

## **RESOLUCIÓN (Expte. A 356/05, Código PAOS)**

### **Pleno:**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente  
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal  
D. Miguel Comenge Puig, Vocal  
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 2 de enero de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 356/05, 2637/05 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC), iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular, formulada al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) para el establecimiento de un *Código de Autorregulación Publicitaria de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud* (Código PAOS, el Código).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Mediante Providencia de la Directora General de Defensa de la Competencia de fecha 6 de septiembre de 1999, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación del expediente 2637/05. Del citado Acuerdo se dio el oportuno traslado al solicitante, según dispone el artículo 36.3 de la LDC.
2. El 20 de diciembre de 1999, se formalizó nota extracto a los efectos de trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992. El aviso se publicó en el BOE nº 224, de 19 de septiembre de 2005, sin que como consecuencia de ese trámite se produjesen comparecencias o alegaciones por parte de terceros.
3. Con fecha 21 de diciembre de 1999, el Servicio solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y

Usuarios previsto en el artículo 38.4 LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992.

4. El 4 de octubre de 2005 se recibió en el Tribunal el informe preceptivo del Servicio junto con el expediente. Por Providencia de 20 de octubre de 2005, el expediente fue admitido a trámite.
5. El 10 de noviembre de 2005, el SDC remitió el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios que no presenta alegación alguna.
6. El 15 de noviembre de 2005 FIAB presentó un escrito de alegaciones y solicitud de audiencia.
7. El Tribunal, en su sesión plenaria del 14 de diciembre de 2005, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.
8. Es interesada la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. FIAB solicita autorización singular para la implantación, mediante acuerdo de las empresas que con carácter voluntario se adhieran, de un *Código de Autorregulación Publicitaria de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud* (Código PAOS), para establecer un conjunto de reglas que guíen a las compañías adheridas en el desarrollo, ejecución y difusión de sus mensajes publicitarios dirigidos a menores a partir del marco normativo que establece la legislación aplicable.
2. En su informe, el Servicio considera que se trata de un acuerdo entre empresas que autolimita su política publicitaria y, en esa medida, restringe la competencia entre ellas en un factor importante de su política comercial, siendo por tanto un acuerdo de los tipificados en el artículo 1 LDC, para cuya práctica se requiere la autorización singular contemplada en el artículo 3 LDC que prevé la posibilidad de autorizar acuerdos y conductas de las referidas en el artículo 1 que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores participar de sus ventajas, no impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los

objetivos del acuerdo y no consientan la posibilidad de eliminar a competidores.

3. Con respecto al cumplimiento de estas condiciones exigidas por el artículo 3 LDC, el Servicio estima que la limitación de la autonomía comercial que supone la adhesión al Código PAOS cumple el requisito previo de contribuir a mejorar la comercialización o el progreso, puesto que procura la protección de un interés general como es la salud de los menores de edad. Igualmente considera el Servicio que, por la misma razón, consumidores y usuarios participarán de las ventajas del acuerdo que establece el Código PAOS.

Sin embargo, considera el Servicio, apoyándose en la doctrina del Tribunal contenida en la Resolución A 338/03, *Autorregulación Publicitaria FEBE*, que no se justifica la necesidad del dictamen previo (*copy advice*) que se establece en el mencionado Código PAOS.

En consecuencia, el Servicio se muestra favorable a la concesión, por un plazo no superior a cinco años, de la autorización solicitada siempre que se modifiquen las *normas de aplicación* del *Código*, suprimiendo la obligación de consulta previa vinculante, que supone una restricción no indispensable para el objetivo perseguido por el acuerdo.

4. En escrito de 14 de noviembre de 2005, FIAB alega que no procede aplicar el pronunciamiento del Tribunal en la Resolución del expediente A 338/03 citado por el Servicio por existir diferencias sustanciales en el Código para el que ahora se solicita autorización, como son la voluntariedad de las empresas (pertenezcan o no a FIAB) para someterse o no a dicho *Código*, el hecho de que el control previo sólo se aplica en el horario de protección reforzada de la infancia y en la consideración de que la protección del bien jurídico objeto del *Código*, la salud infantil, sólo puede ser eficaz evitando el impacto inmediato que algunas campañas de publicidad pueden tener en el público infantil.

También pone de relieve FIAB que, en el punto 5 del apartado 4 de las *normas de aplicación*, referente al control previo, se hace hincapié en que las empresas no harán uso publicitario de su sometimiento a tal control, aunque podrán presentar las consultas previas ante los Tribunales de Justicia, en caso de que surjan contenciosos.

Por último, reitera FIAB que el *Código* es fruto del compromiso adquirido con el Ministerio de Sanidad y Consumo tras la adopción de

la *Estrategia Naos* con presunción de validez y legalidad por ser normas ya aprobadas por poderes públicos.

5. El Tribunal considera que el Código PAOS de autocontrol publicitario va más allá de una simple recopilación de normas vigentes, ya que desarrolla, ejemplifica y amplía diversos preceptos legales, imponiendo, así, a las empresas que se adhieran voluntariamente al control, condiciones que no figuran explícitamente en los textos legales que desarrolla. De esta forma, al aceptar el código de autorregulación de la publicidad, las empresas renuncian a grados de libertad de que antes disponían para su estrategia comercial e incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el artículo 1 LDC.

Sin embargo, coincide el Tribunal con el Servicio y con FIAB en que el código de autorregulación, al tratar de limitar la publicidad de productos alimenticios dirigida a la población infantil, trata de contribuir a la protección de intereses generales como son la promoción de dietas saludables y la lucha contra el aumento de la obesidad infantil y hace partícipes de sus beneficios a los consumidores.

El Tribunal admite que pueden existir en este caso circunstancias que permitan autorizar el control previo de la publicidad destacando entre ellas, sobre todo, la especial vulnerabilidad del público objetivo de las campañas de publicidad a que se refiere esta autorregulación y la limitación del control previo a las franjas horarias de protección reforzada de la infancia.

Por ello, considera el Tribunal que, en principio, este código de autorregulación no impone a las empresas que voluntariamente se someten a él más condiciones que las indispensables para el logro de sus objetivos y que carece de aptitud para eliminar a posibles competidores por lo que se reúnen las condiciones necesaria para que el acuerdo correspondiente pueda ser autorizado.

No obstante, la autorización se concede sólo por un plazo de tres años con objeto de comprobar en su transcurso los efectos del control previo en las condiciones de competencia.

6. En las *Normas de Aplicación* del Código PAOS se establece la obligación de las empresas adheridas de plantear, con carácter previo al recurso a los Tribunales, sus reclamaciones contra la publicidad de otras empresas adheridas ante el Jurado de la Publicidad de Autocontrol, que tendrá también amplias facultades en el control de cumplimiento del Código.

El Tribunal ya tuvo ocasión de informarse sobre el funcionamiento y los principios de actuación del Jurado de la Publicidad en el expediente A338/03, antes citado, y sólo debe añadir aquí que la participación de dicho Jurado no exime a FIAB de la plena responsabilidad que le corresponde en el cumplimiento del Código que se autoriza.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

### **HA RESUELTO**

**Primero.-** Conceder la autorización singular solicitada por la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas para el *Código de Autorregulación Publicitaria de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud y sus normas de aplicación*, cuyo texto figura en el expediente del Servicio en los folios 220 al 235.

La autorización se concede por un período de tres años a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

**Segundo.-** Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia del *Código* que se autoriza.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que, contra la misma, no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.