiempo que le dedicó a la revisión del presente trabajo.



CAPÍTULO I

LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ

1. ¿QUÉ ES UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN? EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA.

El establecimiento por parte de los protagonistas del tráfico de reglas por las que se debe regir su actividad, no es un fenómeno nuevo. El propio Derecho mercantil nace y se desarrolla en buena medida como un conjunto de normas de carácter consuetudinario, elaboradas por los interesados en atención a las necesidades del tráfico. Solo los cambios políticos y sociales que se inician con la revolución francesa comienzan a alterar este cuadro, concediéndoles primacía a las normas estatales para garantizar la seguridad jurídica y conseguir la igualdad de los ciudadanos ante la Ley.³

Sin embargo, todavía existen en la actualidad sectores en los que puede hablarse genéricamente de autorregulación, aunque algunos no cumplan propiamente con los requisitos actuales que exige la doctrina para su reconocimiento⁴. Así, podemos citar en el Perú, a los colegios profesionales, en especial, a los Colegios de Abogados, que cuentan con su propio Código de Ética⁵; el Defensor del Cliente Financiero⁶, que tienen como entidades afiliadas a la mayor parte de entidades financieras que concurren en el país, el – actualmente sin efecto – “Semáforo Ético” de la Asociación Nacional de Anunciantes del Perú – ANDA, el Consejo de Autorregulación de los medios de comunicación de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión - SNRTV⁷ y en la industria publicitaria, el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria – CONAR⁸. A través de estos sistemas vemos que los empresarios establecen voluntariamente unas pautas de conducta, unos cánones éticos que se comprometen a respetar, estableciendo incluso organismos de control encargados de corregir y evitar las infracciones.

³ LEMA DEVESA, Carlos y José GÓMEZ SEGADÉ. *La autodisciplina publicitaria en el derecho comparado y en el derecho español*. En *Problemas jurídicos de la publicidad*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 132.

⁴ Los cuales desarrollaremos en el presente trabajo.

⁵ Ver su página Web en: http://www.cal.org.pe/fx_codigo_etica.html (consultada el 04 de julio de 2011)

⁶ Ver su página Web en: <http://www.dcf.com.pe/> (consultada el 04 de julio de 2011)

⁷ Ver su página Web en: <http://www.snrtv.org.pe/solucion.php> (consultada el 04 de julio de 2011)

⁸ Ver su página Web en: <http://www.conarperu.org/web/> (consultada el 04 de julio de 2011)

Ahora bien, es importante precisar que no es totalmente nuevo el establecimiento de códigos éticos por parte de empresarios, toda vez que pueden encontrarse precedentes de los mismos en los antiguos gremios como comentábamos en párrafos anteriores. Empero, es evidente que existen notables diferencias entre estos dos polos (nos referimos a los códigos de conducta de los antiguos gremios con los códigos de conducta actuales) de la “autodisciplina” empresarial. En efecto, los códigos gremiales pretendían mantener y acrecentar la posición privilegiada del gremio correspondiente como cuerpo cerrado frente al exterior. Por el contrario, los códigos de conducta actuales (excluyendo al del Colegio de abogados) están pensados en gran parte no solo para beneficiar a los empresarios, sino para que su observancia repercuta favorablemente sobre la generalidad de los consumidores. Es coherente, por tanto, que algunos autores estudien la autorregulación como uno más de los posibles mecanismos de defensa del consumidor.⁹

Como vemos, la autodisciplina puede producirse en cualquier sector de la actividad económica. Pero en donde la autodisciplina ha alcanzado un mayor grado de desarrollo mundial es en aquellos campos de la actividad humana caracterizados por la posibilidad de alcanzar – a través de la comunicación – a grandes masas de población e influir en su ánimo y modo de pensar. Este es el caso de la publicidad, la prensa, el cine y la radio.

En efecto, la facultad que poseen estos poderosos medios de decidir el alcance, contenido y forma de las comunicaciones los dota de una relevante fuerza social. Empero, en contrapartida, se encuentran sometidos a la constante observación y crítica de los círculos de personas de alguna manera afectadas. Esta sensibilidad se ha acentuado mundialmente en relación con la actividad publicitaria, que ha sido objeto de despiadadas críticas. Los detractores de la publicidad llevaron sus reproches hasta el extremo de considerarla socialmente perjudiciales.¹⁰ De ahí que algunos Estados decidieron regular de manera estricta la publicidad, reprimiendo - en algunos casos - la libertad de expresión y libertad empresarial.

La industria publicitaria, consciente de los riesgos, y con objeto de hacer frente a las agudas críticas que se dirigían a la actividad objeto de su empresa, trataron de imponer voluntariamente límites a la indiscriminada libertad de la publicidad. Así fue

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ídem*, P. 133.

cómo surgió la autorregulación publicitaria, plasmada en un conjunto de reglas tendentes a lograr la citada finalidad.

Es incuestionable que la implantación de un sistema de autorregulación publicitaria está en íntima relación con la importancia adquirida por la publicidad como instrumento económico, pues cuando la producción de bienes y servicios adquiere grandes proporciones, se incrementa vertiginosamente la publicidad. Y ésta ya no se realiza individual y personalmente, sino mediante lo que se llama un diálogo mecanizado e impersonalizado.¹¹

El gran poder para influir directamente en los consumidores que poseen los modernos medios de comunicación en masas, acrecentado por técnicas informativas y psicológicas avanzadas, los convierte en el campo de batalla donde se lucha por la conquista de la clientela. Surge así una larga serie de mensajes publicitarios de todo tipo, que atentan de la forma más variada contra los intereses de los consumidores y competidores. En ese sentido, no es extraño que la autorregulación haya encontrado “campo abonado” en la actividad publicitaria, y que haya aparecido primero en aquellos países con mayor desarrollo económico, en los que anualmente se invierten grandes sumas de dinero, como por ejemplo, Estados Unidos, Alemania y Japón.¹²

Cabe señalar que aunque el mayor desarrollo económico de los países sea la causa remota, hay otras causas próximas que con mayor o menor intensidad en cada país ha coadyuvado a la implantación de la autorregulación publicitaria. En primer término, ha influido notablemente en su aparición la creciente preocupación social de muchos empresarios, que no podían permanecer ajenos a la evolución ideológica, social y política de la sociedad circundante, generando con ello un mayor interés en la protección del consumidor supliendo o complementando las normas jurídicas en beneficio de los consumidores a fin de que no se les afecte por los excesos cometidos en la publicidad.¹³

Otro factor de indudable relevancia en el desarrollo de la autorregulación ha sido la falta de cualquier otra alternativa de control social o el insatisfactorio funcionamiento de las existentes. Así, en países donde existe un fuerte y eficaz aparato burocrático de control, como en Suecia, no fue necesaria la aparición de sistemas de autorregulación.

¹¹ *Ibíd.*

¹² NEELANKAVIL – STRIDSBERG citado por LEMA DEVESA y GÓMEZ SEGADE. *Ibíd.*

¹³ *Ídem*, p.134.

En cambio, en países como Italia donde no se regulaba la publicidad y solo tenían normas de competencia desleal, se originó una fuerte tendencia empresarial de sistemas de autorregulación. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en Francia y España, países en los que se dispone de una amplia regulación de la publicidad, nació la autorregulación para cubrir lagunas existentes, pero sobre todo para servir de acicate para el cumplimiento de las normas legales existentes.

También ha tenido decisiva influencia en el nacimiento de la autorregulación publicitaria la presión de los consumidores, asociaciones de consumidores, asociaciones de defensa del género femenino, asociaciones contra la discriminación racial, entre otras, que al calor de los cambios sociales, políticos y económicos de nuestra era reprocharon la escasa moralidad de la publicidad y por ende, exigieron que se instrumente un mayor control de la publicidad. Por ello se resalta muchas veces como crítica, que en ocasiones, los propios empresarios se han adelantado a establecer un sistema de autorregulación a fin de evitar la promulgación de normas legales más duras y rígidas.

Así las cosas, no es casualidad que en muchos de los países con un sistema de autorregulación eficaz también existan fuertes organizaciones de consumidores sumamente críticas frente a la publicidad. Sin embargo, no deja de ser paradójico que en los Estados Unidos, país en el que las organizaciones de consumidores son muy poderosas, hayan sido los empresarios quienes primero presionaron para conseguir un control estatal de la publicidad, consiguiendo en 1914 la promulgación de la *Federal Trade Commission Act*.¹⁴

Como puede deducirse de lo anteriormente expuesto, es claro que la autodisciplina constituye una institución relativamente moderna. La lucha contra la publicidad desleal emprendida por los propios sujetos publicitarios se inicia con el declinar del Siglo XIX. En esta lucha puede considerarse como pionera a la *British Poster Advertising Association*, constituida en 1890, que junto con la *London Poster Advertising Association* crearon un comité de censura para reprimir carteles publicitarios obscenos.¹⁵

En los Estados Unidos, durante el período conocido como “la época dorada de la publicidad” (que duró desde 1900 hasta 1915), el volumen de publicidad y las

¹⁴ Ídem, p. 135.

¹⁵ Ibídem.

inversiones en este sector experimentaron un sustancial incremento. Dicho incremento publicitario generó una gran difusión de anuncios engañosos y desleales. Por consiguiente, se dio lugar a una multitud de demandas en las que se veían implicados los anunciantes y los medios publicitarios. Así, para eludir los litigios judiciales, los anunciantes acordaron llevar a cabo una censura de la publicidad. Y es así como en 1910 se publica la *Curtis Advertising Code* que constituía un mecanismo de “protección de los anunciantes y lectores frente a toda publicidad fraudulenta o engañosa”.¹⁶

El sistema de autorregulación más famoso surgió, sin embargo, en 1911, cuando George P. Rowell publicó el conocido *Printer's Ink Statute* que imponía severas sanciones a la publicidad engañosa y desleal, las cuales, lamentablemente, a penas se aplicaron. Pocos años más tarde, en 1914, la Sección de Prensa de la Asociación Mundial de Clubs de Publicidad editaba los *Standards of Newspaper Practice*. De este modo se daba un paso más en el desarrollo de la autorregulación publicitaria¹⁷.

Luego, el Congreso de París de 1935 se propuso la creación de una “Comisión para la Publicidad”, la cual, con la decisiva aportación de las asociaciones británicas, elaboró el Código Internacional de Prácticas Leales en materia de publicidad, que vio la luz en 1937¹⁸.

Finalmente, es preciso señalar que el fomento de la creación de sistemas de autorregulación publicitaria en Europa, - a diferencia de E.E.U.U. y Reino Unido - en su mayoría, no fue promovido por una espontánea iniciativa privada, sino que en multitud de ocasiones estos sistemas nacieron impulsados, bien por la legislación comunitaria (como sucede con el artículo 5 de la Directiva 84/450/CEE, de 10 de setiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, modificada por Directiva 97/55/CEE, de 6 de octubre de 1997, que introduce la publicidad comparativa; Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior) o bien por la legislación estatal (como sucedió en España con la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, Ley General de Publicidad; Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/1999, de 7 de junio, de

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ídem*, pp. 135-136.

modificación de la Ley 25/1994, de televisión sin Fronteras y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico).¹⁹

Una vez establecida la evolución histórica de ésta figura, cabe preguntarnos ¿qué es un sistema de autorregulación? En un sentido genérico, es la observancia de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objeto. Así, cuando hablamos de este tipo de sistemas nos referimos a un sistema de control de la publicidad en el que participan varios empresarios, pues actuaciones aisladas carecen de eficacia para erradicar o atenuar las incorrecciones que se producen en la actividad publicitaria. Por ello, desde un punto de vista general, podemos definir la autorregulación como “la posibilidad de que un círculo concreto de personas afines por el ejercicio de la misma actividad sometan ésta a unas reglas que ellas mismas se imponen”.

Con esto, queremos decir que la autorregulación publicitaria implica que las empresas de este sector toman a su cargo su responsabilidad frente al público. Por lo tanto, los profesionales publicitarios – en principio - son los que van a dictar las normas por las que se deben regir, en lugar de que sean los poderes públicos quienes impongan la correspondiente normativa. Estas normas, complementarias de los preceptos legales, van a reflejar unos principios de ética moral y social que se estima deben imperar en el ejercicio de la actividad publicitaria.²⁰

Sin perjuicio de lo expuesto, para definir con precisión la autorregulación publicitaria, es necesario establecer los requisitos constitutivos que, unidos entre sí, nos tienen que dar una visión completa del sistema. Así, de las diversas definiciones que hemos podido encontrar de los sistemas de autorregulación tanto en el sistema anglosajón y continental, consideramos –siguiendo a Beatriz Patiño– que los requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación son los siguientes²¹:

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.

¹⁹ PATIÑO, Beatriz. *La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Primera edición. Barcelona: Bosh, 2007, pp. 31.

²⁰ LEMA DEVESA, Carlos y José GOMEZ SEGADE. Ob. Cit. P. 137.

²¹ PATIÑO, Beatriz. Ob. Cit., pp. 41-42.

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

En los puntos siguientes examinaremos cada uno de los requisitos contemplados.

2. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ: EL CONSEJO NACIONAL DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA - CONAR

En el presente apartado, analizaremos los requisitos constitutivos que consideramos son los pilares de los sistemas de autorregulación publicitaria: (i) La agrupación voluntaria de miembros; y, (ii) el establecimiento de órganos de control y supervisión de la publicidad que se difunda en el mercado.

El CONAR nace de una agrupación voluntaria de miembros que concurren en la industria publicitaria, lo cual, como hemos mencionado, se condice con la propia naturaleza de los sistemas de autorregulación en sentido estricto, toda vez 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.

Para efectos de la definición teórica del primer requisito constitutivo de todo sistema de autorregulación (nos referimos a la agrupación de miembros) expuesta en el sub capítulo anterior, es importante diferenciar dos tipos de grupos. Por un lado, los sujetos que participan activamente en la industria publicitaria, realizando, creando, preparando, ejecutando y difundiendo la publicidad (los cuales conforman los sistemas de autorregulación en sentido estricto, es decir, en los sistemas en los que únicamente participan en su órgano de control los anunciantes, agencias y medios de comunicación). Y por otro lado, los sujetos que participan de manera pasiva en la industria publicitaria. Estos, si bien no realizan, crean, preparan, ejecutan ni difunden el anuncio 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.

Así, vemos que 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.

En ese sentido, se define al *outsider* o tercero como aquel sujeto que no es miembro activo de la industria publicitaria, pero que se integra como sujeto activo del sistema de autorregulación, aconsejando, participando en la elaboración de los códigos o, en casos excepcionales, siendo un representante más en los órganos de control del sistema de autorregulación.²² Así, conforme mencionamos en el punto anterior, dicho *outsider* o tercero ajeno a la industria publicitaria es el elemento relevante de la agrupación voluntaria que conforma el sistema de autorregulación.

Es importante precisar que no todos los sistemas de autorregulación en el mundo entienden que la presencia de *outsiders* en los mismos se encuentre justificada. Su argumento se basa en que dichos terceros no son sujetos activos o creadores de la actividad publicitaria y, por lo tanto, no deberían pertenecer al sistema. Sin embargo, la corriente contraria encuentra acertada la decisión de integrarlos, bien en los órganos administrativos del sistema, o incluso en sus órganos de control y sancionadores, toda vez que se considera que sin la existencia de estos terceros, la publicidad no tendría ningún sentido. Así, su presencia se justificaría sobre la base de la importancia que tienen sus criterios, opiniones y valoraciones en relación con la publicidad.²³

El no integrar en un sistema de autorregulación a los *outsiders* (como sucede en los sistemas de autorregulación belga y francés) ha suscitado que se cuestione la transparencia y credibilidad del sistema de autorregulación, pues existe el riesgo de que los consumidores consideren que es un sistema creado para proteger a las empresas que concurren en la industria publicitaria frente a la regulación estatal²⁴.

Ahora bien, atendiendo a los tipos de *outsiders*, podemos indicar que los sistemas de autorregulación publicitaria son muy distintos a nivel mundial, ya que existen países que aceptan a terceros tales como los consumidores o asociaciones de consumidores, mientras que otros no aceptan a estos *outsiders*, pero sí aceptan a terceros como expertos en publicidad, agencias gubernamentales, etc.

²² Ídem, p. 50.

²³ Ídem, p. 41.

²⁴ *Ibidem*.

Así, de acuerdo a la inclusión de *outsiders* en los sistemas de autorregulación, estos se clasifican en²⁵:

- 1. 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*. 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.
- 2. Sistema de autorregulación publicitaria negociada.-** Según este sistema, la industria publicitaria, de forma voluntaria, negocia con los terceros el desarrollo, la aplicación y el cumplimiento de los códigos de conducta. El rasgo característico es la exclusión de los terceros del sistema; es decir, éstos no forman parte del mismo, pero sí actúan desde fuera. De este modo, los *outsiders* no suelen ser acogidos en el seno del sistema; pero entre estos se hacen diferenciaciones: las personas independientes²⁶ y los expertos²⁷ tienen acogida en su órgano de control. Este tipo de sistemas excluye a las asociaciones de consumidores o representantes del gobierno.
- 3. Sistema de autorregulación mixto (o corregulación).-** En este tipo de sistemas, la industria publicitaria acoge en su seno a los *outsiders*, bien formando parte de los órganos de control, bien formando parte de sus órganos de gobierno. Es decir, el *outsider* se convierte en un miembro más del propio sistema, con idénticos derechos y obligaciones que cualquier otro miembro perteneciente a la industria publicitaria. Asimismo, se convierte en un sistema llamado corregulación, en la medida de que existe una participación importante en los órganos de control y gobierno por parte de la Administración Pública²⁸.

²⁵ La presente clasificación se realiza en conformidad con los criterios de clasificación expuestos por Beatriz Patiño (Ídem, pp. 59 – 61).

²⁶ Miembros independientes son los profesionales especialistas a materias afines a la industria publicitaria como la psicología, publicidad y economía. (Ídem. Pp. 87)

²⁷ Los expertos son los terceros ajenos a la industria publicitaria que –mayoritariamente– componen los órganos de control. Son personas pertenecientes a la carrera judicial en sus rangos jerárquicos más altos, juristas de reconocido prestigio y profesores universitarios. Obviamente los expertos deben poseer, ante todo, conocimientos legales en materia publicitaria, puesto que su valoración del caso será pieza clave para dictar la resolución final. Generalmente, ocupan la presidencia de los jurados y su voto cualificado decidirá en caso de empate. (Íbidem.)

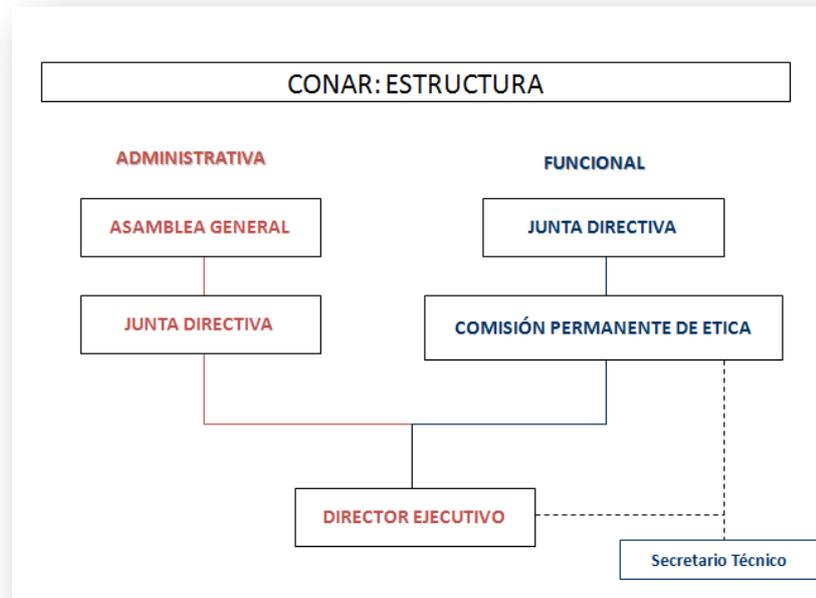
²⁸ La incorporación de la Administración Pública como *outsider* puede presentarse a través del reconocimiento del sistema de autorregulación por parte del Estado. Esto es, a través de Ley.

Una vez definido el primer requisito de todo sistema de autorregulación publicitaria (nos referimos a la agrupación de miembros) corresponde describir cómo funciona el sistema de autorregulación publicitaria peruano, a través de su órgano de control.

El CONAR es un 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.

El CONAR, se encuentra conformado estructuralmente por un órgano Administrativo y un órgano Funcional. El Administrativo, como su nombre lo indica, es el órgano encargado de la dirección del CONAR y se encuentra conformado por la Asamblea General y por la Junta Directiva. El Funcional es el órgano resolutorio del CONAR conformado por la Comisión Permanente de Ética (primera instancia) y Junta Directiva (segunda instancia) encargado de pronunciarse sobre las denuncias que los asociados, no asociados y consumidores puedan interponer por presuntas infracciones a lo dispuesto en la norma deontológica del CONAR, el Código de Ética Publicitaria.

Para efectos del correcto desarrollo del presente trabajo, nos centraremos en analizar el órgano encargado de monitorear y fiscalizar la publicidad que se difunda en el mercado y resolver las denuncias que se puedan interponer ante los anunciantes por presuntas infracciones al Código de Ética Publicitaria (órgano de control). En ese sentido, el presente análisis se centrará en el órgano funcional del CONAR compuesto por sus órganos resolutorios: la Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva; y los de impulso y tramitación de procedimiento: la Secretaría Técnica y Dirección Ejecutiva.



2.1. La Comisión Permanente de Ética.

La Comisión Permanente de Ética (CPE) se encuentra integrada por nueve miembros titulares y nueve miembros suplentes elegidos por la Junta Directiva del CONAR, los cuales son nombrados por períodos de veinticuatro (24) meses pudiendo ser reelegidos indefinidamente. Dicha Comisión es la encargada de resolver los conflictos entre empresas anunciantes que puedan suscitarse dentro de la actividad publicitaria, así como iniciar procedimientos de oficio contra empresas que incumplan lo dispuesto en el Código de Ética del CONAR, a las Directivas, y otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, que hayan sido incorporados por el CONAR.

Estos códigos de conducta, como veremos en los apartados siguientes son compatibles con la norma que regula la publicidad comercial en el Perú, toda vez que si bien son normas privadas creadas por los miembros que conforman el CONAR, éstas no pueden ser contrarias a lo dispuesto por la legislación nacional sobre la materia. En ese sentido, podemos afirmar que los órganos resolutivos del CONAR son aplicadores privados de derecho, lo cual no necesariamente significa que los miembros que las conforman sean en su totalidad abogados.

En efecto, la CPE del CONAR se encuentra conformada no solo por profesionales del derecho (abogados), sino también por reconocidos publicistas, marketeros y docentes

universitarios²⁹, lo cual tiene como efecto, que los pronunciamientos del CONAR sean ricos en conceptos publicitarios y materia legal publicitaria pero en un idioma entendible para todos los que conforman la industria de la publicidad.

2.2. La Junta Directiva

La Junta Directiva (JD) conoce y resuelve en segunda instancia los procedimientos que se tramiten ante el CONAR. Asimismo, como mencionamos en párrafos anteriores, cuenta con funciones administrativas relacionadas con el funcionamiento del sistema de autorregulación.

La JD la conforman quince (15) directores elegidos por la Asamblea General, que está compuesta de cinco (5) directores elegidos por ANDA, tres (3) directores elegidos por APAP, cuatro (4) directores elegidos por la SNRTV y tres (3) directores elegidos por los gremios de medios de comunicación que sean asociados gremiales de CONAR.

Dicho órgano resolutivo tiene la facultad de nombrar comisiones de ética adicionales, por especialización en la materia y/o por competencia territorial específica. Asimismo, tiene la facultad de nombrar reemplazos a los miembros de la CPE que cesen en el cargo, sean recusados o se inhiban. Ambas facultades siempre son a propuesta del Director Ejecutivo. Adicionalmente, cuenta con las siguientes atribuciones administrativas, de acuerdo al artículo 21º de los Estatutos del CONAR:

- La JD tiene la facultad de revisar, modificar y aprobar el Código de Ética Publicitaria, las Directivas, el Código de Procedimientos del CONAR, Manuales de Procesos, Indicadores de Gestión, Lineamientos, Reglamentos y otras disposiciones en materia de publicidad comercial y otros, que hayan sido previamente elaborados por el Director Ejecutivo, ya sea a su propia solicitud o a iniciativa de la Comisión.
- Aprobar la incorporación de otros códigos de la industria publicitaria, a propuesta del Director Ejecutivo.
- Admitir a los asociados gremiales y a los asociados adherentes al CONAR, previo informe del Director Ejecutivo.
- Nombrar y remover al Director Ejecutivo y fijar su remuneración.

²⁹ Ver miembros de la CPE a través del siguiente Link: http://www.conarperu.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=32
(Consulta: el 4 de julio de 2011)

- Nombrar y remover al o a los Secretarios Técnicos encargados de la tramitación de las denuncias por infracciones al Código de Ética Publicitaria, a las Directivas, al Código de Procedimientos del CONAR y a los otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, incorporados por el CONAR, por acuerdo de su JD, así como nombrar a los reemplazantes de los Secretarios Técnicos que se inhiiban, sean recusados o que por cualquier otra causa debidamente justificada, tales como enfermedad, viajes prolongados, entre otros, no puedan tramitar una denuncia; a propuesta del Director Ejecutivo.

A diferencia de la CPE, la totalidad de miembros que conforman la JD se encuentran relacionados con la industria publicitaria, al ser ejecutivos importantes de medios de comunicación televisiva y radial, agencias de publicidad e importantes empresas anunciantes, como vemos, no se consideran a los abogados ni docentes universitarios.³⁰

2.3. El Director Ejecutivo

Como hemos podido apreciar de la parte introductoria del presente punto de análisis, ambos órganos (nos referimos a la CPE y JD) se encuentran interconectados a través de la Dirección Ejecutiva del CONAR, cuyo Director Ejecutivo cuenta con las facultades de gestión y representación necesarias para la administración de la asociación dentro de su objeto, ejerciendo las siguientes funciones y atribuciones, de acuerdo al artículo 38º de los estatutos del CONAR:

1. Realizar acciones de supervisión, prevención y monitoreo de la publicidad que se difunda en el mercado, convocar y realizar mediaciones de oficio con anterioridad al inicio de un procedimiento de denuncia, convocar de oficio a audiencias de conciliación y celebrar de oficio acuerdos conciliatorios con anterioridad al inicio de un procedimiento de denuncia, realizar investigaciones preliminares con la finalidad de determinar la interposición de una denuncia de oficio ante los órganos competentes del CONAR, elaborar y publicar informes y otros documentos, y en general realizar todas las actividades que tengan como finalidad cumplir con los fines del CONAR y velar por el cumplimiento del Código de Ética Publicitaria del Perú, de las Directivas, del Código de

³⁰ Ver miembros de la Junta Directiva a través del siguiente Link: http://www.conarperu.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=31 (consulta: el 4 de julio de 2011)

- Procedimientos del CONAR y de otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, que hayan sido incorporados por el CONAR, por acuerdo de su Junta Directiva. Asimismo ejerce las facultades contenidas en el Código de Ética Publicitaria del Perú, en las Directivas, en el Código de Procedimientos del CONAR y en los otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, que hayan sido incorporados por el CONAR, por acuerdo de su Junta Directiva.
2. Emitir recomendaciones a las empresas, de manera individual o por actividad y celebrar o promover la celebración de acuerdos conciliatorios y mediaciones entre las empresas, previos a la interposición de una denuncia, que tengan como finalidad lograr el cumplimiento del Código de Ética Publicitaria del Perú, de las Directivas, del Código de Procedimientos del CONAR y de otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, que hayan sido incorporados por el CONAR, por acuerdo de su JD.
 3. Supervisar la calidad y el cumplimiento de los indicadores en la tramitación y resolución de las denuncias y en los servicios que brinda el CONAR; supervisando la labor que realizan los Secretarios Técnicos nombrados por la JD del CONAR
 4. Proponer, elaborar y actualizar los Manuales de Procesos y de Servicios, Reglamentos, Indicadores de Gestión y en general de todos los documentos que sean necesarios para la prestación de los servicios y tramitación y resolución de denuncias y actividades que realiza el CONAR; para su aprobación por el CONAR de acuerdo con lo establecido en el estatuto del CONAR.
 5. Proponer y elaborar las propuestas de emisión, revisión y modificación del Código de Ética Publicitaria del Perú, de las Directivas, del Código de Procedimientos del CONAR, Lineamientos y de otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, que hayan sido incorporados por el CONAR, por acuerdo de su JD; para su aprobación por el CONAR de acuerdo con lo establecido en el estatuto del CONAR.
 6. Elaborar y emitir, a solicitud de parte, las opiniones previas no vinculantes sobre supuestas infracciones al Código de Ética Publicitaria del Perú, a las Directivas, al Código de Procedimientos del CONAR y a los otros códigos de ética publicitaria incorporados por el CONAR, por acuerdo de su JD; de acuerdo con los manuales o reglamentos que apruebe la JD, elaborados por el Director Ejecutivo.
 7. Denunciar ante la CPE supuestas infracciones al Código de Ética Publicitaria, a las Directivas, al Código de Procedimientos del CONAR, Reglamento de Copy

- Advice y a otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria, que hayan sido incorporados por el CONAR, por acuerdo de su JD.
8. En caso que la denuncia haya concluido por acuerdo conciliatorio entre las partes o por desistimiento u otra causa, solicitar el inicio de procedimientos de oficio, cuando considere que la publicidad denunciada es susceptible de configurar una infracción grave al Código de Ética Publicitaria del Perú, a las Directivas, al Código de Procedimientos del CONAR y a los otros códigos de ética publicitaria incorporados por el CONAR, que pueda afectar significativamente a los consumidores, al mercado o a la confiabilidad de la publicidad comercial.
 9. Promover el CONAR y realizar acciones de difusión y capacitación del Código de Ética Publicitaria del Perú, de las Directivas, del Código de Procedimientos del CONAR y de los otros códigos, incluyendo la publicación de las resoluciones emitidas por el CONAR.
 10. Participar en las entidades de autorregulación publicitaria, en particular, en CONARED y mantenerse actualizado de las tendencias en el campo de la autorregulación publicitaria, en especial de la región.
 11. Adicionalmente, el Director Ejecutivo, ejercer las facultades y atribuciones que le otorga el estatuto del CONAR, las que acuerde la Asamblea General y la JD y las que le otorgue la ley.

Así, vemos que el Director Ejecutivo no solo es encargado de la dirección administrativa y financiera del CONAR, sino también tiene como atribuciones la supervisión y monitoreo de la publicidad que se difunde en el mercado, contando con la facultad para poder proponer el inicio de procedimientos de oficio ante la CPE del CONAR; y, la supervisión general de los procedimientos tramitados ante cualquiera de las instancias del CONAR.

En ese sentido, el Director Ejecutivo tiene la libertad de poder desenvolverse en cualquiera de los ámbitos administrativos o funcionales del CONAR. Con esto la asociación le traslada la responsabilidad de la dirección administrativa a una sola persona a fin de que el CONAR sea un sistema de autorregulación que pueda cumplir con una de las principales características de este tipo de sistemas, la celeridad en sus procedimientos. En efecto, imagínense el tiempo que se podría tardar un sistema de autorregulación que necesite de constantes convocatorias de los miembros de su asamblea general para tomar decisiones administrativas o de monitoreo de mercados, sería realmente ineficiente y con el tiempo se convertiría en un sistema absolutamente

burocrático. Por ello, consideramos que es sumamente positivo que un sistema de autorregulación posea un Director Ejecutivo que se encargue de la dirección de la misma supervisando la calidad de los procedimientos y el cumplimiento de los breves plazos en los que debe resolver conflictos el CONAR.

2.4. Secretarios Técnicos

Los Secretarios Técnicos son los encargados de la tramitación de los procedimientos vistos por el CONAR. Entre sus atribuciones, tenemos las siguientes, de acuerdo al artículo 11º del Código de Procedimientos del CONAR:

- Calificar las denuncias de parte, pudiendo declararlas inadmisibles.
- Efectuar todas las notificaciones relativas a la tramitación del procedimiento mediante oficio, carteles, facsímil, transmisión de datos, correo electrónico o cualquier medio que garantice su recepción por parte de los destinatarios.
- Realizar investigaciones, disponer de oficio la actuación de medios probatorios y actuar los que correspondan, incluidas inspecciones con o sin previa notificación.
- Realizar requerimientos de información a las partes o terceros a fin de que la CPE y/o la JD cuente con mayores elementos al momento de resolver
- Conducir las audiencias de conciliación que sean programadas, con facultad para formular propuestas conciliatorias.
- Declarar concluido el procedimiento por acuerdo conciliatorio y por otras causas.
- Declarar consentidas las resoluciones que no sean apeladas en el plazo dispuesto correspondiente.
- Supervisar el cumplimiento de las resoluciones y medidas cautelares emitidas por la CPE y la JD.
- Declarar la pertinencia o improcedencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes.
- Realizar todo tipo de actividad que tenga como finalidad el impulso del procedimiento.

2.5. Clasificación del CONAR de acuerdo a la inclusión de outsiders en su sistema

Visto los tipos de *outsiders* que participan del sistema de autorregulación peruano, podemos decir que el CONAR es un sistema de autorregulación publicitaria negociada, en la medida que si bien participan de su órgano de control *outsiders* como abogados especialistas y docentes universitarios, este sistema excluye a las asociaciones de consumidores y representantes del gobierno.

3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA: EL CÓDIGO DE ÉTICA PUBLICITARIA DEL CONAR

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 unas 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 cual se caracteriza por la imperatividad, generalidad y coercibilidad; por otro, la norma de conducta se caracteriza por ser una norma 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 sistema de autorregulación³¹.

El Código de Ética publicitaria, es un código de conducta compatible (se supone³²) 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.

³¹ En el segundo capítulo del presente trabajo desarrollaremos los posibles conflictos con el derecho de la competencia que puede originar la aplicación de Códigos de Conducta a agentes económicos no adheridos al sistema de autorregulación.

³² En el tercer capítulo del presente trabajo realizaremos un análisis comparativo respecto a la presunta compatibilidad entre el Código de Ética Publicitaria del CONAR y la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo 1044.

Cabe precisar, como señalamos con anterioridad, 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. Como podrán apreciar de la descripción que realizaremos a continuación del Código de Ética Publicitaria del CONAR, éste contiene disposiciones más restrictivas que las señaladas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, LRCD).

El referido Código se ha elaborado sobre la base de cuatro (4) principios básicos de la publicidad comercial: veracidad, lealtad, legalidad y decencia; los cuales describiremos brevemente a continuación, pues su desarrollo legal, doctrinario y comparativo con la LRCD, lo realizaremos en el Capítulo III del presente trabajo.

El Código de Ética del CONAR, se divide en cuatro (4) títulos como podemos apreciar a continuación:

3.1. 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 con la publicidad³³, los

³³ Código de Ética Publicitaria

Artículo 2°.- Definiciones

Para efectos de la aplicación de las normas de publicidad comercial, contenidas en el presente Código se entiende por:

1. **Agencia de Publicidad o Publicitario:** toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios y otros productos publicitarios.
2. **Anunciante:** el proveedor de bienes, prestador de servicios en cuyo interés se realiza la publicidad.
3. **Anuncio:** debe entenderse en su más amplio sentido cualquiera sea el medio de comunicación empleado, comprendiendo inclusive la publicidad en envases, etiquetas y material de punto de venta. Incluye a las promociones propias de los medios de comunicación social.
4. **Campaña publicitaria:** Constituye una campaña publicitaria la difusión de anuncios que traten de un mismo producto y mensaje publicitario del mismo anunciante en un mismo período de tiempo y territorio a través de cualquier medio existente o por crearse.
5. **Consumidor:** toda persona, natural o jurídica, a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo.
6. **Medio de comunicación social:** toda empresa que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible dirigirse a una pluralidad de personas para comunicar un mensaje comercial, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medio de correspondencia, televisión, radio, teléfono, facsímil, periódicos, revistas, afiches, volantes o cualquier otro medio análogo, que operan, o se difundan en el país.
7. **Producto:** es todo aquello que constituye el objeto de un aviso y comprende servicios, empresas, y bienes muebles e inmuebles en general material o inmaterial, producido o no en el país. Lo serán también las personas naturales o jurídicas, y nombres propios o seudónimos de personas naturales, en cuanto se promuevan para fines comerciales.

critérios para analizar la publicidad³⁴ y la responsabilidad de los sujetos que intervienen en la elaboración y difusión de la publicidad comercial³⁵.

Dentro de los principios generales, encontramos los cuatro (4) principios básicos de la publicidad comercial, los cuales explicaremos en los siguientes puntos.

-
8. **Promociones:** las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, incluyendo aquellas que consistan en una simple rebaja de precio.
 9. **Publicidad:** toda forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores. No se considera publicidad comercial a la propaganda política ni a cualquier forma de comunicación carente de contenido o efecto comercial.
 10. **Publicidad Comparativa:** toda publicidad que se refiera conjunta e inequívocamente a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados o claramente determinables, con la finalidad de presentar las ventajas de la oferta propia frente a la del competidor.
 11. **Publicidad Institucional:** toda forma de comunicación que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras. La publicidad institucional que tenga contenido o efecto comercial se rige por las normas establecidas en el presente Código.
 12. **Publicidad testimonial:** toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, o descubrimientos de un testigo basado en una experiencia real y reciente.
 13. **Testigo:** toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta al anunciante, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos sobre experiencias reales y recientes son presentadas en publicidad.

³⁴ Código de Ética Publicitaria

Artículo 3°.- Análisis de la Publicidad

Los anuncios deben ser juzgados sobre la base de la interpretación natural e integral que el consumidor hace del mensaje publicitario.

La interpretación integral abarca todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números hablados y escritos, los gestos y expresiones, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros.

La evaluación de la publicidad debe considerar la diligencia del consumidor y las características específicas de los consumidores a quienes va dirigido el mensaje publicitario; en particular la publicidad dirigida a menores, la publicidad de medicamentos, productos terapéuticos naturales, servicios de enseñanza y productos bancarios y financieros.

Las campañas publicitarias deben ser evaluadas integralmente, es decir, comprendiendo la totalidad de los anuncios y medios de difusión que la conforman y la manera en que se complementan.

³⁵ Código de Ética publicitaria

Artículo 4°.- Responsabilidad Sujetos

Los anunciantes, medios de comunicación social, agencias de publicidad y publicitarios son objetivamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo contenidas en el presente Código. En consecuencia, bastará con demostrar que el anuncio incumple el presente código, no siendo necesario demostrar la intención del anunciante.

Tratándose del contenido de los anuncios se considera responsable al anunciante.

En el caso de las normas de difusión serán objetivamente responsables el titular del medio de comunicación social y el anunciante.

Las agencias de publicidad son objetivamente responsables por el cumplimiento de las normas del presente código salvo las referidas a las características propias del producto anunciado y a las normas de difusión.

La responsabilidad por los anuncios se extiende a los elementos de fondo y de forma de la publicidad. El hecho de que el contenido o la forma sean obra, en todo o en parte, de terceros, no constituye excusa del incumplimiento de las normas.

3.2. 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.

Así, a través del presente principio se dispone en su artículo 5º una especie de pequeña Cláusula General por la que se busca reprimir cualquier acto desleal contrario al principio de competencia por eficiencia que no se encuentre tipificado en los actos de confusión y denigración en la publicidad comercial³⁶.

En los artículos 6º y 7º, se tipifican los actos de confusión y denigración, respectivamente. Respecto a los actos de confusión, se deja en claro que los anunciantes no podrán difundir publicidad que induzca a error a los consumidores respecto a su origen empresarial, añadiéndose, que tampoco se podrá inducir a confusión respecto de las actividades, productos, nombres, procedencia geográfica, elementos distintivos, marcas, u otros derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros³⁷. De otro lado, respecto a la denigración publicitaria, se señala que los anunciantes no deben menoscabar la reputación comercial o la imagen del producto o marca de otra empresa, o más ampliamente, la categoría de un producto que se comercializa en el mercado, ni contener informaciones, gestos o expresiones que atenten contra el buen nombre de terceros; directamente o por implicación³⁸.

³⁶ **Código de Ética Publicitaria.**
Artículo 5º.- Leal Competencia

Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil, en particular evitando la confusión y la denigración en la publicidad.

³⁷ **Código de Ética Publicitaria**
Artículo 6º.- Confusión

La publicidad no debe inducir a confusión a los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, procedencia geográfica, elementos distintivos, marcas, u otros derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros.

Asimismo, los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.

³⁸ **Código de Ética Publicitaria**
Artículo 7º.- Denigración

Los anuncios no deben denigrar al competidor o deformar la imagen del producto o marca de otra empresa o, más ampliamente, la categoría de un producto que se comercializa en el mercado, ni contener informaciones, gestos o expresiones que atenten contra el buen nombre de terceros; directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.

3.3. 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 costumbres³⁹. Así, a través del presente principio, en su artículo 8º se señala que la publicidad debe evitar:

³⁹ Código de Ética Publicitaria

Artículo 8º.- Decencia

Todo anuncio debe caracterizarse por el respeto a la dignidad de la persona y a su intimidad, al núcleo familiar, al interés social, a la moral, credo y buenas costumbres, a las autoridades constituidas, a las instituciones públicas y privadas y a los símbolos patrios.

Los anunciantes deberán tomar en cuenta la sensibilidad del público antes de emplear material que pudiera resultar ofensivo. Específicamente, la publicidad debe evitar:

- 1. Lo Inmoral:** Todo aquello que contenga expresiones, actitudes o insinuaciones indecentes, obscenas o escabrosas.
- 2. Lo Truculento:** Todo aquello que contenga o provoque expresiones o actitudes de violencia, ensañamiento, ansiedad, temor, morbosidad o explote la superstición.
- 3. Lo Grosero:** Todo aquello que signifique una manifestación de mal gusto, en cualquiera de sus formas, y toda situación, imagen o expresión desagradable.

La decencia de los anuncios será evaluada tomando en cuenta el contexto, el medio, la audiencia, el producto o servicio y los parámetros de decencia, cultura y moral que prevalezcan en el lugar y momento correspondientes y en determinada comunidad.

El hecho de que un producto o servicio en particular pueda ser considerado indecente para algunas personas no significa que ello será suficiente para objetar su validez, por lo que deberá ser revisado en cada caso.

Artículo 9º.- Análisis de la sexualidad en la Publicidad

El sexo y la sexualidad serán tratados con dignidad en los anuncios comerciales. Podrán ser considerados indecentes los anuncios en función de:

1. La naturaleza gráfica o explícita de las representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras;
2. Si es que el material gira alrededor o repite insistentemente representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras;
3. Si el material parece explotar o excitar apetitos sexuales, o se presenta únicamente para llamar la atención del público por su impacto.

Al evaluar estos factores, principalmente el tercero, el contexto general de la transmisión será crítico. Cada caso puede presentar una combinación de estos, y quizás otros factores, los que tienen que ser evaluados equilibradamente para determinar si el material es abiertamente ofensivo y, por tanto, indecente. Usualmente un solo factor no basta para establecer la indecencia del material.

Artículo 10º.- Discriminación y conductas antisociales e ilegales

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, económica, física, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que objetivamente pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que atenten contra el medio ambiente o que inciten a la violencia o que induzcan al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.

1. Lo inmoral: Todo aquello que contenga expresiones, actitudes o insinuaciones indecentes, obscenas o escabrosas.
2. Lo truculento: Todo aquello que contenga o provoque expresiones o actitudes de violencia, enseñamiento, ansiedad, temor, morbosidad o explote la superstición.
3. Lo grosero: Todo aquello que signifique una manifestación de mal gusto, en cualquiera de sus formar, y toda situación, imagen o expresión desagradable.

El artículo 9º contenido en el referido principio, se encuentra dirigido a fomentar que el sexo y la sexualidad sean tratados con dignidad en los anuncios comerciales. Así, el referido artículo considera que los anuncios pueden ser considerados indecentes en función de:

1. La naturaleza gráfica o explícita de las representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras;
2. Si es que el material gira alrededor o repite insistentemente representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras;
3. Si el material parece explotar o excitar apetitos sexuales, o se presenta únicamente para llamar la atención del público por su impacto.

El artículo 10º establece que ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, económica, física, política o religiosa. Asimismo, se señala que la publicidad no debe contener elementos que incentiven a realizar actividades antisociales, criminales, ilegales o riesgosas para la salud de los propios consumidores.

De otro lado, el artículo 11º señala que la publicidad deberá evitar toda forma de explotación de la superstición, la ignorancia, la credibilidad y, excepto en casos especiales, del temor de los consumidores. Asimismo, precisa que sí se puede hacer

Artículo 11º.- Superstición y Temor

La publicidad deberá evitar toda forma de explotación de la superstición, la ignorancia, la credulidad y, excepto en casos especiales, del temor de los consumidores

Son casos especiales en que puede hacerse uso del temor aquellos en que el anuncio tenga por objeto promover la prudencia en determinadas actividades o desalentar conductas o actividades consideradas contrarias a la seguridad o salud del consumidor. En cualquier caso el contenido del anuncio deberá caracterizarse por el equilibrio entre dicho sentimiento y el riesgo de desestimar el producto o servicio anunciado.

uso del temor en los anuncios en los que se tenga por objeto promover la prudencia en determinadas actividades o desalentar conductas o actividades consideradas contrarias a la salud o seguridad de los consumidores.

3.4. 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 CONAR⁴⁰.

3.5. Principio de veracidad

A través de este principio se dispone que los anuncios no deberán inducir a error a los consumidores respecto a⁴¹:

⁴⁰ **Código de Ética Publicitaria**
Artículo 12°.- Legalidad

La publicidad debe respetar la Constitución y las leyes. En este sentido, el CONAR no ampara las infracciones a las normas publicitarias y se asume que los anuncios no serán contrarios a la Ley ni deberán omitir lo que ésta manda.

De existir conflicto entre la Ley y el presente Código, se preferirá a la Ley. Sin embargo, debido a que el presente Código está constituido por normas auto impuestas, no impide una interpretación más severa por parte del CONAR.

⁴¹ **Código de Ética Publicitaria**
Artículo 13°.- Veracidad

El anuncio deberá contener una presentación veraz de los bienes o servicios anunciados.

La publicidad no debe inducir a engaño al consumidor, respecto de los bienes o servicios anunciados; ya sea por afirmaciones falsas, ambiguas o por la omisión de información relevante.

En ese sentido, el anuncio no debe inducir a engaño en especial respecto a:

1. 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;
2. El valor del producto, las condiciones de venta y el precio total que efectivamente deberá pagarse;
3. Entrega, cambio, devolución, reparación y mantenimiento;
4. Condiciones de la garantía;
5. Derechos de autor y derechos de propiedad industrial, como patentes, marcas registradas, diseños y modelos, nombres comerciales;
6. 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.

1. 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;
 2. El valor del producto, las condiciones de venta y el precio total que efectivamente deberá pagarse;
 3. Entrega, cambio, devolución, reparación y mantenimiento;
 4. Condiciones de la garantía;
 5. Derechos de autor y derechos de propiedad industrial, como patentes, marcas registradas, diseños y modelos, nombres comerciales;
 6. 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.

Asimismo, a través del presente principio se dispone en su artículo 14⁴², que los anunciantes tienen la obligación de contar de manera previa, con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones, lo cual corresponde al principio de sustanciación previa.

El artículo 15⁴³ establece que se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración en la publicidad siempre que no se induzca a error a los consumidores ni denigre a los competidores.

Además, señala en su artículo 16⁴⁴ que los anuncios deben ser claramente identificables por los consumidores como tales. Por lo que los anuncios que tengan la

⁴² **Código de Ética Publicitaria**

Artículo 14°.- Sustanciación previa

Los anunciantes que difundan en su publicidad cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre alguna característica comprobable del producto anunciado tienen la obligación de contar, de manera previa, con las pruebas que acrediten su veracidad.

⁴³ **Código de Ética Publicitaria**

Artículo 15°.- Humor, fantasía y exageración

Está permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración en la publicidad siempre que no induzca a error a los consumidores ni denigre a los competidores.

⁴⁴ **Código de Ética Publicitaria**

forma de reportaje, artículo, nota, texto, leyenda, deberá ser claramente identificado por el anunciante como publicidad comercial.

3.6. Formatos publicitarios: Promociones

Dentro de la sección de formatos publicitarios, el Código de Ética Publicitario contiene al artículo 17º referido a las promociones en la publicidad. En la cual, 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 promoción⁴⁵.

3.7. Formatos publicitarios: Publicidad testimonial

A través del artículo 18º, 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 anunciado⁴⁶.

3.8. Formatos Publicitarios: Publicidad comparativa

Artículo 16º Autenticidad

El anuncio debe ser claramente identificable como tal, sea cual fuere su forma o el medio utilizado para difundirlo.

El anuncio que tenga la forma de publicnoticia, reportaje, artículo, nota, texto, leyenda deberá ser claramente identificado como publicidad. Ello para que se distinga del material noticioso y no confunda al consumidor.

En ningún anuncio deberán emplearse técnicas que impidan al consumidor percatarse de que se está difundiendo una publicidad.

⁴⁵ **Código de Ética Publicitaria**

Artículo 17º Promociones

Las promociones de los bienes y servicios no deben inducir a error ni engaño al consumidor respecto a sus características, beneficios y restricciones.

En el caso que se trate de promociones limitadas en cuanto su cantidad o periodo de vigencia, se deberá informar en los anuncios de manera clara y fácilmente accesible la cantidad de unidades y el periodo de vigencia de la promoción.

⁴⁶ **Código de Ética Publicitaria**

Artículo 18º Publicidad Testimonial

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.

La publicidad testimonial no debe inducir a error acerca de las características reales y atributos del bien o servicio anunciado.

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 compra⁴⁷.

3.9. Publicidad y los menores de edad

Estas disposiciones se detallan en el Capítulo IV del Código de Ética⁴⁸. Dicho título contiene los artículos 20⁴⁹ y 21⁵⁰ dirigidos a la protección de los menores de edad

⁴⁷ **Código de Ética Publicitaria**

Artículo 19° Publicidad Comparativa

Las comparaciones en la publicidad son permitidas en tanto que promueven la competencia y permitan que los consumidores lleven a cabo decisiones de compra más informadas.

Será válida toda publicidad comparativa que confronte 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.
5. La publicidad comparativa no podrá contener alegaciones subjetivas

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.

⁴⁸ **Código de Ética Publicitaria**

PUBLICIDAD Y LOS MENORES DE EDAD

Para efecto de la aplicación de las normas contenidas en el presente título se considerará como niños a los menores de 14 años y adolescentes a los que tengan entre 14 y 17 años (mayores de 13 y menores de 18 años).

⁴⁹ **Código de Ética Publicitaria**

frente a la publicidad, mediante los que 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.

4. MECANISMOS DE SANCIÓN Y MEDIDAS COMPLEMENTARIAS.

Las sanciones que puede imponer el CONAR, como todo sistema de autorregulación, no son pecuniarias. 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 como hemos dicho, deben ser compatibles con la norma legal que regula la publicidad en el país) 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,

Artículo 20°.- Publicidad que involucre a Menores de Edad (Menores de 18 años)

La publicidad debe tener en cuenta el nivel de conocimiento, madurez, motivaciones e intereses del público al cual se dirige. Por tanto, no debe aprovechar de la natural credibilidad infantil ni de la inexperiencia de los adolescentes, ni deformar el sentido de lealtad de los mismos. En consecuencia deberá:

1. Evitar la presentación visual de prácticas o situaciones peligrosas dentro de un entorno que no sea fantasía, que puedan inducir a los niños y adolescentes a emularlas a riesgo de su seguridad.
2. Evitar mostrar al alcance y uso de niños, objetos que por sí entrañan peligros, tales como armas, elementos cortantes, medicamentos, sustancias tóxicas, cáusticas o inflamables.
3. Evitar mostrar a niños pequeños accionando artefactos eléctricos o a gas, o encendiendo fuego, sin la guía de los mayores.
4. Evitar mostrar a niños manejando vehículos de adultos, ni protagonizando acciones que impliquen riesgo a peligros, ni contraviniendo normas de seguridad.
5. Evitar mostrar a niños cometiendo actos ilegales o que contravengan ordenanzas o reglamentaciones o inducirlos a realizar actos que resulten física, mental o moralmente perjudicial a los mismos.
6. No promoverán que vayan a lugares o entren en contacto con personas desconocidas.

⁵⁰ **Código de Ética Publicitaria**

Artículo 21°.- Respeto a la integridad del menor de edad

Los anuncios dirigidos a menores de edad, o en los que ellos participen, deberán ser respetuosos de su integridad física, mental o moral. Por lo tanto ningún mensaje de productos para niños o adolescentes debe:

1. Socavar sus valores sociales, sugiriendo que su uso o tenencia le dará una ventaja física, social o psicológica sobre otros niños o jóvenes.
2. Socavar la autoridad, responsabilidad, juicio o criterio de los padres y educadores.
3. Contener frases mandatarias o compulsivas que insten al menor a obtener el producto por cualquier medio.
4. Crear ansiedad ni sugerir que sus padres o familiares no cumplen con sus deberes si no la satisfacen.
5. Insinuar o desarrollar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto anunciado.

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 éstas normalmente se desarrollan entre agentes que concurren en mercados oligopólicos.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿qué tanto puede afectar a uno de estos anunciantes la imposición de la multa más alta por parte del INDECOPI? (de acuerdo al artículo 52º de la LRCD⁵¹, ésta asciende a 700 UIT). En la actualidad, podemos apreciar que dicha multa no genera los desincentivos esperados, toda vez que muchas empresas no obstante ser sancionadas con altas sumas de dinero, son normalmente reincidentes en no cumplir con lo dispuesto en la LRCD⁵².

Entonces, ¿les afectaría en mayor medida una sanción moral pública? Consideramos que la respuesta es afirmativa, pues este tipo de sanción afecta directamente la reputación o imagen comercial de la empresa, lo cual sí puede generarle una consecuencia negativa grave como es la desconfianza de los consumidores frente a sus productos o servicios. En efecto, con una sanción de este tipo, las consecuencias económicas para la sancionada podrían ser incluso incalculables, toda vez que dependerá del costo que tenga que asumir dicha empresa para volver a implantar una imagen de confianza en los consumidores.

⁵¹ **Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

⁵² Basta ver las constantes sanciones que tanto la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, como la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 interponen a empresas como Quality Products o empresas del Grupo Telefónica para determinar que por más alta que sea la sanción económica, ésta no logra un verdadero efecto desincentivador en el mercado.

Así, las sanciones que interpone el CONAR ante el incumplimiento de lo dispuesto en el Código de Ética son evaluadas respecto a la gravedad de la infracción, y son las siguientes de acuerdo al artículo 21º del Código de Procedimientos de Ética del CONAR:

1. Amonestación escrita dirigida al domicilio procesal.
2. 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.
3. 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.
4. 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 las distorsiones que los anuncios infractores puedan generar en el mercado. Las cuales pueden ser las siguientes:

1. Modificar el anuncio en la parte que constituya infracción.
2. Retirar o cesar definitivamente la difusión de las partes infractoras del anuncio.
3. Retirar o cesar definitivamente la difusión del anuncio.
4. Publicar avisos rectificatorios de la publicidad materia de la infracción.
5. Cualquier otra medida que tenga por finalidad corregir los efectos de la infracción.

Cabe señalar que dichas sanciones y medidas complementarias se imponen sin perjuicio de que el agente económico sea miembro o no del CONAR.

Los agentes miembros al 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. Empero, ¿qué sucede con los agentes que no son miembros del CONAR? ¿podrían, en caso se les imponga una sanción pública por la gravedad de la infracción, denunciar dicha conducta como acto de competencia desleal en la modalidad de acto

de denigración ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, CCD)?

De otro lado, en el caso que se le imponga a una empresa no miembro como medida complementaria el cese de la difusión de su publicidad, y los medios de comunicación - en virtud de su calidad de asociados- hagan cumplir lo ordenado por el CONAR, ¿se le podría denunciar a dicha asociación por acuerdo restrictivo de la competencia en su modalidad de boicot?

Estas preguntas las responderemos en el capítulo II del presente trabajo en el que desarrollaremos la vinculación de los sistemas de autorregulación con el derecho de la competencia.

5. LA IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN PERUANO.

La importancia de los medios de comunicación en el sistema de autorregulación peruano radica en el hecho de que tienen la obligación de hacer cumplir las disposiciones del CONAR, colaborando de ésta manera con la eficacia de las disposiciones que emita, haciéndolas cumplir en su totalidad en el plazo de un (1) día hábil de notificada.

En efecto, podemos apreciar de lo dispuesto en el artículo 22º del Código de Procedimientos del CONAR que son notificadas con las resoluciones, tanto las empresas infractoras como los medios de comunicación, con lo que la responsabilidad del cumplimiento de lo dispuesto por el sistema de autorregulación es compartida.

La importancia del uso de los medios de comunicación en el cumplimiento de resoluciones radica en que -incluso sin autorización de las empresas infractoras- pueden retirar inmediatamente el anuncio infractor del aire, logrando con ello que lo dispuesto por el CONAR tenga un riesgo de incumplimiento mínimo o casi nulo, a diferencia de lo que sucede con las resoluciones que pueda emitir el INDECOPI, que usualmente, no obstante contar con el poder coercitivo del Estado, no son acatadas a cabalidad por las empresas sancionadas.⁵³

⁵³ Código de Procedimientos del CONAR

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 SNRTV⁵⁴, que reúne a los medios de comunicación más importantes del país, es uno de los gremios fundadores del sistema de autorregulación publicitaria peruano.

Conforme comentamos en el apartado anterior, el uso de los medios de comunicación para el cumplimiento de lo dispuesto por el CONAR podría generar algún conflicto con las normas que reprimen los actos contrarios a la libre competencia. Conflicto que desarrollaremos en extenso en el capítulo II del presente trabajo.

6. EL CONAR Y EL INDECOPI. PROCEDIMIENTOS PARALELOS. ¿*NOM BIS IN IDEM*?

El artículo 14^o del Código de Procedimientos del CONAR señala que: “(...) *En el caso que exista otra denuncia ante el INDECOPI, interpuesta contra el mismo denunciado por los mismos hechos y por la misma infracción, **no será causal de inhibición por parte del CONAR.***” (el subrayado y resaltado son nuestros)

Esta disposición nos lleva a preguntarnos si esto es realmente posible. Para responder esta interrogante, analizaremos el principio de *non bis in idem*.

Artículo 22.- La Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, a través de la Secretaria Técnica, notificará la resolución final firme a las partes, a la agencia de publicidad - cuando corresponda-, a los medios de comunicaciones y a los puntos de venta involucrados para su cumplimiento dentro de los plazos establecidos en el artículo 30^o.

Corresponde a todos los medios de comunicación social velar por el estricto cumplimiento de las resoluciones emitidas por el CONAR.

En los casos que los medios de comunicación social asociados al CONAR, incumplan con acatar la suspensión temporal o definitiva de la publicidad comercial, en los términos señalados en las respectivas resoluciones, medidas cautelares y medidas complementarias que dicten la Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, el CONAR publicará su conducta en sus boletines y/o Revista de ANDA y/o medios de comunicación y se suspenderá el derecho a voz y/o voto en la Asamblea General del delegado infractor que represente al asociado gremial o al asociado adherente –sea que se trate de un gremio vinculado a la industria publicitaria o de una empresa que no sea asociada a uno de los gremios de la industria publicitaria-. Dicha sanción será impuesta sin perjuicio de que sean expulsados del CONAR de acuerdo a lo establecido en sus estatutos y de ser el caso, el CONAR podrá notificar de su incumplimiento a su respectivo gremio a fin de que adopte las acciones y/o sanciones y/o medidas disciplinarias establecidas en los estatutos que correspondan.

⁵⁴ La relación de medios de comunicación asociados a la SNRTV la pueden obtener a través del siguiente link: <http://www.snrtv.org.pe/socios.php> (consulta: 4 de julio de 2011)

El principio de *non bis in idem* reconocido en el artículo 139° incisos 3 y 13 de la Constitución Política del Perú⁵⁵ constituye una expresión del principio de debido proceso⁵⁶ y de proporcionalidad o prohibición de excesos por el cual no es posible establecer de manera simultánea o sucesiva una doble persecución o sanción cuando se presenta concurrentemente la identidad de sujeto, hecho y fundamento⁵⁷. En el ámbito administrativo, el principio de *non bis in ídem* se encuentra expresamente comprendido dentro de los principios que deben regir los procedimientos sancionadores, de conformidad con el artículo 230° de la Ley 27444⁵⁸.

Como podemos apreciar, este principio implica que no se pueden sancionar dos veces contra un administrado por una misma conducta, lo cual, al parecer es expresamente permitido por el CONAR con lo dispuesto en su artículo 14°. Así, vemos que existe un claro conflicto con la Constitución y la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual debe ser subsanado a la brevedad, pues no se puede pensar de ninguna manera que frente a un procedimiento iniciado ante el INDECOPI contra el mismo denunciado

⁵⁵ Constitución Política del Perú.

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2050-2002-AA del 16 de abril de 2003:

“2. El derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*ne bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

3. (...) Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada”

⁵⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 522.

⁵⁸ Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

- 10. Non bis in ídem.-** No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

por los mismos hechos y por el mismo fundamento, el CONAR pueda seguir considerándose “competente”.

Una vez aclarado esto, surgen otras interrogantes: ¿Y si esto sucede al revés? Es decir, si la denuncia es interpuesta ante el CONAR y luego interpuesta ante el INDECOPI contra el mismo denunciado por los mismos hechos y por la misma presunta infracción ¿quién tendría que inhibirse?

Ahora bien, vamos a ponernos en una situación más compleja. La empresa “A” denuncia ante el CONAR a la empresa “B” por la difusión del anuncio “C” y su denuncia es declarada infundada. Ante ello, la empresa “A” decide llevar el mismo caso ante la CCD del INDECOPI y es declarado fundado. ¿A quién debe obedecer la empresa “B”?, nos queda claro que a lo dispuesto por la agencia de competencia, empero, ¿esto no generaría que los anunciantes tomen el sistema de autorregulación como “un paso previo” a la interposición de una denuncia ante la Administración Pública? De considerarse así, no importaría si el CONAR determina que la conducta denunciada no es infractora, pues igual se “podría probar suerte” ante el INDECOPI.

Con lo expuesto, se aprecia los evidentes conflictos institucionales que pueden existir entre la Administración Pública y los sistemas de autorregulación, los cuales pueden corregirse a través del reconocimiento del sistema de autorregulación por la Ley que regula la competencia desleal estableciendo, por ejemplo, que sus asociados obligatoriamente lleven sus conflictos ante sus fueros, lo cual nos acercaría a un sistema de corregulación publicitaria. Hipótesis que desarrollaremos en el Capítulo III del presente trabajo.

7. CUANDO EL CONAR CONCURRE EN EL MERCADO: EL SERVICIO DENOMINADO “COPY ADVICE”

El servicio denominado “COPY ADVICE”, es un servicio prestado por el CONAR a fin de que los agentes económicos que concurren en la industria publicitaria tengan la opción de recurrir, de manera voluntaria, a la opinión especializada no vinculante de la Dirección Ejecutiva del CONAR previamente a la difusión de su publicidad comercial.

A través de este servicio, la Dirección Ejecutiva del CONAR emite un informe en

forma preventiva y no vinculante, a los anunciantes y agencias de publicidad que busquen de manera voluntaria una opinión acerca del riesgo de infracción de las piezas publicitarias que pretendan difundir en el mercado.

El órgano encargado de emitir el dictamen de COPY ADVICE es la Dirección Ejecutiva y no los órganos resolutivos del CONAR, esto debido a que no es admisible que un sistema de autorregulación tenga asesores que dicten consejos previos sobre campañas aún no difundidas y luego, en el caso de que el anunciante hiciese caso omiso a dicho consejo, los mismos asesores juzguen la misma campaña⁵⁹. Así, se busca dividir ambos servicios a fin de brindar transparencia al sistema, con lo que los dictámenes serán emitidos por la Dirección Ejecutiva⁶⁰, la cual es totalmente independiente a la Comisión Permanente de Ética y Junta Directiva.

Como podemos apreciar de la descripción del referido servicio, este compete directamente en el mercado con los servicios de asesoría legal publicitaria que suelen brindar los estudios de abogados o consultoras especializadas en la materia. En el Capítulo II del presente trabajo, describiremos el origen y funcionalidad de dicho servicio, comparado con el COPY ADVICE brindado por la entidad de autorregulación española AUTOCONTROL. Asimismo, analizaremos los posibles conflictos con el derecho de libre competencia de la figura.

8. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN EN EL PERÚ: EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LA PROMOCIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO.

Una vez definido y descrito el sistema de autorregulación publicitaria peruano, corresponde analizar la situación actual de los sistemas de autorregulación en el Perú.

⁵⁹ Beatriz Patiño. Ob. Cit., p. 219.

⁶⁰ Cabe señalar, que si bien dentro de las facultades del Director Ejecutivo se encuentra la posibilidad de denunciar supuestas infracciones al Código de Ética Publicitaria, esto no lo podrá llevar a cabo cuando se le requiera emitir un dictamen de COPY ADVICE. Ello se desprende de lo dispuesto en el artículo 8º del Reglamento que señala: “El CONAR se exime de cualquier responsabilidad por los perjuicios asociados a una pieza o campaña publicitaria previamente analizada que, con posterioridad, sea sujeta de sanciones como consecuencia de una denuncia por infracción a lo dispuesto en el Código de Ética Publicitaria, Directivas y otros códigos de ética publicitaria vigentes en la industria y/o por infracción a las normas legales que regulan la actividad publicitaria en el Perú, dentro de un procedimiento resuelto por el CONAR o por cualquier otra autoridad pública o privada competente (...)”. El subrayado es nuestro.

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. (subrayado y resaltado nuestros)

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. Por ello, consideramos que este es el momento ideal para implementar un correcto sistema de autorregulación publicitaria, considerando la experiencia del CONAR en este rubro, así como la experiencia internacional de estos sistemas en otros países.

El modo de implementar y mejorar el sistema de autorregulación publicitaria peruano se desarrollará en el Capítulo III del presente trabajo.

9. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EUROPA Y ESPAÑA. MENCIÓN

A LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL ESPAÑOLA.

Una de las principales novedades de la nueva Ley de Competencia Desleal española – Ley 29/2009, es el reconocimiento, impulso y regulación de los Códigos de Conducta, sistemas de autorregulación y sistemas de corregulación.

Es importante precisar que este reconocimiento e impulso de los sistemas de autorregulación no es una novedad del sistema español, toda vez que el reconocimiento de estos sistemas empezó en la Unión Europea. En efecto, el primer interés por los mecanismos de autorregulación fue expresado por el Consejo Europeo, a principios de la década de los 80, en el “Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores” en el que se establece que a fin de proteger a los consumidores, no solo es necesario el establecimiento de acciones legales a nivel nacional y comunitario, sino también a través mecanismos de protección por otras vías, como “el establecimiento de acuerdos específicos entre los diversos interesados, que tendrían la ventaja de dar al consumidor garantías suplementarias en materia de buenas prácticas comerciales.”⁶¹

Casi veinte años más tarde, la política de la Unión Europea daría un impulso clave a la corregulación a través del “Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea”. Dicho libro, dentro del apartado “mejores políticas, mejores normativas y mejores resultados”, analiza el papel que debe jugar la corregulación en la mejora de la calidad y aplicación de las políticas comunitarias. En ese sentido, se establece que, en determinadas condiciones, las medidas de aplicación pueden elaborarse en el marco de la corregulación. Así, de acuerdo con la Comisión:

La corregulación combina medidas legislativas y reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los agentes más interesados sobre la base de su experiencia práctica. El resultado es una mayor identificación con las políticas en cuestión, mediante la implicación de quienes resultan más afectados por la aplicación de las normas en su preparación y ejecución efectiva. Se consigue así a menudo un mayor grado de observancia, incluso cuando las normas de desarrollo no son vinculantes⁶².

⁶¹ Unión Europea. *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores*. Orientaciones Generales, apartado 6. DOCE C 133, de 3 de junio de 1981.

⁶² TATO PLAZA, Anxo, Pablo FERNANDEZ CARBALLO-CALERO y Christian HERRERA PETRUS. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley, 2010, p. 302.

Estas intenciones se cristalizaron principalmente, en la “Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico”, la cual constituye una de las apuestas más firmes en pro de la autorregulación en Europa, toda vez que en su exposición de motivos concibe a los códigos de conducta como un instrumento privilegiado de autorregulación cuyo uso debe fomentarse

Con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 11 de mayo de 2005 (en adelante, la Directiva), se pone fin al proceso previamente descrito. Dicha Directiva, en línea con la nueva política legislativa de la Unión, acoge favorablemente los mecanismos de autorregulación señalando en su propia exposición de motivos, en particular en su apartado 20, que:

Debe otorgarse un papel a los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar⁶³.

Asimismo, dicha Directiva introduce diversos preceptos que, de manera inequívoca, afianzan el papel de la autorregulación en el moderno sistema de represión de las prácticas comerciales desleales. En efecto, el reconocimiento expreso de los códigos de conducta y las entidades encargadas de su elaboración y supervisión, así como la referencia explícita a los procedimientos para la aplicación de los códigos y las sanciones previstas en caso de incumplimiento, constituyen, sin lugar a dudas, un salvo conducto para la autorregulación.^{64, 65}

Con el fin de incorporar al ordenamiento interno las provisiones de la Directiva, en España, la nueva Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de

⁶³ Ídem, p. 319.

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ Cabe señalar que, no obstante lo señalado, dicha Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de fomentar los sistemas de autorregulación, por lo que la doctrina consideró que si bien dicha Directiva mostró un claro avance en el reconocimiento de los sistemas de autorregulación, no proporciona un impulso definitivo a dichos sistemas. Ídem, pp. 320.

los consumidores y usuarios (en adelante, Ley 29/2009), introduce un capítulo (el IV) dedicado a los códigos de conducta⁶⁶, el cual constituye, una de las novedades más importantes de dicha Ley.

Cabe señalar que la Ley 29/2009 no define qué son los códigos de conducta, no obstante haber sido definidos en el artículo 2 apartado f) de la Directiva como “un acuerdo o conjunto de normas no impuestas por imposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”, así como también en dicha Directiva se definió al responsable de dicho código como “cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un Código de conducta y/o supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo”⁶⁷.

El artículo 37º apartado 1 de la referida Ley establece que:

Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar; para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración de la participación de las organizaciones de consumidores. (el subrayado es nuestro)

A su vez, impulsando la vieja quimera que supone la producción de códigos de conducta a nivel comunitario, el párrafo tercero del referido artículo, dispone que “las Administraciones Públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin”.

Como puede observarse, la Ley 29/2009 subraya el carácter voluntario de los códigos de conducta, el cual puede predicarse en un doble nivel: (i) exige que su creación y contenido no vengán impuestos por los Estados miembros y que, además, (ii) sus disposiciones únicamente afecten a aquellos que libremente hayan decidido

⁶⁶ El núcleo del referido capítulo está integrado por los artículos 37 a 39.

⁶⁷ BERCOVITZ, Alberto. *Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal*. En *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 274.

someterse a las mismas.⁶⁸

Por lo demás, el fomento de los códigos de conducta persigue, en un sentido amplio, “elevar el nivel de protección de los consumidores”. Así lo establece el precepto comentado en su propia Exposición de Motivos (apartado 2), en el que se afirma literalmente que “los códigos de conducta contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios”.

Ahora bien, a la hora de definir el comportamiento de las empresas y profesionales adheridos al Código de conducta, la Ley 29/2009 impone a los códigos dos límites de diversa naturaleza. En primer lugar, la prohibición de fomentar o impulsar conductas desleales⁶⁹. Y, en segundo, la obligación de respetar las normas en materia de defensa de la competencia⁷⁰. Los cuales desarrollaremos con mayor detenimiento en el capítulo II del presente trabajo.

Como hemos señalado con anterioridad, uno de los pilares básicos de todo sistema de autorregulación se encuentra en su órgano de control⁷¹. Así lo entiende la legislación española al disponer en el artículo 37 apartado 4 de la Ley 29/2009 que “los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas”.

Vemos que el valor de este precepto es doble:

- (i) Por un lado, el imperativo que se utiliza en su redacción pone de manifiesto que la existencia de órganos de control en el marco del sistema de autodisciplina es una imposición obligatoria. En consecuencia, cabría afirmar que la nueva Ley solo reconoce expresamente a aquellos sistemas de autodisciplina que se doten de un órgano de control para verificar el

⁶⁸ TATO PLAZA, Anxo, Pablo FERNANDEZ CARBALLO-CALERO y Christian HERRERA PETRUS .Ob. Cit., p. 321.

⁶⁹ **Ley 29/2009**

Artículo 38.- frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas podrán ejercitarse las acciones de cesación y rectificación previstas en el art. 32.1, 2.ª y 4.ª.

⁷⁰ **Ley 29/2009**

Artículo 37.- Fomento de los códigos de conducta.-

(...)

2. Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.

⁷¹ BERCOVITZ. Ob. Cit., p. 275.

cumplimiento de los Códigos de conducta.

- (ii) En segundo lugar, es cierto que dicho artículo no predetermina las características y la composición del órgano de control. Pero sí exige con carácter imperativo que éste sea independiente.

Ahora bien, a la hora de prever los mecanismos a través de los cuales se puede verificar el cumplimiento de los códigos de conducta, la Ley 29/2009 contempla dos alternativas diversas: Un control previo (de carácter facultativo)⁷², y uno control ex post (de carácter obligatorio) a través de un sistema extrajudicial de resolución de conflictos⁷³.

Debemos destacar que los términos imperativos en los que se expresa el artículo 37 apartado 4 ponen de manifiesto que solo aquellos sistemas de autodisciplina que cuenten con un sistema extrajudicial de conflictos que cumpla los requisitos expuestos son objeto de reconocimiento por la Ley 29/2009.

Es así, que a la vista de los requisitos exigidos por el referido artículo 37^o, podemos concluir el presente subcapítulo señalando que AUTOCONTROL (asociación de autorregulación publicitaria española) cumple con todos ellos, toda vez que dicha asociación se encuentra integrada voluntariamente por empresarios y profesionales que se han comprometido a respetar el código de la publicidad elaborado por ellos y que están sometidos, en los casos en que infringen el código, a la resolución del jurado, que está integrado por personas absolutamente independientes.⁷⁴ Asimismo, AUTOCONTROL hace uso de la facultad del control previo, el cual denomina COPY ADVICE.

Finalmente, cabe señalar que aparte del artículo 37 también aparecen otros artículos referidos precisamente a los sistemas de autorregulación, como es el caso del artículo 5 apartado 2 que declara desleal el hecho de que un empresario o profesional indique estar vinculado a algún código de conducta y, sin embargo, incumple con los compromisos asumidos en dicho código. Asimismo, el artículo 21, cuyo epígrafe es

⁷² El artículo 37 apartado 4 establece que los códigos de conducta: “(...) podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios (...)”

⁷³ Al respecto, el artículo 37 apartado 4 establece que los códigos de conducta “(...) deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a la red comunitaria de órganos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente”.

⁷⁴ BERCOVITZ, Alberto. Ídem, p. 272.

“Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad”, que declara desleales por engañosas a las prácticas comerciales que afirman, sin ser cierto, la vinculación de una empresa a un código de conducta.⁷⁵

Como vemos, el Estado español ha reconocido plenamente a su sistema de autorregulación publicitaria a través de su nueva Ley de Competencia Desleal, lo cual nos permite dejar como primera impresión, que el sistema de autorregulación español es de tipo mixto o corregulación⁷⁶.

10. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL MUNDO: THE EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE (EASA)

La European Advertising Standards Alliance (EASA) es el organismo que engloba a todos los sistemas de autorregulación publicitaria en el mundo y que está formada actualmente por 33 organizaciones de autorregulación, de las cuales 26 pertenecen a países europeos (en el resto podemos encontrar asociaciones centroamericanas o sudamericanas como CONAR MEXICO y CONAR CHILE, respectivamente); y 15 organizaciones de industria que apoyan la autorregulación (como la Federación Mundial de Anunciantes, Asociación Europea de Agencias de Comunicación, entre otras).

EASA, tiene como finalidad lograr una publicidad responsable estableciendo parámetros guía y pautas en cómo desarrollar la autorregulación en materia publicitaria para el beneficio de consumidores así como de los propios empresarios. Así, este organismo privado sin fines de lucro con sede en Bruselas, promueve los altos estándares de ética en la comunicación comercial. Es la voz de autoridad en materia autorregulación de la publicidad, recogiendo las mejores prácticas sobre la materia en Europa.

En ese sentido, la EASA promueve la autorregulación publicitaria en Europa y en otras partes del mundo (como señalábamos los CONAR México y Chile forman parte de la referida asociación); sus funciones se centran en la coordinación del sistema de reclamaciones transfronterizas, la difusión del conocimiento sobre la autorregulación,

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Recordemos que señalamos en el punto 2 del presente capítulo que un sistema de corregulación se identifica por la participación en los órganos de control y de gobierno de la Administración Pública. Para que se presente dicha participación, se entiende que tiene que el sistema de autorregulación debe ser reconocido previamente por parte del Estado.

la ayuda para la creación de sistemas de autorregulación publicitaria donde todavía no existen, así como el apoyo a aquellos que todavía no se han consolidado⁷⁷.

Dentro de las funciones descritas, el 31 de mayo de 2002, la Asamblea General de EASA aprobó la “Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas” para toda Europa, con el fin de contribuir al exitoso cumplimiento de los principios de sus objetivos. Principios que van principalmente dirigidos a ser utilizados por los organismos nacionales de autorregulación y que están diseñados con el fin de guiar el trabajo de todos los participantes en el proceso de autorregulación tanto para la publicidad online como en medios convencionales.⁷⁸

11. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN LATINOAMÉRICA: RED LATINOAMERICANA DE ORGANISMOS DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA (CONARED)

CONARED es la red latinoamericana de sistemas de autorregulación publicitaria, conformada por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

CONARED se constituye como un acuerdo de cooperación entre entidades homólogas latinoamericanas, de iniciativa privada, con el fin de promover la publicidad responsable y buscar mejores prácticas de autorregulación publicitaria. Cuenta con una Secretaria General, actualmente a cargo de CONAR Chile. Se reúne anualmente para compartir experiencias y adoptar importantes acuerdos que promueven el desarrollo de la autorregulación en la Región.

12. CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

Una de las críticas mundiales a los sistemas de autorregulación radica en el hecho de que algunas de ellas se constituyen con la única finalidad de proteger a sus miembros ante la presente o futura regulación sectorial por parte del Estado. Esto evidentemente genera desconfianza en los ciudadanos, lo cual hace que estos sistemas pierdan credibilidad frente a ellos.

Estas críticas se incrementan en la medida que estos sistemas de autorregulación

⁷⁷ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit., p. 73.

⁷⁸ Información tomada de <http://www.autocontrol.es/> (consulta: 04 de julio de 2011)

excluyan a los *outsiders* de sus órganos administrativos y de control, toda vez que el dejar el manejo y solución de conflictos a las propias empresas que conforman el sistema no hace más que generar dudas respecto de su imparcialidad al momento de resolver procedimientos iniciados contra sus miembros. Situación que no solo se puede corregir haciendo público sus pronunciamientos, máxime si las sanciones que imponen los sistemas de autorregulación no son pecuniarias⁷⁹.

En efecto, muchas personas pueden entender que una sanción pública podría ser más perjudicial para un infractor que una multa pecuniaria, ¿pero esto de qué sirve si se trata de un sistema de autorregulación que no las impone? Ese es una de las críticas que incluso podemos aterrizar en el sistema de autorregulación peruano, pues por más que este tipo de sanción se encuentra dispuesto en sus códigos de conducta desde su creación, nunca se ha aplicado en la práctica.

Así vemos que la principal crítica a los sistemas de autorregulación radica en la credibilidad que pueda mostrar el sistema, pues si este sistema no cuenta con la credibilidad de los ciudadanos, nunca podrá llegar a ser un sistema alternativo a la Administración Pública y mucho menos, un sistema al que puedan recurrir los consumidores.

Otras críticas sobre estos sistemas radica en los posibles conflictos que puedan generar con las normas del derecho de la competencia, pues recordemos que en el caso peruano, las sanciones y medidas complementarias del CONAR pueden imponerse tanto a sus miembros como a sus no miembros, lo cual podría ocasionar, en el caso se disponga el cese de la publicidad de un no miembro, que éste considere que dicha sanción es producto de una conducta contraria a la libre competencia que tenga como finalidad excluirlo del mercado.

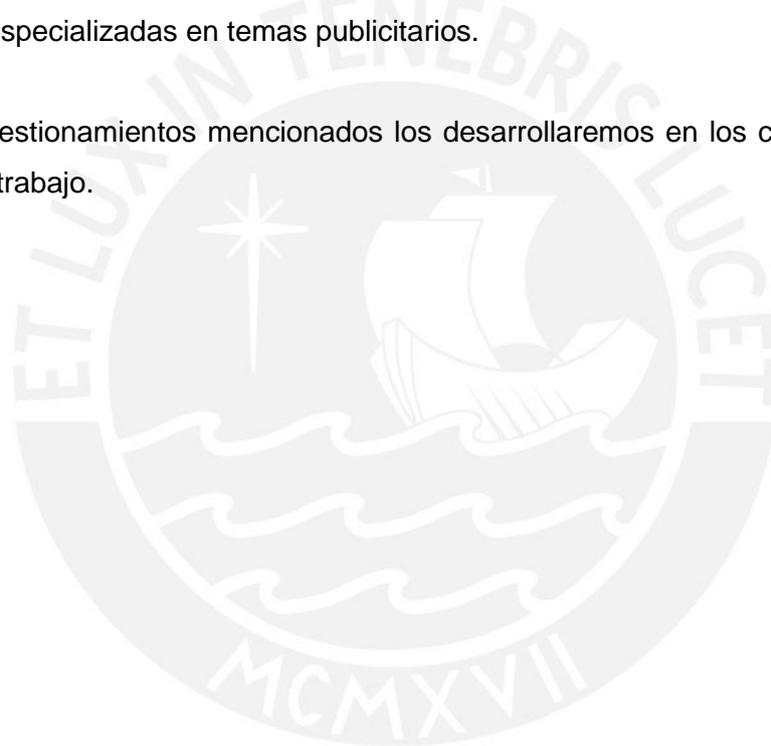
⁷⁹ En efecto, respecto a los cuestionamientos de los sistemas de autorregulación, Oscar Sumar y Javier Avellaneda señalan: “*Se ha esgrimido diversas teorías para justificar la existencia de la autorregulación. Entre ellas destaca aquella que postula que es un diseño de política menos costoso y más efectivo que la regulación tradicional, en el sentido de que los propios regulados tienen habitualmente mayores conocimientos acerca de la industria que los reguladores y, en consecuencia, pueden ejecutar y monitorear a un menor costo su cumplimiento.*”

*No obstante, una razón complementaria, pero más cercana a los postulados generales de este trabajo, señala que la razón de este fenómeno se puede explicar en el propio mecanismo del proceso regulatorio, entendiendo que sus agentes, tanto políticos como reguladores y productores y consumidores, son maximizadores de sus propios beneficios. Es decir, las normas son el resultado de juegos de poder en los que los grupos de interés buscan conseguir legislación a su favor” (SUMAR ALBUJAR, Óscar y Julio AVELLANEDA ROJAS. *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico, 2010, pp. 116-117).*

Asimismo, existen críticas respecto a la facultad que tendría el sistema de autorregulación a imponerle una sanción pública a una empresa que no es miembro de dicho sistema.

De otro lado, existen críticas respecto al servicio de control previo (COPY ADVICE) brindado por los sistemas de autorregulación, en la medida que cuando vienen promovidos por disposición estatal, podrían generar distorsiones a la competencia en el mercado de asesoría legal publicitaria, toda vez que se le otorgaría poder de mercado, lo cual podría tener como efecto que dicho sistema a través del mencionado servicio, excluya a sus competidores como son los estudios de abogados y consultoras especializadas en temas publicitarios.

Todos los cuestionamientos mencionados los desarrollaremos en los capítulos II y III del presente trabajo.



CAPITULO II

LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. LOS ACTOS DE COLUSIÓN RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. SISTEMA EUROPEO, ESPAÑOL, NORTEAMERICANO Y PERUANO.

En el presente apartado realizaremos una breve descripción del tratamiento al que se encuentran sujetos los acuerdos restrictivos de la competencia en la Unión Europea, España, Estados Unidos y Perú.

1.1. Los acuerdos restrictivos de la competencia en la Unión Europea

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) parte de un principio claro: *“la libre competencia y, en general, la libertad económica es la manera más eficaz de asegurar el bienestar de los ciudadanos europeos”*. Así, el artículo 101.1 TFUE es la disposición que mejor refleja esta premisa al establecer una prohibición de principio de los acuerdos restrictivos de la competencia entre empresas⁸⁰.

Para efectos del presente análisis, debemos tener en consideración que el sistema europeo sigue un esquema de “principio-excepción” mediante el cual, la prohibición general (la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia), no se aplicará a los acuerdos que contribuyan, de manera general, al “progreso económico”, o, de manera específica, a aquellos de los que se derivan mejoras en la producción o en la distribución de los productos, siempre y cuando estas mejoras alcancen en cierta medida a los consumidores y no eliminen la competencia. Excepciones que se detallan en el artículo 101.3 del TFUE⁸¹.

Dicho esquema es aplicado, toda vez que los acuerdos que se pueden encontrar en la vida comercial y que son susceptibles de ser analizados a la luz del artículo 101.1 TFUE son muy diversos (desde un cártel de fijación de precios entre competidores hasta un acuerdo de distribución comercial concluido entre un proveedor y su cliente, pasando por los acuerdos de I+D destinados a crear nuevos productos), por lo que una prohibición tan amplia exige una vía de escape para algunos de ellos que, aún

⁸⁰ ORTIZ BLANCO, Luis, Jerónimo MAÍLLO GONZÁLES-ORÚS, Pablo IBAÑEZ COLOMO y Alfonso LAMADRID DE PABLO. *Manual de Derecho de la Competencia*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, pp. 61-63.

⁸¹ *Ibíd.*

siendo restrictivos de la competencia, tienen un impacto positivo en la economía, en la medida en que aumentan los incentivos de las empresas participantes para competir, sin reducir a su vez los incentivos de sus competidores actuales o potenciales⁸².

Así, en cada caso denunciado o investigado por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia, la agencia de competencia siempre tendrá que realizar un doble análisis. Primero, determinará si se trata de un acuerdo que tiene por objeto o efecto restringir la competencia y luego, si dicho acuerdo cumple con las condiciones establecidas en el artículo 101.3 TFUE que establece las exenciones legales (cabe señalar que además, dicho artículo prevé expresamente aplicar su excepción por vía normativa a determinados tipos de acuerdos, a través de las llamadas “exenciones por categoría”). En ese sentido, los acuerdos que no puedan beneficiarse de una exención conforme a los criterios del 101.3 TFUE (o los criterios establecidos en la normativa de exención por categoría, si corresponde) quedan prohibidos sin que se requiera una decisión previa al respecto, mientras que aquellos que satisfagan tales criterios, pueden considerarse lícitos desde el momento de su conclusión.

El artículo 101.1 dispone lo siguiente:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Para que una transacción esté comprendida en el ámbito de aplicaciones del artículo 101.1 TFUE y, por lo tanto, prohibida (siempre y cuando dicha transacción no reúna las condiciones enunciadas en el artículo 101.3 TFUE), se examinará, en primer lugar, si existe un acuerdo, decisión o práctica concertada entre empresas; en segundo lugar, si este concurso de voluntades tiene como resultado que la competencia dentro de la Unión Europea (en adelante UE) quede impedida, restringida o falseada y si por

⁸² *Ibidem*.

ello puede afectarse el comercio entre Estados miembros. Por último, se exige que la eventual restricción de competencia tenga lugar dentro de la UE⁸³

Como se puede apreciar, el artículo 101.1 del TFUE enumera una serie de acuerdos restrictivos de la competencia, cuyos efectos sobre la economía o sobre la competencia serán generalmente negativos. Dado que los términos empleados en dicho artículo son de alcance relativamente amplio, muchas de las conductas restrictivas no enumeradas expresamente suelen ser Incluidas en uno u otra de las categorías. Los siguientes ejemplos pueden ser considerados como una “limitación de la producción” según lo expresado en el apartado b) del artículo 101.1 TFUE:

- La prohibición de comercialización de productos.
- La exigencia de denegación de licencias a terceros.
- El desabastecimiento a usuarios o revendedores, etc.

No debe olvidarse que el artículo 101.1 TFUE se aplica a conductas (acuerdos, decisiones o prácticas concertadas) que tienen “*como objeto o efecto impedir, restringir, o falsear el libre juego de la competencia en el mercado interior*” (el subrayado es nuestro). Por lo que corresponde precisar que ambos requisitos son alternativos y no acumulativos. Es importante subrayar, por tanto, que si un acuerdo restringe la competencia por su objeto, no será necesario demostrar que es restrictivo por su efecto, y viceversa. Así, si dos o más empresas establecen contactos con objeto de restringir la competencia (y en particular aquellos destinados a fijar precios, a repartirse los mercados o a fijar cuotas de producción), la prohibición se aplicará aun cuando los efectos de dichos contactos no se materialicen en el mercado⁸⁴.

Las restricciones por su objeto son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia, lo que se determina mediante el examen del contenido de sus disposiciones, de la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, y a la luz de los objetivos de las normas comunitarias de competencia⁸⁵. Así, aun cuando las partes se encuentren en condiciones de demostrar que su finalidad no era restringir la competencia, o que el

⁸³ Ídem, p. 64.

⁸⁴ Ídem, p. 85.

⁸⁵ COSTAS COMESAÑA, Julio. *El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores*. En *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Volumen 30 (2009-2010)*. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela y Marcial Pons, p. 171.

acuerdo perseguía fines pro competitivos, la tendencia natural del acuerdo en cuestión a restringir la competencia es suficiente para establecer que tal es su objeto. De igual forma, no se puede determinar que un acuerdo es restrictivo de la competencia por su objeto simplemente porque este se hubiese realizado con la intención de las partes⁸⁶.

La UE ha identificado en la práctica una serie de acuerdos que, *prima facie*, no tienen ningún efecto beneficioso y persiguen únicamente restringir la competencia. Los más característicos son los “acuerdos horizontales” relativos a la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados; y los “acuerdos verticales” que imponen prohibiciones a la exportación o un precio de reventa a los distribuidores⁸⁷.

Así, no es necesario tener en cuenta los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia. De este modo, si el objeto del acuerdo es fijar precios, para que exista una prohibición no es necesario demostrar que la competencia en los precios ha sido afectada de hecho. No obstante, como hemos comentado con anterioridad, dichos acuerdos deberán ser analizados además en virtud de las exenciones dispuestas en el artículo 101.3 TFUE, pues el tratado no distingue entre los acuerdos restrictivos por su objeto y por su efecto⁸⁸. Sin embargo, es importante precisar que en la práctica, rara vez (por no decir en ningún caso) se aplicará el dispositivo de exención a los acuerdos relativos a la fijación de precios, la limitación de producción o el reparto de mercados⁸⁹.

⁸⁶ Cabe señalar que las restricciones por objeto no se equipara a los términos “objeto” u “objetivo del acuerdo”. El hecho de que las partes persigan con el acuerdo un fin legítimo (por ejemplo, introducir un nuevo producto o remediar los efectos de una crisis sectorial) no debe tener ninguna influencia en el análisis del objeto restrictivo de parte del contenido del acuerdo. (Ídem. Pp. 175)

⁸⁷ ORTIZ BLANCO, Luis, Jerónimo MAÍLLO GONZÁLES-ORÚS, Pablo IBAÑEZ COLOMO y Alfonso LAMADRID DE PABLO. Ob. Cit, p. 87.

⁸⁸ Ídem. Pp. 88.

⁸⁹ Al respecto, MARTINEZ y QUINTANA señalan que “(...) si bien la Comunidad Europea no utiliza el término de ilegalidad per se, en la práctica analiza la concertación de precios bajo una lógica de ilegalidad objetiva, que en principio no admite justificación ni requiere del análisis de sus efectos en el mercado. (...) Los autores coinciden en señalar que las prácticas cuyo objeto es restringir la competencia resultan ilegales de manera automática sin requerir la prueba de efectos perjudiciales sobre el mercado. (...) El análisis de las concertaciones de precios en la Comunidad Europea se sustenta en un criterio de ilegalidad objetiva, considerándolas ilícitas sin necesidad de evaluar sus efectos. No obstante, dado que el artículo 81 numeral 3 del Tratado de Roma admite la posibilidad de no considerar ilícitas las conductas tipificadas en el numeral 1 del artículo 81, se admite por excepción que los investigados puedan tratar de argumentar que cumplen con los requisitos para que su conducta no sea sancionable. Esto no significa en modo alguno que para declarar ilegal una concertación de precios la autoridad de defensa de la competencia requiera evaluar los efectos positivos y negativos de tal conducta, ni que se eleve el estándar de prueba” (MARTINEZ LICETTI, Martha y Eduardo QUINTANA SÁNCHEZ. *La necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: A propósito de las Prácticas Anticompetitivas de Precios*. En *Derecho & Sociedad*. N° 28. Lima: 2007, pp. 121-122).

Respecto a los acuerdos restrictivos de la competencia por su efecto, que son generalmente definidos como los acuerdos que por su propia naturaleza no tienen el objeto de restringir o falsear la competencia, el análisis que debe realizar la Comisión o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se centra en los efectos del acuerdo en el mercado, los cuales serán sancionados por el artículo 101.1, para los que exigirá la reunión de aquellos elementos de los que resulte que el juego de la competencia ha sido, en efecto, ya impedido, ya restringido o falseado de modo sensible⁹⁰. En este tipo de acuerdos, a diferencia de los acuerdos restrictivos por su objeto, no hay presunción de efectos anticompetitivos⁹¹.

En tal sentido, se realiza un análisis económico del mercado antes y después del acuerdo en cuestión. Además, se analiza la existencia de poder de mercado que poseen las partes, por separado o conjuntamente, pues los efectos restrictivos de un acuerdo serán más probables cuanto mayor poder de mercado posean las mismas⁹².

Así, el efecto restrictivo de un acuerdo podrá notarse tanto en la competencia intermarca como en la competencia intramarca y afectar a la competencia actual o potencial⁹³.

Cabe señalar que contra estos acuerdos, así sean por su objeto o efecto restrictivos de la competencia, para que sea aplicable el artículo 101 TFUE: (i) deberán generar un efecto sensible o apreciable sobre el mercado relevante y sobre el comercio entre Estados Miembros (relacionado con las cuotas de mercado de las partes que conforman el acuerdo); (ii) deberán ser susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros (el acuerdo o práctica deberá ser susceptible de tener una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados Miembros); y (iii) la restricción de la competencia deberá tener efectos dentro del mercado interno (debe ponerse en práctica o generar sus efectos dentro de la

⁹⁰ COSTAS COMESAÑA señala que “El carácter alternativo de la condición restrictiva, por objeto o por su efecto, de la conducta concertada conduce a la prevalencia del concepto de objeto sobre el de efecto, en el sentido de que sólo resultará necesario el análisis de efectos (de la aptitud del acuerdo para generarlos) cuando no se haya podido probar que es restrictivo por objeto.” (COSTAS COMESAÑA, ob.cit, p. 175)

⁹¹ Ídem, p. 176

⁹² MARTINEZ LICETTI, Martha y Eduardo QUINTANA SÁNCHEZ. Ob. Cit., pp, 88-90.

⁹³ La competencia intermarca hace referencia a la competencia entre las marcas de productos proveídos por distintos agentes económicos. En contraste, la competencia intramarca se refiere a la competencia de los distribuidores mayoristas y minoristas con relación a una marca específica de un producto de un determinado fabricante.

Unión Europea)⁹⁴.

Ahora bien, conforme señalamos al inicio del presente subcapítulo, en el caso de que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia y entre, por tanto, en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, es preciso determinar si es susceptible de beneficiarse de la exención prevista en el artículo 101.3 TFUE, que literalmente establece:

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Como se desprende del texto anterior, el artículo 101.3 TFUE ofrece una “salida” a través de la cual puede aprobarse un acuerdo en principio prohibido por el artículo 101.1 TFUE. Las condiciones generales para la aplicación tanto individual como por categorías del artículo 101.3 TFUE deben satisfacerse de manera cumulativa, de tal modo que si no se cumple cualquier de ellas no será posible obtener el beneficio de exención. Así, la exención del artículo 101.3 se aplica de dos formas distintas:

- a. Mediante “exenciones por categorías”.- La licitud de los acuerdos que entren en el ámbito de aplicación de cualquiera de los Reglamentos que establecen una exención por categorías es automática.
- b. Por aplicación directa de la excepción legal.- En el caso de acuerdos individuales que no entren en el ámbito de aplicación de los reglamentos de exención por categorías, pero cumplan las cuatro condiciones del artículo 101.3 TFUE.

⁹⁴ Ídem, pp. 93-97.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Reglamento 1/2003, Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante Reglamento 1/2003), la carga de la prueba de la existencia de una restricción de competencia, según lo dispuesto en el artículo 101.1 TFUE, recae sobre la autoridad o el particular que la alega. De la misma manera, la carga de la prueba de la conformidad con el artículo 101.3 TFUE de un acuerdo restrictivo recae sobre la empresa que alega la excepción.

Así, procederemos a detallar los cuatro requisitos que se disponen en el artículo 101.3 para que se aplique la exención legal del acuerdo restrictivo de la competencia:

- 1) Acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico.

En este punto, se debe demostrar que el acuerdo, pese a restringir la competencia, es ventajoso para la economía. Así se evalúa las mejoras de la eficiencia de carácter objetivo que estos acuerdos pueden generar en el mercado. Un acuerdo es susceptible de generar eficiencias de dos tipos. En primer lugar, eficiencias estáticas, que son las mejoras que tienen efectos positivos sobre la economía en el corto plazo, es decir, que tienen un impacto sobre las condiciones de fabricación o distribución de los productos existentes. En segundo lugar, las eficiencias dinámicas, esto es, mejoras que se hacen sentir en la economía a largo plazo, como puede ser el desarrollo de un nuevo producto destinado a reemplazar productos existentes o a satisfacer nuevas necesidades⁹⁵. Así tenemos:

- a) Mejora en la producción: se considera que hay mejoras en la producción cuando el acuerdo conduce a una reducción en costos de producción, a una producción más eficiente o de mayor calidad, o incluso a la oferta de un surtido más amplio. Por otra parte, de forma excepcional, la Comisión Europea ha considerado como una mejora de este tipo la conclusión de los acuerdos horizontales (entre competidores) destinados a reducir de forma ordenada la producción en industrias que sufren un exceso de capacidad. También el mantenimiento del empleo ha sido considerado una mejora de la producción.

⁹⁵ PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio. *Derecho de la Propiedad Industrial, Intelectual y de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2088, p. 140

- b) Mejora en la distribución: se considera que el acuerdo genera una mejora en la distribución cuando se desarrolla una organización de las actividades de venta más efectiva, continuidad de los suministros, un mejor acceso al mercado y un mejor servicio posventa y garantía. La mejora de distribución puede resultar también de la racionalización de ferias y de otras circunstancias varias, como la compra en común de materias primas etc.
 - c) Progreso técnico: entre ellos tenemos los acuerdos de I+D, fabricación conjunta o especialización que contribuya al progreso técnico. Asimismo, progreso técnico puede ser el resultado de combinar tecnologías existentes con productos nuevos, mejoras en seguridad y protección de los consumidores, reducción de exceso de capacidad en empresa y las mejoras medio ambientales.
 - d) Progreso económico: entre estos acuerdos tenemos la racionalización y reducción de costos o la reestructuración y la mejora de los sistemas financieros de las empresas.
- 2) Participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante

En este punto se debe demostrar que las ventajas del acuerdo repercutirán en consumidores y no solamente en empresas involucradas. Por ejemplo, la reducción del precio final, mejora de calidad del producto, mejora en la distribución o el servicio posventa.

3) Carácter indispensable de las restricciones

En este punto de análisis se exige que: (i) la restricción debe ser objetivamente indispensable en relación con los efectos beneficiosos que pueda generar (se busca identificar si existe algún medio alternativo viable y menos restrictivo para la competencia que permita alcanzar los beneficios previstos en el acuerdo en cuestión); y que, (ii) el acuerdo no debe causar ninguna restricción de la competencia que no sea absolutamente necesaria para alcanzar los beneficios que presuntamente generaría.

En la práctica, las restricciones por el objeto no serán consideradas indispensables salvo en circunstancias excepcionales.

4) No eliminación de la competencia

Para juzgar si es probable que se elimine la competencia respecto de una parte sustancial del mercado se deberá definir previamente el mercado relevante, tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico. Asimismo, deberán considerarse las cuotas dentro de ese mercado en concreto. Además, se deberá evaluar el tipo de producto, el número y la situación de los competidores y la competencia potencial.

1.2. Los acuerdos restrictivos de la Competencia en España

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) reconoce la inspiración de la Ley vigente en las norma de competencia de la Unión Europea a las cuales se ajusta con mucha fidelidad⁹⁶. Así, la LDC establece en su artículo 1º una prohibición general de todo acuerdo que tenga por objeto o produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado:

Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La formulación del artículo 1º LDC y su interpretación por las autoridades nacionales

⁹⁶ PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio. Ídem, p. 150.

de competencia son prácticamente análogas a las del artículo 101 TFUE. No existe diferencia relevante alguna entre ambos cuerpos normativos en lo que la represión de conductas restrictivas de la competencia se refiere.

Así, a través de dicho artículo, igual se reprimirán los acuerdos o prácticas que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia y se realizará un doble análisis en este tipo de conductas, siguiendo la tendencia europea de “prohibición – excepción” antes comentada. En ese sentido, la LDC recoge la posibilidad de que determinadas conductas prohibidas por el artículo 1 puedan, no obstante, ser autorizadas, siempre que se cumplan determinados requisitos. El artículo 1.3. LDC recoge los supuestos para la autorización de prácticas prohibidas en términos casi idénticos a los que encontramos en el artículo 101.3 TFUE, lo que implica que las consideraciones efectuadas respecto a ésta última disposición resultan plenamente aplicables a su equivalente español.

El tenor literal del artículo 1.3. LDC señala lo siguiente:

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:
- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
 - b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
 - c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

1.3. Los acuerdos restrictivos de la Competencia en Estados Unidos

La distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto analizados en el sistema europeo y español de defensa de la competencia en los apartados anteriores, no están en el texto de la prohibición de colusión que formula el artículo 1º de la *Sherman Act* de 1980, que señala lo siguiente: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the*

*several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*⁹⁷.

Superando una inicial interpretación literal del precepto transcrito, la Corte Suprema norteamericana tiene establecido que el citado precepto de la *Sherman Act* no prohíbe toda restricción de la autonomía de comportamiento de las empresas, sino solo los acuerdos que restringen la competencia de manera no razonable. Y al objeto de establecer cuándo un acuerdo restringe la competencia de forma no razonable, la mencionada Corte ha desarrollado dos reglas o test de legalidad contrapuestos: la regla *per se* y la *rule of reason* (regla de la razón)⁹⁸.

Así, se reserva la regla *per se* para aquellos acuerdos que por su propia naturaleza constituyen restricciones no razonables (los llamados “*hardcore cartels*”, que comprenden los acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse el mercado, limitar la producción o coludirse en procesos de concurso) sin necesidad de examinar la intención de las partes y sus efectos sobre el mercado; por tanto, restricciones de la competencia prohibidas en todos los casos.

Por el contrario, la *rule of reason* exige analizar si la conducta concertada ha causado o puede causar un efecto restrictivo sobre la competencia y, en su caso, demostrar que tal efecto restrictivo no es indispensable para alcanzar el fin lícito perseguido para poder concluir que es una restricción ilegal al amparo del artículo 1º de la *Sherman Act*⁹⁹.

1.4. Los acuerdos restrictivos de la competencia en el Perú

El Decreto Legislativo N° 1034 distingue dos tipos de prácticas anticompetitivas en función de si se sujetan a una prohibición absoluta o a una prohibición relativa.

Para demostrar la infracción en los casos de prohibición relativa se debe comprobar la existencia de la conducta y además si la misma tiene o puede tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores¹⁰⁰. De otro lado, en el caso de

⁹⁷ “Todo contrato, asociación en forma de trust o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, será declarado ilegal” (traducción libre)

⁹⁸ COSTAS COMESAÑA, Ob. Cit., p. 170.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Decreto Legislativo 1034

Artículo 9.- Prohibición relativa.-

las prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta solo se requiere probar la existencia de la conducta para que se verifique la infracción¹⁰¹. Estas prácticas son aquellas que usualmente se califican como carteles duros o ilegales *per se*, tales como los acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse el mercado, limitar la producción o coludirse en procesos de concurso. Todas las demás conductas que sean susceptibles de generar como efecto la exclusión de un agente económico del mercado, serán analizadas como sujetas a una prohibición relativa¹⁰².

En efecto, según lo dispuesto por la referida Ley, todos los casos de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias verticales, así como la mayoría de prácticas colusorias horizontales entre competidores, están sujetas a la prohibición relativa¹⁰³.

Las prácticas colusorias horizontales y verticales contempladas en el Decreto Legislativo 1034, son las siguientes:

Prácticas colusorias horizontales	Prácticas colusorias verticales ¹⁰⁴
(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;	a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;	b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de
(c) El reparto concertado de clientes,	

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

¹⁰¹ [Decreto Legislativo 1034](#)

Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

¹⁰² [Decreto Legislativo 1034](#)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

¹⁰³ QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. *El objetivo del DL 1034 y la interpretación de las conductas prohibidas*. Inédito, pp. 11-12.

¹⁰⁴ [Decreto Legislativo 1034](#)

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

<p>proveedores o zonas geográficas;</p> <p>(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;</p> <p>(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;</p> <p>(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;</p> <p>(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;</p> <p>(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;</p> <p>(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;</p> <p>(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,</p> <p>(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.</p>	<p>manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales</p> <p>condiciones; c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;</p> <p>d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;</p> <p>e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;</p> <p>f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;</p> <p>g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,</p> <p>h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.</p> <p>(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;</p> <p>(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;</p> <p>(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;</p> <p>(d) La concertación de la calidad de los</p>
--	--

	<p>productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;</p> <p>(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;</p> <p>(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;</p> <p>(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;</p> <p>(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;</p> <p>(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;</p> <p>(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,</p> <p>(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.</p>
--	---

De las prácticas descritas, solo se considerarán como sujetas a prohibiciones absolutas y por ende, sancionadas por su sola consecución -siempre que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos- las siguientes prácticas:

- a. Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b. Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c. El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d. Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

2. CONFLICTOS SUSCITADOS EN EUROPA Y ESPAÑA ENTRE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y LAS NORMAS QUE REGULAN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Si bien hemos mencionado en el capítulo anterior que, por lo general, los sistemas de autorregulación son reconocidos por los Estados en los que se desenvuelven, incluso llegando al punto de funcionar como un sistema mixto en los casos de correulación, debemos tener claro que este reconocimiento no significa que los sistemas de autorregulación deban quedar al margen del Derecho de la Competencia. Todo lo contrario, sus códigos de conducta, servicios y resoluciones deberán ser escrupulosamente respetuosas con el ordenamiento, en general, y, en particular, con la legislación que reprime los actos contrarios a la libre competencia¹⁰⁵.

Los conflictos que se han suscitado entre los sistemas de autorregulación y las normas de defensa de la competencia, radican en tres aspectos que forman parte de todo sistema de autorregulación. Estos son: (i) los códigos de conducta; (ii) el uso de medios de comunicación para el cumplimiento de sanciones o medidas complementarias, y (iii) los servicios denominados “COPY ADVICE”.

Como hemos podido apreciar durante el desarrollo del presente capítulo, las normas de defensa de la competencia española y norteamericana son normas que contienen disposiciones y reglas de aplicación distintas. Así, para el desarrollo de la presente tesis, nos centraremos en las diferencias que existen en la aplicación de estas normas a los acuerdos restrictivos de la competencia, toda vez que los supuestos conflictos que existen entre los sistemas de autorregulación y las normas de derecho de la competencia radican en este aspecto.

Así, en el presente trabajo no desarrollaremos diferencias en aspectos procesales de las referidas normas ni las diferencias que puedan tener en su aplicación a las

¹⁰⁵ MASSAGUER, José. Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Madrid: Civitas Ediciones. Primera Edición, 1999, p. 98.

conductas de abuso de posición de dominio, control de concentraciones o ayudas estatales.

En el capítulo anterior hemos desarrollado con detenimiento cómo se reprimen los acuerdos restrictivos de la competencia a nivel español y europeo (conforme señalamos en el capítulo anterior, la aplicación y configuración de ambas normas respecto a los acuerdos restrictivos de la competencia es muy similar), toda vez que estas normas son las que se han aplicado a sistema de autorregulación español AUTOCONTROL que es el sistema modelo que utilizamos en el presente trabajo. Así, en los siguientes subcapítulos comentaremos algunas de las resoluciones emitidas por la agencia de competencia española como por la Unión Europea sobre las actuaciones de los sistemas de autorregulación.

Asimismo, consideramos preciso señalar que comentaremos algunas resoluciones emitidas por la Federal Trade Commission (en adelante, FTC) respecto a los sistemas de autorregulación, toda vez que la norma peruana de represión de conductas anticompetitivas ha tomado como modelo la norma norteamericana al establecer reglas de análisis idénticas a las reglas *per se* y de la razón, denominadas prohibiciones absolutas y relativas, respectivamente.

2.1. Los códigos de conducta y los acuerdos restrictivos de la competencia.

Uno de los límites que impone la Ley 29/2009¹⁰⁶ a los códigos de conducta se detalla en su artículo 37.2 en el cual se dispone que “los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.” Esta disposición nace en virtud de la propia naturaleza de los sistemas de autorregulación, toda vez que en la medida de que estos sistemas nacen por acuerdos entre las empresas de determinado sector, estos acuerdos deben ser compatibles con las normas de defensa de la competencia, caso contrario, estaríamos frente a acuerdos restrictivos de la misma¹⁰⁷.

La doctrina española al analizar la compatibilidad de los códigos de conducta con el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia distingue tres clases de códigos: (i) aquellos que se limitan a reproducir normas legales preexistentes, (ii) aquellos códigos

¹⁰⁶ Nos referimos a la nueva Ley de Competencia Desleal española.

¹⁰⁷ TATO PLAZA, Anxo, Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y Cristian HERRERA PETRUS. Ob. Cit, p. 325.

de conducta que, o bien prohíben con carácter general la publicidad de las empresas adheridas, o bien restringen para estas modalidades o prácticas publicitarias que resultarían legalmente lícitas, y (iii) códigos de Conducta que también concretan y precisan el alcance –en relación con determinadas conductas- de las cláusulas generales que incorpora la LCD¹⁰⁸. Así, analizaremos cada uno de ellas:

(i) Aquellos que se limitan a reproducir normas legales preexistentes

La calificación de códigos de conducta como un acuerdo restrictivo de la competencia o pacto colusorio debe ser rechazada de plano en estos casos, toda vez que estos códigos, al reproducir normas legales preexistentes, no limitan ni restringen la conducta de las empresas más allá de lo que hace la legislación vigente¹⁰⁹.

Así lo dispuso el Tribunal de Defensa de la Competencia español (actualmente, Comisión Nacional de la Competencia – CNC) en su resolución del 26 de mayo de 2000 en el Expediente A279/2000, mediante el cual, la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) solicitó la autorización singular de su código de conducta ante el Tribunal¹¹⁰. En este caso, dicho Tribunal denegó su autorización al considerarla innecesaria, toda vez que consideró, no existía práctica concertada en la aprobación de un código de conducta empresarial que se limitaba a la reproducción y recopilación de normas legales preexistentes¹¹¹.

En esa línea se sitúa una ulterior resolución de fecha 19 de diciembre de 2002. En ella, el Tribunal concedió una autorización singular para un código de autorregulación de la publicidad de productos del tabaco. En dicho caso, el Tribunal dispuso que “constituye únicamente una habilitación para extender las limitaciones publicitarias más allá de las fijadas con carácter mínimo por la normativa vigente”, de donde se deduce que la autorización singular no hubiese sido precisa si el referido código se limitara a reproducir limitaciones o prohibiciones ya existentes en la normativa vigente¹¹².

Un pronunciamiento reciente al respecto, lo podemos encontrar en la resolución del 28

¹⁰⁸ Ídem, pp. 325 - 326.

¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹⁰ Cabe precisar que antes de la promulgación del TFUE, era costumbre de los agentes solicitar la aprobación de sus acuerdos ante el Tribunal Europeo o sus respectivas agencias de competencia mediante consulta. Actualmente, la fiscalización de los mismos es solo *ex post*.

¹¹¹ Ibídem.

¹¹² Ídem, p. 327

de abril de 2008 de la CNC correspondiente al Expediente R 729/2007 en la que se indicó que “no cabe duda de que aquellos códigos de conducta que se limitan a compendiar la legalidad vigente no puede constituir acuerdos colusorios entre empresas, pues no es posible restringir una rivalidad competitiva prohibida por el legislador¹¹³”.

- (ii) **Aquellos códigos de conducta que, o bien prohíben con carácter general la publicidad de las empresas adheridas, o bien restringen para estas modalidades o prácticas publicitarias que resultarían legalmente lícitas.**

Sucede todo lo contrario respecto a este tipo de códigos, toda vez que en ellos se pretende prohibir con carácter general la publicidad de las empresas adheridas, o bien se prohíben para éstas ciertos comportamientos o determinadas modalidades publicitarias que resultarían lícitas y admisibles por aplicación de normativa vigente. Así, en estos casos, la doctrina española señala que existiría un acuerdo restrictivo de la competencia que solo podría ser considerado compatible con el derecho de la competencia si cumpliera con los requisitos del artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia española, que es la exención legal prevista en dicho precepto.

En ese sentido se pronunció el Tribunal de Defensa de la Competencia español en su resolución de fecha 11 de octubre de 2001, por la que determinó que el Código de Publicidad aprobado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid infringía el artículo 1 de la Ley 15/2007, toda vez que prácticamente prohibía la publicidad a sus colegiados. En dicha resolución el Tribunal sostuvo lo siguiente:

Ha de considerarse el importante papel que la publicidad juega en el mercado de bienes y servicios, al reducir el coste de información para consumidores y usuarios, enterando a éstos de la existencia de los diversos oferentes y de las singularidades de sus distintas ofertas, tanto por lo que se refiere a los precios como en lo relativo a las diversas características de los bienes y servicios ofrecidos. Este trascendental papel informativo de la publicidad incide de forma directa en la competencia, que se ve negativamente afectada cuando se cercena su ejercicio. Lo cual sucede en los mercados de cualesquiera bienes y servicios y, desde luego, en el de los servicios profesionales prestados por los abogados. Impedir o dificultar la competencia entre ellos, lo cual atenta de modo directo al orden público económico del cual la

¹¹³ *Ibídem.*

competencia es pieza clave en una economía de mercado¹¹⁴ (subrayado nuestro)

Asimismo, es importante traer a colación lo resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas del 28 de marzo de 2011. En dicha resolución se analizaba un código de conducta aprobado por el Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes. En este Código, por lo demás, se prohibía la publicidad comparativa entre los miembros del Instituto. Así, el Tribunal concluyó en su sentencia que esta prohibición de la publicidad comparativa vulneraba el artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea (TFCE)¹¹⁵ y señaló lo siguiente:

[I]a prohibición pura y simple de la publicidad comparativa limita las posibilidades de los agentes más eficaces de desarrollar sus servicios. Ello tiene como efecto, en especial, cristalizar la clientela de cada agente autorizado en el interior de un mercado nacional. Así pues, la Comisión dedujo correctamente en su Decisión los efectos beneficiosos para la competencia de una publicidad comparativa leal y adecuada, y las restricciones de la competencia que implica, por el contrario, la prohibición de toda forma de este tipo de publicidad¹¹⁶.

(iii) Códigos de conducta que concretan y precisan el alcance –en relación con determinadas conductas- de las cláusulas generales que incorpora la LCD.

En este grupo encontramos a los códigos de conducta que pretenden dotar a las empresas adheridas de un mayor grado de seguridad jurídica, concretando y precisando el alcance de cláusulas generales. Como bien sabemos, generalmente, las normas de competencia desleal hacen uso de cláusulas generales mediante las que se busca reprimir conductas que sean contrarias al principio de competencia por eficiencia y que no se encuentren expresamente tipificadas en la norma.

En España, no son pocas las ocasiones en las que los códigos de conducta aspiran a cumplir una “función didáctica” buscando concretar aquellas cláusulas generales a fin de dotar a sus asociados de un mayor grado de certeza y seguridad jurídica. Así, sin llegar a restringir conductas lícitas, sí concretan y precisan el alcance de las cláusulas generales existentes en el ordenamiento, gracias a la regulación de conductas que no

¹¹⁴ Ídem, p. 329.

¹¹⁵ En la actualidad, artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹¹⁶ Ídem, p. 330.

habían sido objeto de una tipificación expresa¹¹⁷.

Consideramos que este tipo de códigos, en la medida que se limiten a codificar grupos de casos previamente elaborados por la jurisprudencia en aplicación de las cláusulas generales de las normas de competencia desleal, no podrían ser calificados de manera alguna como acuerdos restrictivos de la competencia, toda vez que terminan promoviendo en los agentes económicos comportamientos eficientes y lícitos en su actuación en el mercado. Asimismo, informan al mercado acerca de las conductas que son consideradas desleales por la Administración a través de la cláusula general de las normas de competencia desleal.

Al respecto, la CNC, mediante Resolución del 28 de abril de 2008 (Exp. R729/2007), Ausbanc/Autocontrol) señaló lo siguiente:

El Consejo considera que no se puede afirmar que todo acuerdo por el que, por ejemplo, se extiende una prohibición legal de publicidad en un determinado medio como la televisión a otro como Internet constituye *per se* una conducta que tiene por objeto restringir la competencia. Y lo mismo se puede concluir respecto de los acuerdos por los que, siguiendo la práctica jurisprudencial, se tipifiquen convencionalmente como supuestos de publicidad deshonestas prácticas que constituyen, sin lugar a dudas, o bien ejemplos concretos de modalidades publicitarias tipificadas por el legislador, o bien prácticas que resultan prohibidas por las cláusulas generales de publicidad ilícita o de competencia desleal

Por lo expuesto, debe quedar claro que un código de conducta no puede en ningún caso prohibir, restringir o limitar actos que resulten conformes a Derecho, que no sean contrarios a las normas en materia de competencia desleal, de publicidad, de defensa de consumidores y usuarios, etc.¹¹⁸

2.2. Los medios de comunicación como mecanismo eficaz de colaboración para el cumplimiento de las resoluciones emitidas por el CONAR. ¿Concertación para afectar la libre competencia?

Este tipo de sanción (o medida complementaria/correctiva en algunos sistemas de autorregulación) está contemplada explícitamente en los códigos éticos de corte anglosajón y, de modo implícito, en los códigos éticos de corte continental. En el sistema británico de autorregulación publicitaria se prevé como medida sancionadora

¹¹⁷ Ídem, p. 331.

¹¹⁸ MASSAGUER, José. Ob. Cit, p.101.

el “boicot al anuncio” (invitación mediante una recomendación para que se retire el anuncio infractor); y, en el sistema estadounidense se prevé, dentro del procedimiento, la recomendación al medio de comunicación de la no difusión de la campaña publicitaria. Por su lado, el sistema de autorregulación publicitaria español no contempla explícitamente la sanción de retirada de la publicidad por parte de los medios de comunicación, empero, se puede lograr idéntico resultado, toda vez que en virtud del artículo 30º del Reglamento del Jurado de la AACCC, si el medio de comunicación es miembro de la asociación, tendrá que acatar las resoluciones que el Jurado dicte¹¹⁹.

La prohibición al medio de comunicación de difundir la campaña o la invitación mediante una recomendación para que retire el anuncio han sido catalogadas por la doctrina norteamericana como una forma de boicot¹²⁰ (de ahí que cierto sector de la doctrina haya acuñado el calificativo de “boicot al anuncio”) y sancionada por el derecho de libre competencia o *antitrust*¹²¹.

Al respecto, la doctrina norteamericana manifiesta que, aunque los fines de estos sistemas son la protección del interés de los consumidores, empresarios y el interés general, esta medida sancionadora podría catalogarse fácilmente como una práctica restrictiva de la competencia, incluso en el caso de que se recomendase por parte del sistema de autorregulación es decir, sin el uso de fuerza coercitiva alguna¹²².

En efecto, este tipo de sanción o medida complementaria/medida correctiva ha generado diversos problemas en su aplicación, pues en algunos sistemas esta disposición debe ser acatada por todos los medios de comunicación así no sean miembros del sistema de autorregulación.

Un segundo problema surge cuando la totalidad o la mayoría de medios de comunicación pertenecen a un sistema de autorregulación publicitaria. En este caso, si el anunciante decide incumplir la resolución cuya sanción es la cesación de la

¹¹⁹ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit, p. 160.

¹²⁰ “(...) el boicot supone una negativa concertada, nacida del acuerdo entre empresas o de las presiones ejercidas por una empresa sobre otra, a mantener relaciones comerciales con un tercero o con un determinado grupo de potenciales clientes o proveedores, enjuiciable, por tanto, como acuerdo restrictivo de la competencia (MASSAGUER, José. *La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*. 1995, p. 2250 citado por CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María. *La igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 51.

¹²¹ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Loc. Cit.

¹²² Ídem, pp. 160-161.

campaña, podría ocurrir que, sin que se dicte una sentencia judicial, el anunciante se vea imposibilitado para seguir difundiendo tal campaña publicitaria, pues los medios de comunicación cumplen con retirar el anuncio así no lo ordene el sancionado¹²³.

Si el anunciante y los medios de comunicación son miembros del sistema de autorregulación, tienen la obligación de cumplir y acatar sus decisiones, pues tienen un compromiso moral con la asociación que nace al momento de integrarse al sistema. Empero, si el deber moral deja de ser una motivación para el asociado y decide no cumplir con lo ordenado, no se les puede obligar a cumplir con la sanción impuesta. Dicha inobservancia o incumplimiento daría lugar a sanciones internas como la expulsión del sistema, pero en ningún caso se podría obligar a los medios a acatar con lo ordenado por el órgano de control.

Ahora bien, ¿si el medio de comunicación no es miembro del sistema de autorregulación? Es evidente que no está obligado a cumplir la sanción o recomendación de la que el sistema lo hace partícipe, empero, ¿si el sistema de autorregulación pretende obligarlo a cumplir sus disposiciones?

En los sistemas de autorregulación publicitaria anglosajones, la práctica general es que los medios de comunicación no pertenezcan a los sistemas de autorregulación publicitaria. Así, si el sistema de autorregulación norteamericano ordena a los medios de comunicación el cese de la difusión de la publicidad infractora, ésta se considerará una práctica restrictiva de la competencia por la FTC¹²⁴.

En el caso peruano, conforme comentábamos en el sub capítulo correspondiente a la importancia de los medios de comunicación en el cumplimiento de las resoluciones del CONAR, vemos que, sin importar el consentimiento del agente infractor, igual se cumple con lo dispuesto por los órganos resolutivos del CONAR, toda vez que las resoluciones del sistema de autorregulación peruano son notificados no solo al agente infractor sino también a los medios de comunicación, los cuales tienen la obligación de hacer cumplir lo dispuesto por el CONAR, así el infractor no esté de acuerdo.

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

¹²³ Ídem, p. 161.

¹²⁴ Beatriz Patiño citando a LABARBERA. *The Antitrust Shadow Over Advertising Self-Regulation*. UM, Division of Research, 1981, p. 66.

cumplimiento de sus resoluciones.

Consideramos que si el CONAR ordena como medida complementaria al anunciante y los medios de comunicación miembros del sistema el cese de la difusión de un anuncio infractor, no debería existir mayor problema con su cumplimiento, pues ambos, al integrarse a la asociación expresaron su voluntad de someterse a sus reglas, dentro de las que se encuentran contenida el cese de la difusión como medida complementaria.

Ahora bien, en caso el medio de comunicación decida incumplir con lo dispuesto por el CONAR, el sistema 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. Lo cual consideramos como una debilidad de la principal característica que supuestamente garantiza el cumplimiento de todas las resoluciones del CONAR.

De otro lado, nos preguntamos qué sucede si el medio de comunicación es un no miembro y no desea cumplir con lo dispuesto por el CONAR. En realidad, esto es factible y el CONAR no puede hacer absolutamente nada para obligarlo, pues carece de la fuerza coercitiva del Estado.

Dicho esto, nos queda claro que la característica que supuestamente garantiza el cumplimiento de los pronunciamientos del CONAR no es 100% 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.

A efectos de terminar de completar la idea, nos preguntamos qué sucede si el CONAR ordena el cese de la difusión del anuncio de un no miembro y este es inmediatamente retirado por los medios de comunicación sin autorización del anunciante. Ante ello, es probable que dicho anunciante denuncie dicho acto como un acuerdo contrario a la libre competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1034. Evidentemente, dicho caso se tramitará como una prohibición relativa y el CONAR deberá demostrar las eficiencias en el mercado que se podrían producir con el acuerdo denunciado.

Ahora bien, existen altas probabilidades de que la agencia de competencia determine que dicho acuerdo termina generando eficiencias, pues con el retiro de dicho anuncio se reduce la posibilidad de que los consumidores puedan ser inducidos a error, por dar un ejemplo. Empero, evidentemente, el CONAR tendría que asumir con los costos que implica su defensa ante la autoridad administrativa, lo cual sería mejor evitar. Por ello, consideramos que este tipo de medida complementaria debe aplicarse únicamente entre sus miembros mientras siga siendo un sistema de autorregulación negociado.

2.3. EL COPY ADVICE y la libre competencia: Experiencia española.

El COPY ADVICE o Control Previo es un servicio que AUTOCONTROL ofrece en España desde enero de 2001 como consulta previa no vinculante sobre anuncios o proyectos de anuncios antes de su emisión, a solicitud del propio anunciante, agencia de publicidad o medio de comunicación, y se realiza a través del asesoramiento de un órgano específico: el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL, creado para desarrollar esa actividad¹²⁵.

Según las cifras de actividad presentadas en la celebración de la décimo sexta Asamblea General de AUTOCONTROL¹²⁶, en el año 2010, dicho sistema de autorregulación recibió 8,162 consultas sobre proyectos de anuncios antes de su emisión. Señalándose que:

El asesoramiento previo se impone, por tanto, como el servicio de AUTOCONTROL más demandado, así como el sistema preferente utilizado por la industria publicitaria española para asegurar la corrección de sus campañas antes de lanzarlas. Todo ello revela el alto compromiso de la industria publicitaria española con la publicidad responsable.

De los datos proporcionados en dicho documento se desprende que de las 8, 162 consultas sobre proyectos de anuncios antes de su emisión, 6, 336 correspondieron a

¹²⁵ En el Perú, conforme señalamos en el capítulo I, el servicio denominado “COPY ADVICE”, es un servicio prestado por el CONAR con la finalidad que los agentes económicos que concurren en la industria publicitaria tengan la opción de recurrir, de manera voluntaria, a la opinión especializada no vinculante de la Dirección Ejecutiva del CONAR previamente a la difusión de su publicidad comercial. A través de este servicio, la Dirección Ejecutiva del CONAR emite un informe en forma preventiva y no vinculante, a los anunciantes y agencias de publicidad que busquen de manera voluntaria una opinión acerca del riesgo de infracción de las piezas publicitarias que pretendan difundir en el mercado.

¹²⁶ Documento visitado en <http://www.autocontrol.es/> con fecha 16 de agosto de 2011.

peticiones de COPY ADVICE, lo que supone un crecimiento del 12% respecto al año anterior¹²⁷.

Conforme mencionábamos en el capítulo anterior, el COPY ADVICE es un servicio que compite directamente con los estudios de abogados y consultoras especializadas en materia de derecho publicitario, en el mercado de servicios de asesoría legal publicitaria previa a su difusión. Lo cual, no significaría ningún problema en un primer momento, pues, en la medida que estos agentes compitan en el mercado de servicios de asesoría previa de anuncios publicitarios, se va a generar beneficios a los anunciantes (por la misma competencia, tendrán acceso a dicho servicio a mejores precios) lo cual se va a ver reflejado de manera eficiente en el mercado (menos distorsiones en la información que traslada la publicidad comercial tendrá como consecuencia la reducción de actos de competencia desleal) y en los consumidores (en la medida que se reducirá la posibilidad de inducirlos a error mediante la publicidad).

Sin embargo, qué sucede si, por dar un ejemplo, el sistema de autorregulación establece como acuerdo con todos sus asociados (anunciantes, medios de comunicación y agencias de publicidad) el someter al servicio de COPY ADVICE cada proyecto de anuncio que deseen difundir o que se pretenda difundir a través de su medio. Evidentemente, este acuerdo tendría como efecto la exclusión del mercado de los estudios de abogados y consultoras, pues como vemos, todo anunciante se va a ver en la obligación -así no sea miembro del sistema- de tomar dicho servicio, toda vez que al estar obligados los medios de comunicación a cumplir con este acuerdo, lo más probable es que exijan a los anunciantes miembros y no miembros pasar previamente por un COPY ADVICE.

Un acuerdo como el descrito, evidentemente, se trataría de uno que tenga como efecto restringir la competencia y que en España hubiera sido sancionado por el artículo 1.1 de la LDC sin posibilidad alguna de ser validado por la exención legal del artículo 1.3 de la referida norma, toda vez que dicho acuerdo tendrá como efecto que el mercado de servicios de asesoría legal publicitaria previa a su difusión sea ocupado únicamente por AUTOCONTROL en este caso, excluyendo del mercado a sus competidores.

¹²⁷ *Ibídem.*

Una situación adicional la podemos plantear por ejemplo, en el caso de que un sistema de correulación brinde el servicio de COPY ADVICE. En ese caso estaríamos frente a un sistema mixto, en el que el privado tomaría un particular poder respecto de sus pares, pues no solo tendría reconocimiento o promoción del Estado, sino además, sus disposiciones tendrían el respaldo del poder coercitivo del mismo. Esto podría generar que la totalidad de anunciantes prefiera tomar un COPY ADVICE que un servicio de asesoría publicitaria con el mejor especialista privado del país, pues a pesar de que el dictamen no sea vinculante, entenderán que el mismo será realizado sobre la base de los criterios del fuero que fiscaliza la actividad publicitaria. De esta manera, una decisión Estatal que presuntamente buscaba generar beneficios en el mercado, terminará creando un monopolio en el mercado de servicios legales publicitarios previos a su difusión, o por lo menos, le otorgará posición de dominio al sistema de correulación.

Lo mismo sucedería si el Estado, en algún afán proteccionista del consumidor, dispone mediante Ley que cierto rubro en el que existen fallas de mercado (por ejemplo, publicidad de servicios financieros), sus anuncios necesariamente tengan que ser revisados mediante un COPY ADVICE efectuado por el sistema de correulación, toda vez que la consecuencia sería, que a través de una disposición estatal, se le otorgue poder de mercado a dicho sistema y este termine expulsando con ello a sus competidores.

Por lo expuesto, consideramos que lo más recomendable debe ser que los sistemas de correulación no brinden servicios de COPY ADVICE pues se podrían causar distorsiones relevantes a la competencia.

3. LA SANCIÓN PÚBLICA: ¿UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE ACTO DE DENIGRACIÓN? LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE MADRID DEL 24 DE MAYO DE 2004.

Como señalamos en el punto 4 del capítulo I, la sanción pública es la más grave que puede aplicar el CONAR de acuerdo al artículo 21º de su Código de Procedimientos.

Este tipo de sanción se impone también en distintos sistemas de autorregulación en el mundo. El contenido de la publicación puede versar sobre el incumplimiento de una recomendación anterior (medida cautelar, medida complementaria o medida correctiva), realizada por el órgano de control del sistema, o sobre la existencia de una resolución firme que determine una infracción.

En el primer supuesto, se da a conocer públicamente que el anunciante ha hecho caso omiso de las recomendaciones efectuadas por el organismo de autorregulación. Este tipo de publicación se realiza en los medios de comunicación miembros del sistema.

Por dar unos ejemplos de lo señalado en el párrafo anterior, en el sistema británico de autorregulación, el Código Ético del CAP establece como medida sancionadora (art. 61.4) la denominada “publicidad adversa” o publicación del incumplimiento de la recomendación en el boletín, página web y otros medios de comunicación de los que disponga el organismo mencionado. El sistema norteamericano, en la norma 3.8 que regula el procedimiento NAD/NARB/CARU prevé la publicación del incumplimiento de la recomendación por parte del anunciante en la revista o página web propiedad del medio. Por su lado, el sistema holandés, en determinados casos que considera graves –bien porque se trata de una publicidad de productos especiales, bien porque se trata de una conducta reiterada de difusión de publicidad ilícita por parte del anunciante–, podrá adoptar como medida sancionadora la recomendación pública, medida consistente en la puesta en conocimiento, a través de un comunicado público por parte del SRC, de las actuaciones publicitarias inmorales o injustas del anunciante¹²⁸.

En el segundo caso, cuando el contenido de la publicación se centra en hacer pública la existencia de una resolución dictada por el órgano de control, esta sanción aplica unida a otra que puede ser la modificación o la cesación de la campaña publicitaria. Por ejemplo, el sistema italiano de autorregulación publicitario, en el artículo 40 del *Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, establece que todas las resoluciones dictadas por el Giuri se publicarán –de forma extractada– en la revista y en la página web del *Istituto dell’ Autodisciplina Pubblicitaria* (AP), identificando en ellas a las partes involucradas en el asunto. En AUTOCONTROL, se detalla en su código de conducta que todas las resoluciones dictadas por el Jurado se harán públicas a través de su inclusión en la revista, página web u otros medios de difusión pertenecientes a la asociación¹²⁹.

Del mismo modo, en el sistema peruano, se utiliza la sanción pública cuando exista incumplimiento de lo ordenado por el órgano de control de CONAR (a través de una

¹²⁸ PATIÑO ALVEZ, Beatriz. Ob. Cit., p. 145.

¹²⁹ Ídem, pp. 145-146.

medida cautelar, medida complementaria o medida correctiva)¹³⁰ y cuando la infracción sea grave, la publicación de la resolución firme de su órgano de control, como podemos apreciar a continuación:

Artículo 21°.- La Comisión Permanente de Ética deberá determinar si el anuncio objetado cumple con los preceptos del Código de Ética, de las Directivas, del Código de Procedimientos del CONAR y/o de los otros códigos de ética publicitaria incorporados por el CONAR. Si el anuncio no cumple o cumple parcialmente con alguno de ellos, podrá sancionar de la siguiente manera:

(...)

4. **Amonestación pública a través de medios de comunicación**; sin perjuicio de la notificación correspondiente al domicilio procesal (...) (el subrayado y resaltado es agregado).

Artículo 22.- La Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, a través de la Secretaria Técnica, notificará la resolución final firme a las partes, a la agencia de publicidad - cuando corresponda-, a los medios de comunicaciones y a los puntos de venta involucrados para su cumplimiento dentro de los plazos establecidos en el artículo 30°.

(...)

En los casos que los medios de comunicación social asociados al CONAR, incumplan con acatar la suspensión temporal o definitiva de la publicidad comercial, en los términos señalados en las respectivas resoluciones, medidas cautelares y medidas complementarias que dicten la Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, **el CONAR publicará su conducta en sus boletines y/o Revista de ANDA y/o medios de comunicación** (...). (el subrayado y resaltado es agregado)

Artículo 25°.- La Secretaría Técnica se encargará de supervisar el cumplimiento de las resoluciones, Medidas Cautelares, sanciones y medidas complementarias que dicten la Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, así como el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios. En caso de incumplimiento de los mismos, se suspenderá el derecho a voz y/o voto en la Asamblea General del delegado infractor que represente al asociado gremial o al asociado adherente que incurre en el incumplimiento. Asimismo, **se publicará el incumplimiento en los boletines del CONAR y/o Revista de ANDA y/o medios de comunicación**. (...) (el subrayado y resaltado es agregado)

¹³⁰ Cabe señalar que este tipo de sanción también alcanza a los medios de comunicación que no cumplan con ejecutar la medida complementaria dictada por los órganos resolutivos del CONAR.

Artículo 26°.- Quien a sabiendas proporcione a la Comisión Permanente de Ética información falsa u oculte, destruya o altere información que haya sido requerida o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga, **será sancionado públicamente difundiendo su conducta en los boletines del CONAR y/o Revista de ANDA y/o medios de comunicación.**

(...)

Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable, **será sancionado con la publicación de su conducta en los boletines del CONAR y/o Revista de ANDA y/o medios de comunicación** (...)

Sobre el particular, debemos tener presente el problema que puede plantear la publicación por parte de un medio –sea o no miembro del sistema de autorregulación– del incumplimiento de lo dispuesto por el CONAR o de la resolución que pone fin al procedimiento, toda vez que como bien hemos mencionado anteriormente, dicha publicación definitivamente va a originar un descrédito del infractor y, en estas circunstancias, existe la posibilidad de que este pueda demandar al organismo de autorregulación.

Así, corresponde en este apartado determinar, en primer lugar, si la publicación de la resolución sancionadora debe ser aceptada tanto por un miembro del citado sistema como por un sujeto no perteneciente al mismo. En segundo lugar, si dicha publicación podría ser declarada como un acto de denigración y, por tanto, sancionable como un acto de competencia desleal.

Respecto al primer punto, consideramos pertinente traer a colación antes de emitir nuestra opinión, la Sentencia de la Audiencia de Madrid del 24 de mayo de 2004, mediante la cual el Tribunal condenó a AUTOCONTROL a declarar nula la resolución que pretendía imponer una sanción pública a un anunciante no miembro del sistema de autorregulación. Los hechos los detallamos a continuación:

Con fecha 24 de marzo de 2003, el Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid dictó sentencia por la que consideró inválida por inexistente una resolución del Jurado de AUTOCONTROL, considerando ilícita la actuación del Jurado y causante de un daño moral a la demandante. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia

Provincial de Madrid en su sentencia de 24 de mayo de 2004¹³¹. La demanda fue interpuesta por un anunciante al haber procedido el Jurado de AUTOCONTROL a dictar una resolución con fecha 03 de junio de 2002, por la que se declaró que un folleto editado por la demandante infringió los principios de legalidad y veracidad contenidos en las normas del Código de Conducta Publicitaria, se ordenó rectificar la publicidad y, como es habitual por AUTOCONTROL, se ordenó la publicación de la resolución en la revista de dicha entidad de autorregulación y se difundió en su página Web¹³².

En el caso descrito, se demandó a AUTOCONTROL por haberse pronunciado respecto de un anuncio efectuado por un anunciante que no estaba integrado como miembro de la Asociación y que además, se había opuesto expresamente durante la tramitación del procedimiento a que el Jurado actuase cuando se le comunicó que se iniciaba un procedimiento en su contra.

Así, la referida sentencia se pronuncia sobre la posibilidad que tiene de actuar legítimamente el sistema de autorregulación español frente a la publicidad comercial difundida por quien no es miembro de la asociación, y que, además de ello, tampoco se somete voluntariamente a la actuación del Jurado¹³³. En dicha sentencia, el Tribunal, indicó que la característica esencial, en cuanto necesaria, de los sistemas de solución extrajudicial de controversias es la voluntariedad.

En el referido caso se acreditó que, al momento de difundir la publicidad objeto de reclamación, la entidad anunciante reclamada no pertenecía a AUTOCONTROL. Según los términos de la sentencia, se dispuso que dicha asociación no puede sancionar a terceros no asociados que no hayan manifestado su sometimiento voluntario al sistema de autorregulación.

Asimismo, la referida sentencia señala que el sometimiento del tercero no asociado ha de ser expreso, sin que quepa atribuir a este fin eficacia al silencio o a la inactividad subsiguiente a la recepción de la comunicación de admisión de procedimiento por parte de AUTOCONTROL. En ese sentido, se concluye en la sentencia que la resolución que el Jurado dictó frente al no asociado, adolecía del elemento esencial de

¹³¹ DE LA CUESTA RUTE, José María. *Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad: La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004*. En *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Madrid: número 43, 2005, p. 13.

¹³² Ídem, p. 14.

¹³³ Ibídem.

sometimiento voluntario al sistema, por lo que el Jurado careció de legitimidad para actuar y por consiguiente su resolución fue declarada inexistente desde el punto de vista jurídico¹³⁴.

Asimismo, se señaló en la Sentencia que, en la medida que la estigmatización del anunciante condenado se extiende a un amplio círculo social al haberse publicado la resolución en el Boletín de AUTOCONTROL y página web, se generó un daño que debía ser reparado, por lo que se condenó a la referida asociación a la reparación del daño moral por la lesión infligida a su crédito comercial causado a la actora con la emisión y difusión de la sentencia¹³⁵.

Al respecto, como podemos apreciar de los hechos detallados, el Tribunal declaró la nulidad del pronunciamiento de AUTOCONTROL, toda vez que no se cumplió con la característica esencial de voluntariedad de todo sistema de solución extrajudicial de controversias, del cual obviamente forman parte los sistemas de autorregulación. Así, el referido Tribunal señaló que si no existe una autorización expresa del agente económico no miembro a someterse al fuero del sistema de autorregulación, ésta no podrá pronunciarse en caso dicho agente haya cometido una infracción.

Regresando al análisis del funcionamiento de nuestro sistema nacional de autorregulación publicitaria, es importante precisar que de conformidad con lo dispuesto en el Código de Ética peruano, sus disposiciones “son aplicables para todos los anunciantes, las agencias de publicidad, los publicitarios y los medios de comunicación, aunque no estuvieran afiliados a una de las asociaciones que los agrupa.” (El subrayado es nuestro)

Así vemos que el CONAR considera que tiene la facultad de poder aplicar su código de conducta, y por ende, su código de procedimientos (el cual contiene las sanciones que detallamos al inicio del presente capítulo) a los miembros del sistema de autorregulación como a los no miembros del mismo. Cabe precisar, que a la fecha de la elaboración de la presente tesis, el CONAR no ha iniciado ni de oficio ni por denuncia de parte procedimiento alguno contra un no miembro. Por lo que aún no se ha suscitado conflicto alguno similar al caso español comentado. Pero esto no quiere decir que no existan problemas con tal disposición.

¹³⁴ Ídem, p 29.

¹³⁵ Ídem, pp. 34 – 35.

Respecto a los miembros del CONAR, no existe problema alguno con la publicación en medios de comunicación de la resolución firme o de algún incumplimiento a lo dispuesto por medida cautelar o medida complementaria, toda vez que estos agentes asumen las obligaciones propias de su condición de asociados, como es el cumplimiento de la resolución de los órganos resolutivos del CONAR, que puede incluir su publicación, bien en un medio perteneciente al sistema o cualquier medio de comunicación pública.

Asimismo, los asociados asumen el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por los órganos resolutivos del CONAR, es decir, tienen la obligación de cumplir con lo dispuesto en las medidas cautelares y medidas complementarias dictadas por la asociación, bajo apercibimiento de publicarse su incumplimiento conforme hemos podido apreciar del artículo 25º del Código de Procedimientos de la asociación. De este modo, la vinculación de la resolución para las partes obligará a éstas a acatar su publicación en su boletín, página web o incluso en otros medios de comunicación social. Así pues, al adquirir la condición de asociado, se asumen obligaciones que implican no actuar contra la publicación de una resolución del organismo de autorregulación¹³⁶.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se ordena una sanción pública en contra de un no miembro? Consideramos que en caso no exista una manifestación de voluntad o consentimiento expreso del sujeto no miembro fiscalizado, no es posible que el CONAR le imponga sanción alguna, toda vez que un agente que no reconoce voluntariamente su sometimiento a un sistema de solución de conflictos extrajudicial, no tiene por qué soportar ser enjuiciado por quien no tiene capacidad para hacerlo. En estos casos, el CONAR debería abstenerse de seguir un procedimiento de oficio o iniciado de parte contra un no miembro del sistema. Caso contrario, consideramos que podría suscitarse una situación similar al acontecido en España, lo cual únicamente le generaría perjuicios a la institución, pues no solo su pronunciamiento sería declarado nulo, sino además, tendría que reparar los daños causados a la reputación comercial de la empresa.

¹³⁶ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit, p. 147.

Una vez concluido el primer punto de análisis, corresponde ahora determinar si la sanción pública a un no miembro podría ser declarada como un acto de denigración¹³⁷ y, por tanto, sancionable como un acto de competencia desleal.

Para empezar con el presente análisis, debemos dejar en claro que la publicación de una resolución firme o de un incumplimiento de lo dispuesto por los órganos resolutivos del CONAR no es de ninguna manera publicidad comercial, como se cataloga en algunos sistemas bajo la denominación “publicidad adversa”, toda vez que dicha publicación no se realiza en el marco de una actividad de concurrencia ni promueve la contratación o la realización de transacciones para satisfacer los intereses empresariales del CONAR¹³⁸.

Ahora bien, mencionábamos en párrafos anteriores que la publicación en medios de comunicación de una resolución firme que sanciona a un asociado al CONAR, debe ser acatada por el mismo, pues es parte de las obligaciones a las que se sometió al integrarse al sistema de autorregulación. Empero, ¿la publicación de una resolución firme que sanciona un no miembro, puede ser denunciada por denigración? La respuesta a esta interrogante es negativa, toda vez que el sistema de autorregulación no actúa con fines concurrenciales, por lo que sus pronunciamientos tampoco pueden ser entendidos como actos que posean fin concurrencial alguno. En ese sentido, tanto el CONAR como sus actos quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRCD de conformidad con su artículo 2º, el cual dispone que dicha Ley se aplica a los actos cuyo efecto o finalidad de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado¹³⁹.

¹³⁷ El acto de denigración, es el acto susceptible de generar, directamente o por implicación, el descrédito de un tercero (identificado o identificable), entendido ello como una afectación a su reputación o imagen comercial, la que pueda estar referida al propio agente económico, a su establecimiento, a los bienes que ofrece en el mercado y, en general, a todo aquello que conforma su actividad comercial.

¹³⁸ El artículo 59 inciso d) del Decreto Legislativo 1044 define a la publicidad como “a 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;”

¹³⁹ Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

Sin perjuicio de ello, como hemos señalado al analizar el primer cuestionamiento (el referido a evaluar si corresponde sancionar a un no miembro), el interponer una sanción pública a un agente no miembro que no ha expresado voluntariamente su consentimiento con formar parte del procedimiento extrajudicial puede generarle un grave perjuicio a su reputación comercial, el cual si bien no va a poder ser denunciado por infracción a la LRCD, podrá ser recurrido por la vía de responsabilidad extracontractual. Por tanto, consideramos que el sistema de autorregulación únicamente debe aplicarse entre sus miembros y no a terceros como actualmente se puede hacer¹⁴⁰.



¹⁴⁰ DE LA CUESTA, José María. *Curso de Derecho de la Publicidad*. Ob. Cit., pp. 248-250

CAPITULO III

LA CORREGULACIÓN PUBLICITARIA

1. EL SISTEMA MIXTO DENOMINADO “CORREGULACIÓN”

Conforme mencionamos en el primer capítulo del presente trabajo, los sistemas que incorporan dentro de su órgano de control u órgano de gobierno a la Administración Pública como *outsiders*, se denominan “Sistema de Autorregulación Mixto” o “Corregulación”.

El Acuerdo Interinstitucional “Legislar Mejor” adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión a finales del año 2003¹⁴¹, define a la corregulación como “el mecanismo por el que un acto legislativo habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)”. En general, vemos que la corregulación en Europa implica necesariamente un acto legislativo, y es ese acto el que permite encomendar los objetivos marcados por el legislador a las partes representativas con intereses en el ámbito en cuestión¹⁴².

Los pilares de este tipo de sistema de autorregulación (nos referimos al de corregulación) son: (i) el reconocimiento estatal de su funcionamiento a través de acto legislativo, y, (ii) la participación de la Administración Pública dentro de los órganos de control y gobierno del sistema.

De acuerdo a la experiencia en la implantación de este tipo de sistemas en algunos países de Europa y en Estados Unidos, consideramos que se trata de un sistema eficaz para resolver los principales problemas de los sistemas de autorregulación, que, como planteamos en el punto 12 del primer capítulo del presente trabajo, no son ajenos al CONAR.

¹⁴¹ DOCE C 321, de 31 de diciembre de 2003.

¹⁴² TATO PLAZA, Anxo, Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y Christian HERRERA PETRUS. Ob. Cit., p. 310.

En efecto, comentábamos en dicho capítulo que uno de los problemas que presentan los sistemas de autorregulación es la falta de credibilidad frente a los consumidores al tratarse de un sistema creado por los propios empresarios, pues existe la posibilidad de que sean considerados como “mecanismos de fiscalización disfrazados” para proteger a sus miembros. Este problema, puede solucionarse con la implantación de un sistema de autorregulación en el que participe la Administración Pública, a través del reconocimiento del sistema y/o la participación de sus funcionarios en los órganos de control o gobierno del sistema de autorregulación, con lo cual el sistema ganaría independencia y por ende, credibilidad.

Asimismo, consideramos que la implantación de un sistema de correulación podría solucionar los posibles conflictos que puedan suscitarse entre los sistemas de autorregulación y las normas del derecho ordenador del mercado¹⁴³, pues se trataría de un sistema de solución de conflictos extrajudiciales reconocido por el Estado como generador de eficiencias en el mercado.

Además, cabe señalar que la implantación de un sistema de correulación también podría solucionar el problema del cumplimiento de sus resoluciones, pues el apoyo del Estado sería vital para darle fuerza coercitiva a las disposiciones del sistema.

Pero, ¿cómo se aplica este tipo de sistemas en la práctica? A continuación describiremos el funcionamiento de los sistemas de correulación más importantes en Estados Unidos y algunos países de Europa:

- En el sistema de autorregulación norteamericano, la Administración Pública no forma parte de los órganos de control pero sí colabora al cumplimiento de sus disposiciones, es decir, su función principal es vigilar que se cumplan las normas pero como intervención de instancia superior. En dicho sistema, los miembros –siempre privados– crean, organizan y ponen en funcionamiento el organismo de autorregulación. Sin embargo, en el momento que algún sujeto incumpla la resolución dictada por la NARB, la FTC, bien de oficio, bien a instancia de la NARB, intervendrá, para que se acate la decisión del órgano de control, o para que se anule. Es más, incluso podría obligarse a un sujeto que

¹⁴³Expresión acuñada por el profesor Luis José Diez Canseco Núñez, para aludir al conjunto de disciplinas jurídicas referidas al Derecho de Signos Distintivos, Derecho de Patentes, Derechos de Autor, Competencia Desleal y Derecho Publicitario, Protección al Consumidor, Acceso al Mercado, Libre Competencia, *Dumping* y Subsidios. DIEZ CANSECO, Luis. *Función Regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica*. En *Themis* 36. Lima, 1997.

no es miembro del sistema, pero sí de la industria publicitaria, al cumplimiento de las resoluciones dictadas por el jurado del sistema de autorregulación.

Cabe señalar, que en el sistema de autorregulación norteamericano, la participación de la FTC como interventor para el cumplimiento de los pronunciamientos de la NARB es eficiente en la medida que los pronunciamientos de la agencia de competencia no son recurribles por vía judicial. En ese sentido, la corregulación en dicho país no solo es eficaz sino también asegura celeridad en sus pronunciamientos¹⁴⁴.

- En el Reino Unido, la estrecha colaboración entre los sistemas de autorregulación publicitaria y los poderes públicos también se manifiesta a través de la intervención de la OFT, en el caso de incumplimiento reiterado de las sanciones por parte de los operadores económicos que realizan publicidad contraria a los códigos de conducta. Así, si un anunciante no cumple con la sanción que le impone el ASA, la agencia de competencia intervendrá para que aquel cumpla obligatoriamente la sanción.¹⁴⁵
- En España, conforme señalamos en el punto 9 del primer capítulo del presente trabajo, el Estado ha reconocido plenamente a los sistemas de autorregulación a través de su nueva Ley de competencia desleal. Así, la Ley española adopta una posición favorable a la creación de códigos de conducta por parte de los operadores económicos. Para su reconocimiento, la referida Ley impone a los códigos dos límites de diversa naturaleza. En primer lugar, la prohibición de fomentar o impulsar conductas desleales. Y, en segundo lugar, la obligación de respetar las normas en materia de defensa de la competencia. Asimismo, dicha Ley prevé los mecanismos a través de los cuales se puede verificar el cumplimiento de los referidos Códigos de Conducta, los cuales implican dos alternativas: (i) control previo (facultativo) y (ii) control *ex post* (obligatorio).

En efecto, la Ley de Competencia Desleal española obliga a los sistemas de autorregulación a establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea¹⁴⁶. Dichos

¹⁴⁴ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit, p. 159-170.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Artículo 37.4 Ley 3/1991, Texto consolidado tras la reforma realizada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

sistemas de resolución extrajudicial de conflictos implantados en el marco de sistemas de autorregulación, deberán encontrarse integrados en la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo (RED EJE)¹⁴⁷.

El artículo 37.5 de la referida Ley, establece que el recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales que se pueden llevar ante los juzgados mercantiles y que se detallan en su artículo 32, entre otras, la acción de cesación y de remoción.

Como podemos apreciar, la legislación española sobre competencia desleal reconoce y fomenta los sistemas de autorregulación, así como establece los requisitos de validez de los códigos de conducta. Sin embargo, la Administración Pública no participa de sus órganos de control y no colabora con su poder coercitivo para el cumplimiento de sus pronunciamientos, incluso, la referida Ley precisa que así se esté llevando un procedimiento ante el sistema de autorregulación, éste no implicará la renuncia a las acciones judiciales que pueden interponer las partes en conflicto.

- El caso más llamativo de sistemas de corregulación que se conoce hasta el momento es el sistema holandés. Desde sus inicios, se involucraron en su formación y posterior puesta en marcha no solo los anunciantes, agencias y medios, sino también las asociaciones de consumidores, existiendo una decidida colaboración entre el organismo de autorregulación y los poderes públicos, concretamente como consecuencia de las estrechas relaciones con el gobierno. Hoy en día, el sistema de autorregulación publicitaria holandés es fuerte y ofrece credibilidad no solo a la industria, sino también a los consumidores, que se encuentran ampliamente representados. Los movimientos consumeristas y las asociaciones de consumidores son grupos de presión muy bien organizados en Holanda, así que su inclusión, desde un principio, ha sido un rotundo éxito¹⁴⁸.

¹⁴⁷ TATO PLAZA, Anxo, Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y Christian HERRERA PETRUS. Ob. Cit., p. 341.

¹⁴⁸ LIJPHART, BOX, HONDUS, KASPER y BODDEWYN citados por Beatriz Patiño. Ob. Cit., p. 61.

2. IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE CORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ.

Como hemos podido apreciar de lo señalado hasta ahora en el presente trabajo, los sistemas de autorregulación adolecen de muchas fallas que en algunos casos los hacen ineficientes.

En el primer capítulo realizamos una descripción del sistema de autorregulación peruano y pudimos apreciar que si bien es un sistema hasta ahora eficaz entre sus miembros, es un sistema que contiene fallas y vacíos que podrían desencadenar su desaparición. En efecto, pudimos observar que se trata de un sistema que no tiene un 100% de credibilidad de la ciudadanía, pues sus órganos de control, al estar conformados por miembros del propio sistema (sobre todo, en el caso de su JD), carecen de credibilidad y existe un grave riesgo de falta de imparcialidad. Asimismo, se señaló que sus sanciones y mecanismos de aplicación de medidas complementarias podrían generar conflictos con las normas de libre competencia y represión de la competencia desleal, además de carecer de poder coercitivo al aplicar sus disposiciones frente a sus miembros y no miembros, en mayor medida.

Los sistemas de correulación han demostrado que se tratan de sistemas que sí cumplen con los requisitos para ser considerados como sistemas eficaces de solución de conflictos extrajudiciales, toda vez que al ser reconocidos por el Estado, otorgan credibilidad al sistema, se garantiza que sus códigos de conducta sean compatibles con la norma que regula la materia y que no sean contrarias a las normas de libre competencia, y en algunos casos, se garantiza el cumplimiento de las disposiciones de sistema de autorregulación a través del poder coercitivo del Estado.

El objeto del presente trabajo es proponer la implantación de un sistema de autorregulación publicitaria en la que pueda intervenir eficientemente el Estado a fin de convertirlo en un medio alternativo de solución de conflictos eficiente que pueda generar beneficios al mercado y consumidores, así como el ahorro de costos a la Administración Pública. Esto, a través de un trabajo conjunto entre la agencia de competencia y los privados que se reúnan para autorregularse. ¿Cómo poner en marcha este sistema?

De un análisis comparado del funcionamiento de los sistemas de correulación publicitaria de Estados Unidos, Reino Unido, España y Holanda, consideramos que no

es posible aplicar alguno de ellos en su totalidad, pues evidentemente, nos encontramos en un sistema distinto de aplicación de normas.

Como primer punto, consideramos que el sistema de correulación norteamericano no podría aplicarse en nuestro país en la medida que lo convertiríamos en un sistema ineficiente. Nos explicamos: cuando describimos el sistema norteamericano, decíamos que era un sistema eficaz en la medida que la agencia de competencia colabora con el sistema de autorregulación haciendo cumplir sus resoluciones. Así, veíamos que a instancia de parte o de oficio, la FTC obligaba a cumplir con las disposiciones del sistema de autorregulación. Lo positivo de este sistema es que la participación del Estado no disminuye la celeridad en los pronunciamientos del NARB, toda vez que los pronunciamientos de la agencia de competencia no son recurribles por la vía judicial.

Aplicando un sistema como este en el Perú, en el que, por dar un ejemplo, se dispondría que el INDECOPI, posiblemente a través de su Sala de Defensa de la Competencia como instancia única, obligue a cumplir las disposiciones del CONAR, si bien podría tratarse de un sistema atractivo, resultaría ineficiente, pues recordemos que todas las resoluciones emitidas en segunda instancia administrativa de la agencia de competencia peruana, pueden ser recurridas por la vía judicial en procedimientos contenciosos administrativos, con lo cual, convertiríamos al sistema de autorregulación peruano -que sí cuenta con celeridad en sus pronunciamientos- en un sistema burocrático en el que solo se ganará un tiempo promedio de dos a tres meses en la resolución de sus conflictos “administrativos” y que podrían ser llevados por años en el Poder Judicial, con lo cual no tendría razón alguna su existencia. Lo mismo sucedería si pretendemos aplicar un sistema similar al de Reino Unido, que prácticamente, es idéntico al norteamericano.

Si aplicamos un sistema similar al español, tendríamos como beneficio que el Estado reconocería al CONAR y que su Código de Ética Publicitaria estaría reconocido como un código de conducta compatible con la LRCD y con las normas de libre competencia, sin embargo, el problema continuaría respecto a la credibilidad del sistema, puesto que no existiría una participación directa de la agencia de competencia en los órganos de control del CONAR y tampoco se aseguraría el cumplimiento de las disposiciones del sistema de autorregulación. Asimismo, no corregiríamos otro de los problemas relevantes del sistema, que es el hecho de que las partes puedan paralelamente o con posteridad al procedimiento tramitado ante el CONAR, llevar sus procedimientos ante la CCD del INDECOPI.

Por lo expuesto, consideramos que para que sea eficiente un sistema mixto de autorregulación o corregulación en el Perú, es importante definir cuál debería ser la participación de la Administración Pública en el sistema¹⁴⁹. Esta participación no puede limitarse a solo el reconocimiento de la existencia de un sistema de autorregulación por parte del Estado, sino también debe existir una participación en los órganos de control y la elaboración de los códigos de conducta que aplicará el sistema privado, así como la participación del Estado en el cumplimiento de las disposiciones del sistema de autorregulación.

Es así que hemos diseñado un sistema de corregulación independiente a los antes comentados, tomando algunas características del sistema holandés respecto a la participación de terceros en el órgano de control.

Como primer punto, el Estado, por norma legal, deberá reconocer expresamente al sistema de autorregulación publicitaria, y esto, siempre que el sistema cumpla con dos requisitos:

- La participación de la Administración Pública en los órganos de control y resolutivos del CONAR.
- Aprobación de Códigos de Conducta por la agencia de competencia.

Como segundo punto, esto es, una vez reconocido el sistema de autorregulación deberá funcionar como uno mixto de corregulación a través de la implementación legal de los siguientes mecanismos:

- Reconocimiento del Estado de las resoluciones del CONAR.
- Participación de la Administración Pública en los mecanismos de sanción. La colaboración del Estado para el cumplimiento de los pronunciamientos del CONAR.
- Imposición de sistema de reclamación previa a los miembros del CONAR a través de dispositivo legal.

¹⁴⁹ Recordemos que esto sería plenamente factible en la medida que el Estado, a través del Código del Consumidor, ha establecido como política pública el garantizar y promover los sistemas de autorregulación (ver punto 8 del primer capítulo del presente trabajo)

3. RECONOCIMIENTO DEL CONAR POR PARTE DEL ESTADO

Conforme señalábamos en el capítulo anterior, el primer paso para la implementación de un sistema de corregulación, debe ser el reconocimiento por parte del Estado, a través de norma legal, del sistema de autorregulación creado por los privados. Dicho reconocimiento debe disponer la inscripción y aprobación de sus órganos de control y códigos de conducta por parte de la agencia de competencia.

A continuación detallamos cuáles son los criterios que debe tomar el CONAR respecto a su órgano de control y código de conducta para ser reconocidos por el Estado a través del INDECOPI.

3.1. Participación de la Administración Pública en los órganos de control del CONAR.

Conforme señalábamos en el punto 2 del Capítulo I del presente trabajo, de acuerdo a la participación de *outsiders* o terceros en los órganos de gobierno u órganos de control podíamos clasificar los sistemas de autorregulación en puro, negociado o corregulación (mixto). Asimismo, de un análisis de los órganos administrativos y resolutivos del CONAR llegábamos a la conclusión de que se trata de un sistema de autorregulación publicitaria negociada, toda vez que si bien participan de su órgano de control (CPE y JD) *outsiders* como abogados especialistas y docentes universitarios, dicho sistema excluye a las asociaciones de consumidores y representantes de la Administración Pública de sus órganos administrativos y resolutivos.

¿Y esto es algo malo? En principio, podríamos decir que no, pues el único tipo de sistema de autorregulación que ha sido duramente criticado internacionalmente es el sistema de autorregulación publicitaria puro, en la medida de que al tratarse de un sistema formado únicamente por las empresas que conforman la industria publicitaria (anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación), los cuales se agrupaban para autorregularse sin participación alguna de *outsiders* o terceros en sus órganos de gobierno o control, generaban muchas dudas respecto a la transparencia de sus pronunciamientos y credibilidad del sistema.

Sin embargo, para responder la pregunta planteada no debemos olvidar que los sistemas de autorregulación publicitaria han sido creados por la propia industria y este hecho, por su propia naturaleza, les predispone a ser más parciales a la hora de emitir

sus resoluciones¹⁵⁰, toda vez que la industria publicitaria siempre tratará de imponer su criterio primando de esta manera, el interés de los empresarios frente a cualquier otro.

Por ello se dice que los sistemas de autorregulación tienen la obligación moral de constituir un órgano de control que sea, en la medida de lo posible, independiente, imparcial y ecuánime¹⁵¹, pues como hemos señalado, uno de sus principales puntos de crítica será la presunta parcialización frente a sus asociados (o protección de los mismos). Con esto no queremos decir que todo sistema de autorregulación se parcialice frente a sus miembros. Si bien consideramos que es un riesgo real, creemos que un sistema de autorregulación cuyos órganos resolutorios lo conformen los mismos miembros del sistema, por más que estos sean muy profesionales y objetivos con su trabajo, no mostrará frente a la sociedad una imagen de transparencia, la cual es importante para generar credibilidad y confianza en el sistema como vía extrajudicial de solución de conflictos.

En ese sentido, consideramos que en la medida que el sistema de autorregulación implemente un órgano de control independiente a la asociación se afianzará la credibilidad en el sistema de autorregulación publicitaria al aplicar códigos de conducta y garantizará de alguna manera la imparcialidad del mismo, pues ya no estaremos frente a un sistema en el que los jueces sean sus propios miembros, lo cual, como hemos señalado, puede generar muchas suspicacias, sino que estaremos frente a un sistema en el que las decisiones sobre el fondo de los procedimientos serán emitidos por un jurado compuesto por especialistas independientes a las empresas miembros de la asociación.

Así, nos queda claro que los órganos de control cuya participación de *outsiders* sea mínima dictarán resoluciones que podrían ser tachadas de parciales y arbitrarias. Por dar un ejemplo, en EEUU se critica duramente la escasa participación de *outsiders* no

¹⁵⁰ Sobre el particular, Patiño señala que : “(...) si la industria publicitaria crea un sistema formado únicamente por los propios operadores, en el cual no solo se elaboren unas normas éticas, sino que también se juzguen las conductas publicitarias de sus miembros, este mecanismo de control podría ser tachado de parcial; el propio sistema de autorregulación sería juez y parte, de modo que los miembros más poderosos o económicamente mejor posicionados en el mercado podrían hacer una manifestación constante de su poder, a la hora de resolver las controversias planteadas ante el mismo.” PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit., p. 80.

¹⁵¹ MIRACLE y NEVETT, citados por Beatriz Patiño. Ob. Cit., p. 80.

solo dentro del sistema, sino dentro de los órganos de control, pues de los sesenta y ocho (68) miembros de la NARB, tan solo diez (19) son *outsiders*¹⁵².

Ahora bien, si analizamos la estructura del CONAR como sistema de autorregulación negociada, vemos que los profesionales que conforman sus órganos resolutivos (CPE y JD) no son en su totalidad independientes de la industria publicitaria.

En efecto, si vemos los miembros que conforman la CPE¹⁵³ -los cuales al momento de la elaboración del presente trabajo son quince (15)-, cinco (5) de ellos son abogados, los cuales podríamos clasificar de “expertos” en la medida que se tratan de juristas de importante trayectoria y especialización en temas de derecho vinculados a la industria publicitaria, sin perjuicio de que alguna de las empresas pertenecientes al CONAR hayan sido clientes suyos en algún momento. Dos (2) son profesionales independientes que se dedican a la docencia universitaria, tres (3) son profesionales independientes especialistas a materias afines a la industria publicitaria como la publicidad y los cinco (5) restantes, son profesionales que trabajan para empresas anunciantes o agencias de publicidad, es decir, empresas que conforman la industria publicitaria y por ende, el CONAR.

Como podemos apreciar, existe cierto equilibrio entre los profesionales que conforman la CPE lo cual garantiza la independencia, transparencia y especialización de dicho órgano resolutivo, pues cuenta con diez (10) profesionales independientes a la industria publicitaria. Ahora bien, esto se podría complicar en la medida que siendo solo nueve (9) los comisionados hábiles para conocer de determinado procedimiento, la JD a propuesta del Director Ejecutivo, ordene la conformación de una CPE en la que incluya a los cinco (5) comisionados que son parte de empresas anunciantes o agencias de publicidad, pues podría cuestionarse la transparencia de las decisiones del órgano. En ese sentido, consideramos que lo ideal sería reducir o eliminar el número de profesionales vinculados a la industria publicitaria como miembros de la CPE.

¹⁵²ARMSTRONG y OZANNE, ZANOT, ZANOT Y MADDOX, citados por Beatriz Patiño. Ob. Cit., p. 90

¹⁵³Ver:

http://www.conarperu.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=32

(Consulta: 1 28 de setiembre de 2011)

Respecto a la conformación de la JD, el tema toma mayor relevancia, pues de una revisión de los profesionales que la conforman¹⁵⁴, podemos apreciar que todos ellos forman parte de medios de comunicación, empresas anunciantes y agencias de publicidad, lo cual como hemos mencionado con anterioridad, le resta credibilidad al sistema, máxime si se trata del órgano resolutorio que emite la decisión definitiva que pone fin a los procedimientos llevados ante el CONAR.

Así, vemos que es muy probable que con la conformación de su órgano de control, el CONAR pueda perder credibilidad, imparcialidad y transparencia frente a la ciudadanía. En efecto, conforme comentábamos anteriormente, esto no quiere decir que se haya parcializado en sus pronunciamientos durante todo este tiempo, pues el sistema de autorregulación peruano ha demostrado ser profesional y objetivo en su trabajo, empero, sí consideramos que un sistema de las características descritas no sería visto con confianza por la ciudadanía, pues del solo apreciar que los que resuelven los casos y establecen los códigos de conducta son los mismos miembros de la industria publicitaria, lo primero en lo que pensarán será en que se trata de un sistema que busca proteger a sus asociados, lo cual no es cierto.

Si queremos que el sistema de autorregulación peruano sea un mecanismo eficaz de solución de conflictos extrajudiciales, debe presentar una imagen confiable al mercado, incorporando un órgano de control conformado totalmente o en su mayoría por diversos tipos de *outsiders* que garanticen la independencia del sistema¹⁵⁵. Dentro de estos *outsiders*, consideramos que sería muy valiosa la incorporación de representantes de asociaciones de consumidores y la Administración Pública, lo cual sustentaremos en las siguientes líneas.

Respecto a la incorporación de representantes de las asociaciones de consumidores en el órgano de control del sistema de autorregulación, consideramos pertinente destacar que en los sistemas norteamericanos y británico, a pesar de incluir terceros en sus órganos de control, es muy difícil encontrar representantes de consumidores, a diferencia de España, que si bien los representantes de los consumidores no son

¹⁵⁴Ver:

http://www.conarperu.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=31

(Consulta: 28 de setiembre de 2011)

¹⁵⁵ Al respecto, DE LA CUESTA señala: “De todas formas, el órgano encargado de aplicar las normas en un sistema de autorregulación debe responder asimismo a unas normas indispensables que doten de independencia a los miembros que lo componen y de unas garantías de imparcialidad en su modo de proceder. Éstas son exigencias mínimas a las que se refieren las directivas comunitarias al abrir la posibilidad de que los Estados confíen la aplicación de la normativa a órganos de autorregulación. (DE LA CUESTA RUTE, José María. Ob. Cit., P. 246)

miembros del sistema de autorregulación publicitaria, sí se les admite como componentes del órgano de control. Así, el Jurado de la Publicidad está compuesto por veintiún (21) profesionales de prestigio, con reconocida cualificación en las áreas del Derecho, la Comunicación Comercial y la Economía, independientes de los órganos asociativos y de las entidades adheridas a la asociación. El Instituto Nacional de Consumo (INC) y el Consejo de Consumidores y Usuarios (OCU) participan en la elección del 25% de sus miembros, y en esa proporción integran los representantes de consumidores el Jurado de la Publicidad¹⁵⁶.

Es evidente que la participación de representantes de asociaciones de consumidores le otorga credibilidad al sistema, pues de esta manera la ciudadanía verá representados sus intereses a través de ellos y no tendrá fundamento alguno para cuestionar la imparcialidad del sistema. Asimismo, consideramos su participación importante, pues así se logra un equilibrio en las decisiones que puedan tomar los órganos resolutorios del CONAR, toda vez que no es un secreto que las asociaciones de consumidores tendrán un perfil más orientado a la defensa de los derechos de los consumidores, el cual tendrá que colisionar y llegar a un consenso con los perfiles de los profesionales que forman parte de la industria publicitaria, que por lo general tendrán un perfil más “pro-empresa”.

Ahora bien, la elección de estos representantes debe ser proporcional al número de profesionales independientes especialistas, expertos y miembros de la industria, pues de nada sirve incorporar profesionales que otorguen credibilidad y transparencia al sistema si se les incluye en un número de miembros mínimo que no pueda influir con las decisiones que tome la mayoría.

De otro lado, respecto a la incorporación de representantes de la Administración Pública al órgano de control del CONAR consideramos que es el mecanismo ideal para otorgar transparencia, imparcialidad y credibilidad al sistema de autorregulación, pues serían los propios representantes de la agencia de competencia quienes participarían de los órganos resolutorios del CONAR asegurando que no existan discordancia entre los criterios que aplica la agencia de la competencia y la entidad de autorregulación.

¹⁵⁶ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit., p. 86.

Estos representantes del INDECOPI que formen parte de los órganos resolutorios del CONAR, deberán ser especialistas en materia legal publicitaria y ser parte de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y/o de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, en calidad de comisionados, vocales y secretarios técnicos, respectivamente.

3.2. Aprobación de códigos de conducta por la agencia de competencia.

Luego de los conflictos con el derecho de la libre competencia que puede suscitarse en la elaboración de códigos de conducta comentados en el capítulo II del presente trabajo, consideramos que el Estado debería participar de la elaboración de los códigos de conducta. En efecto, los códigos de conducta deberían ser revisados por las respectivas agencias de competencia, con la finalidad de evitar que exista algún conflicto con dicha normativa, pues no olvidemos que estos códigos son elaborados por los privados y podrían desencadenar conductas contrarias a la competencia en la medida que podrían considerarse como prácticas colusorias.

Asimismo, consideramos importante la participación de la agencia de competencia en la elaboración de códigos de conducta a fin de evitar posibles conflictos de los códigos de conducta con las normas que reprimen la competencia desleal e incluso propiedad intelectual.

Sobre el particular, algún lector podría preguntarse ¿cuál es la necesidad de elaborar un código de conducta similar con la norma que regula la materia, si se puede aplicar ésta última? Para responder la presente pregunta, primero, debemos recordar que si bien se exige que un código de conducta sea compatible con la ley que regula la materia, esto no significa que ambas tengan que ser idénticas, por el contrario, lo que dicha exigencia implica es que los códigos de conducta no contravengan lo dispuesto por ley. Graficándolo en un ejemplo, un código de conducta publicitario sería incompatible con la LRCD si prohíbe la publicidad comparativa entre sus miembros. En este caso, es evidente que se trataría de un código de conducta que contraviene lo dispuesto por la LRCD, toda vez que estaría prohibiendo una conducta legalmente permitida, sin perjuicio de considerarlo un acto contrario a la libre competencia.

Como segundo punto, debemos recordar que si bien los códigos de conducta deben ser compatibles con la norma que regula la materia, ésta exigencia no les prohíbe que puedan ser más estrictos o severos en la aplicación de sus códigos. Así, por ejemplo,

si la norma expresamente señala que los actos de denigración surten sus efectos negativos contra “otro u otros agentes económicos”, el código de conducta puede señalar expresamente que además de éstos, también se puede denigrar a toda la categoría o género de un producto¹⁵⁷.

De otro lado, y como tercer punto, es importante recordar que los códigos de conducta tienen como característica contener disposiciones “éticas” aplicables a sus miembros. Por ejemplo, ese es el caso del Código de Ética Publicitaria del CONAR, que además de contener artículos -en principio- compatibles a los de la LRCD, contiene disposiciones relacionadas con la moral, buenas costumbres y el uso de la sexualidad en la publicidad, disposiciones sobre las que una agencia de competencia no debería pronunciarse, pero sí un sistema de autorregulación.¹⁵⁸

Ahora bien, si la Administración Pública a través del INDECOPI participa en la elaboración del código de conducta, así sea solo aprobándolo, ¿se le consideraría como fuente de derecho?

Un código de conducta elaborado por un sistema de autorregulación puro o negociado, jamás podrá ser considerado como una fuente de derecho y no será más que una norma ética o moral vinculante únicamente para los miembros que la integran. Empero, consideramos que si el código de conducta es aprobado y promovido por el Estado ya no se trataría de un código de ética o de conducta, el nombre que se le debería otorgar es el de “Código Institucional o Funcional”¹⁵⁹.

En efecto, los códigos de conducta son normas morales vinculantes para sus miembros, en la medida que el autor de la norma es la industria publicitaria, bien sola o con la participación de terceros ajenos a la misma. Por el contrario, los códigos institucionales o funcionales se caracterizan porque su elaboración está impulsada por los poderes públicos con la estrecha colaboración de la industria, asociaciones profesionales y asociaciones de consumidores.

¹⁵⁷ Como en efecto se dispone en el artículo 7° del Código de Ética Publicitaria.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. *¿Publicidad Antisocial o de cómo matar a un Teletubbie con leyes absurdas?* En *El Cristal Roto* (Blog). 22 de abril de 2011 <<http://blogcristalroto.wordpress.com/2011/04/22/%c2%bfpublicidad-antisocial-o-de-como-matar-a-un-teletubbie-con-leyes-absurdas/>>

¹⁵⁹ PATIÑO ALVEA, Beatriz. Ob. Cit., p. 69.

Por lo expuesto, consideramos que la participación del Estado respecto a los códigos de conducta es importante. Así, para la implantación del sistema de correulación que proponemos con el presente trabajo, consideramos que la participación del Estado debe realizarse a través del INDECOPI, aprobando los códigos de conducta con dos tipos de criterios de análisis: (i) análisis de compatibilidad con la LRCD y (ii) análisis de conformidad con las normas de libre competencia.

3.2.1. Análisis de compatibilidad: la Sala Plena del Tribunal del INDECOPI.

El primer análisis que debe pasar el código de conducta es el de compatibilidad de contenido con la norma que regula la materia. Así, el código de conducta elaborado por los privados que conforman el sistema de autorregulación deberá ser entregado al INDECOPI para que a través de la Sala Plena de su Tribunal la analice y se pronuncie respecto a su aprobación o desaprobación.

Consideramos que la Sala Plena debería ser la encargada de este análisis, toda vez que si bien hemos manifestado que un código de conducta debe ser compatible con la norma que regula la materia, ésta también tiene conexión con otras áreas de las normas ordenadoras del mercado, como las que regulan la libre competencia, protección al consumidor, signos distintivos y los derechos de autor.

En el siguiente punto, nos tomaremos la libertad de hacer un análisis comparativo de compatibilidad entre el Código de Ética Publicitaria del CONAR y las normas que regulan la publicidad en el Perú (LRCD) y Código de Consumo (Ley 29571) a fin de determinar el grado de compatibilidad entre ambas normas.

3.2.2. El Código de Ética Publicitaria y la Ley de Represión de la Competencia Desleal. ¿Necesidad de un cambio para que se pueda aplicar un sistema de autorregulación?

En el presente apartado, realizaremos un comparativo entre las disposiciones del Código de Ética Publicitaria, la LRCD y las disposiciones que tienen relación con la publicidad comercial del Código de Consumo, con la finalidad de determinar la compatibilidad de las referidas normas, de acuerdo a lo señalado en el primer capítulo del presente trabajo.

En tal sentido, realizaremos el presente análisis comparativo considerando únicamente las disposiciones sustantivas que tengan relación con la publicidad comercial¹⁶⁰ de los dispositivos legales antes mencionados, descartando de esta manera, los aspectos procesales contenidos en las referidas normas. Asimismo, el presente análisis no culminará únicamente en la determinación de la incompatibilidad o problema, sino también, cuando corresponda, se redactará una propuesta de modificación de artículo del Código de Ética.

3.2.2.1. Actos de engaño / Principio de Veracidad

LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos de engaño	Principio de veracidad
<p>Artículo 8º.- Actos de engaño</p> <p>8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.</p> <p>8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.</p> <p>8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.</p> <p>8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.</p>	<p>Artículo 13º.- El anuncio deberá contener una presentación veraz de los bienes o servicios anunciados. La publicidad no debe inducir a engaño al consumidor, respecto de los bienes o servicios anunciados; ya sea por afirmaciones falsas, ambiguas o por la omisión de información relevante.</p> <p>En ese sentido, el anuncio no debe inducir a engaño en especial respecto a:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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; 2. El valor del producto, las condiciones de venta y el precio total que efectivamente deberá pagarse; 3. Entrega, cambio, devolución, reparación y mantenimiento; 4. Condiciones de la garantía; 5. Derechos de autor y derechos de propiedad industrial, como patentes, marcas registradas, diseños y modelos, nombres comerciales; 6. 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. <p>Artículo 14º.- Los anunciantes que difundan en su publicidad cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre alguna característica comprobable del producto anunciado tienen la obligación de contar, de manera previa, con las pruebas que acrediten su veracidad.</p> <p>Artículo 18º.- 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.</p> <p>La publicidad testimonial no debe inducir a error acerca de las características reales y atributos del bien o servicio anunciado.</p>

¹⁶⁰ Con el Decreto Legislativo 1044 se unificó las disposiciones referidas a actos de competencia desleal y las normas de publicidad comercial que antes eran reguladas por el Decreto Ley 26122 y Decreto Legislativo 691, respectivamente. Por tanto, no todas las disposiciones del Decreto Legislativo 1044 tienen relación con aspectos de derecho publicitario, como son los actos de violación de normas y sabotaje empresarial, por dar unos ejemplos.

Sobre los actos de engaño (en los que se encuentra incluido el Principio de veracidad en la publicidad) tipificados en la LRCD y contenidos el Código de Ética Publicitaria, podemos apreciar que no existen diferencias sustantivas relevantes, toda vez que ambas disposiciones tienen la finalidad de reprimir anuncios que tengan como efecto, real o potencial, el inducir a error a otros agentes en el mercado sobre los atributos, beneficios o condiciones de los productos o servicios anunciados a través de la publicidad comercial.

Ahora bien, podemos notar que la redacción del artículo 8º de la LRCD es mucho más técnica que la del Código de Ética, toda vez que si bien ambas tienen cierto alcance general respecto a los atributos, beneficios o condiciones de los bienes o servicios anunciados sobre los que se puede inducir a error, el artículo 13º del Código de Ética se excede al pretender proteger a los titulares de derechos de exclusiva derivados de las normas de Propiedad Intelectual, ya que en esos casos estaríamos refiriéndonos a la represión de una conducta por inducción a error respecto al origen empresarial, la cual se encuentra tipificada tanto en la Ley y en el código de conducta, como un Acto de Confusión.

En efecto, si se difunde un anuncio que sea susceptible de inducir a error a los consumidores respecto al origen empresarial del titular de un derecho de exclusiva protegido por las normas de Propiedad Intelectual, deberá reprimirse por configurar un acto de confusión y no de engaño.

De otro lado, vemos que el referido artículo 13º del Código de Ética considera que no se debe inducir a engaño respecto al *“precio total que efectivamente deberá pagarse”*, lo cual evidentemente, debería estar incluido dentro del principio de legalidad, conforme lo está en el artículo 17.3 inciso b) de la LRCD, pues al tratarse de una disposición legal, corresponde ubicarse en el referido artículo y no dentro de lo que es el principio de veracidad.

Otro punto relevante que encontramos es que en la LRCD se incluye dentro de los actos de engaño a la figura de la publicidad testimonial, a diferencia del Código de Ética que la recoge como artículo independiente en su capítulo II, cuando se trata de una conducta que no es más que una modalidad para inducir a error a los consumidores respecto a los atributos, beneficios o condiciones de los bienes o servicios anunciados a través de la publicidad comercial.

Asimismo, podemos apreciar que el artículo referido a la publicidad testimonial del Código de Ética no ha seguido la misma evolución que el detallado en la LRCD, en la que se dispone que únicamente será ilegal si no se sustenta en experiencias auténticas y recientes de un testigo, a diferencia del dispuesto en el Código de Ética que además de lo señalado, exige que esta modalidad publicitaria debe ser difundida con autorización previa por escrito de los testigos.

Por lo expuesto, consideramos que el presente artículo debería quedar redactado de la siguiente manera en el Código de Ética:

Principio de veracidad

La publicidad no debe tener como efecto, real o potencial, la inducción a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el anunciante pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho anunciante, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura infracción al principio de veracidad la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

3.2.2.2. Actos de confusión / Confusión

LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos de confusión	Confusión
<p>Artículo 9º.- Actos de confusión.- 9.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde. 9.2.- Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.</p>	<p>Artículo 6º.- La publicidad no debe inducir a confusión a los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, procedencia geográfica, elementos distintivos, marcas, u otros derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros.</p> <p>Asimismo, los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.</p>

Respecto a la redacción de ambos artículos, consideramos que el correspondiente a la LRCD es técnicamente superior al del Código de Ética Publicitaria, toda vez que de la lectura del artículo 6º del referido código no queda claro si la conducta busca reprimir una conducta que induzca a error respecto al origen empresarial de la actividad o bien promocionado, o si además, busca reprimir conductas que induzcan a error respecto a las cualidades o características del bien ofertado, pues podemos notar que el referido artículo prohíbe la inducción a “confusión” respecto a “actividades, productos, nombres, procedencia geográfica, elementos distintivos, marcas u otros derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros”.

Asimismo, podemos apreciar que en el segundo párrafo del artículo 6º del Código de Ética se dispone que “*los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión*” (subrayado nuestro), lo cual nos deja en el mismo problema detallado en el párrafo anterior, toda vez que no queda claro si esta figura busca reprimir un acto de confusión o de engaño.

Es en ese sentido, que se considera que este artículo debe ser modificado mejorando su redacción y adecuándolo al artículo 9º de la LRCD, toda vez que el riesgo de confusión como definición legal, siempre debe estar relacionado a la inducción a error respecto al origen empresarial de los productos o servicios anunciados mediante el uso de publicidad comercial.

Por tanto, el artículo correspondiente a la confusión en la publicidad debe quedar redactado de la siguiente manera en el Código de Ética Publicitaria:

Confusión

La publicidad no debe inducir a error a los agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los productos o servicios ofertados, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de elementos protegidos por las normas de propiedad intelectual.

3.2.2.3. Actos de denigración / Denigración

LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos de denigración	Denigración
<p>11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.</p> <p>11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:</p> <p>a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;</p> <p>b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;</p> <p>c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,</p> <p>d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.</p>	<p>Artículo 7°.- Los anuncios no deben denigrar al competidor o deformar la imagen del producto o marca de otra empresa o, más ampliamente, la categoría de un producto que se comercializa en el mercado, ni contener informaciones, gestos o expresiones que atenten contra el buen nombre de terceros; directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.</p>

Conforme podemos apreciar de ambos artículos, el concepto de acto de denigración – salvo por redacción – es el mismo. En efecto, en ambos artículos se señala que el acto de denigración es el que realizado directamente o por implicación, tenga por efecto, real o potencial, el menoscabo de la imagen o reputación comercial de otro u otros agentes económicos.

Sin embargo, de la lectura del artículo 7° del Código de Ética Publicitaria podríamos concluir que este acto sería ilícito *per se*, toda vez que no existe referencia alguna a la “excepción de veracidad” (conocida por la doctrina como “*Exceptio Veritatis*”) que otorga licitud a este tipo de actos. Esta conclusión si bien en la práctica no es acertada – pues en los casos de denigración denunciados ante el CONAR, sus órganos resolutive siempre han analizado la existencia de la referida excepción¹⁶¹ -, es factible de cuestionamientos por parte de los usuarios del sistema de autorregulación, pues del referido artículo no se desprende ninguna excepción de licitud a este acto, lo cual podría llevar a considerar que así la afirmación publicitaria sea veraz, exacta y pertinente (en forma y fondo), el CONAR tenga la obligación de sancionar cada vez que se acredite el menoscabo a la imagen o reputación comercial del agente económico afectado, lo cual, evidentemente, sería contrario a los principios del modelo

¹⁶¹ Ver Resolución N° 01-2010-CONAR/CPE de fecha 6 de agosto de 2010 emitida por la Comisión Permanente de Ética del CONAR en el Expediente N° 03-2010-CONAR/CPE tramitado por denuncia de INDUSTRIAS UNIDAS DEL PERÚ S.A. contra QUAKER DEL PERÚ S.R.L. y GARWICH S.A.C.

de economía social de mercado, que permite el daño concurrencial al competidor, siempre que éste genere mayor información a los consumidores y transparencia en el mercado.

En efecto, si el CONAR sancionaría por denigración a anunciantes por el solo hecho de difundir afirmaciones publicitarias que menoscaben la reputación comercial de un tercero, así dichas afirmaciones cumplan con la “excepción de veracidad”, se estaría protegiendo únicamente a los agentes económicos frente a los actos concurrenciales que puedan generarles algún perjuicio a pesar de que generen beneficios a los consumidores y/o el mercado, con lo que estaríamos regresando al modelo profesional mediante el cual se buscaba exclusivamente la protección de las empresas que concurren en el mercado.

En ese sentido, consideramos importante incluir en el artículo 7º del Código de Ética un párrafo que disponga que este tipo de acto se reputará lícito siempre que: (i) sea veraz, por su carácter objetivo y presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; (ii) constituya información exacta por su condición clara y actual; (iii) se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, (iv) se ejecute con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

Nótese que no hemos utilizado la redacción de los incisos a y b del artículo 11.2 de la LRCD, toda vez que la redacción de dichos incisos confunde los conceptos de veracidad y exactitud al mezclarlos. En efecto, en el inciso b) correspondiente a la exactitud, vemos que se exige el evitar la ambigüedad sobre la realidad del agente económico aludido, cuando ésta exigencia es uno de las formas en la que se puede inducir a error a los consumidores a través de un acto de engaño, es decir, es un requisito que se encuentra relacionado con la veracidad de la información y no de la exactitud de la misma.

Ahora bien, conviene destacar que el artículo 7º del Código de Ética Publicitaria establece expresamente como prohibición, que los anunciantes no podrán denigrar a

través del mensaje publicitario a la categoría de un producto que se comercializa en el mercado. Incrementando de esta manera la valla de fiscalización para este tipo de actos, los cuales, podrán alcanzar a las afirmaciones que se refieran a todo un género o categoría de productos o servicios.

En efecto, el CONAR considera que el uso de ciertas afirmaciones en la publicidad comercial puede tener como efecto un acto de denigración al género de determinados productos o servicios, por lo que será relevante para su análisis el sentido que le den los consumidores a dichas afirmaciones. Así, para que el mensaje de un anuncio publicitario tenga como efecto un acto de denigración a una categoría o género de productos o servicios, deberá necesariamente: (i) menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación comercial de la categoría o género de productos o servicios; e (ii) identificar expresa o implícitamente el género aludido de acuerdo a la percepción que tengan los consumidores de un análisis integral y superficial de la publicidad comercial cuestionada¹⁶².

Por lo expuesto, consideramos que al artículo correspondiente a la publicidad denigratoria debería quedar redactado de la siguiente manera en el Código de Ética:

Denigración

La publicidad no debe tener por efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos o la categoría o género de un producto que se comercializa en el mercado.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, la denigración en la publicidad se reputa lícita siempre que:

- a. *Sea veraz, por su carácter objetivo y por ser presentada de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;*
- b. *Constituya información exacta por ser clara y actual;*
- c. *Se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,*
- d. *Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa,*

¹⁶² *Ibídem.*

entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

3.2.2.4. Actos de comparación / Publicidad comparativa

LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos de comparación y equiparación indebida	Comparación
<p>Artículo 12º.- Actos de comparación y equiparación indebida.- 12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos. 12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal.</p> <p>“11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que: a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.”</p>	<p>Artículo 19º.- Las comparaciones en la publicidad son permitidas en tanto que promueven la competencia y permitan que los consumidores lleven a cabo decisiones de compra más informadas.</p> <p>Será válida toda publicidad comparativa que confronte de modo objetivo características verificables de bienes y servicios, y que:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. No sea engañosa b. 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. c. No cause descrédito, denigración o menosprecio al competidor, sus productos o servicios. d. No tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor. <p>La publicidad comparativa no podrá contener alegaciones subjetivas</p> <p>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.</p>

Del mismo modo que en los artículos analizados anteriormente, podemos apreciar que el artículo correspondiente a los actos de comparación de la LRCD es mucho más técnico que el correspondiente al Código de Ética Publicitaria. En efecto, de la lectura del artículo de la LRCD podemos apreciar que se condice con la noción doctrinaria y jurisprudencial que se ha venido desarrollando en el INDECOPI a través de estos años, dejándose en claro que el acto de comparación es un acto lícito que consiste en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora (la cual debe identificarse mediante alusión inequívoca, directa o indirecta) siempre que: (i) constituya información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; (ii) constituya información exacta por ser clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que

corresponde al agente económico aludido o a su oferta; (iii) se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, (iv) se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia. Siendo que se considerará ilícito este acto, cuando no se cumpla con los requisitos antes señalados.

En cambio, si bien podemos apreciar del artículo correspondiente a la publicidad comparativa del Código de Ética que se le considera una conducta lícita siempre que confronte de modo objetivo características verificables de bienes y servicios, vemos en los requisitos de licitud de la conducta, los errores que detallamos a continuación:

- El literal b) señala que será válida la publicidad comparativa que no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y su competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o servicios del anunciante y los de su competidor. Lo cual nos genera como interrogante si es posible que de un acto de comparación, en el que supuestamente se enfrentan dos productos competidores con la finalidad de mostrar las ventajas de uno frente al otro, se pueda originar un acto de confusión. En realidad, es poco probable, pues si se comparan dos productos con la finalidad de demostrar que uno es “mejor” (desde un punto de vista objetivo) que el otro, el consumidor comprenderá rápidamente que se trata de productos competidores y no asociará dicha comparación con el supuesto hecho de que ambos productos posean un mismo origen empresarial. En ese sentido, consideramos este apartado como innecesario y debería eliminarse.
- El literal c) señala que la publicidad comparativa será válida cuando no cause descrédito, denigración o menosprecio al competidor, sus productos o servicios. Sobre el particular, consideramos que debe quedar claro que a través de un acto de comparación siempre se le va a generar un daño al competidor comparado, empero, éste será lícito en la medida que el anuncio difundido sea exacto, veraz y pertinente (sobre el fondo y forma), toda vez que el que se beneficiará con la información comparativa de bienes es el consumidor y de esta manera podrá tomar una decisión de consumo mejor

informada. En ese sentido, consideramos que solo se podrá presentar un acto de denigración y publicidad comparativa ilícita, cuando a través de una comparación de ofertas en un anuncio que no cumpla con los requisitos antes mencionados, el anunciante además, utilice alguna alegación que menoscabe la imagen o reputación comercial de otro agente sin que ésta sea veraz, exacta y pertinente (sobre el fondo y forma). Por tanto, estando dicha figura definida en un artículo independiente, resulta innecesario incluir un apartado al respecto dentro del artículo de publicidad comparativa.

- En el último párrafo del artículo analizado se señala: “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”. Sobre este punto, vemos que el CONAR impone como obligación a los anunciantes que toda comparación en la publicidad debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, por lo que debemos entender que si un anunciante decide comparar uno (1) de cinco (5) atributos comparables entre dos productos, estaría incurriendo en publicidad comparativa ilícita, lo cual, evidentemente, no es cierto, toda vez que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional, un acto de comparación se puede realizar sobre cualquier aspecto objetivo y siempre que este sea veraz, exacto y pertinente (en la forma y en el fondo). En ese sentido, consideramos que este apartado debe eliminarse.

Por lo expuesto, consideramos que el presente artículo debería quedar redactado de la siguiente manera en el Código de Ética:

Publicidad comparativa

La publicidad comparativa consiste en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora. Para verificar la existencia de publicidad comparativa se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, este acto se reputa lícito siempre que:

- a. *Sea veraz, por su carácter objetivo y presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;*

- b. *Constituya información exacta por su condición clara y actual;*
- c. *Se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,*
- d. *Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.*

3.2.2.5. Actos de equiparación indebida / Publicidad adhesiva

LRCD	Código de Ética Publicitaria
<p>Actos de comparación y equiparación indebida</p>	<p>Carece de artículo similar</p>
<p>Artículo 12º.- Actos de comparación y equiparación indebida.- 12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos. 12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal.</p> <p>“11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que: a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.”</p>	<p>No se encuentra regulado</p>

Respecto a los actos de equiparación o publicidad adhesiva, consideramos que existe un grave error en su tipificación por parte de la LRCD, toda vez que es una figura que

pudo reprimirse mediante el artículo correspondiente a los actos de explotación indebida de la reputación ajena (artículo 10º)¹⁶³.

En efecto, si bien consideramos correcto establecer requisitos de licitud a la publicidad adhesiva en la medida que se cumpla con trasladar mayor información a los consumidores para la toma de sus decisiones de consumo, se entiende que dicha figura, cuando no cumpla con los requisitos de licitud de la “excepción de veracidad”, siempre será un acto de explotación indebida de la reputación ajena, toda vez que el anunciante estará haciendo uso de una marca implantada y de prestigio (que también puede ser una notoriamente conocida) de un tercero, para atribuir un crédito comercial al producto o servicio que pretende ofertar, cuanto menos inicialmente, como consecuencia de la vinculación con dicha marca ajena¹⁶⁴.

En ese sentido, consideramos como un desacierto el incluir a los actos de equiparación como un acto independiente en la LRCD, cuando dicha figura se podía incluir en el apartado correspondiente a los actos de explotación indebida de la reputación ajena de la referida Ley.

Sin perjuicio de ello y, considerando que el Código de Ética Publicitaria debe ser compatible con la LRCD y que no cuenta con una disposición respecto a la explotación de la reputación comercial ajena, se deberá incluir un apartado independiente para la publicidad adhesiva, el cual se recomienda redactarse de la siguiente manera:

Publicidad adhesiva

La publicidad adhesiva consiste en presentar únicamente una equiparación de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar su existencia se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, este acto se reputa lícito siempre que:

¹⁶³ Esto, sin perjuicio de considerar que los actos de equiparación o publicidad adhesiva no son reconocidos expresamente como un uso permitido de la marca ajena por lo dispuesto en el artículo 157º de la Decisión 486, lo cual podría generar en la práctica que un acto de equiparación a través de la actividad publicitaria no sea sancionado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal por cumplir con los requisitos de licitud del artículo 12 del Decreto Legislativo 1044, pero sí sea reprimido a través de una acción por infracción ante la Comisión de Signos Distintivos por uso no autorizado de la marca ajena.

¹⁶⁴ MONTEAGUDO, Montiano. *La protección de la marca renombrada*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995, pp. 252 – 259.

- a. Sea veraz, por su carácter objetivo y presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- b. Constituya información exacta por su condición clara y actual;
- c. Se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
- d. Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

3.2.2.6. Actos contra el principio de autenticidad / Autenticidad

LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de autenticidad	Autenticidad
<p>Artículo 16º.- Actos contra el principio de autenticidad.- 16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal. 16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.</p>	<p>Artículo 16º.- El anuncio debe ser claramente identificable como tal, sea cual fuere su forma o el medio utilizado para difundirlo.</p> <p>El anuncio que tenga la forma de publinoticia, reportaje, artículo, nota, texto, leyenda deberá ser claramente identificado como publicidad. Ello para que se distinga del material noticioso y no confunda al consumidor.</p> <p>En ningún anuncio deberán emplearse técnicas que impidan al consumidor percatarse que se está difundiendo una publicidad.</p>

De un análisis de ambos artículos vemos que – a no ser por un tema de redacción – el sentido es el mismo, toda vez que ambos prohíben que se induzca a error a los consumidores respecto a la naturaleza publicitaria de un anuncio, prohibiendo de esta manera la difusión de publicidad encubierta, imponiendo la obligación a los anunciantes de consignar expresamente que se trata de un publirreportaje o anuncio contratado cuando corresponda.

Posiblemente, el artículo de la LRCD se encuentre técnicamente mejor redactado que el del Código de Ética, por lo que proponemos la siguiente redacción para el artículo:

Principio de Autenticidad

La publicidad comercial debe ser claramente identificable como tal, sea cual fuere su forma o el medio utilizado para difundirlo. Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones

periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.

3.2.2.7. Actos contra el principio de legalidad / Legalidad

LRCD	Código de Ética Publicitaria
<p align="center">Actos contra el principio de legalidad</p>	<p align="center">Legalidad</p>
<p>Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.- 17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. 17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance. 17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:</p> <p>a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados; b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado; c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado; d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable; e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables; f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y, g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable. En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada.</p> <p>Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad si ello fuera aplicable al caso.</p> <p>Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente.</p> <p>En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.</p>	<p>Artículo 12º.- La publicidad debe respetar la Constitución y las leyes. En este sentido, el CONAR no ampara las infracciones a las normas publicitarias y se asume que los anuncios no serán contrarios a la Ley ni deberán omitir lo que ésta manda.</p> <p>De existir conflicto entre la Ley y el presente Código, se preferirá a la Ley. Sin embargo, debido a que el presente Código está constituido por normas auto impuestas, no impide una interpretación más severa por parte del CONAR.</p>

En el presente punto, consideramos que la redacción del artículo correspondiente al principio de legalidad del Código de Ética merecería solo una modificación técnica a fin de que sea totalmente compatible con los actos contrarios al principio de legalidad detallados en el artículo 17º de la LRCD.

Dicha modificación consiste en detallar que se considerará publicidad contraria al principio de legalidad la que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria, así como disponer que constituye infracción al referido principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido difusión o alcance, en lugar de solo indicar que la publicidad debe respetar la Constitución y las leyes.

Respecto a los supuestos de infracción detallados en el artículo 17.3 de la LRCD consideramos que sería innecesario reproducirlos en el Código de Ética Publicitaria, toda vez que al ser supuestos tomados de normas legales independientes que regulan aspectos vinculados con la difusión de publicidad comercial, bastará con que se haga una remisión a ellos.

Así, consideramos que la redacción del principio de legalidad en el Código de Ética debería ser la siguiente:

Principio de Legalidad

La publicidad debe respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. En este sentido, el CONAR no ampara las infracciones a las normas publicitarias y se asume que los anuncios no serán contrarios a las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria ni deberán omitir lo dispuesto en ellas.

Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

De existir conflicto entre la Ley y el presente Código, se preferirá a la Ley. Sin embargo, debido a que el presente Código está constituido por normas auto impuestas, no impide una interpretación más severa por parte del CONAR.

3.2.2.8. Actos contra el principio de adecuación social / Decencia

LRCD	Código de Ética Publicitaria
<p align="center">Actos contra el principio de adecuación social</p>	<p align="center">Decencia</p>
<p>Artículo 18º.- Actos contra el principio de adecuación social.- Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:</p> <p>a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;</p> <p>b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.</p>	<p>Artículo 8º.- Todo anuncio debe caracterizarse por el respeto a la dignidad de la persona y a su intimidad, al núcleo familiar, al interés social, a la moral, credo y buenas costumbres, a las autoridades constituidas, a las instituciones públicas y privadas y a los símbolos patrios.</p> <p>Los anunciantes deberán tomar en cuenta la sensibilidad del público antes de emplear material que pudiera resultar ofensivo.</p> <p>Específicamente, la publicidad debe evitar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lo Inmoral: Todo aquello que contenga expresiones, actitudes o insinuaciones indecentes, obscenas o escabrosas. 2. Lo Truculento: Todo aquello que contenga o provoque expresiones o actitudes de violencia, ensañamiento, ansiedad, temor, morbosidad o explote la superstición. 3. Lo Grosero: Todo aquello que signifique una manifestación de mal gusto, en cualquiera de sus formas, y toda situación, imagen o expresión desagradable. La decencia de los anuncios será evaluada tomando en cuenta el contexto, el medio, la audiencia, el producto o servicio y los parámetros de decencia, cultura y moral que prevalezcan en el lugar y momento correspondientes y en determinada comunidad. <p>El hecho de que un producto o servicio en particular pueda ser considerado indecente para algunas personas no significa que ello será suficiente para objetar su validez, por lo que deberá ser revisado en cada caso.</p> <p>Artículo 9º.- Análisis de la sexualidad en la Publicidad</p> <p>El sexo y la sexualidad serán tratados con dignidad en los anuncios comerciales.</p> <p>Podrán ser considerados indecentes los anuncios en función de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La naturaleza gráfica o explícita de las representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras; 2. Si es que el material gira alrededor o repite insistentemente representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras; 3. Si el material parece explotar o excitar apetitos sexuales, o se presenta únicamente para llamar la atención del público por su impacto. <p>Al evaluar estos factores, principalmente el tercero, el contexto general de la transmisión será crítico. Cada caso puede presentar una combinación de estos, y quizás otros factores, los que tienen que ser evaluados equilibradamente para determinar si el material es abiertamente ofensivo y, por tanto, indecente. Usualmente un solo factor no basta para establecer la indecencia del material.</p> <p>Artículo 10º.- Discriminación y conductas antisociales e ilegales</p>

	<p>Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, económica, física, política o religiosa.</p> <p>Los anuncios no deben contener nada que objetivamente pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que atenten contra el medio ambiente o que inciten a la violencia o que induzcan al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.</p> <p>Artículo 11°.- Superstición y Temor</p> <p>La publicidad deberá evitar toda forma de explotación de la superstición, la ignorancia, la credulidad y, excepto en casos especiales, del temor de los consumidores.</p> <p>Son casos especiales en que puede hacerse uso del temor aquellos en que el anuncio tenga por objeto promover la prudencia en determinadas actividades o desalentar conductas o actividades consideradas contrarias a la seguridad o salud del consumidor. En cualquier caso el contenido del anuncio deberá caracterizarse por el equilibrio entre dicho sentimiento y el riesgo de desestimar el producto o servicio anunciado.</p>
--	--

Respecto a las disposiciones relacionadas con la adecuación social o decencia de la publicidad consideramos que no se debería hacer cambio alguno en lo dispuesto en el Código de Ética, toda vez que como hemos señalado anteriormente, las entidades que conforman el sistema de autorregulación pueden acordar mayores restricciones en sus códigos de conducta. Asimismo, cabe considerar que una de las características de los códigos de conducta es el promover los comportamientos éticos o decentes entre sus miembros, por lo que es normal que en los códigos de conducta existan disposiciones relacionadas con la decencia y la moral. En ese sentido, consideramos que no debe realizarse modificación alguna al respecto y los artículos analizados deben permanecer conforme se encuentran redactados.

3.2.2.9. Publicidad dirigida a menores de edad / Publicidad y los menores de edad

Código de Consumo	Código de Ética Publicitaria
Publicidad dirigida a menores de edad	Publicidad y los menores de edad
<p>Artículo 16.- Publicidad dirigida a menores de edad La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.</p> <p>Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido.</p>	<p>PUBLICIDAD Y LOS MENORES DE EDAD</p> <p>Para efecto de la aplicación de las normas contenidas en el presente título se considerará como niños a los menores de 14 años y adolescentes a los que tengan entre 14 y 17 años (mayores de 13 y menores de 18 años).</p> <p>Artículo 20°.- Publicidad que involucre a Menores de Edad (Menores de 18 años)</p> <p>La publicidad debe tener en cuenta el nivel de conocimiento, madurez, motivaciones e intereses del público al cual se dirige. Por tanto, no debe aprovechar de la natural</p>

	<p>credibilidad infantil ni de la inexperiencia de los adolescentes, ni deformar el sentido de lealtad de los mismos. En consecuencia deberá:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Evitar la presentación visual de prácticas o situaciones peligrosas dentro de un entorno que no sea de fantasía, que puedan inducir a los niños y adolescentes a emularlas a riesgo de su seguridad. 2. Evitar mostrar al alcance y uso de niños, objetos que por sí entrañan peligros, tales como armas, elementos cortantes, medicamentos, sustancias tóxicas, cáusticas o inflamables. 3. Evitar mostrar a niños pequeños accionando artefactos eléctricos o a gas, o encendiendo fuego, sin la guía de los mayores. 4. Evitar mostrar a niños manejando vehículos de adultos, ni protagonizando acciones que impliquen riesgo a peligros, ni contraviniendo normas de seguridad. 5. Evitar mostrar a niños cometiendo actos ilegales o que contravengan ordenanzas o reglamentaciones o inducirlos a realizar actos que resulten física, mental o moralmente perjudicial a los mismos. 6. No promoverán que vayan a lugares o entren en contacto con personas desconocidas. <p>Artículo 21°.- Respeto a la integridad del menor de edad</p> <p>Los anuncios dirigidos a menores de edad, o en los que ellos participen, deberán ser respetuosos de su integridad física, mental o moral. Por lo tanto ningún mensaje de productos para niños o adolescentes debe:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Socavar sus valores sociales, sugiriendo que su uso o tenencia le dará una ventaja física, social o psicológica sobre otros niños o jóvenes 2. Socavar la autoridad, responsabilidad, juicio o criterio de los padres y educadores. 3. Contener frases mandatorias o compulsivas que insten al menor a obtener el producto por cualquier medio. 4. Crear ansiedad ni sugerir que sus padres o familiares no cumplen con sus deberes si no la satisfacen. 5. Insinuar o desarrollar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto anunciado.
--	--

En el presente caso podemos ver que ambas normas son plenamente compatibles y que si bien lo dispuesto en el Código de Ética es más restrictivo, esto es propio de un código de conducta de todo sistema de autorregulación. Por tanto, consideramos que no se debe realizar modificación alguna al apartado correspondiente a la publicidad de menores del Código de Ética.

3.2.2.10. Principio de Legalidad – Promociones / Promociones

LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de legalidad - Promociones	Promociones

<p>Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.- 17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. 17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance. 17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:</p> <p>(...) f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y, (...)</p>	<p>Artículo 17º.- Las promociones de los bienes y servicios no deben inducir a error ni engaño al consumidor respecto a sus características, beneficios y restricciones.</p> <p>En el caso que se trate de promociones limitadas en cuanto a su cantidad o periodo de vigencia, se deberá informar en los anuncios de manera clara y fácilmente accesible la cantidad de unidades y el periodo de vigencia de la promoción.</p>
--	--

Conforme señalamos en el párrafo correspondiente al análisis del principio de legalidad, la redacción de dicha figura debería solo precisarse en el Código de Ética que se considerará publicidad contraria al principio de legalidad la que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria, así como disponer que constituye infracción al referido principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido difusión o alcance, en lugar de solo indicar que la publicidad debe respetar la Constitución y las leyes.

Así, decíamos que con dicha redacción ya no sería necesario reproducir los supuestos de infracción detallados en el artículo 17.3 de la LRCD, pues para que se aplique el principio de legalidad a través del CONAR, basta con que dichos supuestos estén detallados en la Ley para que puedan ser aplicables (y por ende, usados) por los órganos resolutivos del CONAR.

En ese sentido, consideramos que es innecesario detallar un artículo respecto a la regulación de promociones en el Código de Ética, pues con la redacción del principio de legalidad que hemos propuesto en el presente apartado, los órganos resolutivos del CONAR podrían aplicar los supuestos establecidos en el artículo 17.3 de la LRCD, toda vez que estos son referenciales.

3.3. Análisis de conformidad con el derecho de la libre competencia: la Comisión de Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI.

Así como señalamos que la Sala Plena debe aprobar la compatibilidad del código de conducta por la relación que tiene dicho código no solo con las normas que regulan la actividad publicitaria sino con todas las normas que conforman el derecho ordenador del mercado, la conformidad del código de conducta con las normas de libre

competencia deben ser analizadas por las áreas plenamente especializadas. En ese sentido, la Comisión de Libre Competencia y a la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, serán las encargadas de analizar la conformidad del código de conducta -como producto de un acuerdo entre privados- respecto a la norma que reprime las conductas contrarias a la libre competencia.

Para que el Código de Ética Publicitaria sea compatible con la LRCD, debe inspirarse en los dos tipos de códigos de conducta considerados por la doctrina como compatibles con el derecho de la libre competencia, a saber: (i) Aquellos que se limitan a reproducir normas legales preexistentes y (ii) Códigos de conducta que concretan y precisan el alcance –en relación con determinadas conductas- de las cláusulas generales que incorpora la ley¹⁶⁵.

En efecto, como hemos podido analizar en el apartado anterior, los cambios que deben realizarse en el Código de Ética del CONAR a fin de que sea plenamente compatible con la LRCD son, por lo general, de forma, pues no existe disposición alguna que atente contra el principio de la norma, pues los errores de fondo que se desprendieron del análisis son producto de la antigüedad del referido código, pues éste se inspiró en el antiguo y derogado Decreto Legislativo N° 691 – Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Ahora bien, como señalamos en puntos anteriores, el hecho de que el código de conducta debe ser compatible con la LRCD no significa que ésta deba solo reproducirla, toda vez que el término “compatibilidad” se encuentra dirigido a exigir que no se contravenga con lo dispuesto en dicha norma, como podría ser el hecho de que un código de ética considere como ilícita una conducta declarada lícita por la LRCD. Por ejemplo: la LRCD dispone que el acto de denigración será lícito siempre que sea veraz, exacto y pertinente (de fondo y forma) y el Código de Ética disponga que la denigración en la publicidad siempre será sancionado, así cumpla con los requisitos anteriormente mencionados.

En ese sentido, el Código de Ética puede ser más severo en la represión de algunas conductas consideradas negativas para el mercado, como por ejemplo, los actos de engaño en la publicidad, elevando el estándar de prueba en caso de difusión de

¹⁶⁵ Ver punto 2.1. del Capítulo II del presente trabajo.

exageraciones publicitarias con la finalidad de que los consumidores no se vean engañados con ellas en la publicidad de determinados productos especializados¹⁶⁶.

Asimismo, el Código de Ética no dejará de ser compatible con la norma en caso disponga sanciones a los anuncios que sean, por ejemplo, de mal gusto o hagan un uso indebido de la sexualidad en su contenido, pues la naturaleza de estos códigos de conducta es de tipo ético y que mejor que la industria establezca su propio estándar frente a temas éticos o de decencia, pues son ellos, los encargados de pronunciarse sobre ese tipo de temas y no la agencia de competencia que no es un “protector de la decencia”, sino un promotor de la competencia y protector del correcto funcionamiento del mercado¹⁶⁷.

De otro lado, consideramos que la evaluación y reconocimiento del Código de Ética que realice la agencia de competencia es importante para corregir las posibles distorsiones al mercado que puedan suscitarse en la aplicación de sanciones y medidas complementarias a través de los medios de comunicación por parte del sistema de autorregulación.

En efecto, comentábamos en el punto 2.2. del capítulo 2, acerca de los posibles conflictos con las normas de libre competencia que podría generar el hecho de que los medios de comunicación participen del cumplimiento de las resoluciones del CONAR, pues éstas, como ha sucedido en países como Estados Unidos, Reino Unido y España, podrían considerarse como actos de boicot que tengan por efecto excluir del mercado a un agente económico.

Conforme señalábamos en el capítulo mencionado, la colaboración de los medios de comunicación en el cumplimiento de las sanciones y medidas complementarias dictadas por el CONAR no podía ser cuestionada cuando ésta se aplica entre sus propios miembros, pues estos, al formar parte de la asociación tienen conocimiento de sus deberes y obligaciones. Sin embargo, esto no les impedía, en caso no deseen cumplir con lo resuelto por los órganos resolutivos del CONAR, poder presentar alguna denuncia ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC) del

¹⁶⁶ Como en efecto lo ha hecho el CONAR a través de su jurisprudencia (Resolución Final de la CPE correspondiente al Expediente N° 02-2009-CONAR/CPE) mediante la que establece que en determinados casos, los anunciantes que hagan uso de exageraciones publicitarias deberán acreditar el núcleo fáctico de veracidad en la que ellas se sustentan.

¹⁶⁷ Esto se desprende del Principio de Decencia con el que cuenta el Código de Ética, y en mayor medida, con las Directivas relacionadas con la publicidad de bebidas alcohólicas, en las que se reprimen el abuso de la sexualidad en anuncios destinados a promover bebidas alcohólicas.

INDECOPI por presuntas prácticas de boicot. Lo mismo sucedía en caso los medios de comunicación, por orden del CONAR, cesen la difusión de un anuncio sin el consentimiento de un no miembro.

Así, veíamos que, si bien esta conducta no sería sancionada por la Administración como un acto contrario a la libre competencia en la medida que genera eficiencias al mercado y consumidores, el CONAR igual tendría el riesgo de asumir con los costos que implica el afrontar un procedimiento ante el INDECOPI, si es que algún agente miembro o no miembro decidía denunciar al sistema de autorregulación por presuntas prácticas colusorias.

El hecho que la agencia de competencia reconozca la compatibilidad de los códigos de conducta con las normas de libre competencia eliminará dicha incertidumbre, toda vez que si dicha entidad estatal reconoce el uso de medios de comunicación por parte del sistema de autorregulación como herramientas para el cumplimiento de sus disposiciones, el uso de este mecanismo no podrá ser denunciado como un acto contrario a la libre competencia, pues existiría un reconocimiento previo de la eficiencia de esta figura por parte del Estado, por lo que en caso de presentarse una denuncia al respecto, ésta sería declarada improcedente de plano.

Cabe señalar que esta disposición no será de ayuda para los casos en los que se pretenda utilizar los medios de comunicación para aplicar medidas complementarias contra no miembros, pues como hemos señalado con anterioridad, consideramos que el sistema de autorregulación debe aplicarse solo respecto a sus miembros y a los no miembros únicamente cuando autoricen expresamente someterse al fuero del CONAR.

Ahora bien, en caso un no miembro decida expresamente someterse a los fueros del CONAR (esto, dentro del supuesto de reconocimiento estatal de los medios de comunicación como mecanismo de cumplimiento de pronunciamientos del CONAR), no podrá de ninguna manera desconocer lo ordenado por el sistema de autorregulación, ni accionar contra los medios de comunicación por actos de boicot, pues al someterse a sus fueros, inmediatamente le son aplicables las disposiciones del Estado respecto a la participación de los medios de comunicación en la interposición de sanciones y medidas complementarias.

Visto esto, consideramos pertinente resolver un problema planteado en el capítulo 2 del presente trabajo. En dicho capítulo nos preguntábamos, ¿qué sucede si los medios de comunicación miembros deciden no cumplir con lo ordenado por los órganos resolutive del CONAR? Comentábamos en dicha oportunidad que serían sujetos a las sanciones internas del sistema de autorregulación, pero esto al final sería irrelevante para el mercado, pues la herramienta que presuntamente le otorga eficacia al sistema no funcionaría, y el anuncio infractor seguiría difundándose, por lo que únicamente quedaría recurrir ante el INDECOPI, es decir, el denunciante tendría que incurrir –nuevamente- en el costo de tasa por denuncia, tiempo e incertidumbre, pues el INDECOPI podría fallar algo totalmente distinto a lo dispuesto por los órganos resolutive del CONAR, en un sistema como el actual, en el que los criterios no se han unificado.

En ese sentido, consideramos que para poder implantar un sistema de correulación eficaz, no solo basta con que la Administración Pública lo reconozca sino también que le otorgue efectividad absoluta a sus herramientas de cumplimiento.

En efecto, como se ha señalado anteriormente, el hecho de que los medios de comunicación asociados al CONAR tengan el compromiso de hacer cumplir sus disposiciones, le dan una efectividad importante al sistema, pues hasta la fecha, dichos medios han cumplido con hacer efectivos los pronunciamientos de los órganos resolutive del sistema de autorregulación, pero esto no significa que no exista riesgo alguno de incumplimiento, pues sí existe, en la medida que estos solo tienen obligaciones privadas frente al CONAR y no existe disposición legal alguna que los obligue a ello.

Es así que consideramos que la normativa que establezca el reconocimiento de los sistemas de autorregulación publicitaria, debe imponer como obligación a los medios de comunicación miembros de la asociación, el cumplimiento de las disposiciones del sistema al que son miembros, bajo apercibimiento de sanción administrativa, independientemente de las sanciones internas (públicas o no) que pueda interponer la asociación a los medios de comunicación miembros.

Ahora bien, esta sanción administrativa, debe regirse por reglas claras y solo cuándo el CONAR los sancione previamente por incumplimiento de ejecución de medida complementaria o de sanción, con ello, se evitaría que la Administración Pública pueda ejercer algún tipo de abuso respecto a dichos medios infractores y se cumpliría

el principio de debido procedimiento (en sede privada) de los medios de comunicación frente al CONAR.

Queremos terminar el presente subcapítulo señalando que los medios de comunicación no miembros, no podrán ser de ninguna manera obligados por el Estado al cumplimiento de lo dispuesto por el CONAR, si desean hacerlo, será de forma voluntaria y sin coerción alguna por parte del Estado o sistema de autorregulación.

4. LOS BENEFICIOS PARA EL MERCADO DERIVADOS DE UN EVENTUAL SISTEMA DE CORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN EL PERÚ

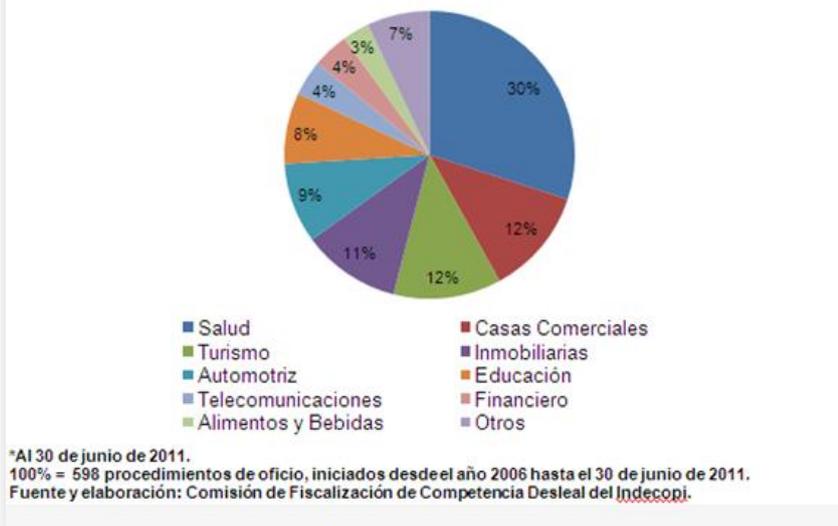
Una vez expuesta la propuesta de corregulación, corresponde pronunciarnos sobre los beneficios que este sistema puede aportar al mercado. Para ello, veamos primero algunas estadísticas de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, CCD).

Revisemos primero sus estadísticas respecto a los procedimientos de oficio iniciados por la referida Comisión:



Fuente: Cuadro tomado de la página www.indecopi.gob.pe (página visitada el 3 de octubre de 2011)

PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR SECTORES ECONOMICOS
2006 - 2011*



Fuente: Cuadro tomado de la página www.indecopi.gob.pe (página visitada el 3 de octubre de 2011)

Conforme podemos apreciar de los cuadros presentados, el promedio de casos iniciados de oficio por la CCD desde el año 2006 hasta mediados de 2011 es de 100 casos por año, un promedio realmente bajo como para poder fiscalizar correctamente un mercado en crecimiento como el peruano¹⁶⁸. Es preciso señalar que los picos más altos de inicio de este tipo de procedimientos se dio durante los años 2009 y 2010, en los que no se superó los 140 casos.

De otro lado, vemos que si bien existe un buen promedio de procedimientos de oficio iniciados a un sector tan sensible como el de salud, otros sectores del mercado no han tenido la cobertura necesaria como para poder ser fiscalizados correctamente y con esto incrementar el riesgo de detección de conductas desleales que afectan el correcto funcionamiento del mercado. Así vemos, que el mercado de servicios financieros únicamente ha tenido una cobertura de fiscalización del 4%, una suma que realmente sorprende, pues es uno de los sectores más denunciados e investigados en otras áreas del INDECOPI, como es la Comisión de Protección al Consumidor, que si bien

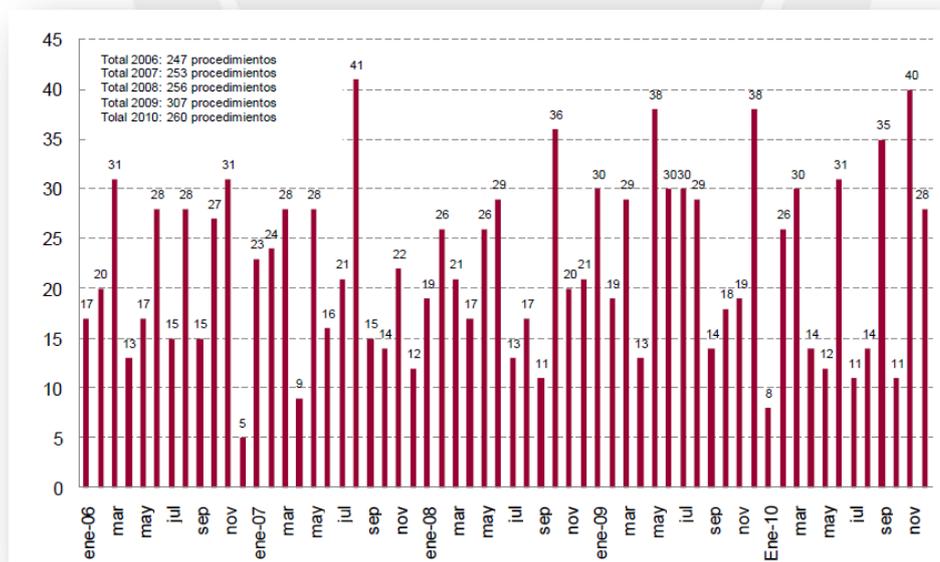
¹⁶⁸ Sin ir muy lejos, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia solo en el año 2009 evaluó 4,901 informes (visitas de inspección y reportes de información) y terminó ordenando la apertura de 910 casos, de los cuales, 471 fueron declarados fundados con multa-sanción, por concepto de “protección al consumidor – publicidad” (la dependencia de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana es la encargada de fiscalizar la publicidad comercial). Ver: Informe de Gestión 2009. Página Web Superintendencia de Industria y Comercio - Colombia : http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Conozcanos/Gestion/Gestion/Informe_gestion_2009.pdf (página visitada 20 de octubre de 2011)

no estamos hablando de la misma materia, entendemos que muchas de ellas derivan de problemas en la información que se traslada al consumidor, la cual muchas veces, proviene de la publicidad comercial.

Lo mismo podemos decir del sector inmobiliario, pues este mercado ha visto un gran incremento en los últimos años en nuestro país y solo tenemos un promedio de 11% de procedimientos iniciados de oficio, cuando es conocido que dicho mercado viene presentando hace buen tiempo varios problemas de afectación a consumidores por la información que se les traslada, toda vez que ésta muchas veces no se condice con la realidad. Casos que normalmente están siendo vistos en la Comisión de Protección al Consumidor, pero que al igual del sector financiero, muchos de ellos nacen de la información que se consigna en los anuncios publicitarios, mediante los que se induce a error a los consumidores, quienes solo se dan cuenta de esta situación una vez que le son entregadas sus propiedades, o cuando la demora en la entrega de las mismas sobrepasa el plazo acordado en la celebración del contrato.

Veamos un poco más de estadísticas:

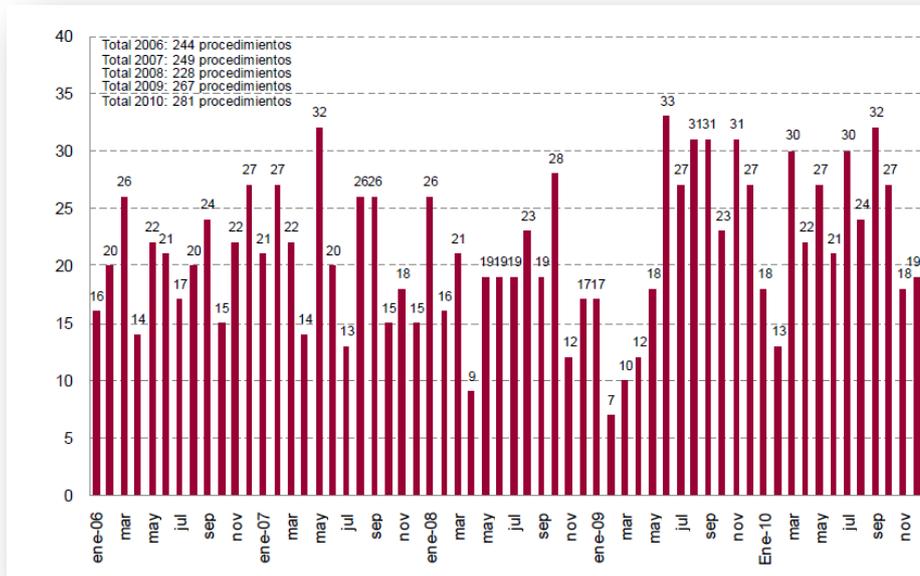
Procedimientos ingresados CCD (Sede Central) años 2006-2010



Fuente: Cuadro tomado del Compendio Estadístico Institucional 2006-2010 INDECOPI (www.indecopi.gob.pe) / Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en la Sede Central del INDECOPI.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.

Procedimientos resueltos por la CCD (Sede Central) años 2006-2010



Fuente: Cuadro tomado del Compendio Estadístico Institucional 2006-2010 INDECOPI (www.indecopi.gob.pe) / Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en la Sede Central del INDECOPI.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.

De los cuadros anteriores podemos apreciar que durante el periodo 2006 - 2010 ingresaron a la CCD - Sede Central un total de 1, 323 procedimientos, de los cuales solo fueron resueltos, en el mismo periodo, 1, 269. Lo cual muestra un déficit del órgano resolutorio respecto a la carga de expedientes que tiene a su cargo.

De estos datos podemos desprender que existe un problema de recursos en la agencia de competencia peruana¹⁶⁹, pues los procedimientos de oficio e investigaciones que desarrolla son insuficientes para un mercado en desarrollo como el peruano y esto ha tenido como consecuencia, que la CCD sea más un órgano de resolución de controversias que la entidad encargada de la fiscalización de los actos de competencia desleal, entre ellos los actos desleales ocasionados a través de la actividad publicitaria.

¹⁶⁹ Si bien el problema podría resumirse en una falta de pro actividad por parte de la CCD para realizar mayores investigaciones y abrir procedimientos de oficio, lo cierto es que estos problemas siempre se encuentran relacionados a una causa económica, pues cada Secretaría Técnica dispone sus procedimientos de investigación de acuerdo a los límites económicos que tiene la agencia para poder costearlos.

Y este no es solo un problema de falta de asignación de recursos a la CCD. Esto sucede con la mayoría de comisiones del INDECOPI, su trabajo se ha visto reducido en lo que respecta a investigaciones e inicio de procedimientos de oficio y ha terminado superándolo en lo que respecta a la solución de controversias. Lo cual nos deja una gran preocupación, pues una de las principales funciones de esta institución es fiscalizar y promover la competencia, algo que no se logra únicamente resolviendo conflictos entre empresarios o de consumidores a empresarios. El rol fiscalizador de la agencia de competencia se encuentra en las investigaciones de mercado que debe hacer constantemente con la finalidad de buscar que éste funcione de manera libre, leal y transparente, generando con ello eficiencias que se van a ver reflejadas en beneficios a los consumidores.

Para que se pueda lograr todo esto, es importante que los mercados funcionen libremente, que no se encuentren “cartelizados” o dominados abusivamente por uno o pocos agentes. Por ello, las agencias de competencia en el mundo tienen como principal objetivo reprimir este tipo de conductas que son susceptibles de afectar negativamente la competencia en determinados mercados. Logrado esto, es mucho más fácil poder corregir los conflictos que se puedan presentar en la propia competencia entre agentes económicos, así como reprimir conductas que puedan afectar la información y bienes que se les traslada a los consumidores.

En nuestro país, la Comisión encargada de reprimir las conductas que pueden afectar la libre competencia es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC), la cual, cuenta con la siguiente cantidad de procedimientos iniciados de oficio dentro del periodo 2006 – 2010:

Procedimientos de oficio iniciados por la CLC

N°	Tipo de inicio	2006	2007	2008	2009	2010	Total	%	% acum.
1	De parte	4	7	10	6	5	32	72,73	72,73
2	De oficio	3	-	3	4	2	12	27,27	100,00
Total		7	7	13	10	7	44	100,00	

Fuente: Cuadro tomado del Compendio Estadístico Institucional 2006-2010 INDECOPI (www.indecopi.gob.pe) / Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en la Sede Central del INDECOPI.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.

Como podemos apreciar, en dicho periodo, la CLC únicamente ha iniciado doce (12) procedimientos de oficio. Cantidad que comparada con otras agencias de

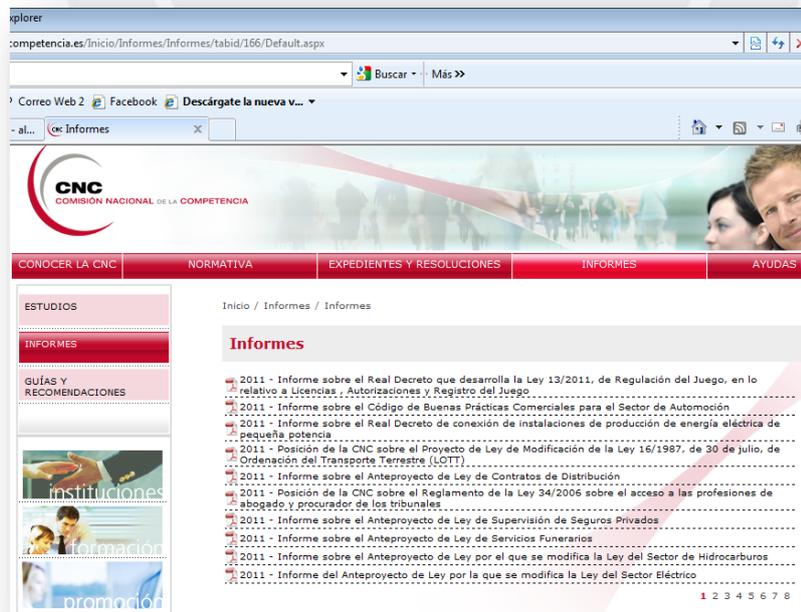
competencia, es irrisoria, como podemos apreciar a continuación con algunas estadísticas de la Comisión Nacional de Competencia – CNC de España, la Fiscalía Nacional Económica de Chile y la Comisión Federal de Competencia de México¹⁷⁰:

(i) Comisión Nacional de la Competencia – CNC

Durante el periodo 2008 al 2011, las investigaciones de oficio con pronunciamiento por parte de la CNC son:

Año	Procedimientos de oficio
2008-2009	14
2010-2011 ¹⁷¹	33

Asimismo, La CNC española realiza investigaciones a diversos mercados españoles, emitiendo varios informes de investigación al año, las cuales son publicadas en su página web (<http://www.cncompetencia.es/>), como podemos apreciar a continuación:



¹⁷⁰ Tomamos estas dos (2) últimas como referencia, toda vez que en ambos países tienen un CONAR como sistema de autorregulación publicitaria, perteneciendo de este modo a CONARED.

¹⁷¹ A Setiembre de 2011.

De una revisión de la referida página web, podemos apreciar que la CNC emitió entre los años 2008 y mediados de 2011, la siguiente cantidad de informes de análisis de mercados:

Año	Cantidad de informes
2008	8
2009	34
2010	18
2011	14

Fuente: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx> (página visitada 20 de octubre de 2011)

(ii) Fiscalía Nacional Económica – Chile

La Agencia de Competencia chilena tiene el siguiente número de investigaciones iniciados de oficio, el cual, es evidentemente mayor que los realizados por la CLC del INDECOPÍ en el mismo periodo:

FNC – Número de investigaciones por año

	2006	2007	2008	2009
TOTAL	66	83	30	54
Por denuncia	47	59	19	42
De oficio/*	19	24	11	12
Iniciativa (De oficio / Total, en %)	28,8%	28,9%	36,7%	22,2%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de estadísticas de la FNE.

*/ La denominación 'De Oficio' corresponde a aquellas investigaciones que se abren por iniciativa de la FNE.

FUENTE: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/inan_0005_2010.pdf (Página visitada el 20 de octubre de 2011)

(iii) Comisión Federal de Competencia de México

La CFC mexicana cuenta con el siguiente número de investigaciones de oficio de prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia realizados entre los años 1997 al 2010¹⁷²:

Año	Procedimientos de oficio
1997	27
1998	17
1999	15
2000	8
2001	18
2002	9
2003	5
2004	8
2005	4
2006	3
2007	2
2008	2
2009	5
2010	4

Fuente: <http://www.cfc.gob.mx/index.php/PUBLICACIONES/informes-anuales.html> (página visitada 20 de octubre de 2011)

Como podemos apreciar de lo expuesto, la cantidad de investigaciones e inicio de procedimientos de oficio del INDECOPI tanto en temas de fiscalización de prácticas contrarias a la libre competencia y represión de conductas desleales es menor al de otras agencias de competencia en el mundo, lo cual, tiene consecuencias negativas a nivel nacional, pues el riesgo de detección de este tipo de conductas en nuestro país

¹⁷² Cabe señalar que se toma un periodo de tiempo mayor, toda vez que con dicho cuadro también se pretende demostrar que con una adecuada fiscalización de mercados, se puede lograr una significativa reducción de actos contrarios a la competencia.

es mínimo, por lo que, de un análisis costo beneficio, en determinados mercados, por dar un ejemplo, algunos competidores podrían llegar a la conclusión que es más beneficioso coludirse que competir, pues la posibilidad de detección no es muy grande, máxime, si se trata de un mercado relevante ubicado geográficamente a las afueras de Lima, donde está la Sede Central del INDECOPI.

¿Y todo esto que tiene que ver con los sistemas de autorregulación o corregulación? Bueno, si vemos que la Administración Pública tiene problemas para destinar recursos a la fiscalización de mercados a través de investigaciones de oficio y que estos son utilizados en la resolución de procedimientos iniciados por denuncias de parte, el que exista la posibilidad de reducir este último, podría ayudar mucho a que estos recursos se destinen a procedimientos concretos de fiscalización de mercados.

En efecto, si la agencia de competencia cuenta con un sistema de autorregulación privado eficiente, le puede reducir muchos costos el hecho de que el mismo se pueda ocupar de una buena parte de la resolución de conflictos que tendría que asumir la Administración. Por ello, durante la elaboración del presente trabajo no solo hablamos de la autorregulación publicitaria, sino de los sistemas de autorregulación en general, que por ejemplo, también se podrían dar en temas de protección al consumidor relacionados con servicios financieros.

La idea es que la existencia de estos sistemas reconocidos por el Estado, puedan generar muchas eficiencias relacionadas con el ahorro de costos para la Administración Pública y un resultado beneficioso para la sociedad en la medida que se pueda maximizar los recursos disponibles por el Gobierno para fiscalizar realmente los diversos mercados que se desenvuelven en el país.

Así, consideramos que un sistema de autorregulación publicitaria reconocido por el Estado, podría quitarle la carga al mismo de resolver las controversias que se puedan llevar entre sus asociados, así como las de los consumidores frente a sus asociados, “liberando” de esta manera a la CCD a fin de que realice investigaciones de oficio a diversos mercados en los que se podría estar infringiendo lo dispuesto en la LRCD. De esta manera, el Estado deberá imponer a los miembros del sistema de autorregulación publicitaria llevar sus conflictos ante los fueros de dicho sistema y establecer que los consumidores tengan la posibilidad de interponer sus denuncias de manera gratuita, cuando sea contra una de las empresas asociadas al sistema.

Esta medida reduciría muchos costos a la agencia de competencia, pues la mayoría de empresas denunciadas ante la CCD por actos de competencia desleal originados por anuncios publicitarios, son miembros de la ANDA, gremio de anunciantes que pertenecen al CONAR, conforme podemos apreciar en el cuadro a continuación¹⁷³:

Empresas anunciantes asociadas a ANDA	
Asociados anunciantes	Asociados adherentes
1. 3M PERÚ S.A.	1. 121 RELATIONSHIP MARKETING S.A.
2. AJEPER S.A.	2. A ONE PERÚ S.A.
3. AJINOMOTO DEL PERÚ S.A.	3. ADN COMUNICA - FILMS PERÚ
4. ALICORP S.A.A.	4. ARELLANO INVESTIGACIÓN DE MARKETING S.A.
5. AMÉRICA MOVIL PERÚ S.A.C.	5. ASOCIACIÓN NACIONAL DE CANALES LOCALES DE TELEVISIÓN RED TV
6. ARCOR DE PERÚ S.A.	6. CAFEINA SAC
7. BANCO CONTINENTAL	7. CARTOON PRODUCCIONES S.A.
8. BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ	8. CCR S.A.
9. BEIERSDORF S.A.	9. CLEAR CHANNEL OUTDOOR (PANELES NAPSA S.A.)
10. CEMENTOS LIMA S.A.	10. COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS DE MERCADOS Y OPINIÓN PÚBLICA S.A.C.
11. CEMTRUM CATÓLICA	11. DATUM INTERNACIONAL S.A.
12. CETCO S.A.	12. DIARIO EL SOL DEL CUSCO
13. CLOROX PERÚ S.A.	13. DIRECTO PERU S.A.C.
14. COCA COLA SERVICIOS DE PERÚ S.A.	14. EMPRESA EDITORA EL COMERCIO S.A.
15. COLGATE PALMOLIVE PERÚ S.A.	15. EMPRESA PERIODISTICA NACIONAL S.A.
16. COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.	16. GFK CONECTA S.A.C.
17. COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES DE PERÚ S.A.	17. GOOGLE
18. COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN S.A. – COPA AIRLINES	18. GRUPO LA REPÚBLICA PUBLICACIONES S.A.
19. CORPORACIÓN JOSÉ R. LINDLEY S.A.	19. GRUPO Q COMUNICACIONES S.A.
20. CORPORACIÓN PERUANA DE PRODUCTOS QUÍMICOS S.A. – CPPQ S.A.	20. IBOPE MEDIA PERÚ S.A.
21. DESTILERÍAS UNIDAS S.A.C.	21. IMPULSO CORP.
22. DIAGEO PERÚ S.A.	22. INITIATIVE – IPG BRANDS S.A.
23. DIRECTV PERÚ S.R.L.	23. INMARK PERÚ S.A.
24. ECKERD PERU S.A.	24. INQUBA S.A.C.
25. EL PACÍFICO PERUANO SUIZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS	25. IPSOS APOYO OPINIÓN Y MERCADO S.A.
26. GLORIA S.A.	26. LATIN PANEL PERU S.A.
27. HENKEL PERUANA S.A.	27. LUCKY S.A.C.
28. HSBC BANK PERÚ S.A.	28. LLORENTE & CUENCA S.A.
29. INSTITUTO PERUANO DE PUBLICIDAD	29. MAYEUTICA S.A.
30. INSTITUTO SAN IGNACIO DE LOYOLA – ISIL	30. MAYO PUBLICIDAD S.A.
31. BANCO INTERNACIONAL DEL PERÚ – INTERBANK	31. MERCADEO & OPINIÓN S.A.
32. INTRALOT DE PERÚ S.A.C.	32. METRICA
33. JOHNSON & JOHNSON DEL PERÚ	
34. KIMBERLY CLARK PERÚ S.R.L.	

¹⁷³ Información tomada de la página Web <http://www.andaperu.org/asociados-regulares> (Página visitada el 25 de noviembre de 2011)

35. KRAFT FOODS PERÚ S.A.	33. MILWARD BROWN PERÚ
36. LAIVE S.A.	34. MUNDO EXPRESS S.A.C. (CITY MEDIA OUTDOOR)
37. LAN PERÚ S.A.	35. NET JOVEN S.A.C.
38. L'OREAL PERÚ S.A.	36. NEW MEDIA PERÚ INTERNET S.A.C. (e-media)
39. MEADJOHNSON NUTRITION (PERÚ) S.R.L.	37. NIELSEN S.R.L.
40. MOLITALIA S.A.	38. PACIFIC LATAM S.A.C.
41. NESTLE PERÚ S.A.	39. PRAGMA DE PUBLICIDAD S.A.C.
42. NEXTEL DEL PERÚ S.A.	40. PSV PETTY PUBLICIDAD
43. PANIFICADORA BIMBO DEL PERÚ S.A.	41. PUBLICIDAD CAUSA (CIA. ANUNCIADORA UNIVERSAL S.A.)
44. PEPSI COLA PANAMERICANA S.R.L.	42. PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES S.A. (PUBLICOM)
45. PRIMA AFP	43. REALIDADES S.A.
46. PROCTER & GAMBLE PERÚ S.R.L.	44. RENVOL PUBLICIDAD
47. PRODUCTOS TISSUE DEL PERÚ S.A. (PROTISA)	45. STRINGNET
48. PROFUTURO AFP	46. SYNOVATE (PERÚ) S.A.C. .
49. QUÍMICA SUIZA S.A.	47. TERRA NETWORKS PERÚ S.A.
50. REPSOL YPF COMERCIAL DEL PERÚ S.A.	48. WWW.PERU.COM. S.A.
51. S.C. JOHNSON & SON DEL PERÚ S.A.	49. Y & R S.A.
52. SAGA FALABELLA S.A.	
53. SAN FERNANDO S.A.	
54. SCOTIABANK PERÚ S.A.A.	
55. SNACKS AMÉRICA LATINA S.R.L.	
56. SUPERMERCADOS PERUANOS S.A.	
57. TACA AIRLINES	
58. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	
59. TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A.	
60. TOULOUSE LAUTREC	
61. TOYOTA DEL PERÚ S.A.	
62. UCP BACKUS & JOHNSTON S.A.A.	
63. UNILEVER ANDINA PERÚ S.A.	
64. UNIQUE S.A.	
65. UNIVERSIDA DE CIENCIAS Y ARTES DE AMERICA LATINA	
66. UNIVERSIDAD DE PIURA	
67. UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES	
68. UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO	
69. UNIVERSIDAD ESAN	
70. UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS (UPC)	
71. UNIVERSIDAD RICARDO PALMA	
72. UNIVERSIDAD SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.	
73. WONG (CENCOSUD PERÚ S.A.)	

5. IMPOSICIÓN DE SISTEMA DE RECLAMACIÓN PREVIA A LOS MIEMBROS DEL CONAR A TRAVÉS DE DISPOSITIVO LEGAL

Como mencionábamos en el subcapítulo 6 del primer capítulo del presente trabajo, al no existir conexión alguna entre la Administración Pública y el sistema de autorregulación, más que el simple reconocimiento expreso del apartado

correspondiente del Código de Consumo, el Código de Ética del CONAR guarda un grave conflicto con la Constitución y la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁷⁴, pues el CONAR no se inhibe en caso exista otra denuncia ante el INDECOPI, interpuesta contra el mismo denunciado por los mismos hechos y por la misma infracción, contraviniendo de esta manera el principio del *non bis in idem*.

Este problema nos llevaba a las siguientes interrogantes: (i) si la denuncia es interpuesta ante el CONAR y luego interpuesta ante el INDECOPI contra el mismo denunciado por los mismos hechos y por la misma infracción ¿quién tendría que inhibirse?, (ii) qué sucede si la empresa “A” denuncia ante el CONAR a la empresa “B” por la difusión del anuncio “X” y su denuncia es declarada infundada. Ante ello, la empresa “A” decide llevar el mismo caso ante la CCD del INDECOPI y es declarado fundado. ¿A quién debe obedecer la empresa “B”?

Respecto al primer cuestionamiento, en la práctica se tendrían que tramitar dos procedimientos en paralelo, pues el sistema de autorregulación no presentaría su inhibición y esto podría desembocar incluso en dos pronunciamientos disímiles, de los que se generaría el gran conflicto de saber cuál de ellos cumplir respecto a las partes involucradas. Imagínese el supuesto de que una denuncia sea declarada infundada por el INDECOPI, pero que el CONAR la declare fundada y ordene el cese de la difusión del anuncio. ¿A quién tendría que obedecer la parte vencida en el procedimiento ante el CONAR? Esto podría generar el desconocimiento del pronunciamiento del sistema de autorregulación así la empresa sea una asociada al CONAR.

Respecto al segundo cuestionamiento, comentábamos en el capítulo correspondiente que nos deja como preocupación, que en caso se suscite una situación similar, los anunciantes tomen el sistema de autorregulación como “un paso previo” a la interposición de una denuncia ante el INDECOPI, por lo que no importaría si el CONAR considera que la conducta denunciada no es infractora, pues igual se “podría probar suerte” ante el INDECOPI.

¹⁷⁴ El artículo 14° del Código de Procedimientos del CONAR señala que: “(...) *En el caso que exista otra denuncia ante el INDECOPI, interpuesta contra el mismo denunciado por los mismos hechos y por la misma infracción, no será causal de inhibición por parte del CONAR.*” (el subrayado y resaltado son nuestros)

Es evidente que la existencia de esta disposición en el Código de Ética puede generar conflictos institucionales entre la Administración Pública y los sistemas de autorregulación, los cuales serán susceptibles de generar incertidumbre en los administrados.

Consideramos que la solución para este conflicto lo encontramos en la implementación de un sistema de correulación, por medio del cual no solo se reconozca a la entidad de autorregulación, sino además se le otorgue competencia como sistema de solución extrajudicial de conflictos a fin de que sus pronunciamientos tengan carácter de cosa decidida entre sus miembros, a fin de que no exista posibilidad de suscitarse un problema de *non bis in idem*.

En ese sentido, el sistema de correulación que proponemos implementar debe imponer como obligación a los miembros del sistema de autorregulación a someterse a sus fueros, como si existiera un convenio arbitral de por medio entre ellos. Asegurando de esta manera que no exista la posibilidad de duplicidad de procedimientos y de resultados disímiles frente a una misma controversia.

6. EL COPY ADVICE EN EL SISTEMA DE CORREGULACIÓN PROPUESTO

Conforme mencionamos en el capítulo anterior, consideramos que la implantación del sistema de correulación propuesto sería incompatible con un servicio de COPY ADVICE, pues dicho servicio tendría el respaldo de la administración pública, lo cual podría otorgar poder de mercado al CONAR en lo que respecta a los servicios de asesoría legal publicitaria previa a su difusión en perjuicio de sus competidores.

Así, este servicio si bien puede ser muy utilizado en España y efectivo en algunos casos, consideramos que podría generar distorsiones negativas en el mercado, como sería el efecto exclutorio frente a los estudios de abogados o consultoras que se dediquen a brindar dichos servicios. Por tanto, debe descartarse su implantación en el sistema.

7. EJECUCIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONAR

Conforme señalamos en el punto 3.3. del presente capítulo, se garantiza el cumplimiento de los fallos del CONAR con el reconocimiento por parte del Estado (mediante Ley) del uso de los medios de comunicación como mecanismo para la

ejecución de pronunciamientos del sistema de autorregulación, en la medida que estos sean asociados al sistema. Así, si el CONAR dispone como medida complementaria el cese de la difusión de determinado anuncio infractor, tanto la parte obligada como los medios de comunicación tendrán la responsabilidad de retirar el anuncio, en el plazo dispuesto por el Código de Procedimientos del CONAR, es decir, en el plazo de un día hábil¹⁷⁵.

En ese sentido, vemos que en el sistema de correulación propuesto no es necesario recurrir a la vía judicial para ejecutar los fallos de sus órganos resolutivos, pues estos siempre se van a ejecutar, así no lo desee la parte obligada, pues los medios de comunicación asociados al sistema están en la obligación, bajo sanción administrativa, de hacer cumplir lo dispuesto por el CONAR.

Ahora bien, esto funcionará en la medida que el sistema de autorregulación cuente con casi la totalidad de medios de comunicación como asociados, pues de lo contrario, sería totalmente ineficiente. En el caso peruano, la medida propuesta es totalmente aplicable, pues uno de los gremios que conforma el CONAR es la SNRTV que agrupa a casi la totalidad de medios de comunicación (televisión, radio y prensa escrita), por lo que el cumplimiento de sus pronunciamientos está garantizado.

8. EL CARÁCTER INAPELABLE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONAR

Un sistema de solución de conflictos extrajudiciales que tiene ciertos puntos de conexión con el sistema de autorregulación es el sistema arbitral, en el cual se permite la interposición del recurso de anulación al laudo arbitral por las causas dispuestas en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071¹⁷⁶. El cual se justifica en la búsqueda de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido por la voluntad de los contratantes y no vulnere la Ley¹⁷⁷.

Al respecto, LEDESMA NARVAEZ señala que:

El arbitraje es una alternativa a la jurisdicción, por lo que resultaría difícilmente admisible que una decisión adoptada por sujetos privados, que no están investidos de

¹⁷⁵ Artículo 22° del Código de Procedimientos de Ética.

¹⁷⁶ Estos son: Nulidad de convenio (inciso 1.a), a la que vulnera el derecho a la defensa (inciso 1.b), por la composición del tribunal arbitral (inciso 1.c), a la materia no sometida a la decisión de los árbitros (inciso 1.d) y a la materia inarbitrable (inciso 1.e)

¹⁷⁷ LEDESMA NARVAEZ, Mariella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 154.

potestades públicas, deplagara efectos de la cosa juzgada y fuerza ejecutiva sin que la misma pudiera ser controlada en alguna medida por la jurisdicción. Ahora bien, resulta también evidente que si frente al laudo se permitiera incoar medios impugnatorios en sede judicial, a través del cual este pudiera revisar plenamente lo decidido por los árbitros, se defraudaría la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a los árbitros en vez de la jurisdicción. De ahí que como vía intermedia la LGA permite a las partes impugnar el laudo arbitral ante un órgano judicial –Sala Civil de la Corte de Lima- pero evitando que a través de dicha impugnación se pueda producir una plena revisión del fondo.¹⁷⁸

Conforme hemos señalado anteriormente, en el sistema de corregulación propuesto en el presente trabajo no existe la posibilidad que los sujetos privados que conforman los órganos de control y resolutivos del CONAR tengan libertad absoluta para administrar justicia, pues ésta se encuentra controlada en la medida que los funcionarios de la Agencia de Competencia forman parte de los órganos resolutivos del sistema de autorregulación. En ese sentido, los pronunciamientos que pueda emitir el CONAR siempre serán compatibles con los criterios desarrollados por el INDECOPI y sobre la base de un código de conducta compatible con la norma nacional que regula la materia, aprobado previamente por la agencia de competencia.

Así, consideramos que a diferencia del sistema arbitral, un sistema de corregulación es un mecanismo de solución de conflictos extrajudiciales que no necesita un control de sus pronunciamientos a través del Poder Judicial, pues es un sistema que no es en su totalidad privado y sus pronunciamientos son emitidos por órganos resolutivos del que forman parte funcionarios públicos del INDECOPI. Así, no será necesario que sus pronunciamientos sean revisados vía recurso de anulación como sucede con los laudos arbitrales, en donde si bien el Poder Judicial no va a poder pronunciarse sobre el fondo del fallo, sí lo hará respecto a vicios de forma, los cuales en su mayoría, no podrían suscitarse en un sistema de corregulación como el propuesto.

En efecto, no será posible alegar la nulidad de convenio arbitral o convenio similar, pues éste no existe en el sistema de autorregulación, en la medida que sus asociados se someten voluntariamente a sus fueros con su sola integración a la asociación. Tampoco se podrá impugnar la composición del órgano resolutivo del CONAR, pues éste se encontrará conformado previamente por el propio sistema bajo aprobación del INDECOPI.

¹⁷⁸ *Ibídem.*

Asimismo, no podrá cuestionarse el fallo como “materia no sometida a la decisión de los árbitros” o como “materia inarbitrable”, pues al tratarse de problemas que se suscitan en el ámbito de la publicidad comercial, el CONAR siempre será competente para solucionar los conflictos suscitados entre sus miembros o de los consumidores frente a sus miembros.

En ese sentido, es importante precisar que el único requisito por el que podrían ser recurribles -en principio- vía Poder Judicial los pronunciamientos del CONAR, sería cuando vulneren el derecho a la defensa de las partes, como sucede con los laudos arbitrales. Sin embargo, consideramos que, al igual que con los anteriores supuestos, sería innecesario, en la medida que el sistema de autorregulación al poseer una doble instancia no facultativa (a diferencia del arbitraje) y poder solicitarse la nulidad del primer pronunciamiento ante la Segunda Instancia cuando se incurra en uno de los supuestos detallados en el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, estaría garantizado el cumplimiento del principio al derecho de defensa, así como al debido procedimiento.

Por lo expuesto, consideramos que establecer un recurso de anulación ante el Poder Judicial para los pronunciamientos en segunda instancia del CONAR, como sucede con los Laudos Arbitrales, sería innecesario, toda vez que al ser un sistema mixto en el que colabora la Administración Pública, la libertad para “juzgar” se encuentra controlada, por lo que no sería necesario recurrir al Poder Judicial para que se pronuncie sobre vicios de forma del procedimiento que puedan afectar el derecho de defensa o el debido procedimiento, máxime, si el sistema de autorregulación cuenta con una doble instancia que asegura el cumplimiento de dichos principios. Asimismo, consideramos que la implementación de un recurso de anulación para el sistema de autorregulación propuesto involucraría la dilatación de sus procedimientos. Por tanto, los pronunciamientos del CONAR no deben ser recurribles ante el Poder Judicial en un sistema de corregulación como el desarrollado en la presente tesis.

CONCLUSIONES

1. La existencia de los sistemas de autorregulación no es un tema novedoso, estos se han ido desarrollando desde el inicio de las actividades comerciales de los hombres, pues desde antes de que apareciera la regulación por parte de la monarquía o estado a estas actividades, los comerciantes buscaban establecer sus propias reglas para establecer un comercio leal entre ellos. Así hasta nuestros tiempos, hemos podido ver que en muchos sectores del mercado, donde no existe regulación o la regulación es mínima, los agentes privados buscan autorregularse entre ellos, estableciendo normas y sanciones a sus actos.
2. La autorregulación publicitaria nace en los países anglosajones por iniciativa de los privados ante la amenaza estatal de promulgación de normas legales más duras y rígidas respecto a la difusión de publicidad comercial. Esto debido a la presión de los consumidores y asociaciones de consumidores frente al crecimiento de anuncios engañosos y desleales. El nacimiento de estos sistemas en Europa fue distinto: se fomentaron a través de la legislación comunitaria y legislación estatal de los Estados Miembros. En el Perú, este sistema nace en el año 1997, promovido por los gremios más poderosos de la industria publicitaria: (i) Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA PERÚ), (ii) Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV) y (iii) Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP).
3. Los requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación publicitaria son los siguientes: (i) agrupación voluntaria de miembros que forman la industria publicitaria; (ii) creación de normas de carácter moral o ético que sean compatibles con las normas de carácter jurídico que regulen la materia, (iii) establecimiento de órganos de control y supervisión de la publicidad que se difunda en el mercado, (iv) el sistema debe tener un carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus decisiones.
4. En lo que respecta a la agrupación voluntaria de miembros, existen dos grupos que pueden coexistir en un sistema de autorregulación publicitaria: (i) los miembros que pertenecen a la industria publicitaria (anunciantes, medios de comunicación y agencias de publicidad) y (ii) los *outsiders* o terceros, que son los sujetos que no son miembros activos de la industria publicitaria, pero que

se integran como sujetos activos del sistema de autorregulación, aconsejando, participando en la elaboración de los códigos o, en casos excepcionales, siendo un representante más en los órganos de control del sistema de autorregulación. En el Perú, conforme señalamos en el primer punto de este apartado, el CONAR se encuentra conformado por los gremios ANDA, SNRTV y APAP, todos miembros de la industria publicitaria.

5. El no incluir a los *outsiders* en algunos sistemas de autorregulación les ha costado ser cuestionados por falta de transparencia en sus pronunciamientos por parte de los consumidores, pues se tiende a pensar que estos sistemas de autorregulación tienen la finalidad de proteger a sus miembros frente a la regulación estatal. Así, muchos sistemas de autorregulación varían respecto a su incorporación, en la medida de que existen países que aceptan a *outsiders* tales como los consumidores o asociaciones de consumidores, mientras que otros aceptan a terceros como expertos en publicidad, agencias gubernamentales, etc.
6. De acuerdo a la inclusión de *outsiders* en los sistemas de autorregulación, estos se clasifican en: (i) **Sistema de autorregulación publicitaria puro.**- el cual se encuentra integrado únicamente por los anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación. (ii) **Sistema de autorregulación publicitaria negociada.**- la industria publicitaria negocia con los terceros el desarrollo, la aplicación y el cumplimiento de los códigos de conducta. Los *outsiders* no suelen ser acogidos en el seno del sistema; pero entre estos se hacen diferenciaciones: las personas independientes y los expertos tienen acogida en su órgano de control. Este tipo de sistemas excluye a las asociaciones de consumidores o representantes del gobierno; y, (iii) **Sistema de autorregulación mixto (o corregulación).**- la industria publicitaria acoge en su seno a los *outsiders*, bien formando parte de los órganos de control, bien formando parte de sus órganos de gobierno. Así, este tercero se convierte en un miembro más del propio sistema, con idénticos derechos y obligaciones que cualquier otro perteneciente a la industria publicitaria. Asimismo, se convierte en un sistema llamado corregulación, en la medida de que existe una participación importante en los órganos de control y gobierno por parte de la Administración Pública.

7. Por la conformación de su órgano administrativo y funcional, el CONAR es un sistema de autorregulación negociada. El órgano funcional o resolutivo del CONAR se encuentra conformado por la Comisión Permanente de Ética (órgano resolutivo de controversias de primera instancia), Junta Directiva (órgano resolutivo de controversias de segunda instancia), Dirección Ejecutiva (encargado de generar el enlace entre el órgano administrativo y funcional del CONAR) y la Secretaría Técnica (encargada de la tramitación de los procedimientos en primera y segunda instancia). Estos órganos resolutivos se encuentran conformados por lo general, por profesionales pertenecientes a la industria publicitaria (la Junta Directiva en su totalidad y la Comisión Permanente de Ética, la mayoría) incluyendo como *outsiders* a profesionales expertos, sin considerar a las asociaciones de consumidores o funcionarios de la Administración Pública.
8. Las sanciones que interpone el CONAR pueden ser públicas o privadas. Las sanciones públicas consisten en la publicación de la infracción en medios de comunicación y las privadas consisten en notificaciones de la sanción a las empresas. Asimismo, la entidad de autorregulación tiene la facultad de interponer medidas complementarias como el cese de la difusión del anuncio infractor. Tanto las sanciones como las medidas complementarias que interpone son cumplidas en su totalidad, toda vez que los medios de comunicación son la herramienta más importante de cumplimiento del sistema de autorregulación peruano, pues estas sanciones o medidas no solo son notificadas a las partes infractoras, sino también a los medios de comunicación, quienes tienen la obligación de hacerlas efectivas bajo apercibimiento de sanción por el propio sistema.
9. El hecho de que en la mayoría de países del mundo los sistemas de autorregulación sean reconocidos e impulsados por sus respectivos gobiernos, no significa que estos se encuentren al margen del Derecho de la Competencia. Todo lo contrario, sus códigos de conducta, servicios y pronunciamientos deberán ser escrupulosamente respetuosas del ordenamiento, en general, y, en particular, con la legislación que reprime los actos contrarios a la libre competencia. En efecto, recordemos que este tipo de sistemas son la agrupación de empresas privadas que se imponen normas de conducta y establecen sanciones entre ellos, lo cual podría ocasionar actos restrictivos de la competencia en algunas situaciones. Así, los conflictos que se

presentan por lo general entre los sistemas de autorregulación y las normas de defensa de la competencia, radican en tres aspectos: (i) los códigos de conducta; (ii) el uso de medios de comunicación para el cumplimiento de sanciones o medidas complementarias, y (iii) los servicios denominados “COPY ADVICE”.

10. Respecto a los códigos de conducta, la doctrina y la nueva Ley de Competencia Desleal española disponen que estos deberán respetar la normativa de defensa de la competencia, pues de lo contrario, estaríamos frente a acuerdos que podrían calificarse de restrictivos de la competencia por parte de las empresas que deciden autorregularse. La doctrina española al analizar la compatibilidad de los códigos de conducta con la Ley de Defensa de la Competencia distingue tres clases de códigos: (i) aquellos que se limitan a reproducir normas legales preexistentes, que en ninguno de los supuestos podrán ser considerados contrarios a la norma de defensa de la competencia, pues únicamente reproducen normas existentes; (ii) aquellos códigos de conducta que, o bien prohíben con carácter general la publicidad de las empresas adheridas, o bien restringen para estas modalidades o prácticas publicitarias que resultarían legalmente lícitas. En estos casos, siempre serán códigos de conducta contrarios a las normas de libre competencia, pues buscarán restringirla entre los asociados (ejemplo: Código de conducta que disponga que toda publicidad comparativa entre sus miembros será sancionada); y (iii) códigos de conducta que concretan y precisan el alcance – en relación con determinadas conductas- de las cláusulas generales que incorpora la LCD, en estos casos, los códigos de conducta serán compatibles con las normas de defensa de la competencia, pues se limitarán a desarrollar – normalmente de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la agencia de competencia- las cláusulas generales y disposiciones de la norma que regula la materia publicitaria.
11. Respecto al uso de medios de comunicación para el cumplimiento de sanciones o medidas complementarias por parte de los sistemas de autorregulación, existe el riesgo que este tipo de prácticas puedan ser consideradas como restrictivas de la competencia en la modalidad de boicot, toda vez que mediante lo ordenado por una entidad privada, los medios de comunicación, así no tengan la autorización del anunciante infractor,

procederán a cesar la difusión del anuncio infractor pudiendo generar con ello efectos de exclusión en el mercado.

12. Respecto a los COPY ADVICE (servicio otorgado por los sistemas de autorregulación que consiste en realizar un examen previo no vinculante a la difusión de los anuncios publicitarios) vemos que puede colisionar con las normas de defensa de la competencia en tres situaciones particulares: (i) cuando el sistema de autorregulación acuerde entre sus miembros (anunciantes, medios de comunicación y agencias de publicidad) la obligación de someter al servicio de COPY ADVICE cada proyecto de anuncio que se pretenda difundir en el mercado. Este acuerdo tendría como efecto la exclusión del mercado de los estudios de abogados y consultoras que brindan el mismo servicio, pues todo anunciante se vería en la obligación, así no sea miembro del sistema, de tomar el servicio de COPY ADVICE; (ii) cuando un sistema de corregulación brinde el servicio de COPY ADVICE. En ese caso estaríamos frente a un sistema mixto, en el que el privado adquiere un particular poder de mercado respecto de sus pares, pues no solo tendrá reconocimiento o promoción del Estado, sino además, sus disposiciones tendrán el respaldo del poder coercitivo del mismo. Esto puede generar que la totalidad de anunciantes prefiera tomar un COPY ADVICE que un servicio de asesoría publicitaria con el mejor especialista privado del país, pues a pesar de que el dictamen no pueda ser vinculante, entenderán que será realizado sobre la base de los criterios del fuero encargado de fiscalizar el tema. De esta manera, una decisión Estatal que presuntamente busca generar beneficios en el mercado, terminará creando un monopolio en el mercado de servicios legales publicitarios previos a su difusión, o por lo menos, le otorgara posición de dominio al sistema de corregulación; y, (iii) cuando el Estado, en algún afán proteccionista del consumidor, disponga mediante norma legal que cierto rubro en el que existen fallas de mercado (por ejemplo, publicidad de servicios financieros), los anuncios necesariamente tengan que ser revisados mediante un COPY ADVICE efectuado por el sistema de autorregulación. La consecuencia de esta medida sería que, a través de una disposición estatal se le otorgue poder de mercado al sistema de autorregulación y que termine expulsando con ello a sus competidores.
13. Otro conflicto con el derecho de la competencia que puede presentarse es respecto a las sanciones públicas que disponga el sistema de autorregulación

frente a un no miembro. En este caso, el conflicto no se presentará con las normas de defensa de la competencia, pero sí con las normas de represión de la competencia desleal, toda vez que en caso el sistema disponga sancionar públicamente a un no miembro, este podría denunciar por acto de denigración (artículo 11 del Decreto Legislativo 1044) al sistema de autorregulación. Si bien consideramos que una eventual denuncia de este tipo debería ser declarada improcedente por la Administración en la medida que la publicación de la sanción no se trataría de un acto que tenga como efecto concurrir en el mercado (requisito de aplicación subjetiva de la LRCD), igual este acto podrá ser recurrido ante el Poder Judicial por la vía de responsabilidad extracontractual, por lo que se llega a la conclusión que los sistemas de autorregulación deben solo afectar a sus miembros (los cuales, para pertenecer al sistema, se someten a sus códigos de conducta).

14. Existen muchas críticas a los sistemas de autorregulación en el mundo, los cuales se basan no solo en los posibles conflictos que puedan suscitarse entre los sistemas de autorregulación y las normas del derecho ordenador del mercado, sino también – y en igual magnitud - en la desconfianza que puede existir sobre el sistema al pensarse que estos están creados para proteger a sus asociados. Este tipo de críticas se establecen en la medida que en algunos países, estos sistemas no permiten el acceso a sus órganos de control a *outsiders*, lo cual no le da la independencia necesaria a sus órganos resolutorios para poder ser un efectivo sistema de solución de controversias extrajudiciales, pues siempre existirá la tendencia a favorecer a sus propios miembros. El sistema de autorregulación peruano no se escapa de estos cuestionamientos, máxime, si se tiene como estadística que jamás interpuso una sanción pública. Asimismo, otras críticas que se le imputa al CONAR son: (i) que carece de poder coercitivo al aplicar sus disposiciones frente a sus miembros y no miembros, (ii) que permite interponer sanciones y medidas complementarias a agentes no asociados al sistema, y (iii) que no se inhiba cuando exista un procedimiento entre las mismas partes por los mismos hechos ante la agencia de competencia, pudiendo generar con ello pronunciamientos contradictorios.
15. La presente tesis concluye que la solución para los problemas descritos se encuentra en la implantación de un sistema de correulación nacional, toda vez que este tipo de sistema ha demostrado en el derecho comparado, que cumple

con los requisitos para ser considerado como un sistema eficaz de solución de conflictos extrajudiciales, pues al ser reconocido por el Estado: (i) el sistema adquiere credibilidad; (ii) se garantiza que sus códigos de conducta sean compatibles con la norma que regula la materia; (iii) se garantiza que dichos códigos no sean contrarios a las normas de libre competencia; y, (iv) se garantiza el cumplimiento de sus disposiciones.

16. Los pilares del sistema de corregulación propuesto deben ser: (i) el reconocimiento estatal de su funcionamiento a través de acto legislativo, y, (ii) la participación de la administración pública dentro de los órganos de control y gobierno del sistema.
17. El reconocimiento estatal a través de norma legal del sistema de corregulación, debe disponer la inscripción y aprobación de sus órganos de control y códigos de conducta por parte de la agencia de competencia. Para la aprobación de sus órganos de control, será necesario que los mismos sean independientes del sistema de autorregulación, así no solo se calificará la participación de especialistas o expertos independientes a la industria publicitaria, sino también la participación de representantes de asociaciones de consumidores. Asimismo, deberán participar en los órganos resolutivos del CONAR, funcionarios de la Agencia de Competencia que sean especialistas en materia legal publicitaria y formen parte de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y/o de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, en calidad de comisionados, vocales y secretarios técnicos. De esta manera se consigue la independencia necesaria como para que el organismo de autorregulación genere credibilidad en el mercado. Respecto a la aprobación de los códigos de conducta, estos serán aprobados en la medida que: (i) sean compatibles con la norma nacional que regula la materia, lo cual no significa que deberá reproducirla, por el contrario, la obligación se limitará a que lo dispuesto en el código de conducta no la contravenga, por lo que incluso, dicho código podrá tener un carácter mucho más restrictivo en algunos supuestos. Así, el código de conducta elaborado por los privados que conforman el sistema de autorregulación deberá ser entregado al INDECOPI para que a través de la Sala Plena de su Tribunal la analice y se pronuncie respecto a su aprobación o desaprobación. (ii) Sean compatibles con las normas de libre competencia nacionales. Para ello, deberán ser analizadas por la Comisión de Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, toda vez que

el análisis debe centrarse únicamente en la conformidad del código de conducta, producto de un acuerdo entre privados, respecto a la norma que reprime las conductas contrarias a la competencia.

18. La evaluación y reconocimiento del Código de Ética que realice la agencia de competencia es importante para corregir las posibles distorsiones al mercado que puedan suscitarse en la aplicación de sanciones y medidas complementarias a través de los medios de comunicación por parte del sistema de autorregulación. En efecto, el hecho de que la Administración reconozca la compatibilidad de los códigos de conducta con las normas de libre competencia implica que el uso de los medios de comunicación como herramienta para el cumplimiento de los pronunciamientos del CONAR no pueda ser denunciado en ningún caso como un acto contrario a la libre competencia, pues existirá un reconocimiento previo de la eficiencia de esta figura por parte del Estado, por lo que en caso de presentarse una denuncia al respecto, ésta sería declarada improcedente. Cabe precisar que lo señalado solo será aplicable frente a los miembros del sistema de autorregulación, pues los no miembros no deberán estar sujetos a las disposiciones del CONAR sin consentimiento expreso previo.
19. Para asegurar la eficacia de los medios de comunicación como herramienta para el cumplimiento de las disposiciones del CONAR, la normativa que establezca el reconocimiento de los sistemas de autorregulación publicitaria, debe imponer como obligación a los medios de comunicación miembros de la asociación, el cumplimiento de las disposiciones del sistema al que son miembros, bajo apercibimiento de sanción administrativa. Independientemente de las sanciones internas (públicas o no) que pueda interponer la entidad de autorregulación a los medios de comunicación miembros. Dicha sanción administrativa, deberá regirse por reglas claras y solo cuándo el CONAR los sancione previamente por incumplimiento de ejecución de medida complementaria o de sanción. Con ello, se evitaría que la Administración Pública pueda ejercer algún tipo de abuso respecto a dichos medios de comunicación infractores y se cumpliría el principio de debido procedimiento (en sede privada) de los medios de comunicación frente al CONAR.
20. La obligación a los miembros del sistema de autorregulación de llevar sus conflictos ante los fueros del CONAR se debe concretar como si existiera un

convenio arbitral suscrito entre ellos. Con ello se logrará que el sistema de autorregulación publicitaria funcione como un efectivo sistema de solución extrajudicial de conflictos, con lo cual se logrará reprimir la posibilidad de duplicidad de procedimientos llevados ante el CONAR y el INDECOPI; y la posibilidad de emisión de disposiciones contradictorias entre dichas entidades, como sucede en la actualidad.

21. Con el sistema de corregulación propuesto demostramos que no es necesario recurrir a la vía judicial para ejecutar los fallos de sus órganos resolutorios, pues estos siempre se van a ejecutar, así no lo desee la parte obligada, pues los medios de comunicación asociados al sistema están en la obligación, bajo sanción administrativa, de hacer cumplir lo dispuesto por el CONAR. Ahora bien, esto funcionará en la medida que el sistema de autorregulación cuente con casi la totalidad de medios de comunicación como asociados, pues de lo contrario, sería totalmente ineficiente. En el caso peruano, la medida propuesta es totalmente aplicable, pues uno de los gremios que conforma la asociación es la SNRTV, que agrupa a casi la totalidad de medios de comunicación (televisión, radio y prensa escrita), por lo que el cumplimiento de sus pronunciamientos está garantizado.
22. En el sistema de corregulación propuesto en el presente trabajo no existe la posibilidad que los sujetos privados que conforman los órganos de control y resolutorios del CONAR tengan libertad absoluta para administrar justicia, pues ésta se encuentra controlada en la medida que los funcionarios de la agencia de competencia formarán parte de los órganos resolutorios del sistema de autorregulación. En ese sentido, los pronunciamientos que pueda emitir dicha entidad siempre serán compatibles con los criterios desarrollados por el INDECOPI y sobre la base de un código de conducta compatible con la norma nacional que regula la materia, aprobado previamente por esta última entidad pública.
23. El sistema de corregulación propuesto es un mecanismo de solución de conflictos extrajudiciales que no necesita un control de sus pronunciamientos a través del Poder Judicial, pues es un sistema que no es en su totalidad privado y sus pronunciamientos son emitidos por órganos resolutorios del que forman parte funcionarios públicos del INDECOPI. Así, no será necesario que sus pronunciamientos sean revisados vía recurso de anulación como sucede con

los laudos arbitrales, en donde si bien el Poder Judicial no va a poder pronunciarse sobre el fondo del fallo, sí lo hará respecto a vicios de forma, los cuales en su mayoría, no podrían suscitarse en un sistema de correulación como el propuesto. Así, el único requisito por el que podrían ser recurribles los fallos del CONAR -en principio- vía Poder Judicial, sería cuando vulneren el derecho a la defensa de las partes, como sucede con los laudos arbitrales. Sin embargo, esto no sería innecesario, en la medida que el sistema de autorregulación al poseer una doble instancia no facultativa (a diferencia del arbitraje) y poder solicitarse la nulidad del primer pronunciamiento ante la Segunda Instancia cuando se incurra en uno de los supuestos detallados en el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, estaría garantizado el cumplimiento del principio al derecho de defensa, así como al debido procedimiento.

24. La implementación de un sistema de correulación publicitaria generará grandes beneficios al mercado, toda vez que tendrá como resultado un ahorro de costos importantes para el Estado. En efecto, en la presente tesis se ha realizado un análisis de la actual participación del INDECOPI en el mercado peruano, la cual es casi nula en lo que respecta a su fiscalización en lo que respecta a la investigación de cárteles e inducción a error a los consumidores a través de la publicidad comercial. De los datos estadísticos presentados, se concluye que la agencia de competencia peruana se ha convertido en un organismo de solución de conflictos empresariales dejando de lado su rol fiscalizador, debido a la falta de recursos. Un sistema de autorregulación como el propuesto, ayudará a reasignar eficientemente esos recursos en la investigación de mercados, pues se propone que mediante normal legal se disponga que los anunciantes miembros del sistema de autorregulación publicitaria lleven sus conflictos ante el CONAR y que los consumidores tengan la posibilidad de interponer gratuitamente sus denuncias ante dicha asociación. Con ello, la agencia de competencia no destinará sus recursos a solucionar este tipo de conflictos, los cuales estarán a cargo y bajo costo del CONAR.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS CONSULTADAS

- BERENGUER FUSTER, Luis, Carlos GINER PARREÑO y Antonio ROBLES MARTÍN – LABORADA
2010 *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia.* Madrid: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María.
2008 *La igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia.* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DE LA CUESTA RUTE, José María.
2002 *Curso de Derecho de la Publicidad.* Madrid: EUNSA.
- DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè.
2005 *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada.* Madrid: Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, José.
2002 *Autorregulación: génesis y efectos.* Navarra: Aranzadi.
- IGNACIO RUIZ PERIS, Juan.
2010 *La reforma de la Ley de Competencia Desleal.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- LEDESMA NARVÁEZ, Mariella.
2010 *Jurisdicción y Arbitraje.* Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- LEMA DEVESA, Carlos.
2007 *Problemas jurídicos de la publicidad. Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa.* Madrid: Marcial Pons.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago y Amadeo PETITBO JUAN.
2009 *Los acuerdos horizontales entre empresas.* Barcelona: Marcial Pons.
- MASSAGUER, José.
1999 *Comentario a la Ley de Competencia Desleal.* Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

MASSAGUER, José, Jaime FOLGUERA, José Manuel SALA ARQUER y Alfonso GUTIERREZ.

2010

Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Segunda edición. Navarra: Thomson Reuters.

MONTEAGUDO, Montiano.

1995

La protección de la marca renombrada. Madrid: Editorial Civitas S.A.

MORÓN URBINA, Juan Carlos.

2001

Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica.

ORTIZ BLANCO, Luis, Jerónimo MAILLO GONZALES – ORUS, Pablo IBAÑEZ COLOMO y Alfonso LAMADRID DE PABLO.

2008

Manual de Derecho de la Competencia. Madrid: Editorial Tecnos.

PATIÑO ALVES, Beatriz.

2007

La Autorregulación Publicitaria. Barcelona: BOSCH.

PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio.

2008

Derecho de la Propiedad Industrial, Intelectual y de la Competencia. Madrid: Marcial Pons.

SUMAR ALBUJAR, Oscar y Julio AVELLANEDA ROJAS.

2010

Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico.

TATO PLAZA, Anxo.

1996

La Publicidad Comparativa. Madrid: Marcial Pons.

TATO PLAZA, Anxo, Pablo FERNANDEZ CARBALLO- CALERO y Christian HERRERA PETRUS.

2010

La reforma de la Ley de Competencia Desleal. Madrid: La Ley.

The European Advertising Standards Alliance (EASA).

2010

Advertising self-regulation in Europe and beyond. The Blue Book. 6 editions. Brussels: EASA

ARTÍCULOS EN REVISTAS

- COSTAS COMESAÑA, Julio.
2010 “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Santiago de Compostela. Volumen 30 (2009-2010). Universidad Santiago de Compostela y Marcial Pons. Pp. 167-182.
- DE LA CUESTA RUTE, José María.
2005 “Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad: La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Madrid, número 43, pp. 11-35.
- DIEZ CANSECO, Luis.
1997 “Función Regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”. *Themis* 36. Lima, pp. 39-64.
- LABARBERA, Priscilla.
1981 “The Antitrust Shadow Over Advertising Self-Regulation”. *Current Issues and Research in advertising, UM, Division of Research*. Michigan. Pp. 57-70.
- MARTINEZ LICETTI, Martha y Eduardo QUINTANA SÁNCHEZ.
2007 “La necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: A propósito de las Prácticas Anticompetitivas de Precios”. *Derecho & Sociedad*. Nº 28. Pp. 116-137.
- QUINTANA SANCHEZ, Eduardo.
2010 *El objetivo del DL 1034 y la interpretación de las conductas prohibidas*. Edición inédito.
- TATO PLAZA, Anxo.
2010 “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal; rasgos generales”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, volumen 30 (2009-2010), pp. 455 – 475.
- 1997 “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XVIII, pp. 161-186.

ARTÍCULOS EN LIBROS

- BERCOVITZ, Alberto
2010 *Los Códigos de Conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal*. En GOMEZ SEGADÉ, José y Ángel GARCÍA VIDAL. *Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Barcelona. Marcial Pons, pp. 271 – 280.

ARTICULOS EN MEDIOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS

- MASSAGUER, José
2011 “Códigos de Conducta y Competencia Desleal: aspectos sustantivos y procesales”. *INDRET Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona. Consulta: 29 de junio de 2011.
<http://www.indret.com/pdf/823_es.pdf>
- RODRÍGUEZ, Gustavo.
2011 “¿Publicidad Antisocial o de cómo matar a un Teletubbie con leyes absurdas?”. *Blog El Cristal Roto*. Lima, 22 de abril de 2011. Consulta 28 de octubre de 2011.
<<http://blogcristalroto.wordpress.com/2011/04/22/%c2%bfpublicidad-antisocial-o-de-como-matar-a-un-teletubbie-con-leyes-absurdas/>>

DOCUMENTOS DE TRABAJO CONSULTADOS

- AUTOCONTROL
2011 *Celebración de la 16ª Asamblea General de AUTOCONTROL*. Madrid. Consulta: 16 de agosto de 2011
<http://www.autocontrol.es/pdfs/NP_16_Asamblea_General_AUTOCONTROL.pdf>
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA MEXICO
2011 *Informes Anuales*. México D.F. Consulta: de octubre de 2011
<<http://www.cfc.gob.mx/index.php/PUBLICACIONES/informes-anuales.html>>
- FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA DE CHILE
2010 *El Balance Cuatrienio 2006 – 2010*. Santiago. Consulta: 20 de octubre de 2011
<http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2010/12/inan_005_2010.pdf>
- GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI
2010 *Compendio Estadístico Institucional 2006-2010 INDECOPI*. Lima.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA
2010 *Gestión 2009 Informe*. Bogotá. Consulta: 20 de octubre de 2011
<http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Conozcamos/Gestion/Gestion/Informe_gestion_2009.pdf>

UNIÓN EUROPEA.

- 1981 *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores. Orientaciones Generales, apartado 6. DOCE C 133, de 3 de junio de 1981. Bruselas.*

LEYES Y DECRETOS CONSULTADOS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 1993 Constitución Política del Perú.
- 2001 *Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. 11 de abril.*
- 2010 *Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. 02 de setiembre.*

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

- 2008 *Decreto Legislativo 1044. Ley de Represión de la Competencia Desleal. 28 de junio.*

CORTES GENERALES

- 2009 *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. 31 de diciembre.*