

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD

LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE MADRID DE 24 DE MAYO DE 2004

JOSÉ M^a. DE LA CUESTA RUTE

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- UN POCO DE HISTORIA DEL AUTOCONTROL PUBLICITARIO. III.- POLIVALENCIA DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD. 1. El precedente del sistema del Estatuto de la Publicidad: el arbitraje; la aplicación de los “principios”. 2. La Asociación Autocontrol: mediación; arbitraje; intervención del Jurado. IV.- ADECUACIÓN DEL CAUCE POR EL QUE SE DESENVUELVE LA ACTUACIÓN DE AUTOCONTROL A LA MATERIA CONTROVERTIDA. V.- NATURALEZA DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO DE AUTOCONTROL. VI.- LAS RESOLUCIONES DEL JURADO NO SON MERAS OPINIONES. VII.- LA INDEBIDA ACTUACIÓN DEL JURADO COMO ACTUACIÓN ILÍCITA EN SENTIDO ESTRICTO. VIII.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

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 la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, Autocontrol) a la vez que por estimar ilícita la actuación del Jurado y causante de un daño moral a la demandante condenó a Autocontrol a publicar la Sentencia.

Recurrida ésta por Autocontrol, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 24 de mayo de 2004. Aun cuando, en principio, no cabe recurso de casación contra esta sentencia, lo cierto es que Autocontrol se propone interponerlo previo el recurso de queja que se encuentra en trámite al redactar estas líneas.

Resulta indudable el interés de la sentencia por representar, que yo sepa, la primera resolución judicial sobre la valoración jurídica de un modo de actuación de Autocontrol en su afán de sujetar la publicidad comercial a estándares socialmente aceptables según ella.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL...

Adviértase que la sentencia no se refiere a la valoración o calificación que la publicidad emitida por el anunciante mereció al Jurado de Autocontrol. La demanda no contenía una pretensión de revisión judicial de la calificación del Jurado. Igualmente debe notarse que la Sentencia no se refiere tampoco a la pertinencia o no pertinencia de que opere Autocontrol con los fines regulatorios de la publicidad que se arroga en sus estatutos y demás documentos asociacionales. Tampoco la demanda contenía una pretensión de ese tipo.

La demanda se interpone por un anunciante contra Autocontrol por haber procedido el Jurado de ésta a dictar una resolución (en 3 de junio de 2002) por la que se declara que un folleto editado por la demandante infringe las normas del Código de Conducta Publicitaria que exigen el respeto a la legalidad (art. 2) y a la verdad (art. 14) a la vez que regula la comparación en publicidad. En correspondencia con esta declaración, la resolución insta a la demandante a rectificar la publicidad. La resolución, como es habitual, se publica en la Revista que edita Autocontrol y se difunde también en la página web de esta Asociación.

Pero, como ya he anticipado, la demanda no pretende que el juzgador se pronuncie sobre la corrección de la calificación (y sus consecuencias) practicada por el Jurado y vertida en su resolución, sino que se demanda a Autocontrol por haberse producido la actuación del Jurado respecto de una publicidad efectuada en un tiempo en el que la demandante no estaba integrada en Autocontrol como miembro de la Asociación y se había opuesto además expresamente a que el Jurado actuase cuando Autocontrol le comunicó que iba a proceder a hacerlo.

La Sentencia resuelve, pues, la cuestión relativa a si el Jurado de Autocontrol puede actuar legítimamente respecto de publicidad difundida por quien no es miembro de Autocontrol ni, no siéndolo, tampoco se somete voluntariamente a la actuación del Jurado. La cuestión es de un extraordinario interés y no sólo porque no es infrecuente que se produzca, sino porque la extensión de la actuación del Jurado más allá del ámbito subjetivo que se integra por los miembros de Autocontrol y por quienes aceptan someterse a él supone otorgar a Autocontrol y, por ende, al Jurado un poder que excede del que es propio del sistema de autorregulación por su misma naturaleza. De amparar el ejercicio de un poder tal, se desnaturalizaría la institución de la autorregulación.

Aunque sea anticipar ideas, ésta es la razón del fallo, congruente con la pretensión de la demanda.

Ahora bien, esta adecuación del fallo de la Sentencia a la pretensión de la demandante según las circunstancias fácticas del caso sometido a la consideración del órgano judicial no significa en modo alguno más que expresión del principio de congruencia y no permite extraer la consecuencia de la legitimidad jurídica de la actuación de Autocontrol desde cualquier otro ángulo que pueda ser contemplada. Porque ciertamente, como ya ha quedado insinuado, son varias las facetas que ofrece esa actuación. En el caso en cuestión ha sido objeto de consideración el hecho de proyectarse la acción del Jurado de Autocontrol sobre la publicidad difundida por quien no pertenece a la Asociación ni tampoco acepta someterse a la acción del Jurado. Sin duda que esta es una cuestión de primer orden, pero no es la única porque además, insisto, la actuación de Autocontrol presenta otros aspectos de problemática consistencia con el sistema que se desprende de nuestro ordenamiento jurídico.

II. UN POCO DE HISTORIA DEL AUTOCONTROL PUBLICITARIO

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, inicialmente llamada Asociación de Autocontrol de la Publicidad, y en todo caso Autocontrol, surge en la década de los noventa del pasado siglo de un proceso hasta cierto punto de refundación de lo que desde hacía entonces unos veinte años se conocía como Autocontrol, entidad que, bajo la forma de sociedad limitada, se proponía ejercer una función “moralizadora” de la publicidad mediante el establecimiento de normas de conducta de sus socios en cuanto sujetos de la actividad publicitaria y la aplicación de esas normas por una Comisión Jurídica. La sociedad Autocontrol estaba constituida por anunciantes, agencias de publicidad y empresas u organizaciones de medios de comunicación. El dictamen o parecer de la Comisión Jurídica era vinculante para los socios en la medida en que los afectados por él quisieran permanecer siendo socios de Autocontrol. Es interesante recordar que este sistema puramente privado operaba en el marco jurídico perfilado por el Estatuto de la Publicidad de 1964. Para extraer de este dato todo su significado conviene subrayar algunos puntos.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL...

En los años sesenta de la pasada centuria empezó en España un desarrollo económico que naturalmente supuso el despertar de una actividad publicitaria moderna desde el punto de vista técnico. En aquellos años, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contaba con un cuerpo normativo adecuado al fenómeno de la competencia mercantil. Ciertamente que en 1963 se promulgó la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, pero con ella, y pese a que extendía su aplicación a algún aspecto de la competencia desleal, no se agotaba lo que debía ser un régimen moderno del fenómeno concurrencial. Porque si bien toda norma relativa a la competencia mercantil ha de partir de considerar a ésta como un bien jurídico único estructurante del sistema de economía de mercado, no puede negarse que las lesiones a ese bien jurídico merecen distinguirse según que en el supuesto de hecho se defina la restricción o limitación de la competencia por acuerdos o decisiones entre empresas o según que se defina un modo de presencia y actuación en el mercado que se reputa desleal cabalmente por falsear el buen funcionamiento del propio mercado. Como piedra angular del arco que forman estos dos pilares de la protección jurídica de la competencia (su defensa y la protección contra la deslealtad) se encuentra la proscripción del abuso de posición dominante en el mercado que si bien sirve en el ámbito de la defensa de la competencia como criterio hermenéutico para la definición del concepto de competencia, una actuación abusiva del dominante más bien puede calificarse de desleal. Por eso no es extraño, aunque presente dificultades de técnica jurídica¹, que, a partir de la reforma de 1999, tanto la Ley de Defensa de la Competencia (art. 6,1b) como la de Competencia Desleal (art. 16.2) reproduzcan la misma norma expresiva de un abuso en el mercado.

La Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 no se complementaba con una regulación moderna de la competencia desleal. Es claro que en su dimensión económica, la publicidad es un arma de la rivalidad competitiva. Luego si quería el legislador que se afirmara el desarrollo económico, atendido como es obvio porque si no no habría desarrollo, al sistema de economía de mercado era necesario dotar a la publicidad de un régimen que la considerara como instrumento concurrencial, sin perjuicio de que fuesen atendidos otros aspectos de la publicidad en los que ahora no es preciso detenerse².

¹ A. BERCOVITZ: *Apuntes de Derecho Mercantil*. 5ª ed. Cizur Menor (Aranzadi) 2004, p. 324 y s.

² Para mayores detalles, mi *Régimen Jurídico de la Publicidad*. Madrid (Tecnos) 1974, p 155.

El año de promulgación del Estatuto, 1964, con la penuria de normas reguladoras de la lealtad en la competencia se correspondía una penuria semejante en el orden de la doctrina jurídica sobre ella. Pero, sobre todo, se carecía de una convicción inequívoca sobre la esencial juridicidad de las normas configuradoras de la institución del mercado como garantía del sistema de economía, que postulaba extraerlas del cambiante ámbito de la Administración para dotarlas de la certeza que proporciona su aplicación por los tribunales de justicia. A esta indefinición doctrinal se unía además el carácter del régimen político imperante en España que se traducía en la preeminencia en general del poder ejecutivo.

No es entonces de extrañar que, pese a que el Estatuto de la Publicidad confiara su aplicación a los tribunales como no podía ser menos, instaurara a la vez para ese fin y sin menoscabo teórico de la jurisdicción un híbrido sistema de naturaleza entre administrativa y autónoma que se articulaba sobre la base de un Jurado de la Publicidad integrado por profesionales de la publicidad que actuaba por lo general a impulsos de un órgano administrativo como era la Junta Central de la Publicidad.

El antiformalismo, su menor coste económico, la rapidez eran ventajas objetivas del híbrido sistema estatutario sobre el sistema judicializado. A ello se unía la falta de experiencia de los jueces en la materia. De modo que, pese a lo que el Estatuto disponía, la reserva de jurisdicción resultaba un tanto platónica, pues en la práctica las cuestiones que se planteaban con ocasión de la publicidad y que demandaban la aplicación de los llamados “principios de la publicidad” que las normas estatutarias contenían se dirimían por el Jurado al que, por cierto, no sería justo regatearle sus aciertos y lo que sus resoluciones supusieron a efectos de promover y consolidar una doctrina relativa a los problemas jurídicos de la publicidad y, por ende, de la competencia³.

De intento me he referido a los “principios de la publicidad” para señalar que aunque esos “principios” se recogen en normas, las del Estatuto, y por lo tanto no son propiamente principios generales, es lo cierto que el propio legislador fue consciente, al igual que los de otros países con mayor tradición en estas materias, de que las normas acerca de una realidad tan vinculada a la creatividad humana como es la de la empresa y

³ Establecí una crítica al sistema del Estatuto en *Régimen*, cit. p. 259 y ss.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL...

su presencia en el mercado no pueden ir más allá de expresar principios para el razonamiento jurídico que habrá de ser en cada caso el que acabe de perfilar la sanción jurídica congruente con la *species facti* en la que se incluye el elemento fáctico originador del razonamiento.

Estas consideraciones subrayan el valor de que quienes protagonicen el razonamiento sean precisamente los propios sujetos de la actividad publicitaria. De ahí la valorización de los jurados u organismos integrados por legos en derecho y expertos en la materia de que se trata. Esta es la razón que justifica, junto a otras también desde luego, la instauración del Jurado por el Estatuto de la Publicidad.

Y de ahí seguramente también el aprecio, que a partir de ese momento se potencia, por los sistemas de autocontrol que además se presentan como los garantes de que el régimen, en este caso de la publicidad, se adecuará más a las realidades que se comprometen por ella y al mejor modo de solucionar los conflictos en un mundo como el de la empresa y el mercado que lo que menos precisa es intervencionismo regulador por parte de los poderes públicos incluido el legislativo. Como después veremos, esta cantinela, que se mantiene vigorosa en nuestros días, estaba subyacente en el momento en que se constituyó Autocontrol Sociedad Limitada.

No debe ocultarse que la actuación de ésta pasó sin pena ni gloria, inadvertida, quizá porque nunca llegó a generar confianza en los sectores de la industria de la publicidad, pero también, sin duda, por el contexto que implicaba el sistema de Jurado establecido en el Estatuto de la Publicidad.

Cuando a partir de la Constitución dejó de aplicarse el Estatuto por considerarlo la Administración, a mi juicio erróneamente, afectado de inconstitucionalidad sobrevvenida, de hecho se creyó no menos erróneamente por los sujetos de la industria publicitaria que esta actividad se desenvolvía en un vacío legal. Con este presupuesto es perfectamente lógico que no se concediera el menor valor a lo que la sociedad Autocontrol pudiera hacer pues que se había vinculado su existencia a unos “principios” que ya no se consideraban vigentes.

En la última década pasada y sobre la base de la sociedad Autocontrol se funda la Asociación –que no sociedad mercantil para inspirar mayor confianza- de

Autocontrol que conocemos, que goza de una indudable pujanza y respecto de la que se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia nº 42 y la Audiencia Provincial de Madrid en las sentencias que han de ser objeto de nuestra atención en este trabajo.

Es indudable que la refundación de Autocontrol se inscribe en la corriente de entusiasmo que el fenómeno autorregulador despierta en todos los ámbitos⁴ pero muy señaladamente en el campo de la comunicación social en el que, sobre todo en el mundo anglosajón, cuenta con una tradición estimable. En la base de esta especial conexión entre mundo de la comunicación social y autorregulación se encuentra la consideración de que aquélla está amparada por el derecho fundamental a la información que, por su condición basilar en las sociedades pluralistas y democráticas, no debe ser materia de ordenación legal, a salvo el orden penal, cuya aplicación se confíe a los jueces y tribunales. Se piensa que son los profesionales de la información quienes deben apreciar la pertinencia de las difusiones en cada caso pues su formación les permite distinguir lo que merece ser difundido o no.

Aun cuando no siempre ni por todos se ha aceptado que la publicidad sea una especie de la comunicación social amparada por el derecho a la información⁵, nadie ha dudado que también ella debía quedar al margen de regulaciones legales cuya aplicación se confiase a los tribunales de justicia. Nadie mejor que los pertenecientes a la industria de la publicidad para purificarla de los excesos que la hacen desmerecer en el aprecio público, porque nadie más interesado en que la publicidad no sea motivo de desconfianza por parte de la sociedad ni tampoco nadie mejor que ellos para determinar los estándares de la conducta publicitaria admisible. Ha de notarse que una concepción semejante a la que acabo de describir se encuentra extendida por todos los países.

En el nuestro, ese modo de pensar encontraba en la pasada década de los noventa terreno abonado por el precedente del sistema de Jurado entronizado por el Estatuto de la Publicidad con la consiguiente insignificancia del recurso a los tribunales de justicia. En el ámbito, pues, de la aplicación de normas el precedente originado por el Estatuto era fundamental. A ello se unía que la penuria de normas legales sobre la deslealtad en

⁴ A ello me he referido en *Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación* RDBB nº 94 (2004) p. 87-115.

⁵ Lo sostuve en *Lecciones de Derecho de la Publicidad*. Madrid (Ed. Universidad Complutense). 1985 p. 70-88; también, *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona (EUNSA) 2002 p. 45-51. En el mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO: *Advertising in the Spanish Constitution*, en AA.VV. *Advertising and Constitutional Rights in Europe*. Baden-Baden, 1ª ed. 1994 p. 283-330, (Hay separata).

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL...

la competencia tampoco había permitido a nuestros órganos de justicia adquirir una experiencia relevante en su aplicación prudencial y podía pensarse que, puesto que los fenómenos de la publicidad no eran suficientemente conocidos por los jueces, resultaría mejor confiar la determinación de los límites dentro de los que aquel fenómeno debiera mantenerse a los verdaderos interesados en la publicidad por su indudable pericia.

El cambio de legalidad que supuso la promulgación en 1988 de la Ley General de Publicidad, derogatoria del Estatuto, y en 1991 de la Ley de Competencia Desleal y, sobre todo, el cambio que la nueva legalidad representaba respecto del concepto legal de la competencia mercantil afectante a la publicidad^{5 bis} pese a la errónea perpetuación de un texto legal específico para ésta, no fueron suficientes para acabar con la idea de la autorregulación que, por el contrario, vino a fortalecerse ante el temor de que el legislador continuara el proceso regulador que la Ley iniciaba.

No es dudoso, por otro lado, que en la estima por la autorregulación influyó la que con carácter general se aprecia por los sistemas extrajudiciales de resolución de controversias en el ámbito del Derecho patrimonial del tráfico.

Así las cosas, se procede a refundar Autocontrol con participación de anunciantes, empresas de publicidad y de medios que, al margen de sus propios órganos asociacionales, cuenta, administrativamente hablando, con un Jurado constituido por personas no pertenecientes a la Asociación procedentes del mundo del derecho, de la economía y de la publicidad. Pero la función de Autocontrol no se limita al terreno de la aplicación de normas por parte del Jurado sino que elabora por sí misma códigos de conducta generales para la publicidad y sectoriales para la publicidad de determinados productos o que vaya a difundirse por determinados medios. El Jurado, pues, aplica esta normativa, que pasa por ser deontológica, pero además, por virtud de acuerdos entre la Asociación y otras entidades, aplica, en su caso, también los códigos elaborados por éstas.

No puede negarse ni en cierto modo dejar de alabarse la convicción de los sujetos de la industria publicitaria sobre las disfuncionalidades que la publicidad puede acarrear ni tampoco puede negarse su voluntad de tratar de prevenir eficientemente esas

^{5 bis} Del Estatuto de la Publicidad se deducía sin embargo un concepto unitario de competencia como un bien jurídico protegido por el régimen de la defensa de la competencia y de la competencia desleal como sostuve inequívocamente en *Régimen*, especialmente en p. 205-212

disfuncionalidades. Con esto acreditan los sujetos de la actividad publicitaria un alto grado de responsabilidad, superior por cierto al que es usual por parte de otros comunicadores sociales con relación a sus comunicaciones. Pero no es, a mi juicio, seguro que acierten al entregar tan confiadamente el juicio sobre los actos de comunicación publicitaria al sistema autorregulador que Autocontrol implica.

A mi modo de ver, las reales disfuncionalidades que la publicidad puede originar deben ser evitadas en la medida de lo que es posible por la verdadera responsabilidad personal de quienes intervienen en cada acción publicitaria. Para ello no es preciso más que atenerse a una conducta moral y no son necesarias ningunas reglas deontológicas que bajo capa de su contenido ético, no son más que regulaciones emanadas de centros carentes de toda legitimidad para imponerlas. Ciertamente que la moral no es suficiente en ocasiones pues su carácter incoercible puede hacer necesaria la norma jurídica para regular lo que debe ser regulado en función del bien común, del bien de todos los convivientes en la misma sociedad por el hecho de esta convivencia.

La regulación de la publicidad, al vincularse ésta por su estructura al mundo de la comunicación y por su funcionalidad al mundo del sistema económico de mercado, debe ser tomada *cum grano salis*. Pero esta circunspección se extiende a toda o a cualquier regulación y, como después se argumentará, debe ser mayor si cabe cuando se trata de una regulación no legal. Por eso sorprende que se acepte y se promueva incluso la elaboración de normas supuestamente deontológicas por parte de Autocontrol. Entre otras cosas esto supone el resignado reconocimiento de unos perniciosos efectos de la publicidad, lo que es algo absolutamente injustificado porque con carácter general son muy superiores los beneficios sociales ciertos que la publicidad reporta que sus posibles efectos perversos, que, en su caso, deben sustanciarse por las normas sancionadoras del ordenamiento general o por las normas legales que en función del bien común se hayan establecido de acuerdo con el régimen que impone la doble vinculación de la publicidad al orden constitucional⁶.

⁶ Sobre el particular, mi *Curso* cit. p. 43-57

III. POLIVALENCIA DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD

Para penetrar a fondo en el significado del régimen autorregulador del que Autocontrol es exponente, conviene señalar que la Asociación ha ido ampliando sus funciones hasta llegar a cumplir alguna que puede dudarse sea propiamente una manifestación de la autorregulación. Me refiero a la función que desempeña en relación con los derechos de los consumidores y usuarios gracias a un convenio suscrito con el Instituto Nacional del Consumo que otorga a Autocontrol la facultad de intervenir en los Arbitrajes de consumo. Por cierto que desde que se suscribió ese convenio en el Jurado se integran personas a las que se les supone la representación de los intereses de consumidores y usuarios. Pero no es ésta una cuestión de la que debamos ocuparnos aquí. Únicamente interesa notar cómo la Asociación Autocontrol ha ido desbordando los límites dentro de los que es posible hablar de autorregulación e, incluso, de autorregulación publicitaria.

En la misma dirección debe anotarse el propósito de Autocontrol de emitir opinión acerca de la calificación de la publicidad que se le someta anticipadamente a su difusión. Por cierto que en relación con esta función dictaminadora previa se ha pronunciado negativamente el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución del Pleno de 20 de enero de 2004, de la que tampoco es ahora momento de ocuparse si bien habrá de ser objeto de análisis posteriormente en otro lugar por su indudable trascendencia.

Dejando, pues, al margen de esas manifestaciones del ímpetu de Autocontrol por ensanchar su campo de actuación, la Asociación se concibe en sus orígenes como el sostén de un sistema de calificación *a posteriori* de la publicidad difundida según unas normas de conducta que dicen ser deontológicas y que por supuesto sólo tienen fuerza de obligar para quienes las acepten voluntariamente. Esta función que responde en parte al precedente histórico a que antes me he referido se desempeña por el Jurado, concebido como órgano no propiamente integrado en la estructura orgánica de la Asociación. Ésta únicamente interviene, de un lado, en la designación de los miembros de aquél que han de estar descomprometidos de los intereses de la industria publicitaria, y, de otro, en el aprovisionamiento de los medios oportunos para que el Jurado pueda cumplir su función y los resultados de ésta puedan verse trasladados con eficacia a la realidad.

1. El precedente del sistema del Estatuto de la Publicidad: el arbitraje; la aplicación de los “principios”

Es digno de ser subrayado en este momento que al Jurado de la Publicidad que preveía el Estatuto de 1964 le encomendaba éste una doble función: a) la más importante de calificar los actos publicitarios según su adecuación a los “principios” recogidos en las normas estatutarias configuradoras de la disciplina de la publicidad, y b) la arbitral en equidad según la Ley de Arbitraje de 1953 a la sazón vigente en las controversias entre partes “como consecuencia de cualquier contrato de actividad publicitaria”. Esta doble función del Jurado de la Publicidad se desenvolvía, pues, con referencia a la doble consideración de la actividad publicitaria tal y como se recogía en el Estatuto; a saber, la publicidad como comunicación al público y la publicidad como materia de unos contratos entre anunciantes, agencias y medios dirigidos a instrumentar aquella comunicación. La función arbitral del Jurado se ejercía en este segundo ámbito que es donde cabe plantear una controversia que pueda ser dirimida entre partes pues que sólo se ventila el interés de las que lo son en el contrato de que se trate. Las cuestiones que puedan suscitarse sobre la publicidad como comunicación al público no son controversias resolubles por medio del arbitraje sino que pertenecen a la materia constitutiva de la disciplina publicitaria propiamente dicha⁷. Las cuestiones relativas a la calificación de la publicidad implican el público interés en el mantenimiento de la competencia como elemento estructurante del mercado⁸ y, por consiguiente, no puede sustanciarse mediante arbitraje.

2. La Asociación Autocontrol: mediación; arbitraje; intervención del Jurado

Sin duda que contando con los precedentes estatutarios así como con la mayor implantación social del arbitraje como forma de resolución de conflictos, Autocontrol piensa que la Asociación puede cumplir también la doble función del arbitraje y de la resolución mediante la intervención del Jurado. La Asociación se erige entonces en el centro de una Corte arbitral a la que puede acudir en los términos de la Ley de Arbitraje y según los propios Reglamentos de Autocontrol. Parece sin embargo claro que debe seguir siendo presupuesto del arbitraje que se trate de resolver una

⁷ Establecía esta categoría en *Régimen* cit. p. 164-242, especialmente p. 171.

⁸ Véase mi *Régimen* cit. p. 208 y 209.

controversia que afecte al interés particular de los sujetos que a él se someten y que, en modo alguno puede resolverse por medio del arbitraje cualquier cuestión que afecte a la calificación de la publicidad según las normas que la disciplinan, tarea que, en cambio, puede confiarse al Jurado. No obstante, Autocontrol ofrece la doble función de arbitraje y de resolución del Jurado sin los debidos ajustes que exige la adecuación del modo de resolución de conflictos a la materia en que éste consiste. De hecho en el asunto que dio lugar al procedimiento a que se refieren las sentencias objeto del presente trabajo se ofreció por Autocontrol el arbitraje a la demandante cuya publicidad fue objeto de reclamación por considerarla ilícita. Desde sus reglamentos iniciales Autocontrol podía recibir denuncias públicas (Autocontrol las llama reclamaciones) contra la publicidad. Para prevenir la avalancha de denuncias, y sobre todo su carácter malicioso y temerario, así como para filtrar las que merecieran la pena de ser objeto de resolución por el Jurado, la Asociación en cuanto tal, actuando por órgano integrado en su estructura opera en una tarea de mediación previa entre demandante (reclamante) y demandado (reclamado) que de tener éxito excluye la intervención del Jurado. Nótese que esta función de mediación no sólo se desarrolla por quienes integran un órgano de la propia Asociación con la consiguiente dependencia de ésta sino que además se realiza con referencia a lo que es propiamente materia de la disciplina de la publicidad que en principio es indisponible para los particulares entre los que Autocontrol media. También la mediación se ofreció a la entidad demandante en el proceso que motivó las sentencias que son objeto de análisis en este trabajo.

Finalmente, Autocontrol realiza la función calificadora de la publicidad reclamada ante ella mediante el recurso al Jurado. De hecho, el Jurado interviene ante cualquier reclamación relativa a la publicidad cuando no se ha aceptado o no ha sido fructuosa la mediación de Autocontrol ni se ha establecido el recurso al arbitraje. Como es natural, el Jurado actúa con arreglo a unas normas reglamentarias instauradoras de un procedimiento que trata de salvar los principios de audiencia y de contradicción y de igualdad de las partes. Pero lo llamativo de esta actuación del Jurado es que puede referirse a publicidad difundida por quien no es miembro de la Asociación. Recuérdese que, a su vez, la reclamación puede también ser formulada por quien no sea asociado. De suerte que Autocontrol opera de hecho como un guardabarreras para la circulación de las comunicaciones publicitarias. Precisamente ésta es la situación que dio lugar al proceso que se estudia en este trabajo como se dijo ya en su Introducción.

Como se puede apreciar, las funciones que Autocontrol se atribuye exceden ampliamente de las que se atribuían por el Estatuto de la Publicidad al Jurado por él establecido y, sobre todo, dichas funciones se ejercen indistintamente sin cuidado de la naturaleza material de la controversia o conflicto.

Pero antes todavía de pasar al análisis concreto de las sentencias es preciso dejar aquí sentada una conclusión de todo cuanto se ha dicho, conclusión que no puede ser otra que la ya anticipada de que son varios los puntos de vista jurídicamente relevantes desde los que puede ser enjuiciada la actuación de Autocontrol. De la misma manera que una sanción jurídica negativa para la actuación en alguno de los casos no puede servir para negar la pertinencia de la actuación en otros, una sanción positiva para una concreta actuación no puede servir de patente de corso para cualquiera otra. La complejidad del fenómeno publicitario y las variadas formas de abordarlo impiden establecer un juicio en bloque sin distinciones ni matices, ni en un sentido ni en otro, sobre la labor que desempeña la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Publicitaria.

Insisto en que las sentencias que aquí se comentan se centran fundamentalmente en la decisión sobre la pertinencia de que el Jurado de Autocontrol dicte una resolución calificadora de la publicidad difundida por quien no era miembro de la Asociación al difundirla, ni se sometió voluntariamente a ninguno de los modos de actuar de Autocontrol.

IV. ADECUACIÓN DEL CAUCE POR EL QUE SE DESENVUELVE LA ACTUACIÓN DE AUTOCONTROL A LA MATERIA CONTROVERTIDA

La demanda judicial se interpone por la entidad que había difundido un folleto publicitario en favor de uno de sus productos y que fue objeto de reclamación ante Autocontrol por un competidor de la anunciante actora. La reclamación dio lugar a la intervención del Jurado una vez que, al parecer, se habían rechazado por la reclamada las vías de la mediación y el arbitraje. También se expresó por ella el rehúse a someterse a la actuación del Jurado, no obstante lo cual éste desarrolló un proceso sin comparecencia de la reclamada dirigido a calificar su publicidad. Terminó el Jurado

declarando el 3 de junio de 2002 que el folleto infringía el “principio de legalidad” y el de “veracidad”, así como contenía una comparación no aceptable, todo ello de conformidad con el Código de Conducta Publicitaria, por lo cual instaba a la reclamada anunciante a rectificar su publicidad del modo que la propia resolución establecía.

Como es claro, en tal caso se trataba de la intervención del Jurado de Autocontrol en aplicación de las normas del Código de Conducta Publicitaria, es decir, de lo que podemos llamar aplicación de la disciplina deontológica de la publicidad. Al parecer, el Jurado intervino por cuanto la reclamada ante Autocontrol rechazó, como he dicho, las otras dos vías que la Asociación tiene apercibidas para la solución de conflictos, a saber la mediación y el arbitraje.

Debe subrayarse en este momento que el ofrecimiento de cualquiera de las vías de la intervención de Autocontrol en un caso como el presente supone la creencia que cada una de ellas puede ser utilizada sin cuidado de su adecuación a la naturaleza de la cuestión planteada en cada caso. En el que nos ocupa, se trataba de una reclamación formulada por considerar que la publicidad de la reclamada –actora y recurrida– infringía la normativa deontológica de la publicidad.

Con independencia del juicio que merezcan las normas de carácter deontológico en el marco de una sociedad democrática que, por lo tanto, se organiza políticamente en un Estado de Derecho que para serlo ha de venir presidido por la “rule of law” en su clásica definición, lo cierto es que los Códigos de Conducta publicitaria, elaborados por Autocontrol o por cualquier otra Asociación, pretenden acoger una disciplina general de la publicidad como fenómeno de comunicación al público. Las cuestiones que abordan los Códigos pertenecen al terreno de la calificación de la publicidad a los fines de que ésta se mantenga dentro de unos límites que impidan perniciosos efectos disfuncionales para los valores y bienes afectados por la publicidad.

Vistas así las cosas, la disciplina deontológica de la publicidad constituye un instrumento de índole represora de lo que, según las normas de la disciplina, es un acto publicitario reprobable que en cuanto tal debe ser eliminado de la vida social. En este sentido, aquella disciplina configura una suerte de acto de análoga naturaleza a la del acto ilícito en el terreno de una disciplina jurídica. Más aún, puesto que la disciplina deontológica se articula desde un público interés en preservar los bienes y valores de la sociedad, ella se asemeja a una disciplina de orden penal en el plano de la disciplina jurídica.

Si ciertamente en la búsqueda del remedio de la lesión o el daño producido a una víctima del acto ilícito o reprobable puede utilizarse la vía de la mediación o del arbitraje, ni una ni otra de estas dos vías es cauce adecuado para determinar si el acto tiene o no ese carácter.

Y debe notarse que aunque la cuestión de la calificación se planteó por un competidor del anunciante cuya publicidad originó la reclamación, esa cuestión no puede considerarse como un conflicto o controversia entre ambos competidores. Si la publicidad puede ser considerada reprobable desde el punto de vista de la disciplina deontológica, no cabe que la aplicación de ésta pueda desembocar en un arreglo entre el anunciante y quien planteó la cuestión gracias a una mediación o a un arbitraje.

Sin embargo, esta cuestión, a mi modo de ver, importantísima, no fue objeto de especial consideración ni por parte del juzgador de primera instancia ni por parte de la Audiencia. Seguramente eso se debió a que no fue planteada por la demandante que lo único que pretendía era que se estimase nula y causante de un daño la resolución del Jurado de 3 de junio de 2002.

Conviene insistir en que del hecho de que las sentencias no contengan pronunciamiento sobre la cuestión de que ahora trato no debe seguirse que los órganos judiciales sancionan favorablemente que cualquiera de los aspectos relevantes para las normas jurídicas o deontológicas puede someterse indistintamente a las vías de la mediación, del arbitraje o de la jurisdicción o intervención del órgano Jurado. Al haber quedado al margen del proceso en sus dos instancias, esa cuestión queda imprejuizada y por lo tanto de la misma manera queda imprejuizado cuanto se refiere a la igualmente necesaria ponderación de los lugares desde los que cabe dar tratamiento jurídico o ético o deontológico al fenómeno de la publicidad. Me refiero a los centros constituidos por los legítimos intereses implicados por ella y que son el objeto de la protección dispensada por la norma pues la cuestión debe merecer un tratamiento diferente en cada caso según se plantee la reclamación por un competidor del anunciante o por quien no lo sea sino, por ejemplo, se trate de un consumidor o usuario o por una organización representativa de los intereses de éstos.

En el fondo, y aún a riesgo de resultar repetitivo, no es impertinente señalar que uno es el plano de las cuestiones que pueden plantearse en relación con la publicidad por considerarse reprobable en su dimensión de comunicación colectiva y otro el plano de las variadas cuestiones que pueden deberse a diferencias entre partes en un contrato atinente a la publicidad o concluido a partir de ella. Porque en el primero de los planos

indicados, la cuestión afectará o bien a la publicidad como instrumento de competencia mercantil o bien a la publicidad como generadora de riesgo para los legítimos intereses de sus destinatarios como clase o grupo. En todo caso, la cuestión hará llamada a la disciplina de la publicidad como fenómeno social que afecta a la competencia en sí o que afecta a los derechos o bienes protegidos de la clase de los destinatarios. Si afecta al bien jurídico de la competencia, para conocer la aceptabilidad o no de la publicidad en todo caso no puede tomarse en consideración el interés propio del competidor reclamante sino el de todos los agentes en el mercado de que se trate ya sean competidores ya sean consumidores o usuarios, puesto que lo que ha de valorarse es la posible afectación del buen funcionamiento del mercado de manera objetiva que opera a favor tanto de unos como de otros sujetos actuantes en ese mercado. El interés del solo reclamante contra la publicidad de un anunciante no puede ser medida de la calificación de la publicidad en función de su disciplina, sin perjuicio de que pueda serlo por incidir en el supuesto de hecho del acto ilícito desde el punto de vista jurídico, sea meramente ilícito civil o sea incluso ilícito penal. Y debe advertirse que respecto de este supuesto no puede admitirse que la calificación se produzca más que a partir de normas jurídicas o bien, siempre que el ilícito no se sancione con una pena, por criterios de equidad.

Pero una disciplina deontológica de la publicidad no puede ser sede adecuada para definir actos reprobables por lesionar algún bien de un solo sujeto, sin perjuicio del sistema de aplicación de la norma jurídica o del principio de equidad, porque esta situación de que un solo competidor sea víctima de un acto publicitario sí puede ser dirimida si es que el acto no es constitutivo de delito, por la vía de la mediación o del arbitraje que una asociación como Autocontrol puede legítimamente ofrecer no sólo a sus asociados sino al público en general.

Si de la contemplación de la publicidad como instrumento de competencia mercantil pasamos, todavía dentro del primero de los planos que se han indicado, a su consideración como generadora de riesgo o peligro para los derechos o legítimos intereses de los destinatarios de la publicidad o a los que ella alcanza en cuanto receptores del mensaje publicitario, es claro que también desde este punto de vista la disciplina de la publicidad debe entenderse como un medio preventivo de la situación de riesgo o peligro difuso⁹ y, por consiguiente extraído del campo de la composición de

⁹ Para mayores detalles, mi *Curso* p 119, 220, etc.

intereses entre anunciante y uno o varios pertenecientes a la “clase” de los destinatarios portadores de los difusos intereses.

En suma, en el plano de la aplicación de la disciplina de la publicidad como comunicación colectiva o, si se quiere, social, si la norma protege la competencia en el mercado, por ser ésta un bien jurídico sobre el que recae un interés público, ni la mediación ni el arbitraje son cauces idóneos para llevar a realización la norma. Pero tampoco lo son si la disciplina tiende a que se mantengan indemnes los derechos de cada uno de los pertenecientes al grupo de los destinatarios del mensaje publicitario, pues que si bien los derechos en cuanto tales son de la titularidad de cada uno, el interés en que no se pongan en peligro esos derechos es un interés “difuso” que alcanza a todos los pertenecientes el grupo como “clase”. Otra cosa distinta es que, ya producida la lesión al derecho de un sujeto concreto, éste pueda acudir a la mediación y al arbitraje como cauces para resolver cuanto se refiere al resarcimiento porque esto sí es materia disponible por el propio sujeto.

Sin embargo, es bien sabido que en la actualidad, a partir del reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios y de la necesidad de protegerlos, se han acuñado las llamadas acciones de clase para cuyo ejercicio están legitimadas las organizaciones representativas de la clase; por lo demás, a estos efectos se ensancha el concepto de consumidor y usuario para alcanzar prácticamente a todos los grupos de destinatarios de los mensajes de publicidad. Una vez que se admiten las acciones de clase, la “legitimación representativa”¹⁰ para interponerlas permite que pueda dirimirse el conflicto por la mediación o el arbitraje como cauces alternativos a los órganos jurisdiccionales. Pero debe ser subrayado que las acciones de clase sólo se conciben en favor de los destinatarios de la publicidad y no de los anunciantes; el remedio contra los ataques a la competencia en el mercado no queda confiado a la iniciativa de los pertenecientes a una supuesta “clase” de competidores y ni siquiera a todos ellos mediante la figura de una acción de clase. Esto no significa en modo alguno que el acto desleal de competencia no pueda tener como víctima a un solo competidor o a alguno de ellos, pero aunque así sea el acto será constitutivo de un ilícito concurrencial respecto del que no cabe que la víctima disponga sobre otra cosa que no sea aquello que le pueda afectar personalmente del acto pero no del significado y las consecuencias del acto como ilícito que vulnera la competencia en el mercado.

¹⁰ A. DE LA OLIVA SANTOS- I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Madrid. (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.) 2000 p. 132 y s.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL...

Propiamente, pues, la mediación o el arbitraje que Autocontrol dispensa encuentran su sede adecuada en el segundo de los planos indicados antes, esto es en relación con cuestiones que conciernen a derechos privativos de quienes han sido parte de un contrato o han sido autor y víctima de un ilícito por el que deba resarcirse o indemnizarse a esta última¹¹.

En el procedimiento que concluyó con la sentencia que nos ocupa, la entidad actora vio reclamada la publicidad en favor de uno de sus productos por parte de un competidor en el mercado sobre la base de la infracción de normas integrantes de la disciplina de la publicidad. No deja de ser llamativo que Autocontrol ofreciera el cauce de la mediación o el arbitraje para resolver la cuestión suscitada por la reclamación, pero aunque la circunstancia del ofrecimiento de aquellos cauces se hizo constar en la demanda no se extrajeron de ella consecuencias a efectos de plantearla como cuestión que debía ser resuelta. Quizá aunque se hubiera planteado no habría sido objeto de pronunciamiento por parte del órgano judicial en la sentencia de primer grado, puesto que ni la mediación ni el arbitraje habían tenido lugar y la resolución del caso había de centrarse en la pertinencia de la actuación del Jurado, que fue el cauce utilizado ante el rehúse por la reclamada, actora, recurrida de los otros dos, y, como señala la Sentencia de primer grado, en el juicio relativo a determinar aquella pertinencia bastaba atenerse a lo alegado por la actora sobre que ella no era miembro de Autocontrol al realizar la publicidad objeto de reclamación ni cuando el Jurado intervino tampoco había admitido la intervención de esa Asociación en cualquiera de sus manifestaciones. Esta circunstancia de ajenidad es, por lo demás, igualmente significativa o decisiva a efectos del juicio relativo a la pertinencia de la mediación, del arbitraje o del procedimiento del Jurado. Por esa razón, ni la sentencia del juez de Primera Instancia pasa de ahí, ni la de Apelación se detiene en otra cosa que no sea esa misma falta de voluntad por parte de la actora y recurrida de someterse a la intervención de Autocontrol, operada en el caso mediante la actuación de su Jurado.

V. NATURALEZA DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO DE AUTOCONTROL

Como acabo de señalar al final del epígrafe anterior, la primera y esencial enseñanza que se contiene en las sentencias que nos ocupan es que tanto la mediación

¹¹ *Curso* cit. p. 220-222

como el arbitraje como el procedimiento ante el Jurado de Autocontrol suponen medios de solución extrajudicial de controversias con independencia de la materia controvertida.

La característica esencial, en cuanto necesaria, de los sistemas de solución extrajudicial de controversias es la voluntariedad¹². Se admite que el sometimiento voluntario al sistema se realice caso por caso o se deduzca de la pertenencia a una Asociación que tenga entre sus fines estatutarios resolver extrajudicialmente las controversias entre sus miembros.

En el caso quedó acreditado que al difundir la publicidad que fue objeto de reclamación ante Autocontrol la entidad anunciante reclamada no “pertenecía” a la Asociación como asimismo también se acreditó que no aceptó someterse ni a la mediación ni al arbitraje ni al procedimiento ante el Jurado. Consiguientemente éste se desarrolló por completo al margen de la entidad anunciante que luego resultó ser actora en el procedimiento judicial y finalmente recurrida ante la Audiencia Provincial.

A estos efectos es de gran importancia la interpretación que el juzgador hace del artículo del Reglamento del Jurado que faculta a éste para la solución de conflictos entre sus asociados y entre terceros, es decir no asociados. Según la sentencia, el Reglamento no puede entenderse en este punto más que en el sentido de que los terceros habrán tenido que manifestar su sometimiento voluntario al procedimiento del Jurado. E incluso señala la sentencia que el sometimiento ha de ser expreso sin que quepa atribuir a ese fin eficacia al silencio o a la inactividad subsiguiente a la recepción de una oferta realizada por Autocontrol relativa a que si no manifiesta una voluntad contraria se entiende que se somete a la actuación del Jurado.

¹² Respecto del arbitraje, el requisito de la voluntariedad se impone en su Ley reguladora; respecto de la mediación es de interés señalar que desde 1 de septiembre de 2004 un Centro de Paneles de Controversias de la Cámara de Comercio Internacional administra una mediación comercial. G. STAMPA en *La Gaceta de los Negocios* de 1 de febrero de 2005 señala que esa mediación se inspira “en los Paneles de Resolución de Controversias presentes desde 1960 en *contratos* americanos e ingleses.- y adoptados en 1995 por los contratos FIDIC” (los subrayados, míos). El citado autor explica a continuación la naturaleza de la mediación comercial que se administra siempre en relación con las controversias surgidas de contratos y sobre la base de un contrato de arrendamiento de servicios suscrito con los miembros del Panel por las partes en aquél. Es de singular interés que esta mediación comercial se configura como un primer paso en la resolución de controversias y que de no alcanzarse solución satisfactoria se pasará el arbitraje o la jurisdicción. No puede evitarse el recuerdo de los tres pasos en que se desenvuelve la actuación de Autocontrol. Pero en todo caso el fundamento de la mediación y el arbitraje reside en la voluntariedad.

UN LÍMITE AL PODER AUTORREGULADOR DE AUTOCONTROL...

De aquí se concluye en la sentencia que la resolución que el Jurado dictó con fecha de 3 de junio de 2002 adolecía del elemento esencial del acuerdo previo por lo que el Jurado carecía de legitimidad para actuar y por consiguiente su resolución es inexistente jurídicamente hablando.

Al considerar que el sometimiento voluntario a la actuación del Jurado es un elemento esencial para que pueda éste dictar una resolución, carece de interés proceder al análisis de si en aquélla actuación el Jurado observó o no las normas que impone su propio Reglamento en salvaguarda de los principios de audiencia, contradicción y defensa. Por lo mismo, la sentencia de primer grado excluye el análisis de si en el caso se han respetado o no las formas procesales según requieren los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Declara la sentencia que no procede hacer el pronunciamiento solicitado por la actora acerca de la nulidad de la resolución por contraria al orden público; pero adviértase entonces que implícitamente se descarta el valor que debería reconocerse al positivo cumplimiento por Autocontrol de las normas procedimentales para justificar su actuación, o dicho de otro modo, que el solo cumplimiento de esas normas no asegura la validez e incluso licitud de la actuación del Jurado. Tiene primacía en el test de validez jurídica de la resolución del Jurado el hecho de la sumisión voluntaria de las partes. La ausencia de ésta, deja sin interés el segundo nivel de comprobación.

Es interesante reparar en lo que la sentencia de la Audiencia dice. Expresamente señala que “la demandante (no) ha ido contra sus propios actos” ni tampoco ha procedido con abuso de derecho. Y es de interés esto porque parece que la demandada y recurrente Autocontrol mantenía que el hecho de que la actora hubiese presentado su demanda contra la validez y eficacia jurídica de la resolución del Jurado iba contra actos propios de la actora así como que representaba un ejercicio abusivo del propio derecho. Veamos la cuestión tal y como la resuelve la Audiencia.

De su Sentencia se deduce que para la demandada y recurrente, Autocontrol, la cuestión se considera incurso en el ámbito de aplicación de la –delicada- doctrina de los actos propios a causa de que entre Autocontrol y la organización empresarial a la que la demandante recurrida pertenecía existía un convenio por el que se encargaba a la primera la aplicación de un Código de Buena Conducta elaborado por la segunda. Parece que por virtud de este convenio, según Autocontrol, quedaba establecida la aceptación por la actora de la legitimidad de la intervención de esa Asociación respecto

de la publicidad que hubiese efectuado aquella en cualquier momento anterior. La sentencia tiene buen cuidado de establecer que el convenio de referencia se había concluido con posterioridad a la ejecución de los actos publicitarios que habían sido objeto de análisis en la resolución del Jurado. Sigue siendo, pues, incontrovertible que ni en el momento de difundirse la publicidad sometida a debate ni en el que se desenvuelve la intervención de Autocontrol, de ninguna manera existía ningún vínculo, ni directo ni indirecto, entre Autocontrol y la actora así como que tampoco ésta expresó su voluntad de someterse a la intervención de la primera. Queda, incólume por consiguiente que la actuación del Jurado no se sujetó a la exigencia de voluntariedad que es requisito o presupuesto para su válida actuación jurídica.

Realmente no deja de ser sorprendente que se traiga aquí a colación la doctrina de los actos propios que, como es natural, la Audiencia rechaza sin prestarle mayor atención; pero, al resaltar que la fecha del convenio es posterior a la actuación del Jurado como razón para sostener que dicha actuación no fue voluntariamente consentida por la actora, está implícitamente reconociendo que en el caso en cuestión no hay lugar para la aplicación de la doctrina de los actos propios. Dejando al margen otras cuestiones relativas a esa discutible doctrina, en el caso en que nos encontramos sólo hubiera podido invocarse –insisto en que con todas las reservas inherentes a la doctrina– si la vigencia del convenio entre Autocontrol y la organización empresarial a que pertenece la actora se entendiera como renuncia al derecho de ésta a que la actuación de Autocontrol referente a su publicidad efectuada con anterioridad se desarrollara sobre la base del régimen de voluntariedad conocido. Pero naturalmente el convenio de marras ni tiene esa significación ni ésta pueda serle atribuida. El convenio se limita a programar la actuación de Autocontrol para cuanto ocurra en relación con lo en él previsto con posterioridad al momento de su vigencia. Y esto no tiene nada que ver con la doctrina de los actos propios. Pretender que el acto de aceptación de la actuación de Autocontrol para el futuro supone un acto que hace ineficaz el ejercicio de la acción judicial o la interposición de la demanda por la actora en razón de la doctrina de los actos propios está fuera de lugar, pues la acción judicial que la demandante ejercita surge de un acto anterior a la conclusión del convenio y que consumó su propia eficacia jurídica con anterioridad a ese momento. La desestimación de la demanda de la actora en virtud de la existencia del repetido convenio no podría sustentarse en la aplicación de la doctrina de los actos propios que carecería aquí de presupuesto, sino que representaría

pura y simplemente otorgar eficacia retroactiva al propio convenio por someter a su ámbito actuaciones jurídicas establecidas en momento que todavía no estaba vigente. Y para esa extensión hacia atrás de su vigencia no se encuentra, al parecer, nada previsto en el convenio. Es plenamente ajustado a Derecho, pues, que la sentencia desestime el argumento de que la actora al interponer su demanda actuó contra actos propios. Como igualmente me parece que lo es el rechazo de que el ejercicio de la acción judicial de la actora constituye un abuso del propio derecho previsto en el artículo 7 del Código Civil.

En suma, en la emisión de sus resoluciones el Jurado actúa como un medio para la solución extrajudicial de controversias y así actuó en el caso en cuestión por lo que al faltar el elemento de voluntariedad en someterse al Jurado por parte de la que fue reclamada ante el Jurado y luego actora y recurrida en el proceso judicial, la resolución de ese órgano Jurado dictada en este caso carece de apoyo jurídico y a todos los efectos debe tenerse por inexistente. A este fin, son irrelevantes las asistencias que puedan prestar al sistema de autorregulación las normas comunitarias o las del ordenamiento interno español. No se trata en este caso de poner en cuestión el sistema propiamente dicho sino el alcance de su eficacia según la condición necesaria de voluntariedad. Pero además bueno será recordar aquí que el hecho de que un sistema autorregulador pueda encontrarse asistido para su posibilidad de existir con eficacia jurídica en los segmentos legales de los ordenamientos jurídicos no implica que todo lo que el sistema produzca cuente con un marchamo de garantía jurídica que le dote de validez y de eficacia.

Existiendo un conflicto de los que tienen que resolverse de modo necesario, que es lo propio de los conflictos jurídicos, la resolución ha de efectuarse o bien por los órganos jurisdiccionales que son los constitucionalmente configurados a ese fin y que actúan eficazmente incluso contra la voluntad de alguna de las partes o bien por personas u organizaciones a las que voluntariamente confían las partes la resolución del conflicto. Esta es la doctrina que expresan las dos sentencias recaídas en el caso que se comenta, con las que no cabe más que mostrar un total acuerdo. Según esto, cuando de resolver una controversia se trata, no cabe más que acudir a los órganos jurisdiccionales o a los sistemas extrajudiciales de resolución consistentes con el superior sistema legal. No existe posibilidad de un *tertium genus*. Pero para que opere el subsistema extrajudicial se necesita el sometimiento voluntario de la parte con la que debe dirimirse la controversia. Mas si este sometimiento no se produce, no sufre el sistema extrajudicial de solución de controversias de que se trate una mutación en otra cosa

distinta, ni el resultado de su actuación en contra de la voluntad de una de las partes puede tener unas consecuencias o efectos con algún significado jurídico.

Esta sabia doctrina se deduce de una no menos sagaz interpretación del sentido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución que se complementa con la atribución exclusiva y excluyente de la jurisdicción a los órganos judiciales que opera el artículo 117 del texto fundamental. El derecho y la atribución operan tanto positiva como negativamente. De manera positiva, en cuanto que todos tenemos derecho a que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, del sistema extrajudicial voluntariamente aceptado quienes se pronuncien sobre la controversia. Pero, y en este caso es lo más importante, negativamente todos tenemos derecho a que nadie que no pertenezca a la jurisdicción o al sistema extrajudicial elegido pueda juzgar nuestra conducta y sus resultados.

Según esta, insisto, para mí sabia doctrina, el Jurado de Autocontrol o actúa sobre la base de la aceptación de los implicados en la resolución que pueda dictar o debe abstenerse de actuar.

VI. LAS RESOLUCIONES DEL JURADO NO SON MERAS OPINIONES

De conformidad con lo que acaba de decirse, no cabe argumentar, como al parecer hizo Autocontrol, que la resolución del Jurado al no ser voluntariamente aceptado el procedimiento carece de fuerza vinculante para la actora y recurrida que por lo tanto no podría ser obligada a llevar a ejecución lo que en la resolución se contenía. Según la Asociación, para casos como el de autos las resoluciones no expresan más que una opinión que goza de la autoridad de que están investidos los miembros del Jurado y que puede ser tomada y difundida libremente al amparo del artículo 20 de la Constitución. Frente a este modo de ver las cosas se alza que el Jurado al actuar como tal, lo hace siempre como un órgano que decide acerca de una controversia y no como emisor de una simple opinión relativa a la publicidad de un anunciante.

La naturaleza del Jurado y de sus resultados: las decisiones, no pueden depender del grado de aceptación que haya tenido la actuación de aquel órgano, del grado de su eficacia vinculante. Como se ha señalado antes, al dirimir el Jurado una verdadera controversia, su resolución desfavorable para un anuncio no expresa un parecer personal crítico, perfectamente legítimo, sino una opinión dirigida a proscribir la publicidad, que de este modo queda estigmatizada. Y esto ya no es legítimo ni, por lo tanto, puede

considerarse cubierto por el derecho a la libertad de expresión del art. 20 de la Constitución.

Nótese, en efecto, que aquí no se trata de la emisión de un simple parecer personal sino de una opinión formada, de un lado, mediante unos procesos externos relativos a la comprobación de hechos y, del otro, por unos procesos internos consistentes en la formación lógica del juicio a partir de esos hechos y de la valoración normativa. El parecer del Jurado es un parecer formulado sobre hechos y fundado en normas producidas en el seno de una institución social a la que se le reconoce legitimidad para expresar pareceres u opiniones de tal índole. Esta es la idea que expresa la Sentencia de la apelación al decir que con la resolución del Jurado “no se emitió libremente un pensamiento, creencia u opinión, sino una condena o reproche formal emitido por un órgano decisorio de conflictos”.

La conclusión a que llega la sentencia a partir de la naturaleza de la resolución del Jurado por el significado que socialmente alcanza el reconocimiento de su función propia, convierte en inaceptable la tesis de que al no vincularle la resolución a quien, como la actora, no se sometiera a la actuación del Jurado, ésta no tiene efectos desfavorables para ella, mientras que impedir esa actuación y su difusión representa cercenar el derecho a la libertad de expresión de Autocontrol.

Este punto de vista es indefendible no sólo porque, como se ha dicho, la opinión del Jurado en sus resoluciones dista de ser una opinión genérica de una persona o grupo cualquiera, sino porque, además, las resoluciones del Jurado sí son vinculantes para todos los miembros de Autocontrol y, en particular por lo que aquí interesa, para los medios de comunicación que integran la Asociación. Estos medios no deberán difundir la publicidad proscrita por la resolución si desean verse libres de la sanción estatutaria correspondiente. La no vinculación de la actora a la resolución del Jurado no implica, pues, que ésta carezca de toda eficacia jurídica para ella, porque vería cerrados los medios integrados en Autocontrol para la difusión de su publicidad. Y notemos que esta eficacia es consecuencia de que la resolución es una verdadera resolución, aun cuando no hubiese participado voluntariamente en el proceso del Jurado una de las partes. Esta circunstancia no extrae a la resolución del Jurado del ámbito de los actos de la naturaleza de resolución extrajudicial de conflictos. La resolución del Jurado emitida sobre publicidad de quien ni es miembro de Autocontrol ni acepta someterse al procedimiento, es algo cualitativamente distinto de una opinión negativa o crítica acerca

de esa publicidad y constituye una verdadera proscripción de la publicidad enjuiciada con el consiguiente estigma para el anunciante.

Por consiguiente, no es impertinente declarar la inexistencia de la resolución del Jurado en nuestro caso o su nulidad de pleno derecho; semejante declaración impide que la resolución pueda producir efectos jurídicos en ninguno de los planos en que éstos podrían apreciarse.

La estigmatización del anunciante condenado se extiende a un amplio círculo social si, como es el caso, la resolución del Jurado se publica en el Boletín de Autocontrol y se difunde además mediante su página web. Esto agrava, que no cambia, el efecto estigmatizador, pero además es claro que ello puede causar un daño que debe ser reparado. Por eso, es lógico que a la declaración de nulidad o inexistencia de la resolución se una la condena a Autocontrol a la reparación del daño causado a la actora con la emisión y difusión de la resolución del Jurado.

VII. LA INDEBIDA ACTUACIÓN DEL JURADO COMO ACTUACIÓN ILÍCITA EN SENTIDO ESTRICTO

Ciertamente, una vez que se ha comprobado que falta el requisito para la validez y eficacia jurídica de la actuación del Jurado, ésta constituye además una actividad contraria a derecho o, si se quiere, ilícita como expresamente señala la Sentencia de primer grado. Nótese que es ilícita la mera actuación del Jurado hasta la emisión de su resolución. Publicarla o difundirla es una nueva dimensión de la ilicitud que puede generar además daños y perjuicios indemnizables.

De acuerdo con estas consideraciones, la parte dispositiva en la sentencia declara que “la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial ha actuado de forma ilícita al dictar la resolución de tres de junio de 2002 y publicarla en su revista mensual y página web”: Al no haber admitido el recurso de apelación en que cabalmente se combatió la sentencia de instancia en este punto, la de apelación hace suyo el pronunciamiento anterior.

Del acto ilícito surge, como es sabido, la obligación de reparar el daño causado. En ninguna de las dos instancias la sentencia duda sobre la producción de un daño moral para la actora por la lesión infligida a su crédito comercial. Tampoco dudan las sentencias sobre la necesidad de reparar ese daño por la demandada. Pero entienden que no habiéndose acreditado el *quantum* del daño por la actora, la reparación del daño

moral se obtiene condenando a la demandada Autocontrol a publicar la sentencia en su revista mensual y en su página web durante un plazo de tres meses.

VIII. CONCLUSIONES

Aun cuando de la lectura del presente trabajo se deducen sin gran esfuerzo sus conclusiones, me parece útil enumerarlas aquí con brevedad, dada la importancia que encierran las sentencias de referencia por ser, en lo que conozco, las primeras que se han dictado acerca de los límites dentro de los que la actividad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial puede ser jurídicamente válida y eficaz.

a) La actuación de la Asociación (Autocontrol) cualquiera que sea –mediación, arbitraje o proceso ante el Jurado- consiste en un sistema de resolución extrajudicial de controversias.

b) Dicha actuación en cualquier caso presupone que exista voluntad de las partes de someterse a ella. Esta voluntad, puede manifestarse por la integración como miembro de Autocontrol o, en otro caso, bien en el momento en que se le invite por ésta a someterse, o bien se produzca el sometimiento por propia iniciativa del sujeto. En estos casos la voluntad debe ser expresa. Al margen de esta conclusión queda cuanto concierne a las exigencias lícitas que Autocontrol pueda imponer en cada caso para establecer las condiciones de sus actuaciones con quien así lo pretenda.

c) Una actuación del Jurado al margen de la autonomía de la voluntad es un hacer inexistente en Derecho que no puede producir ningún efecto desfavorable para quien no se sometió voluntariamente a esa actuación. Las consecuencias que pueda tener la publicación de las resoluciones del Jurado se consideran efectos lesivos derivados de una actividad antijurídica que, por consiguiente, deben ser reparados.

d) Las sentencias a que se refiere el presente trabajo únicamente resuelven la cuestión del vigor jurídico que puede tener una actuación del Jurado que concluye en una resolución sobre la publicidad difundida por quien no es miembro de Autocontrol ni acepta someterse al Jurado. De acuerdo con las conclusiones anteriores, se declara inexistente la resolución del Jurado y su ineficacia para la actora, que en cuanto sufrió la lesión al crédito comercial por la publicación de la resolución resulta víctima de un ilícito que debe ser reparado.

La sentencia de la Audiencia resuelve nada menos que eso, pero sólo eso, porque sólo eso fue lo que se sometió a enjuiciamiento por la actora. Por lo tanto, de

ninguna manera ha de servir esta sentencia como expresiva de doctrina relativa a cualquier otra de las muchas cuestiones que plantea la actuación de Autocontrol. Que la sentencia no haya creído oportuno entrar a elucidar de qué manera la actuación de autocontrol vulnera el orden público, cosa que se invocó por la actora, no significa en modo alguno que la actuación de Autocontrol no pueda nunca infringir el orden público. Que en ese caso no fuera necesario precisar esa violación para resolver sobre la pretensión de la actora no significa que la sentencia sancione que en todo caso la actuación de Autocontrol es conforme al orden público.

e) De lo anterior, hemos de deducir lo que me parece la conclusión más importante, a saber. Que, siendo muchos los flancos de la actividad y la función de Autocontrol, pueden plantearse distintas cuestiones jurídicas expresivas de diferentes problemas que han de ser resueltas a partir de principios y normas dispares.

Sería un error, en el que no debemos caer, deducir de la Sentencia que porque un subsistema de autorregulación de la publicidad tenga cabida en el más amplio sistema jurídico y, en consecuencia, exista y porque aquel subsistema se desenvuelva por cauces extrajudiciales de solución de controversias ya ese subsistema con tal de ser voluntario, puede actuar sin restricciones y con efectos distintos en diferentes órdenes de la realidad.

Que una deducción semejante no es procedente se acredita al comprobar que en relación precisamente con determinadas funciones que a Autocontrol le gustaría realizar respecto de la competencia mercantil, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado una Resolución desfavorable para la Asociación, que será objeto de próximo e inmediato comentario, y que expresa con toda claridad la procedencia de discernir con cuidado sobre el ámbito y el alcance de las actividades o funciones de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Publicitaria.