

**VEINTE AÑOS DE RESOLUCIONES JUDICIALES
CIVILES Y MERCANTILES ESPAÑOLAS EN MATERIA
DE CÓDIGOS DE CONDUCTA:
Una repercusión todavía muy limitada**

Resumen: En España son muchos y muy diversos los códigos de conducta que actualmente se encuentran en vigor y que, como tales, tienen que producir unos determinados efectos. Sin embargo, son muchos los interrogantes que surgen actualmente en relación con la aplicación de dichos instrumentos. Y es que, ¿cuál es el valor jurídico de los códigos de conducta en caso de litigio? El presente estudio pretende arrojar algo de luz en este campo, en primer lugar a través de un examen de los conflictos en los que dichos instrumentos se han visto implicados, y a continuación a través del análisis distintas resoluciones emitidas en este sentido por los tribunales a lo largo de cerca de veinte años.

Summary: In Spain there is a great variety of codes of conduct which are now currently in force and must produce some particular effects. Nevertheless, there are many questions which arise when applying these codes. Which is the legal value of these codes of conduct in case of lawsuit? This study is done to try to clarify all these kind of questions, starting from the exam of those conflicts in which the codes of conduct have been involved and finishing with the analysis of the different resolutions given by courts related to this issue through nearly twenty years.

Palabras clave: autorregulación, casuística, códigos de conducta, eficacia jurídica, naturaleza jurídica, resoluciones judiciales.

Keywords: self-regulation, casuistry, codes of conduct, legal efficacy, legal nature, judicial resolution.

**VEINTE AÑOS DE RESOLUCIONES JUDICIALES CIVILES Y
MERCANTILES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE CÓDIGOS DE
CONDUCTA:
Una repercusión todavía muy limitada**

Índice de contenidos

INTRODUCCIÓN

I. – Una casuística reducida, dispar y de valor intrínseco en ocasiones limitado

1. – VEINTE AÑOS DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE CÓDIGOS DE CONDUCTA: UNA CASUÍSTICA DIVERSA, AUNQUE INTERRELACIONADA Y DESPROVISTA DE GRAN RELEVANCIA EN CUANTO AL FONDO

A) *Una casuística desigualmente distribuida y con una relevancia limitada en cuanto al fondo*

B) *Un doble nexo de unión ligado a la cuestión del carácter vinculante de los códigos de conducta*

2. – EL LIMITADO VALOR INTRÍNSECO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE NATURALEZA PÚBLICA Y DE CIERTOS USOS TERMINOLÓGICOS INUSUALES

A) *Los códigos de conducta administrativos, normas heterónomas e imperativas*

B) *Los usos atípicos del término código de conducta, a veces fuente de interesantes consecuencias*

II. – Unas resoluciones con un valor todavía implícito acerca de la naturaleza y efectos de los códigos de conducta

1. – EL CÓDIGO DE CONDUCTA, UNA HERRAMIENTA DE NATURALEZA HASTA AHORA INDETERMINADA EMPLEADA EN EL TERRENO CONTRACTUAL

A) *Los códigos de conducta en el contencioso del Derecho de la Contratación: un complemento habitual de las relaciones contractuales a largo plazo*

B) *¿Hacia un reconocimiento de la naturaleza contractual de algunos códigos de conducta?*

2. – EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL CON UN GRAN VALOR POTENCIAL

A) *El código de conducta empresarial, un sugerente instrumento de autorregulación susceptible de distorsionar la Competencia.*

B) *Un progresivo reconocimiento del valor normativo, interpretativo y vinculante de los códigos de conducta empresariales.*

ANEXO: LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN NUESTROS TRIBUNALES: DATOS MÁS SIGNIFICATIVOS

- I. Relación de resoluciones estudiadas**
- II. Distribución de las resoluciones por tribunales**
- III. Distribución de las resoluciones por temáticas**

Olivier Soro Russell

Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada

VEINTE AÑOS DE RESOLUCIONES JUDICIALES CIVILES Y MERCANTILES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE CÓDIGOS DE CONDUCTA: UNA REPERCUSIÓN TODAVÍA MUY LIMITADA

Olivier Soro Russell
Becario FPU MEC
Dpto. Derecho Civil UCM

INTRODUCCIÓN¹

1. A nadie se le escapa que los códigos de conducta son hoy toda una realidad. A estas alturas del siglo XXI, casi cualquier persona medianamente observadora del entorno en que vive se habrá percatado de la gran cantidad de códigos de conducta –a veces también llamados códigos de buenas prácticas- que, desde hace relativamente pocos años, vienen floreciendo en los diversos sectores de nuestra sociedad.

2. Buena muestra de su existencia es la información que, acerca de ellos, se puede encontrar con relativa facilidad en ese *maremágnum* de datos que es Internet. Así, si introducimos en Google –por poner un ejemplo de buscador conocido- el término hispano² “código de conducta”, encontraremos nada más y nada menos que ¡4.410.000 resultados! Este hecho por sí solo ya pone de manifiesto que el fenómeno de los códigos de conducta no es un fenómeno aislado, sino todo un fenómeno de relevancia mundial. En efecto, si nos ceñimos al territorio español, veremos en ese mismo buscador la gran cantidad de información –aproximadamente 510.000 resultados- relativa a los códigos que son empleados, tanto por los particulares e instituciones privadas como por los poderes públicos: Así, por ejemplo, por un lado encontraríamos códigos preparados por empresas, ONGs o entidades públicas -como las Universidades- en los que éstas recogen sus principios ideales de actuación tanto en sus relaciones internas como con terceros. Por otro lado, también existirían otros códigos de conducta que, preparados por

¹ El presente estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC SEJ 2006-07116, “Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica”

² Si, por el contrario, introdujésemos el término anglosajón “code of conduct” obtendríamos la friolera de 69.000.000 de resultados.

las Administraciones públicas, regulan con carácter imperativo el funcionamiento de una actividad determinada (como los servicios telefónicos de tarificación adicional o, recientemente, los de envío de mensajes de texto entre teléfonos móviles o *sms*). Y, por último, también encontraríamos aquellos códigos de conducta que, promulgados por ciertas asociaciones o federaciones de empresarios de un sector determinado (como el de la publicidad o del desarrollo de software informático), pretenden disciplinar la capacidad de organización comercial³ de sus miembros, quienes normalmente aceptan someterse tanto a la autoridad del código como a la del órgano encargado del control de cumplimiento que haya sido creado a tal efecto.

3. Así, en España son muchos y muy diversos los códigos de conducta que actualmente se encuentran en vigor y que, como tales, tienen que producir unos determinados efectos. Pero, sin entrar a disertar sobre la naturaleza jurídica de los códigos de conducta y sobre su carácter obligatorio o no, la situación existente en nuestro país puede llevar a alguna mente inquieta a preguntarse sobre la utilidad y eficacia real de los códigos de conducta. Y es que, son muchos los interrogantes que surgen actualmente en relación con la aplicación de los códigos de conducta. Porque, ¿cuál es su grado de influencia en el comportamiento de los sujetos a quienes van dirigidos? ¿Qué ocurre cuando un código de conducta es incumplido por aquél que debía respetarlo? ¿Hasta qué punto el cumplimiento de un código de conducta puede ser exigido por quien se vea afectado por él? En definitiva, ¿cuál es el valor y la trascendencia en la práctica de los códigos de conducta?

4. Una primera pista o elemento de reflexión en relación con todos estos interrogantes podemos encontrarlo en las resoluciones de los tribunales, ya que de ellas podemos obtener, al menos, una cierta visión de los problemas que tanto la existencia misma de los códigos de conducta como su aplicación hayan podido suscitar en la práctica. Sin embargo, si teniendo en cuenta la gran cantidad de códigos de conducta que existen en la actualidad –algunos de ellos desde hace décadas- cabría pensar que el número de litigios sería también muy elevado, lo cierto es que, sorprendentemente, el

³ Término éste que debe ser entendido, no desde una perspectiva legal o natural, sino más bien como la libertad que todo empresario tiene para organizar y desarrollar su actividad comercial, dentro del marco del derecho a la libertad de empresa reconocido por el art. 38 de la Constitución española y del respeto al ordenamiento jurídico. Para una mejor comprensión del mismo, véase lo expuesto *infra*, nos. 56 y ss.

estudio de las *decisiones judiciales* recaídas en el ámbito del Derecho privado –esto es, civil y mercantil-⁴ nos demuestra lo contrario. Y es que desde la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 3 de febrero de 1998 (AC 1998\7080)⁵, primera decisión judicial localizada que consideramos de interés para el Derecho Privado, hasta la sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 23 de febrero de 2009 (RJ 2009\1508 - TOL1.459.605), última recogida para el presente estudio, únicamente hemos contabilizado 39 resoluciones en las que estuviera implicado directa o indirectamente algún código de conducta. Ello parece indicarnos a primera vista que, por lo menos hasta la fecha, la existencia y aplicación de los códigos de conducta no ha suscitado demasiadas controversias.

5. Así, como intentaremos dejar plasmado a lo largo del presente estudio, la importancia práctica de los códigos de conducta en nuestro país es, en relación con los litigios planteados en esta materia, todavía bastante limitada, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Ello se debe, como veremos a continuación, a que, por un lado, en los escasos asuntos planteados la presencia de códigos de conducta era incidental, siendo así que en muy pocos de aquéllos los códigos tuvieron un valor determinante en la resolución del fondo del asunto (I). Y, por otro lado, a que en muy pocas de las resoluciones recaídas los órganos juzgadores –TPI, AP, TS o TDC- optaron por pronunciarse explícitamente acerca de la naturaleza o efectos de los códigos de conducta intervinientes o invocados en los distintos asuntos planteados (II).

I. - Una casuística reducida, dispar y de valor intrínseco en ocasiones limitado

⁴ En efecto, ha de tenerse en cuenta que el presente estudio únicamente se ha centrado en la recogida, sistematización y análisis de las decisiones emitidas por los tribunales jurisdiccionales civiles y mercantiles –mayoritariamente sentencias (un 74,4% del total), pero también autos (un 5,1%)- y por las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), hoy denominado Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (un 20,5%). Es precisamente debido a esta diversidad de órganos y tipos de manifestaciones decisorias de litigios, que hemos optado por referirnos genéricamente a todas ellas empleando los términos “resolución” o “decisión”, en detrimento de “sentencia”.

⁵ Para la realización del presente estudio se han manejado diversas bases de datos jurídicas (www.westlaw.es, www.tirantonline.es y www.iustel.com). Con el fin de facilitar al lector su localización, se ha optado por introducir, en primer lugar, las referencias facilitadas por www.westlaw.es y, en la medida de lo posible, también las de www.tirantonline.es.

6. En efecto, como ya se ha manifestado, en nuestra opinión la principal característica de la casuística existente en materia de códigos de conducta es su sorprendente reducido número. No obstante, dentro de las decisiones judiciales que, recaídas en los últimos veinte años, hemos analizado, también es digno de resaltar su temática diversa (1) y el alto número de asuntos en los cuales la presencia de un código de conducta o el empleo de dicho término resulta escasamente relevante para los fines de este estudio (2).

1. – VEINTE AÑOS DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE CÓDIGOS DE CONDUCTA: UNA CASUÍSTICA DIVERSA, AUNQUE INTERRELACIONADA Y DESPROVISTA DE GRAN RELEVANCIA EN CUANTO AL FONDO

7. Como ya se ha señalado anteriormente, nuestro estudio abarca un total de 39 resoluciones de interés civil o mercantil que, salvo error u omisión, son las únicas que han recaído en España en materia de códigos de conducta en el espacio de veinte años. Así, como ya hemos señalado anteriormente, nuestro análisis arrancará con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), de 3 de febrero de 1998 (AC 1998\7080) y concluye con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 23 de febrero de 2009 (RJ 2009\1508 - TOL1.459.605).

8. Si algo pone de manifiesto, a título preliminar, el estudio de las distintas decisiones recaídas, es que, en primer lugar, se encuentran muy desigualmente distribuidas por materias y órganos jurisdiccionales y que, en muy pocas de ellas, los códigos de conducta desempeñaron un papel esencial en cuanto a la resolución del fondo de la cuestión planteada (A). Sin embargo, en nuestra opinión, también cabría destacar, en segundo lugar, que entre todas estas resoluciones existen vínculos que las unen muy estrechamente (B).

A) Una casuística desigualmente distribuida y con una relevancia limitada en cuanto al fondo

9. En efecto, de entre todos los casos estudiados, aproximadamente un 61,5% han sido resueltos por Audiencias Provinciales, un 20,5% por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) –hoy llamado Consejo Nacional de la Competencia-, un 12,8% por Tribunales de Primera Instancia y tan sólo un 5,1% -dos resoluciones- por el Tribunal Supremo. Lo cual parece proporcionarnos alguna pista sobre las características de los litigios planteados: en primer lugar, que los asuntos en los que de un modo u otro se encuentran involucrados los códigos de conducta, al no llegar al TS, probablemente no reúnan los requisitos o la importancia necesaria para acceder a la casación⁶. Y en segundo lugar, que gran parte de ellos implican la existencia de prácticas o acuerdos susceptibles de alterar las reglas de la competencia.

10. Por otro lado, cabe mencionar, en relación con esta visión panorámica de la situación de los litigios planteados en materia de códigos de conducta, que en tan sólo dos sentencias dictadas por tribunales civiles-mercantiles -un 6% de dichas decisiones judiciales- los códigos de conducta han ocupado un lugar esencial en la resolución del fondo de la cuestión litigiosa. En el resto de los litigios planteados -a excepción de aquéllos en los que estaba en cuestión la aplicación de los códigos de conducta de naturaleza *administrativa*⁷ (un 35%) y de los asuntos planteados ante el TDC, donde en el 87% de las resoluciones los códigos representan la cuestión central-, los códigos de conducta han tenido poca o ninguna relevancia en relación con el fondo del asunto sustanciado. En estos últimos supuestos, los códigos han sido invocados por las partes con carácter incidental o accesorio, pero, o bien la autoridad jurisdiccional no se ha pronunciado al respecto, o bien el pronunciamiento no ha tenido especial importancia en relación con el fondo del asunto.

6 En efecto, de conformidad con el art. **Artículo 477.2 y .3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**: “2. (...) Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución; Cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas; Cuando la resolución del recurso presente interés casacional; 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

⁷ Sobre esta figura, véase lo dicho en el apartado siguiente, *infra*, nos. 17 a 22.

11. Además, y como veremos a continuación, se trata de asuntos que, pese a su heterogeneidad y a llevar aparejadas implicaciones en diversos ámbitos de la vida jurídica, mantienen varios nexos comunes que los unen. Nexos que, en nuestra opinión, pueden radicar en el principio de autonomía privada -en el terreno contractual o en el de la autorregulación- o en el de autoridad o potestad reglamentaria de los poderes públicos. Y que, en cualquiera de los dos casos, se encuentran íntimamente ligados al carácter vinculante de los códigos, aspecto tratado, al menos indirectamente, en la mayor parte de las resoluciones estudiadas.

B) Un doble nexo de unión ligado a la cuestión del carácter vinculante de los códigos de conducta

12. Dentro del primer grupo de resoluciones encontraríamos unos asuntos en los que se alude a códigos de conducta en relaciones contractuales de larga duración y en los que en muchas ocasiones existe una cierta relación de confianza o *intuitu personae* entre las partes, como pueden ser los contratos bancarios, de distribución, agencia o franquicia (23% de los casos). En otros, se hace referencia a códigos de conducta que son integrados o adjuntados a contratos, mediante un acuerdo expreso o tácito de los contratantes o que incluso habrían podido serlo sin su consentimiento⁸ (15%). Otros suscitan en nuestra opinión el debate acerca de la posible naturaleza y valor contractuales de algunos códigos, ya originarios, o existentes en el propio contrato firmado por las partes, ya derivados, por incorporación a un contrato concluido con anterioridad (12%). En muchos casos –y principalmente, en los resueltos por el TDC- se hace referencia a la incidencia de los códigos reguladores de la conducta comercial de

⁸ Se trata del asunto resuelto por SAP Madrid (Sección 9ª), núm. 687/2003 de 4 noviembre (JUR 2004\88372). En un supuesto de utilización ilegítima de tarjetas bancarias por persona distinta de su titular, con la consecuente defraudación de las cantidades satisfechas por la entidad emisora, se planteó la cuestión de saber si el titular demandante obró con la diligencia contractual exigible tanto en su deber de custodia del plástico, pese a su pérdida o sustracción, como en la advertencia de estas últimas con el fin de su pronta denuncia y comunicación a la pagadora. Y más concretamente, cuál era el nivel de diligencia que se exige a un usuario en relación con la custodia de su tarjeta bancaria. En aquél caso, concluyó el tribunal que el demandante recurrido no actuó con la debida diligencia, al no preocuparse en ningún momento de comprobar la presencia de la tarjeta en su cartera, ni antes ni después de la sustracción. Y fue esta actitud negligente la que impidió que pudiera aplicarse al supuesto enjuiciado, sin necesidad de mediación del consentimiento de las partes, las disposiciones del código de conducta del Sector Bancario Europeo, que atemperaba la responsabilidad del usuario.

determinados empresarios en el Derecho de la Competencia (20%). Y por último, también existen algunos casos aislados en los que se emplea el término “código de conducta” para referirse a costumbres familiares o para calificar algunas normas recogidas en textos legales o incluso en algunos contratos (7%).

13. Dentro del segundo grupo se encuentran las resoluciones en las que se hace referencia a códigos de conducta de naturaleza presumiblemente administrativa, por ser promulgados por los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias y estar dotados de carácter imperativo. Dichos supuestos, que serán tratados sucintamente a continuación, representan un 35% del total de asuntos estudiados.

14. Por otro lado, desde nuestro punto de vista, y en relación con la eficacia de los códigos, cabría también destacar que un 20% de los litigios resueltos por los tribunales civiles y mercantiles plantea interesantes cuestiones relacionadas con su carácter vinculante; que en un 13% de los casos se ha invocado la existencia de códigos de conducta en lo que parece ser un intento de justificar algún tipo de conducta ilícita; y que, en otro 13% de los litigios se habría recurrido al contenido de algún código de conducta –a modo de autoridad interpretativa en la materia⁹- para dotar de mayor fundamento y motivación las decisiones judiciales.

15. No obstante, no todas las resoluciones tendrían el mismo valor desde el punto de vista de una hipotética teoría general iusprivatista del código de conducta. En efecto, como vamos a ver a continuación, el valor de algunas de ellas parece muy limitado o incluso meramente testimonial.

2. – EL LIMITADO VALOR INTRÍNSECO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE NATURALEZA PÚBLICA Y DE CIERTOS USOS TERMINOLÓGICOS INUSUALES

⁹ Cf. *Infra*, nos. 69 y ss.

16. Como acabamos de señalar, dentro del conjunto de decisiones que hemos estudiado podemos destacar dos grupos cuya importancia o interés para los fines de nuestro estudio es, en nuestra opinión, relativamente escasa: el de las resoluciones que aplican códigos de conducta de naturaleza administrativa (A) y el de aquéllas en las que se emplea con un sentido muy particular el término “código de conducta” (B).

A) Los códigos de conducta administrativos, normas heterónomas e imperativas.

17. En efecto, por un lado existe una alta proporción de asuntos en los que se plantearon litigios en relación con lo que entendemos es una aplicación de ciertos cuerpos normativos procedentes de la actividad de las Administraciones públicas, y que también reciben el nombre de *códigos de conducta*. En concreto, estamos hablando de un 35% de los asuntos estudiados en los que los códigos de conducta no provenían de la actividad de las personas privadas, sino del poder normativo reglamentario de las distintas Administraciones.

18. Dentro de este primer grupo, los tribunales aplican a modo de textos legales los llamados *códigos de conducta* para la regulación de los servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional, aprobados y modificados por distintas resoluciones administrativas, y el también denominado *Código de Conducta* recogido como anexo al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en el Mercado de Valores y registros obligatorios¹⁰.

19. Sin embargo, de estos dos supuestos, sin duda el primero de ellos es el que en más resoluciones se encuentra presente, puesto que los asuntos surgidos en relación con los servicios telefónicos de tarificación son, de lejos, los más numerosos, constituyendo el 85% de los litigios recogidos en materia de códigos de conducta “administrativos”¹¹.

¹⁰ Texto hoy derogado por el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

¹¹ En efecto, resoluciones recaídas en este ámbito son, por orden cronológico, la SAP de Madrid (sección 21ª), de 3 febrero 1998 (AC 1998\7080), la SJPI núm. 61, de 20 julio 2004 (AC 2004\1144), la SAP de Madrid (sección 12ª) núm. 37/2004 de 11 octubre (AC 2006\1103), SAP de Pontevedra (sección 1ª) núm.

Todas estas resoluciones tienen en común, en primer lugar, que se refieren a litigios en los cuales se suscitaron conflictos entre consumidores, empresas operadoras de telefonía y prestatarios de servicios telefónicos, en relación con el uso y cobro de la prestación de servicios telefónicos de tarificación adicional, tales como líneas eróticas, tarot y otros entretenimientos diversos, para el uso de los cuales era necesario marcar un prefijo de tipo “903” ó “906”. Y en segundo lugar, que, como ya se ha dicho, dichos servicios se encontraban regulados por códigos de conducta emitidos por órganos de las Administraciones públicas (como la Dirección General de Telecomunicaciones o la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico Adicional).

20. De entre todos los casos citados podríamos mencionar, a modo de ejemplo, el resuelto por la SAP Madrid (sección 12ª), núm. 37/2004 de 11 de octubre (AC 2006\1103). En dicha ocasión se suscitó un litigio ocasionado por la contratación irregular por una operadora de telefonía de un servicio telefónico de tarot como línea 906, cuando el código de conducta regulador de la prestación de servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional –cuyo nombre completo no figura en la propia sentencia- disponía que tal servicio había de ser prestado por una 903. Se trataba entonces de saber si la violación del contenido establecido por el código de conducta al emplear indebidamente una línea 906 posibilitaba a la otra parte la solicitud de resolución unilateral del contrato concluido. Por su parte, la Audiencia consideró, apoyándose en doctrina manifestada por el TS que, siendo necesario para poder solicitar la resolución de un contrato bilateral un incumplimiento grave o esencial, en aquél caso tal circunstancia sí se había producido, al darse una violación del código regulador del funcionamiento de los servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional (FJ 10º). En efecto, se contrató la prestación del servicio telefónico de tarot a través de una línea abierta a cualquier usuario, ocultando dicha circunstancia en el contrato, cuando debió contratarse por una línea de acceso restringido.

400/2004 de 30 diciembre (AC 2005\2042 - TOL798.429), SAP Madrid (sección 19ª) núm. 177/2005 de 14 abril (AC 2005\823 - TOL 640.036), SAP Málaga (sección 5ª) núm. 601/2005 de 21 junio (JUR 2005\231815 – TOL 728.269), SJPI de 11 julio de 2005 (JUR 2008\237565 - TOL675.993), SAP Córdoba (sección 2ª) núm. 167/2005 de 13 julio (AC 2005\1582 - TOL723.926), SAP Granada (sección 5ª) núm. 291/2006 de 14 septiembre (JUR 2007\129540), SAP A Coruña (sección 4ª) núm. 465/2007 de 15 octubre (JUR 2008\33816), Auto del TS (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 13 mayo 2008 (JUR 2008\194505) y SAP Madrid (sección 12ª) núm. 528/2008 de 10 de julio (JUR 2008\291854).

En este caso, el código de conducta no se presentaba como una herramienta empleada por o entre particulares para autorregularse o dotarse de sus propias reglas de conducta en relación con el funcionamiento de un sector o actividad determinados. En efecto, en este caso, cabría decirse que el código al que se hace referencia en el litigio es una forma de regulación imperativa y heterónoma, impuesta desde el exterior por las Administraciones públicas a las partes. Así, en este sentido, el presente litigio deja entrever que los códigos de conducta pueden ser también, cuando van unidos o son producto de la actividad de las Administraciones públicas, norma imperativa de Derecho público, aunque en este caso parecía que dicho carácter imperativo provenía del sometimiento voluntario al mismo de la parte contratante en base a los términos del contrato¹². En efecto, en el presente caso puede observarse que la violación del contenido del mencionado código de conducta aparecía como la principal causa de resolución del contrato. Ahora bien, también cabe observar que el tratamiento judicial dado a la vulneración de dicho código no parece el mismo que recibiría la violación de una ley o norma jurídica imperativa, susceptible de provocar la nulidad radical del contrato.

21. En esta línea pueden extraerse también, de otros casos, ideas que confirmarían esta idea de la naturaleza administrativa de ciertos códigos de conducta. Así, por ejemplo, en la SAP de Madrid (sección 19ª) núm. 177/2005 de 14 de abril (AC 2005\823 - TOL640.036), una de las partes implicadas citó el código de conducta aprobado por la Comisión del Servicio Telefónico Adicional el día 2 de enero de 1994, a modo de texto legal en que fundamentar sus argumentaciones (FJ 1º)¹³. O en la SAP de Málaga (sección 5ª), núm. 601/2005 de 21 de junio (JUR 2005\231815 - TOL728.269), en la que señala el juzgador que el sometimiento al código de conducta – que califica como una auténtica disposición legal- por parte de las Juntas Arbitrales de

¹² En efecto, pone de relieve la sentencia reseñada (FJ 9º) que, de entre las cláusulas del contrato, una de ellas establecía que “el prestador de servicios explotará los servicios de valor añadido de acuerdo con la autorización administrativa correspondiente y “con sometimiento al código de conducta (...)”.

¹³ Así, expone el citado fundamento jurídico que, “(...) de tal consideración se derivan además tres conclusiones importantes; la *inexistencia de infracción legal alguna en la actitud de la codemandada*, que en este punto cita *tanto la Ley General de Telecomunicaciones* (RCL 1998, 1056, 1694), (...) así como el denominado «Código de Conducta» aprobado por la Comisión para la supervisión de tarificación adicional de 20 de enero de 1994, y demás disposiciones concordantes y consecuentes a tal regulación básica” (la cursiva es nuestra).

Olivier Soro Russell

Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada

Consumo es “revelador de la verdadera intención del legislador al regular la materia” (FJ 2º)¹⁴.

22. Por tanto, con respecto a estos códigos de conducta de naturaleza pública cabría decir, en nuestra opinión y desde una perspectiva jurídico-privada, que cuando éstos regulen directamente o sean parte integrante de algún contrato concluido por particulares o empresarios, dichos contratos pasarán a formar parte de la categoría de los contratos reglamentados o normados, con las consecuencias que ello acarrea.

B) Los usos atípicos del término código de conducta, a veces fuente de interesantes consecuencias

23. En segundo lugar se encuentra el grupo formado por un escaso número de sentencias que, al menos a primera vista, parecen emplear el término *código de conducta* para designar situaciones o referirse a objetos distintos de los habitualmente contemplados por dicho término. Es decir, se trata de sentencias en las cuales el término código de conducta no se refiere a ningún texto normativo o conjunto de reglas de conducta emanadas de la autonomía privada o de la autoridad pública. Este grupo, que constituye únicamente un 7% de las decisiones estudiadas, se encuentra constituido por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 3ª) núm. 82/2003 de 7 de febrero (JUR 2003\141153), la SAP de Córdoba (sección 3ª) núm. 149/2003 de 23 de mayo (JUR 2003\152479 - TOL276.842) y la SAP de Barcelona (sección 14ª) núm. 477/2006 de 23 de noviembre (JUR 2007\194822 - TOL1.092.439).

24. En la primera de ellas se trataba de un litigio suscitado a raíz de la adquisición de una casa, por parte del demandado, con el producto de la venta de la vivienda de la actora, abuela de éste. Dicha casa no se inscribió a nombre de la actora, sino de su nieto, quien adquirió frente a su abuela y a la heredera de ésta, su propia madre, el compromiso de vendérsela para su sociedad conyugal una vez hubiese fallecido la actora. En este caso, el demandado apelante fundamentaba una parte de su recurso,

¹⁴ La cursiva es nuestra.

desestimado por la Audiencia, en la supuesta existencia de una serie de reglas de convivencia o *códigos de conducta* que, a través de las generaciones, habían venido rigiendo las relaciones familiares, y que, por ello, debían ser tenidas en cuenta en el caso enjuiciado (FJ. 2º)¹⁵.

25. En la segunda de las sentencias se discutía, al hilo de una acción reivindicatoria ejercitada por quien adquirió la finca en procedimiento de ejecución hipotecaria e inscribió su titularidad en el Registro, si podía prevalecer frente a tal titularidad la posesión del inmueble por persona que no justificaba suficientemente el concepto en el que poseía. Cuestionada la buena fe de la adquisición por parte del demandante, la sentencia de apelación argumentaría que dicho concepto de buena fe, acogido por los arts. 1258 del Código civil y 57 del Código de comercio es un “código de conducta para las partes contratantes” (FJ. 2). Según el juzgador, dicho *código de conducta*, que ha de ser respetado en materia contractual, no podía ser equiparado a la buena fe en materia de derechos reales, consistente en la creencia errónea y excusable en que el transmitente de la cosa adquirida era realmente el legítimo propietario de la cosa transmitida.

26. Y en el tercero de los casos, se trataba de un litigio suscitado en relación con el contrato de distribución concluido entre una operadora de telefonía –parte demandada- y un grupo empresarial –parte actora- destinado a la comercialización de productos y servicios en el ámbito de la telefonía. El actor demandó a su contraparte por haber incumplido el contrato de distribución en cuanto al *código de conducta y relación comercial* que regía el mismo, al modificar unilateralmente los términos y condiciones del contrato de distribución inicialmente firmado entre ambos, solicitando la resolución del mencionado vínculo contractual, la indemnización de daños y perjuicios derivados de la pérdida de clientela, el lucro cesante y el abono de las cantidades pendientes de pago (FJ. 1º). Por su parte, la Audiencia estimó que no sólo no debía producir efectos la

¹⁵ Así, observa la Audiencia en el citado fundamento jurídico, y a título incidental, que, “(...) en efecto, como señalan los recursos de los demandados, cada familia tiene sus propias costumbres y normas de convivencia que obedecerán a distintos *códigos de conducta por el que a través de las generaciones se han venido rigiendo las relaciones familiares*. Sin embargo, de vez en cuando se producen hechos como los aquí enjuiciados que traspasan el mero ámbito familiar y que debido a esa trascendencia, deben ser resueltos fuera de la familia, por lo que para ello deben aplicarse normas sociales (...)”. (La cursiva es nuestra)

mencionada modificación, sino que ello constituía un incumplimiento del contrato inicial “en cuanto (que) tal "migración" o desplazamiento implica dejar sin efecto el objeto inicial del contrato (...), lo que supone un abuso de posición dominante y un claro incumplimiento contractual” (FJ 4º).

27. De cada una de las tres sentencias citadas caben extraerse consecuencias distintas, aunque en este caso en nuestra opinión todas tengan como nexo de unión el que se haya hecho un uso un tanto atípico o inusual del término *código de conducta*:

De la primera de ellas podríamos resaltar el carácter sorprendente del uso dado al término *código de conducta familiar*, como manifestación de un hipotético conjunto de usos o hábitos presuntamente respetados por un determinado núcleo familiar. Y que, en cualquier caso, un código de conducta de semejantes características no podrá prevalecer sobre las normas jurídicas vigentes.

De la segunda de las sentencias simplemente podría destacarse el que se conciba los artículos 1258 del Código civil y 57 del Código de Comercio como *códigos o pautas de conducta* que han de seguir los contratantes en sus relaciones. Y que, según esta idea, también establecerían códigos de conducta el resto de textos legislativos.

La última quizá sea la más interesante de todas ellas. En efecto, en este caso se aduce principalmente por el actor la violación del contenido de un *código de conducta y relación comercial* que regía el contrato de distribución suscrito entre las partes. No obstante, en el caso citado no se llega a saber si es que en el contrato de distribución litigioso figuraba como anexo un código de conducta que regía las relaciones de las partes, o bien si se hace referencia al código de conducta en un sentido terminológico diverso con el fin de denominar las obligaciones surgidas del contrato concluido entre las partes. De haberse tratado de la primera de las hipótesis, pensamos que habríamos estado ante un interesante caso de código de conducta de naturaleza contractual, ya que habría sido suscrito voluntariamente por ambas partes contratantes, y su contenido habría sido incumplido posteriormente por una de ellas. No obstante, en este caso el juzgador no se pronuncia sobre esta cuestión, refiriéndose en todo momento al contrato de distribución y en ningún momento a la violación de código de conducta alguno. En la

segunda hipótesis, solamente sería de interés el que las partes se refirieran al conjunto de obligaciones derivadas del contrato de distribución como a un “código de conducta y relación comercial”. Pero, a nuestro entender, esto únicamente conllevaría un interés de naturaleza terminológica.

II. – Unas resoluciones con un valor todavía implícito acerca de la naturaleza y efectos de los códigos de conducta

28. Pese a lo dicho hasta ahora, si bien es cierto que muchas de las resoluciones recaídas en materia de códigos de conducta parecen carecer de gran utilidad, también lo es que hay un cierto número de ellas que consideramos sí pueden suscitar algunas consideraciones de interés. Como se verá a continuación, se trata de asuntos que destacan, en primer lugar, por el importante papel que parece desempeñar en ellos el principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad. Y, en segundo lugar, por el -a nuestro juicio- considerable, aunque a menudo implícito, valor y alcance de las reflexiones realizadas por los distintos tribunales a la hora de calificar y aplicar los códigos de conducta que, de distinta forma, intervienen en cada uno de los litigios enjuiciados.

29. Así, en nuestra opinión, esta segunda serie de casos –un 64% del total-, compuesta en un 68% por decisiones de tribunales civiles o mercantiles y en un 32% de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy Consejo Nacional de la Competencia), destacaría por recoger diversas manifestaciones de códigos de conducta en el ámbito privado, ya como herramienta o complemento del principio de la libertad contractual o libertad en la contratación (1) ya, en segundo lugar, como importante expresión del principio de autorregulación (2).

1. – EL CÓDIGO DE CONDUCTA, UNA HERRAMIENTA DE NATURALEZA HASTA AHORA INDETERMINADA EMPLEADA EN EL TERRENO CONTRACTUAL

30. Desde un primer punto de vista, que es el del Derecho privado de la contratación, creemos que los códigos de conducta podrían constituir una nueva manifestación del principio de autonomía de la voluntad, una valiosa herramienta de la que dispondrían los particulares para completar la regulación de sus relaciones contractuales. En efecto, tal y como muestra el estudio de las distintas decisiones judiciales recaídas en este ámbito, los códigos de conducta van a utilizarse a menudo para reforzar las garantías de cumplimiento de las partes en sus relaciones contractuales a largo plazo (A). Sin embargo, y a la vista de las resoluciones estudiadas, donde aún no existen pronunciamientos lo suficientemente explícitos al respecto, todavía parece pronto para poder afirmar, con seguridad, el valor contractual de los códigos de conducta incorporados a los contratos concluidos entre particulares (B).

A) Los códigos de conducta en el contencioso del Derecho de la Contratación: un complemento habitual de las relaciones contractuales a largo plazo

31. La primera y obligada observación que hemos de hacer respecto de las características del contencioso relacionado con los códigos de conducta en materia de Derecho de la contratación es que se trata de un contencioso relativamente poco importante en cuanto al número total de asuntos analizados para el presente estudio. En efecto, se trata de un contencioso que representa, salvo error u omisión por nuestra parte, sólo un 32% de los litigios resueltos por los tribunales civiles y mercantiles, o un 25%, si tenemos también en cuenta las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

32. Y de este reducido número de resoluciones –concretamente nueve- podríamos extraer una nueva e importante observación, a saber, que tan sólo una de ellas ha recaído en materia de relaciones contractuales a corto plazo o de tracto único. O lo que es lo mismo, que el 90% de los litigios en los que se han visto implicados de alguna forma los códigos de conducta se han suscitado, como ya se apuntó anteriormente, en el ámbito de las relaciones contractuales a largo plazo o de tracto sucesivo, principalmente

en contratos de distribución (un 55% de estos casos), aunque también en contratos bancarios, contratos vinculados, de franquicia o agencia.

33. En efecto, la única sentencia recaída en materia de códigos de conducta y relaciones contractuales a corto plazo fue la emitida por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª), núm. 129/2006 de 13 de febrero (JUR 2006\194825). Se trataba de un litigio relativo a un contrato de cesión de locales e instalaciones para la organización y realización de un Congreso, en el que la parte incumplidora invocó la existencia de un código de conducta existente en el área de la hostelería para intentar justificar su actuación¹⁶.

34. Por otro lado, creemos que resulta interesante -por lo ilustrativo de la casuística- incluir aquí una breve reseña de las resoluciones recaídas en materia de relaciones contractuales a largo plazo, sin perjuicio de los comentarios que más adelante y por otros motivos puedan suscitar:

En primer lugar se encuentra el asunto resuelto por el auto de la AP Barcelona (sección 14ª), de 16 de septiembre de 2002 (JUR 2003\22233), recaído en relación con la invalidez de un contrato de franquicia que comportaba una cláusula de atribución de jurisdicción que, por un lado y principalmente, fue calificada como abusiva de conformidad con la legislación vigente y que, por el otro, también fue declarada como contraria al llamado Código Belga o Código de Conductas leales en materia de franquicia¹⁷.

En segundo lugar, el JPI nº 18 de Sevilla tuvo que enfrentarse, el 5 de abril de 2003 (JUR 2003\ 69242), a un contrato de enseñanza de idiomas que, concluido con consumidores, llevaba aparejado o vinculado otro de financiación del coste de los

¹⁶ Respecto de la eficacia vinculante y la autoridad normativa de algunos códigos de conducta véase lo que se dirá más adelante, *infra*, nos. 69 y ss.

¹⁷ En efecto, tras referirse a la legislación y doctrina jurisprudencial existente en la materia, la Audiencia finaliza el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 2º como sigue: “(...) *Pudiendo citar también el Código de conductas leales en materia de franquicia o Código Belga que en su artículo 20 nos dice que “Si el contrato de franquicia prevé la atribución de competencia en caso de litigio, es normal que esta competencia sea atribuida a los tribunales del lugar donde se sitúa el comercio o el establecimiento del franquiciado”.* (La cursiva es nuestra)

cursos, éste último por aplicación de un contrato marco de operaciones financieras previamente concluido entre la empresa de enseñanza y las entidades financieras beneficiarias. En este caso, una de las empresas financieras alegaría la existencia de un código ético de conducta empresarial a modo de medio de prueba para intentar justificar su buena conducta (FJ 1º).

En tercer lugar, cabría resaltar la interesante SAP de Madrid (sección 9ª) núm. 687/2003 de 4 de noviembre (JUR 2004\88372), en la que, en relación con la pérdida de una tarjeta de crédito por su titular, la Audiencia, de haberse dado determinadas circunstancias, podría haber integrado, en el contenido del contrato bancario suscrito entre el usuario y la entidad bancaria, y sin el consentimiento de ninguno de ellos, el Código de Conducta del Sector Bancario Europeo, que habría atemperado la responsabilidad del primero en relación con la pérdida de dicho instrumento de pago (FJ 5º¹⁸).

En cuarto lugar se encuentra la sentencia del JPI núm. 10 de Bilbao núm. 12/2004 de 12 de enero (AC 2004\171), recaída en relación con la violación del contenido de un contrato de distribución de productos de telefonía, que llevaba inserto en él como anexo un *código de conducta y relación comercial* que había de ser respetado por ambos contratantes (FJ 4º)¹⁹.

A continuación se encuentra el también interesante asunto resuelto por la SAP de Barcelona (sección 16ª) núm. 179/2004 de 24 de marzo (JUR 2004\122633 - TOL364.785), en relación con la violación de un contrato de franquicia en materia de hostelería, en el cual a nuestro entender cabe destacar que el juez recurrió, a modo de modelo o referencia como complemento de la legislación vigente, a distintos códigos

¹⁸ En efecto, según el citado fundamento jurídico, “(...) no se advierte, en relación con el "factum" enjuiciado, cláusula contractual ambigua o abusiva que permita aplicar la Normativa tuitiva del contratante adherido (artículo 1.288 del Código Civil o art. 10 LGCOU), y por lo que se refiere al concreto particular del Código de Conducta del Sector Bancario Europeo, que atempera sensiblemente la responsabilidad del usuario, *que aunque omitido en el contrato es asumido por la entidad emisora*, impide su aplicación la negligencia antes razonada y la demora en la comunicación del hurto o extravío”.

¹⁹ Para un sucinto análisis de las consecuencias de esta sentencia, véase *infra*, nos. 39 a 42.

deontológicos existentes en materia de franquicia para obtener la respuesta a uno de los problemas planteados (v. especialmente FJ 4º)²⁰.

Al incumplimiento de un contrato de distribución en el sector de la telefonía se refirió también la SAP de Madrid (sección 18ª) núm. 148/2005 de 16 de marzo (AC 2005\431 - TOL625.380). En este caso, la parte incumplidora intentaría justificar su conducta al afirmar que había insertado en los contratos concluidos un código de conducta que se oponía a la realización de los actos nocivos que se le imputaban (FJ 3º)²¹.

Sin duda, y como se verá más adelante²², uno de los asuntos más importantes de nuestro estudio por la afirmación del carácter contractual de un código de conducta es el resuelto por la SAP de Vizcaya (sección 5ª) núm. 562/2006 de 22 de diciembre (JUR 2007\98771 - TOL1.061.412). En efecto, en este caso, originado en el marco de otro contrato de distribución de productos de telefonía, se invocaría por el demandante la existencia de una violación de la relación contractual, apreciada por la Audiencia, derivada de la vulneración de las obligaciones recogidas en el código de conducta y relación comercial inserto en el contrato (FJ 2º).

En penúltimo lugar, la SAP de Barcelona (sección 14ª) núm. 477/2006 de 23 de noviembre (JUR 2007\194822 - TOL1.092.439) también resuelve un nuevo caso en el ámbito de los contratos de distribución de productos de telefonía. Dicho asunto, del que ya se habló en la primera parte de este estudio²³, destaca por la ambigüedad con la que, a nuestro juicio, se emplea el término “código de conducta y relación comercial”, dado que no se sabe si se hace referencia a un código anexo al contrato de distribución, o si simplemente se califica de *código de conducta* las reglas contractuales que surgen del mismo (FJ 1º).

²⁰ Para obtener más detalles acerca de esta sentencia y su contexto, véase *infra*, nos. 71 y ss.

²¹ Más detalles acerca de la presente sentencia, *infra*, nos. 43, 44 y 70.

²² V. *infra*, II, nos. 47 a 49.

²³ Cf. *Supra*, nos. 26, 27 y lo que también se dice al respecto *infra*, nos. 45 y 46.

En noveno y último lugar se encuentra el interesante caso resuelto por la SAP de A Coruña (sección 4ª) núm. 252/2008 de 21 de mayo (AC 2008\1151 - TOL1.376.569), relativo a la modificación unilateral de las condiciones esenciales de un contrato de agencia en el que figuraba como anexo un código de conducta y relación comercial. En efecto, en dicho asunto la Audiencia retuvo que el mencionado código de conducta “regula(ba) las relaciones entre las partes” y recalca la obligación de ejecutar el contrato “conforme a los principios de confianza y buena fe” (FJ 6º)²⁴.

35. En nuestra opinión, el contencioso de los códigos de conducta en el ámbito contractual normalmente se encuentra principalmente en el marco de contratos de tipo normativo o marco, que regulan la conclusión de futuros y eventuales contratos entre las partes o con terceros y que llevan aparejadas una cierta necesidad de estabilidad, seguridad y relación de confianza entre las partes²⁵. Y en este sentido, es para conseguir los objetivos expuestos que, a veces, dichos contratos son completados, bien originariamente en el momento de su confección, bien mediante una inclusión posterior, por un código de conducta que establecerá reglas de actuación distintas y complementarias de las contempladas en el contrato.

36. En cualquier caso, el interés fundamental se encuentra, llegados a este punto, en determinar cuál es el valor jurídico que alcanzan los códigos de conducta en el ámbito contractual. Frente a esta cuestión, consideramos necesario distinguir entre los códigos suscritos entre los contratantes y los códigos que, habiendo sido promulgados por terceros, son susceptibles de aplicación a una relación contractual por estar en el ámbito de actuación material de aquéllos. En cualquiera de los dos casos se tratará de determinar si y de qué manera un código de conducta puede devenir de obligatorio

²⁴ En efecto, esta sentencia es, desde nuestro punto de vista, fuente de interesantes consecuencias, expuestas *infra*, nos. 47 y 50 a 52.

²⁵ Sobre esta figura pueden verse los comentarios vertidos, entre muchos otros autores, por URÍA, R.; “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, oct-dic, pp. 226 y ss.; ALBALADEJO, M.; *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 12ª Ed., Edisofer, 2004, §71; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et alii*; *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, 4ª ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 345 y ss.; O’CALLAGHAN, X.; *Compendio de Derecho Civil, T. II*, Madrid, 5ª ed., Difusa, 2008, p. 225. Fuera de nuestras fronteras, cabe destacar los estudios de GATSI, J.; *Le contrat cadre*, thèse, Paris, LGDJ, 1996 y SAYAG, A. (Dir); *Le contrat-cadre, I-Exploration comparative*, Paris, Litec, 1994. Así como, finalmente, los estudios de HUECK, « Normenverträge », *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Jena, 1923, pp. 33 ss., y GITTI, G.; *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, CEDAM, 1994.

cumplimiento tanto para los sujetos que libremente lo han suscrito como para aquéllos a los que se les aplica por el simple hecho de realizar una determinada actividad.

La primera de las cuestiones será tratada a continuación, en relación con la determinación, por las distintas decisiones judiciales, de la naturaleza jurídica y valor vinculante de los códigos de conducta suscritos por los particulares. La segunda será tratada más adelante, cuando veamos el valor que tienen para nuestros tribunales ciertos códigos de conducta emitidos por organizaciones o agrupaciones empresariales y susceptibles de imposición -como si de un texto legal se tratase-, en determinadas circunstancias, a todos los sujetos que actúan dentro de su ámbito -espacial, temporal, material- de aplicación.

A) ¿Hacia un reconocimiento de la naturaleza contractual de algunos códigos de conducta?

37. Si, como acabamos de ver, las resoluciones que resuelven litigios relacionados con los códigos de conducta en el terreno del Derecho de la contratación no son precisamente numerosas, lo cierto es que lo son todavía menos las que de alguna manera reflexionan o se pronuncian acerca del valor de los códigos de conducta que, insertos en la relación contractual, son invocados por las partes en apoyo de sus argumentaciones.

38. En concreto, de todas las decisiones analizadas, únicamente hemos encontrado cinco (algo más del 12%) en las que los códigos de conducta hayan presentado, en nuestra opinión, un interés directo como hipotética herramienta de los particulares de cara a la regulación de sus relaciones contractuales. Esto es, como manifestación concreta del principio de autonomía privada en el terreno contractual. Todas estas resoluciones tienen en común, como no podía ser de otra manera²⁶, que han intervenido en el marco de las relaciones contractuales a largo plazo, concretamente en el de los contratos de distribución de productos de telefonía y de agencia.

²⁶ Respecto de la predominancia de las sentencias recaídas en materia de relaciones contractuales a largo plazo véase, *supra*, el apartado anterior (nos. 31 a 36)

39. El primero de estos casos fue el despachado por el JPI nº 10 de Bilbao, en sentencia núm. 12/2004 de 12 de enero (AC 2004\171). En dicho caso, una compañía telefónica interpuso una demanda contra una sociedad distribuidora de productos de telefonía móvil con el fin de obtener de ésta la indemnización de los perjuicios causados por la venta fraudulenta de grandes cantidades de productos de la actora. En efecto, tal y como quedó probado, la demandada no vendió los terminales telefónicos subvencionados por la actora con el fin de incorporar a sus titulares a la red de telefonía especificada, propiedad de la demandante, violando así el objeto principal y las cláusulas particulares estipulados en el contrato de distribución concluido entre ambas sociedades. Para su defensa, el demandado sostuvo que desconocía que el fin del contrato de distribución fuese la incorporación efectiva de los titulares de los productos (terminales de teléfono móvil) a la red de telefonía móvil de la actora. Además, y en lo que a nosotros más nos interesa, sostuvo también que desconocía el fin con el que éstos iban a ser empleados, finalidad que por otro lado se revelaba a su juicio contraria a las cláusulas contempladas en el *código de conducta inserto en el contrato de distribución*.

40. En este caso, si bien su presencia no era precisamente determinante, sin embargo el tribunal sí puso de relieve la existencia de un código de conducta y relación comercial anexo al contrato litigioso. En el asunto resuelto, observamos que el código de conducta no era externo al contrato, como sería el caso si hubiese sido dispuesto unilateralmente por la sociedad actora en abstracto, como declaración unilateral de la empresa. Ni tampoco se trataba de un código incorporado a un contrato a través de la vía de las Condiciones Generales de la Contratación. En efecto, el código de conducta, quizá redactado en forma íntegra por la parte económicamente dominante (la compañía telefónica actora) era parte integrante y originaria del contrato, lo cual a nuestro parecer quiere decir que, como tal, su contenido era vinculante para las partes y que había de ser respetado en los mismos términos que las cláusulas principales.

41. Es decir, no se trataba de un código de conducta de contenido aislado, de una declaración de intenciones desprovista de valor vinculante, ni dotada únicamente de valor interpretativo, ni incorporada “a posteriori al contrato”. Esta posición se encuentra reforzada por el juzgado, que se refirió en distintas ocasiones a las disposiciones

contempladas en el código de conducta y relación comercial anexo al contrato, calificándolas de “previsiones contractuales” para recordar la finalidad del contrato concluido entre las partes o los casos en los que la conducta del distribuidor se consideraría fraudulenta, con la correspondiente *obligación* a su cargo de indemnizar al concedente (FJ 4º)²⁷.

42. Así pues, en nuestra opinión, esta primera decisión deja patente, aunque no se pronuncie expresamente sobre la materia, que los códigos de conducta podrían tener naturaleza contractual, al ser incorporados a un contrato y ser asumidos por las partes contratantes como parte integrante del mismo. Y es que en este caso el código parece tener, tal y como ocurre con cualquier contrato, eficacia vinculante y obligatoria entre éstas.

43. El segundo caso que citaremos es el resuelto por la SAP de Madrid (sección 18ª) núm. 148/2005 de 16 de marzo (AC 2005\431 - TOL625.380). En esta ocasión se trataba de un litigio suscitado entre dos operadoras de telefonía, en la que la demandante denunció a la demandada, por emplear, para lograr la obtención de clientes, un sistema de preasignación que conllevaba la ausencia de consentimiento por parte de éstos. En efecto, consideraba que dicho procedimiento constituía un supuesto de competencia desleal, ya que privaba a la demandante de la posibilidad de obtener clientes, sin que éstos ni siquiera tuviesen la oportunidad de dar su consentimiento. Dentro de los motivos esgrimidos por la sociedad demandada-apelante, cabe destacar que, en segundo lugar, ésta afirmaba haber actuado diligentemente para prevenir o evitar el daño, a través de la inserción, en los contratos de distribución concluidos con los comerciantes, de un código de conducta relativo a las relaciones comerciales (FJ 2º), o a través de la realización de llamadas de bienvenida -suponemos que a los clientes- o la emisión de comunicados su empresa dirigidos a los distribuidores, teóricos causantes del daño. Así,

²⁷ En efecto señala el organismo juzgador en el fundamento jurídico cuarto, por cierto intitolado “*obligaciones derivadas del contrato de distribución*”, que “(...) en tal Código, que figura como Anexo VIII del contrato, se considera «fraude del distribuidor» (páginas 101 y 102), «realizar cambios fraudulentos de terminal» o la «desviación de terminales al extranjero». *Ese conjunto de obligaciones contractuales han sido incumplidas* por Allmovil de Telefonía S.L. Dicha sociedad ha vendido un número importantísimo de productos, en comparación a otras entidades como Eroski o El Corte Ingles, que disponen de un número mucho mayor de centros y empleados, sin que tal venta haya supuesto la incorporación de los adquirentes al sistema Movistar”. (La cursiva es nuestra).

en el caso enjuiciado, se trataba de saber si realizaba una práctica de competencia desleal la empresa que se servía de sus distribuidores para la captación de clientes por medio de un sistema de preasignación, en virtud del cual éstos no tenían si quiera la posibilidad de dar su consentimiento. Y, en caso afirmativo, si la existencia de un código de conducta, anexo en los contratos de distribución y relativo a las relaciones comerciales que debía ser cumplido por sus distribuidores, podía eximir a la empresa demandada de sus responsabilidades. La Audiencia, confirmando íntegramente la decisión del tribunal de primera instancia, consideró en primer lugar que el litigio no se planteaba en el terreno de la Defensa de la Competencia, donde el volumen de Mercado o de clientes era relevante, sino en el plano de las prácticas desleales entre empresas concurrentes, razón por la cual la apelante podía ser demandada con base en la normativa reguladora de la Competencia Desleal. En segundo lugar, la Audiencia estimó que la apelante era responsable de las prácticas fraudulentas realizadas por sus distribuidores, dado que éstos actuaban en su nombre, resaltando además que ni la propia apelante ni sus distribuidores respetaron el contenido de su código de conducta. Además, señala el órgano juzgador que, de haberse dado el debido cumplimiento del código de conducta, las conductas irregulares no se habrían producido (FJ 3º)²⁸.

44. En el caso enjuiciado, uno de los pocos litigios en los que la existencia de un código de conducta tiene relevancia en relación con la solución del fondo del asunto, se adujo la existencia de un código adherido o inserto en un contrato a modo de prueba de la diligencia, de la buena fe y como causa de exoneración del responsable. No obstante, en este caso, en el que el juez no se pronunció acerca de la naturaleza y efectos del código de conducta, pareció quedar patente que dicha circunstancia –la existencia del código de conducta-, por sí sola, no se bastaba para probar la actitud diligente de la empresa apelante en relación con sus mandatarios, quienes debían respetar las disposiciones del código y que, sin embargo fueron los autores materiales de las prácticas desleales.

²⁸ En efecto, según el mencionado fundamento jurídico, “(...) se sostiene asimismo en este motivo la inexistencia de ánimo concurrencial o intencionalidad concurrencial, puesto que la alegación sustancial es que eran los agentes de los distribuidores los que actuaban no con la finalidad de perjudicar, menoscabar o denigrar los productos de Telefónica sino asegurarse su propia comisión, lo cierto es que este extremo no está acreditado, no podemos tampoco olvidar que la propia UNI2 infringe las normas establecidas en el código de conducta con los distribuidores, y de haber cumplido dichas normas de conducta hubiera evitado situaciones como la presente (...).

45. En tercer lugar analizaremos brevemente el asunto resuelto por la SAP de Barcelona (sección 14ª) núm. 477/2006 de 23 de noviembre (JUR 2007\194822 - TOL1.092.439). De nuevo estamos ante un litigio suscitado en relación con un contrato de distribución concluido entre una compañía telefónica como demandada y un grupo de telecomunicaciones como actor y apelante. El actor demandaba a su contraparte por haber incumplido el contrato de distribución en cuanto al código de conducta y relación comercial que regía el mismo, al modificar unilateralmente los términos y condiciones del contrato de distribución inicialmente firmado entre ambos, solicitando por ello la resolución del mencionado vínculo contractual, la indemnización de daños y perjuicios derivados de la pérdida de clientela, el lucro cesante y el abono de las cantidades pendientes de pago. En efecto, la empresa actora entendía que el contenido del contrato de distribución, en lo relativo al código de conducta y relación comercial que regía el mismo, había sido violado por la demandada (FJ. 1º). Y que la comunicación que le fue enviada por la demandada y en la que se le notificaba una modificación sustancial del contenido inicial del contrato, dejaba a éste sin efectos y le producía una pérdida sustancial de ingresos y de clientes. Por su parte, la Audiencia estimó parcialmente el recurso, al considerar que no sólo no debía de producir efectos la mencionada comunicación, sino que ésta constituía un incumplimiento del contrato inicial “en cuanto tal “migración” o desplazamiento implica dejar sin efecto el objeto inicial del contrato, introducir nuevas tarifas para los productos que los sustituyen, más gravosas para el distribuidor, o nuevos precios sobre productos nuevos fijados unilateralmente por la compañía telefónica”. Y prosiguió que “debe concluirse que esta forma de actuar ha supuesto un abuso de posición dominante y un claro incumplimiento contractual” (FJ 4º c)).

46. Como ya vimos en su momento²⁹, se trata de una sentencia interesante. En efecto, en este caso se aducía principalmente por el actor la violación del contenido de un código de conducta y relación comercial que regía el contrato de distribución suscrito entre las partes. No obstante, en el caso citado no se llega a saber si es que en el contrato de distribución figuraba como anexo un código de conducta que regía las

²⁹ Cf. *Supra*, nos. 26, 27 y 34.

relaciones de las partes, o bien si se hacía referencia al código de conducta en un sentido terminológico, para denominar las obligaciones surgidas del contrato concluido entre las partes. Así, si se hubiese tratado del primer caso, quizá habríamos asistido a un interesante caso de código de conducta de naturaleza contractual, que habría sido suscrito voluntariamente por ambas partes contratantes, y cuyo contenido posteriormente habría sido incumplido por una de ellas. No obstante, en este caso la Audiencia no se pronunció sobre dicha cuestión, refiriéndose en todo momento al contrato de distribución y no a la violación de código de conducta alguno. Así, en este caso, en nuestra opinión solamente presenta interés el que las partes se refirieran al conjunto de obligaciones derivadas del contrato de distribución como a un “código de conducta y relación comercial”. Pero se trataría aquí de un interés de naturaleza meramente terminológica.

47. En penúltimo y último lugar se encuentran la SAP de Vizcaya (sección 5ª) núm. 562/2006 de 22 de diciembre (JUR 2007\98771 - TOL1.061.412) y la SAP de A Coruña (sección 4ª) núm. 252/2008 de 21 de mayo (AC 2008\1151 - TOL1.376.569), que hemos decidido agrupar debido a que son las únicas en las que se han producido pronunciamientos más o menos explícitos de los jueces respecto de la afirmación de la naturaleza contractual de algunos códigos de conducta.

48. El primero de los litigios surgió nuevamente en el marco de una relación de distribución de productos de telefonía móvil entre dos compañías telefónicas. En el mismo se reprochaba a la demandante-apelante la venta fraudulenta de los terminales de telefonía de la demandada-apelada, ya que luego no eran empleados para los fines que habían sido establecidos contractualmente. Tratándose de un conflicto de mera interpretación de los términos de un contrato, era necesario determinar la naturaleza del contrato y la extensión de las obligaciones suscritas por las partes. Y en concreto, si constituía una violación esencial de un contrato semejante la venta de unos terminales que, siendo mucho más baratos con el fin de que su uso fuera realizado bajo el control y en interés de la entidad suministradora, finalmente no se destinaban a dicha finalidad. La Audiencia desestimó íntegramente el recurso de la apelante, al considerar que constituía un fraude al distribuidor y una violación esencial del contrato suscrito entre

las partes (FJ 2º), en especial del código de conducta y relación comercial suscrito entre los contratantes y contenido en aquél (FJ 2º *in fine*), el hecho de que la gran mayoría de los “packs” y terminales vendidos no se destinasen a la finalidad en dichos instrumentos acordada.

49. La relevancia de este primer caso es a nuestro juicio muy grande, ya que se trata de uno de los escasos litigios en los que un código de conducta tiene cierta trascendencia en relación con la resolución del litigio en cuanto al fondo. Además, creemos que permite constatar la existencia de códigos de conducta de naturaleza y contenido contractual. En efecto, en este caso la Audiencia subraya que la conducta del demandante–apelante constituía una “actuación claramente incumplidora”, pues, “*entre las obligaciones establecidas contractualmente, había asumido las contenidas en el Código de Conducta y Relación Comercial, y cuya vulneración por estipulación expresa de las partes debía considerarse fraude del deudor*”³⁰ (FJ 2º). De esta afirmación podrían extraerse, en nuestra opinión, dos importantes conclusiones:

La primera de ella es que, en este caso, un juez parece haber apreciado por primera vez la existencia de un código de conducta de naturaleza contractual. Es decir, que, al menos indirectamente, ha reconocido validez a la suscripción voluntaria de lo que -de nuevo a nuestro juicio- podría ser una nueva manifestación de pacto atípico, lo cual probablemente arrojaría un poco de luz sobre la compleja naturaleza de los códigos de conducta.

Y la segunda conclusión, mucho más importante y derivada de la anterior, es que el juez no sólo parece haber apreciado la naturaleza contractual de un código de conducta suscrito entre particulares, sino que además ha reconocido su plena eficacia jurídica. Lo cual podría significar, en primer lugar, que un código de conducta aprobado por la libre voluntad de las partes puede ser fuente de obligaciones de naturaleza contractual, y que, en consecuencia, su incumplimiento puede fundamentar perfectamente una acción de incumplimiento o resolución contractual, como ocurrió en el caso comentado. Dicho de otro modo, creemos que esta sentencia podría abrir una

³⁰ La cursiva es nuestra.

primera puerta para que el cumplimiento del contenido de semejantes códigos de conducta pueda ser exigido por las partes que lo suscribieron ante los Tribunales.

50. El segundo y último de todos los casos en materia contractual aquí reseñados fue el resuelto recientemente por la SAP de A Coruña (sección 4ª) el 21 de mayo de 2008 (AC 2008\1151 - TOL1.376.569). Se trataba de un litigio surgido en el marco de un contrato de agencia, entre el agente (en el proceso, demandante-apelante-reconvenido) y el empresario (demandado-apelado-reconviniente). Ambos, tras exigirse la resolución del contrato existente en sede prejudicial, se reclamaron mutuamente el pago de importes adeudados y no abonados, el primero en concepto de comisiones generadas por las ventas realizadas, y el segundo en concepto de devoluciones de comisiones cobradas en exceso o irregularmente. Por otro lado, el demandante también reclamaba del empresario el abono del importe correspondiente a la creación de clientela y de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las inversiones realizadas para el desarrollo del negocio y no amortizadas a consecuencia de la modificación unilateral, por parte del demandado, de las condiciones esenciales del contrato y que en su opinión fundamentaban la resolución del contrato.

51. La trascendencia de este segundo y último asunto también es a nuestro parecer también muy grande, pese a obtenerse del análisis de tan sólo una afirmación realizada por el juzgador. En este caso, en el que también existía un código de conducta y relación comercial anexo al contrato de agencia suscrito entre las partes, se afirmó que “*en el propio código de conducta y relación comercial que, como anexo II, regula las relaciones entre las partes, se hace constar que: "en cualquier caso, el contrato de distribución compromete a las partes a interpretar las cláusulas del mismo con arreglo a los principios de la confianza y buena fe (...)"* (FJ 6º)³¹. En efecto, en este caso se cita la existencia del código de conducta para recalcar la obligación, para las partes, de ejecutar el contrato “conforme a los principios de confianza y de buena fe” (FJ 6º). Es decir, parece admitirse aquí –de nuevo, implícitamente- que un código de conducta podría tener valor contractual, ya que “regula las relaciones entre las partes”, aunque en ningún momento se afirma explícitamente que la violación de su contenido conlleve una

³¹ La cursiva es nuestra.

violación del contenido del contrato, cosa que sí ocurrió en la SAP Vizcaya de 22 de diciembre de 2006 (JUR 2007\98771 - TOL1.061.412), anteriormente citada.

52. Por tanto, la lectura de esta sentencia confirma nuestra apreciación, en línea principalmente con la sentencia anterior, según la cual los códigos de conducta podrían tener naturaleza contractual y cierto valor normativo o eficacia vinculante para las partes que lo hayan suscrito.

53. Así, en virtud de lo expuesto hasta ahora respecto del valor de los códigos de conducta presentes en los litigios relativos al Derecho de la contratación podría decirse, a modo de conclusión, que éste es todavía bastante confuso y limitado. Y ello por dos razones. La primera, lógica, es que, debido al muy reducido número de resoluciones recaídas en este ámbito, aún es muy pronto para tener una muestra de casos lo suficientemente completa como para extraer conclusiones determinantes. Y es que, en efecto, aún seguimos a la espera de algún caso en que la problemática central girase en torno a la violación del contenido de un código de conducta. Y la segunda de las razones radica en que, salvo en una sola sentencia, parece que los jueces nunca se han pronunciado de un modo más o menos claro o explícito sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de los códigos de conducta existentes en las relaciones contractuales, y especialmente sobre la violación de su contenido, no refiriéndose a tal extremo en la gran mayoría de las ocasiones.

2. – EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL CON UN GRAN VALOR POTENCIAL

54. No obstante, si en el terreno del Derecho de la contratación el contencioso de los códigos de conducta todavía no tiene un peso determinante de cara a la extracción de consecuencias sobre su naturaleza y efectos, en nuestra opinión no ocurre lo mismo en el terreno de los códigos emitidos por agrupaciones empresariales. Y es que, como veremos a continuación, en este terreno los códigos de conducta constituyen en muchas ocasiones los elementos centrales en torno a los cuales gravitan los litigios, teniendo

gran importancia respecto de la resolución en cuanto al fondo de los mismos y dando lugar a interesantes reflexiones sobre su eficacia normativa, vinculante o interpretativa.

55. En este sentido, a lo largo de este tramo final de nuestro estudio, veremos cómo los códigos de conducta constituyen una importante manifestación de la capacidad de autorregulación –esto es, de dotarse de sus propias normas y, por extensión, también en determinadas ocasiones de someterse a reglas emanadas por otras entidades- de las organizaciones empresariales³². Capacidad de autorregulación que es importante, en primer lugar, en relación con las resoluciones estudiadas, por su influencia sobre el funcionamiento del Mercado y el Derecho de la Competencia³³ (A). Y en segundo lugar, por el reconocimiento que parece que progresivamente está siendo llevado a cabo por los tribunales respecto de su efectivo valor jurídico (B).

A) El código de conducta empresarial, un sugerente instrumento de autorregulación susceptible de distorsionar la Competencia.

³² Sobre la autoregulación como regulación jurídica puede verse la ponencia del mismo nombre efectuada por DE LA CUESTA, J. M., presentada en el marco del I Congreso Internacional “Códigos de conducta. Mercado. Publicidad y Mercados Financieros”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid durante los días 6 y 7 de marzo de 2008. El texto de dicha ponencia puede consultarse, a día de 9 de octubre de 2009, en el *Archivo Institucional E-Prints Complutense*, en la siguiente dirección: <http://eprints.ucm.es/8752/>. Sobre la autorregulación como instrumento complementario del Derecho positivo para la armonización y regulación del Derecho Contractual Europeo puede verse el también estudio de CAFAGGI, F.; «La regulación privada en el Derecho Contractual Europeo», publicado recientemente en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 5, mayo de 2009, pp. 54-67. Por último, y en relación con una aparente fusión entre la actividad reguladora y la legislativa en el campo de la contratación electrónica, v. ROCHFELD, J.; “Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation”, *Revue des contrats*, 01 octubre 2004, nº4, p. 915.

³³ Sobre el tema de la autorregulación o autodisciplina en su relación con el Derecho de Defensa de la Competencia, v. TATO PLAZA, A.; “Los códigos de conducta ante el Derecho de Defensa de la Competencia (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2002, Expt. 319/02, “Código de Publicidad de Tabaco””, *Anuario de la Competencia*, 2002, pp. 389 - 398. Más concretamente, en el ámbito de la autorregulación publicitaria puede verse también el amplio estudio realizado por DE LA CUESTA RUTE, J. M. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E.; “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, pp. 95 – 128 y los también realizados por DE LA CUESTA RUTE, J. M.; “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia. A propósito de la Resolución del T.D.C. de 20 de enero de 2004”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 256 (abril-junio 2005), pp. 675-695 y “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* (nº 43, 2005).

56. En efecto, otra importante faceta de los códigos de conducta es la de su papel en el campo de la organización empresarial. En este sentido, dentro del conjunto de decisiones analizadas para el presente estudio, un 51% estuvieron relacionados con asuntos en los que los códigos de conducta desempeñaban una función reguladora de la actividad empresarial. Pero no como regulación legal proveniente de la Administración, sino del propio sector comercial. Y es que son muchas las empresas u organizaciones empresariales que se decantan, por muy diversas razones, por dotarse de códigos de conducta que recogen una especie de principios ideales a los que debe ajustarse su propia actividad comercial (así, respecto del trato a sus clientes y empleados, del empleo de determinadas calidades para sus productos, de su compromiso con el respeto del medio ambiente, etc.)³⁴. Sin embargo, la regulación de la actividad empresarial no sólo puede provenir de la propia empresa –además de, obviamente, de los poderes legislativo y administrativo–, sino también de otras entidades y organizaciones empresariales.

57. Así, en este sentido las resoluciones estudiadas también parecen mostrar esta realidad, en la que, a menudo, varias empresas del mismo sector (alimentario, hostelero, informático, publicitario, etc.) reconocen a una entidad supra-empresarial la capacidad para establecer y garantizar el cumplimiento, por medio de un código de conducta, de las reglas y principios mínimos por los que deberá regirse la actividad empresarial de todas ellas, así como para resolver las controversias y conflictos que puedan plantearse en relación con el cumplimiento del código de conducta³⁵.

Dentro del primer ejemplo de autorregulación empresarial, que podríamos denominar *autorregulación empresarial individual*, por concernir la actividad de una misma empresa o grupo empresarial, se encontrarían, a modo de ejemplo, las sentencias del JPI núm. 18 de Sevilla de 5 de abril de 2003 (JUR 2003\69242), en el sector

³⁴ En efecto, en parecido sentido se pronuncia TATO PLAZA, A.; “Los códigos de conducta ante...”, *ob. cit.*, p. 390 (con cita de otros autores), cuando observa que “con carácter general, puede afirmarse que la autodisciplina o el autocontrol supone la observancia o el cumplimiento de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objetivo”.

³⁵ Estas entidades podrían formar parte de los denominados “órganos ad hoc” por DE LA CUESTA RUTE (así, p. ej., en “La autorregulación como...”, *ob. cit.*, p. 15) u “órganos de control” (TATO PLAZA, A., *ob. cit.*, *loc. cit.*). Por su parte, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 28 de abril de 2008 (AC 2008\1775), comentada más adelante, se refiere a ellas como “órganos de aplicación” (FJ 4º).

financiero, o de la sección 18ª de la AP de Madrid, de 16 de marzo de 2005 (AC 2005\431 - TOL625.380), en materia de distribución de productos de telefonía.

El segundo ejemplo de autorregulación empresarial, mucho más presente en las resoluciones estudiadas, sería el que podríamos denominar *autorregulación empresarial colectiva*, por regular, al mismo tiempo, la actividad de distintas empresas o grupos empresariales. En efecto, desde nuestro punto de vista, consideramos que este segundo grupo destaca por tratarse de un sugerente ejemplo del poder de disciplina que pueden llegar a alcanzar los particulares, tanto desde un punto de vista positivo, como capacidad para establecer normas de conducta³⁶ que –en determinadas ocasiones- habrán de ser respetadas por otros, como desde otro negativo, o de libertad de los sujetos para decidir la sumisión a las reglas de conducta dictadas por otro sujeto³⁷. Además, curiosamente, esta importancia cualitativa de este segundo grupo de supuestos se corresponde con otra importancia cuantitativa, desde el punto de vista del número de resoluciones recaídas en materia de códigos de conducta como manifestación del principio de autorregulación.

58. Pero si por algo destaca a nuestro juicio el contencioso de la *autorregulación empresarial colectiva* o de los códigos de conducta supra-empresariales, además de por su importancia intrínseca como manifestación del principio de autorregulación privada, es por la influencia que puede ejercer sobre el funcionamiento del Mercado, y más concretamente sobre el Derecho de Defensa de la Competencia³⁸. En este sentido, del

³⁶ En este sentido, considera DE LA CUESTA RUTE (por todos, v. “La autorregulación como...” *ob. cit.*) -y nosotros coincidimos con él- que la actividad autorreguladora, proveniente de la autonomía de la voluntad ya que “no emana de ninguna fuente que no sea la propia voluntad” (p. 4), es fuente de normas jurídicamente vinculantes en cuanto que, por definición, “vinculan al sujeto (o sujetos) de cuya voluntad hayan emanado”. Y ello, según el autor, siempre y cuando los sujetos actúen, en primer lugar, dentro del ámbito cuya regulación se confía por el Derecho a los que en ella participan o intervienen –esto es, el ámbito de los contratos-. Y que, en segundo lugar, “la regulación voluntaria se contenga dentro de los márgenes que dejan atrás las reglas legales imperativas” (p. 5). En efecto, el autor reconoce que, si bien “únicamente las (normas) que emanan de las fuentes del Derecho formalmente reconocidas como tales – en nuestro sistema, *ley, costumbre y principios generales*- gozan de capacidad de configurar directa e inmediatamente el orden jurídico”, sin embargo “las normas creadas en virtud de la autonomía de la voluntad no dejan de contribuir a la configuración de ese orden sólo que lo hacen de modo mediato o indirecto” (p.6).

³⁷ En efecto, como se verá al final del presente estudio (v. *Infra*, nos. 77 a 80), por el momento el contenido de los códigos de conducta sólo puede tener eficacia vinculante para aquéllos que libremente lo han suscrito.

³⁸ Y ello, porque la existencia de un código de conducta podría llevar aparejada la imposibilidad, para los que se adhieran a él, de llevar a cabo actividades que, en condiciones normales, les permitirían rivalizar con los demás agentes de un sector concreto del mercado, impidiendo así el correcto funcionamiento de la

control de legalidad de la autorregulación en relación con este último aspecto se ha venido encargando el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), hoy denominado Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), cuyas resoluciones - que representan un 20% de las decisiones estudiadas- se centran en su mayor parte (un 75% de todas ellas) en la supervisión de la llamada autorregulación publicitaria³⁹.

59. Empezando por los asuntos de temática “minoritaria”, citaremos, en primer lugar, la resolución del TDC de 13 de julio de 1998 (AC 1998\9041 - TOL99.217), relativo al incumplimiento, por parte de dos miembros de la Asociación Española de Cajas Rurales, de un “acuerdo de protección del ámbito territorial originario” adoptado en el seno de la misma. Y en segundo lugar, la resolución del TDC de 26 de mayo de 2000 (AC 2000\4777 - TOL98.938), relativo a la solicitud al Servicio de Defensa de la Competencia, por parte de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), de una autorización para su código de conducta, cuyo objetivo residía en el compromiso empresarial de todos sus miembros en relación con el cumplimiento de la legalidad vigente.

En el primero de ellos, la AEER, asociación que integra la mayor parte de las Cajas rurales en España, sancionó y expulsó a dos de sus integrantes por violar un acuerdo de la misma por el que todos los asociados debían abstenerse de instalarse en el territorio de otras cajas rurales. Las dos cajas expulsadas denunciaron la decisión ante la autoridad administrativa competente, al entender que se trataba de una práctica contraria a la defensa de la competencia. Para intentar resolver el conflicto, se menciona que una de las Cajas afectadas por el problema acordó proceder a limitar mediante un código de conducta la expansión de una de las denunciadas en su territorio de actuación (Antecedente de Hecho 3^o⁴⁰).

competencia, entendida por SÁNCHEZ CALERO (Principios de Derecho Mercantil, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 95) “como una situación en la que dos o más empresarios ofrecen bienes o servicios similares en el mercado intentando atraer a los consumidores”. Para una distinción entre la noción de Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, v. DE LA CUESTA RUTE, J. M. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E., “Sobre la autorregulación de la ...”, *ob. cit.*

³⁹ Sobre el particular, v. TATO PLAZA, A.; “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 18, 1997 (pp. 161-185), y los trabajos anteriormente citados de DE LA CUESTA RUTE.

⁴⁰ Tal y como consta en su apartado 3º, “el 10 de abril de 1995 (folios 434 y 435) la CRC y la de Tenerife acuerdan limitar la expansión de la CRC en Santa Cruz de Tenerife a las dos sucursales ya abiertas y a

En el segundo de los asuntos citados, la Federación Española de Bebidas Espirituosas solicitaba del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) la autorización singular para un código de conducta cuyo objetivo era la garantía, por parte de las empresas pertenecientes a la Federación, del cumplimiento de la legalidad vigente, con el fin de evitar una imagen perjudicial para los intereses de la industria del sector.

60. La importancia de ambos casos, en comparación con los demás, es en nuestra opinión, ciertamente menor. Del primero de ellos únicamente cabría destacar que se hace referencia a que dos entidades en conflicto proponen regular mediante un código de conducta la expansión de una de ellas en el territorio de la otra. Es decir, que en este caso estaríamos ante un código de conducta con valor de transacción entre dos partes en conflicto. Por su parte, del segundo de los casos citados únicamente cabe destacar que, para el TDC, en línea con lo afirmado en el mismo asunto por el Servicio de Defensa de la Competencia, no es restrictivo de competencia un acuerdo de cooperación empresarial destinado a promulgar un código de conducta que oriente las actuaciones comerciales de las partes suscriptoras, cuando su objeto sea el fomento de la concurrencia de los operadores del sector conforme a la legalidad vigente (FJ 3º).

61. Pasando ya a las resoluciones recaídas en materia de códigos de conducta dentro del ámbito de la publicidad comercial, diremos que, a excepción del último y más reciente, se trata de asuntos que presentan grandes similitudes entre sí, y que pasamos a analizar a continuación.

En primer lugar citaremos el asunto resuelto por el TDC el 10 de noviembre de 2000 (AC 2000\2523 - TOL98.934), relativo a la solicitud de autorización al SDC, por la FEBE, de la implantación de un código de conducta de autorregulación publicitaria en materia de anuncios de bebidas con alcohol. Implantación que fue autorizada por entenderse que, pese a imponer obligaciones más amplias que las provenientes de las

una tercera, en Santa Cruz de la Palma que no abriría antes del 1 de noviembre de 1995, así como *crear una Comisión paritaria para fijar un código de conducta para regular la expansión de la CRC en Santa Cruz de Tenerife*, quedando ambas Cajas en libertad de actuar si no se llega a un acuerdo. Más tarde, la CRC alegaría que ha cumplido lo pactado, no abriendo la tercera sucursal hasta el 1 de noviembre de 1993". (La cursiva es nuestra)

normas legales e internacionales y restringir la libertad de actuación de los firmantes, el mismo perseguía la protección de un fin de interés general, que era el de la protección de los consumidores y el resto de los ciudadanos frente a los efectos nocivos del alcohol (FJ 4º)

En segundo lugar, por resolución de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003\26990 - TOL291.088), el TDC también autorizaría la implantación de un código de autorregulación de la publicidad, elaborado por la Asociación de Empresarios del Tabaco, con carácter vinculante para todos los productos elaborados por sus miembros. En este caso, y de forma similar al caso anterior, el Organismo entendió que, si bien la implantación del código de conducta limitaría la capacidad publicitaria y comercial de los miembros, ello se encontraba justificado por la persecución de un objetivo de interés público, en este caso el evitar efectos no deseados sobre menores de dieciocho años y advertir al resto de consumidores sobre los efectos nocivos para la salud derivados de su uso (FJ 3º)⁴¹.

Una ligera variante en el supuesto de hecho se encuentra en el asunto resuelto por el TDC el 20 de enero de 2004 (AC 2004\523 - TOL500.599), en el que, tras aprobar su código de autorregulación y control publicitario, FEBE solicita nuevamente una autorización para implantar un acuerdo en virtud del cual sus asociados deberían someter su publicidad a un dictamen técnico previo y vinculante de Autocontrol, la cual es denegada por el Tribunal por entender que dicha medida constituye un nuevo recorte a la libertad empresarial de los miembros que, sin embargo, no implica ninguna ventaja correlativa para el consumidor o usuario frente al control “ex post” ya previsto en el código de conducta (FJ 4º). No obstante, y pese a la gran relevancia de la resolución en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia⁴², para lo que nosotros ahora nos interesa, esta resolución sólo resulta interesante porque simplemente muestra que la

⁴¹ La resolución que acabamos de resumir ha sido objeto de comentario y aprobación por TATO PLAZA, A.; “Los códigos de conducta ante...”, *ob. cit.* En efecto, el autor considera que la tesis sostenida por el TDC “podría llevarnos a concluir que precisan de una autorización singular todos aquellos Códigos de Conducta que “vayan más allá de una simple recopilación de normas legales” aplicables, incluso cuando sólo se pretendiese con ellos concretar y precisar el alcance de cláusulas generales” (p. 395).

⁴² La argumentación de la presente resolución y la crítica de la esgrimida para su posterior anulación por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2006, constituye el elemento central en torno al cual gira el estudio de DE LA CUESTA, J.M. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E.; “Sobre la autorregulación de la ...”, *ob. cit.*

Olivier Soro Russell

Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada

regulación contenida en los códigos de conducta puede ser, a veces, completada por otras medidas como la solicitada.

Posteriormente, el TDC despacharía, el 2 de enero de 2006 (JUR 2006\46691 - TOL817.632), un nuevo asunto, en el que La Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) solicitó autorización para la implantación de un Código de Autorregulación Publicitaria de la publicidad de Alimentos dirigida a la protección de menores, prevención de la obesidad y a la salud (Código PAOS), en el cual se establecía un conjunto de reglas que guiaban a compañías voluntariamente adheridas a las mismas en el desarrollo, ejecución y difusión de sus mensajes publicitarios dirigidos a menores. Dicho Código contenía, además, el deber, para las adherentes, de someter sus anuncios al dictamen técnico y previo o *copy advice* de Autocontrol. En este caso, tanto la implantación del código como del control previo fueron autorizadas por tratarse de limitaciones de la capacidad comercial de los miembros de FIAB justificadas por objetivos de interés general y en especial por la protección de colectivos especialmente vulnerables como los menores de edad. No obstante, la autorización fue concedida por un período de solamente 3 años, con el fin de comprobar posteriormente los efectos del control previo en las condiciones de competencia (FJ 5°).

Otro caso similar a los anteriores es el resuelto por el TDC el 6 de abril de 2006 (JUR 2006\137339 - TOL867.903). En dicho asunto, tras haber caducado el plazo por el que el TDC autorizó la implantación del Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas, dicha organización solicitó nuevamente otra autorización, esta vez para una versión modificada del primer código. Así, FEBE pretendía, mediante la implantación de dicho Código vinculante, imponer una serie de reglas de conducta en materia de publicidad de bebidas alcohólicas que protegieran a los menores y otros sectores sensibles de la sociedad de los efectos perjudiciales del alcohol. Por su parte, el TDC, siguiendo el criterio del Servicio de Defensa de la Competencia, autorizaría nuevamente el código al considerar, tal y como hace en otras resoluciones, que si bien las obligaciones impuestas iban más allá de la normativa vigente (que por otro lado no regulaba exhaustivamente la materia), limitando la competencia y la libertad comercial de los empresarios, sin embargo tales limitaciones estaban justificadas por la protección de fines de interés general.

63. A partir de esta segunda serie de resoluciones, cabría realizar dos pequeñas reflexiones que creemos de interés:

La primera es que estamos asistiendo al desarrollo, a la proliferación de una interesante forma de autorregulación entre particulares, quienes mediante fórmulas más o menos contractuales, adoptadas en base al principio de autonomía privada, autolimitan su libre capacidad de actuación para obtener fines de interés general, convirtiéndose así en una especie de “legisladores delegados”. Así, mediante estos códigos de conducta queda patente la persecución de objetivos de interés general (protección de los menores de edad, prevención de la obesidad, del consumo de alcohol y tabaco, etc.) que, en lugar de alcanzarse mediante la imposición de normas imperativas heterónomas provenientes de la Administración, se consiguen mediante herramientas de Derecho privado, que completan o desarrollan las normas de derecho imperativo, a menudo insuficientes para satisfacer tales fines. En este sentido, puede en efecto considerarse, tal y como queda patente en la distintas resoluciones citadas, que tanto la limitación de la capacidad y política comerciales de las empresas afectadas por los códigos, como la consiguiente restricción de competencia quedan plenamente justificadas por los objetivos beneficiosos para el interés general que persiguen⁴³.

Y la segunda es que no estamos, en nuestra opinión, ante meras recomendaciones, ante directrices desprovistas de toda exigibilidad, sino que se trata de verdaderos elencos de normas⁴⁴ cuyo cumplimiento es impuesto a los adherentes y que podría ser exigido tanto por la persona encargada de supervisar su observancia como por el resto de adherentes. Y es que, como también se pone de relieve en la Resolución del TDC de 6 de abril de 2006 al hablar del sometimiento por parte de los adherentes a las normas del código de conducta, su incumplimiento puede llevar aparejada la imposición de

⁴³ En este sentido, concluye TATO PLAZA (“Los códigos de conducta ante...”, *ob. cit.*, pp. 396 - 397) que “se podrán autorizar aquellos Códigos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada 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 completados”.

⁴⁴ Respecto de nuestra opinión en relación con la naturaleza de las normas procedentes de la autorregulación, v. nota 37.

sanciones, entre las que cabe destacar la expulsión de la Federación de la que el adherente forma parte.

64. Por último, y como colofón a este estudio de las distintas resoluciones recaídas en el ámbito de la autorregulación publicitaria queremos destacar el asunto despachado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con fecha de 28 de abril de 2008 (AC 2008\1775). En dicho asunto, se planteaba la interesante cuestión de saber si constituía una práctica restrictiva de la Competencia la existencia y actividad de una Asociación empresarial como la Asociación para la Autorregulación de la Publicidad Comercial (también llamada Autocontrol), que limita la capacidad o libertad comercial de otros empresarios –principalmente asociados a ella- a través del control y sanción de sus actividades publicitarias, cuando son consideradas ilícitas en base a la normativa recogida en sus distintos Códigos de Conducta Publicitaria, cuyo control de cumplimiento garantiza. En este caso, el Consejo negó que Autocontrol restringiera la capacidad comercial de las distintas empresas y consideró que los códigos de conducta, ni constituían acuerdos colusorios entre empresas, ni imponían normas más estrictas que las exigidas legalmente. Así, en este sentido, afirmó que los Códigos de Conducta Publicitaria de Autocontrol no generan restricciones o limitaciones a la competencia, limitándose únicamente a compendiar la normativa legal y doctrina jurisprudencial existentes, donde “las prohibiciones o limitaciones de la libertad publicitaria están ya presentes” (FJ 5º).

65. Desde el punto de vista del Derecho privado general, creemos que se trata de una resolución muy interesante, por cuanto se produce un pronunciamiento sobre las características de la autorregulación y de los códigos de conducta. En efecto, la Resolución pone de manifiesto que *todo sistema de autorregulación eficaz se asienta en dos instrumentos básicos, los códigos de conducta y los órganos de aplicación* (FJ 4º)⁴⁵.

66. En nuestra opinión, y al menos en el ámbito de la publicidad tratado por las resoluciones analizadas, ello quiere decir que ambos instrumentos implicarían la existencia de una voluntad de querer dotarse, en primer lugar, de normas reguladoras de

⁴⁵ La cursiva es nuestra.

Olivier Soro Russell

Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada

conducta específicas para un sector determinado, normas que como se ha visto pueden conllevar importantes limitaciones de la autonomía privada o, más concretamente, de la libertad comercial. Y en segundo lugar, que el consentimiento o manifestación de voluntad emitida por los adherentes de un código de conducta también conllevaría el reconocimiento, por su parte, de la capacidad suficiente de alguna entidad determinada para convertirse en el supervisor y garante del cumplimiento de los compromisos adoptados en forma de normas de conducta, concediéndole al mismo tiempo la potestad de imponer sanciones por su incumplimiento.

67. Esta última reflexión nos lleva inmediatamente a preguntarnos, en último lugar, acerca de cuál es el verdadero valor de los códigos de conducta.

B) Un progresivo reconocimiento del valor normativo, interpretativo y vinculante de los códigos de conducta empresariales.

68. El último aspecto que queremos destacar, en relación con este estudio de la visión que los distintos tribunales de nuestro país tienen de los códigos de conducta, consiste en examinar cuál es su verdadera utilidad en la práctica. Dicho en otros términos más sencillos, en estos últimos párrafos intentaremos aportar una respuesta a uno de los interrogantes que nos planteábamos en la introducción: ¿para qué sirve un código de conducta? ¿Cuál es su valor? La respuesta a estos interrogantes desde el plano del Derecho privado general se encuentra, cómo no, en hallar cuál es su eficacia jurídica. Y, como veremos a continuación, si no han sido muchas resoluciones las que se hayan pronunciado directamente sobre el carácter jurídicamente exigible de los códigos de conducta, en cambio sí que han recaído diversas decisiones de las cuales en nuestra opinión puede constatar que éstos han sido invocados como autoridad normativa complementaria de la ley a la hora de resolver alguna cuestión.

69. En efecto, el estudio de las resoluciones recaídas en materia de códigos de conducta *supra-empresariales* muestra que una de las características prácticas de los códigos de conducta es que, en muchas ocasiones, son de gran utilidad tanto para las partes procesales como para los tribunales en el planteamiento y resolución de los

litigios. Y buena prueba de ello es el relevante número de casos en los que, como veremos a continuación, las partes y los jueces parecen recurrir a la existencia de códigos de conducta para, respectivamente, intentar legitimar sus conductas o sus peticiones –en un 13% de los litigios civiles y mercantiles- y dotar de mayor motivación sus decisiones –otro 13%-.

70. Así, dentro del primer grupo podríamos citar, en primer lugar, la sentencia del JPI nº 18 de Sevilla, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003\69242), en la que una entidad financiera implicada en un litigio alegó la existencia de un código ético como medio de prueba para intentar demostrar que no podía existir relación de exclusividad alguna con la entidad demandada, cuya existencia se alegaba por el actor (FJ 1º *in fine*). En segundo lugar, la SAP de Barcelona (sección 11ª) núm. 408/2004 de 2 de junio (JUR 2004\209171), en la que el actor, funcionario de seguridad de Cataluña, intentó invocar, como favorable a su causa, la existencia del “Proyecto de código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de Naciones Unidas” (FJ 1º *in fine*). En tercer lugar, la SAP de Madrid (sección 18ª) núm. 148/2005 de 16 de marzo (AC 2005\431 - TOL625.380), en la que la sociedad demandada, acusada de emplear un sistema desleal de captación de clientes, afirmó haber actuado diligentemente para prevenir o evitar el perjuicio causado, a través de la inserción, en los contratos de distribución de un código de conducta relativo a las relaciones y prácticas comerciales (FJ 2º). Y, por último, la SAP de Madrid (sección 10ª) núm. 129/2006 de 13 de febrero (JUR 2006\194825), en la que la sociedad demandada por haber incumplido con su obligación de cesión de ciertas instalaciones de su hotel, intentó justificar su conducta al invocar, entre otras disposiciones normativas imperativas, el cumplimiento de las procedentes del Código de Conducta de Agencias y Hoteles dentro de la UE suscrito en 1966 entre la ECTAA y la HOTREC (FJ 4º).

71. Por su parte, dentro del segundo grupo cabría citar, en primer lugar, el auto de la AP de Barcelona (sección 14ª) de 16 de septiembre de 2002 (JUR 2003\22233) en el que, en un litigio relativo a la validez de una cláusula de atribución de competencia, insertada en un contrato de franquicia, la Audiencia citó, a nuestro entender como referencia o autoridad en materia de franquicia, el Código Belga o Código de Conductas

Leales en ese campo, y concretamente uno de sus artículos (FJ 2º)⁴⁶. En segundo lugar, también podemos citar la SAP de Barcelona (sección 16ª) núm. 179/2004, de 24 de marzo (JUR 2004\122633 - TOL364.785) en la que, en el marco de un litigio relativo a un incumplimiento de un contrato de franquicia en el ámbito de la hostelería donde se adujo la existencia de un trato desigual entre franquiciados, la Audiencia recurrió, a modo de modelo, ejemplo o referente, a distintos códigos deontológicos existentes en el ámbito de la hostelería para obtener la respuesta a uno de los problemas planteados⁴⁷.

72. En relación con el primer grupo de decisiones, en las que se intenta alegar, por las partes demandadas, la existencia de códigos éticos o de conducta, emitidos por entidades ajenas a la relación de las partes procesales, como especie de herramienta de apoyo de sus argumentos o de presunción probatoria de su buena conducta –como puede predicarse respecto del cumplimiento de los textos legales–, cabe decir que no hay ninguna resolución que haya admitido su aplicación. Es más, a veces los jueces ni siquiera se han pronunciado sobre su aplicabilidad al caso⁴⁸. Únicamente cabe destacar el razonamiento esgrimido por el juez en la SAP de Madrid de 13 de febrero de 2006 (JUR 2006\194825), donde decide no aplicar al caso enjuiciado el código de conducta alegado, por entender que su existencia tenía que haber sido manifestada también en primera instancia (FJ 4º)⁴⁹.

⁴⁶ En efecto, tras referirse a la legislación y doctrina jurisprudencial existente en la materia, la Audiencia finaliza el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 2º como sigue: “(...) *Pudiendo citar también el Código de conductas leales en materia de franquicia o Código Belga que en su artículo 20 nos dice que "Si el contrato de franquicia prevé la atribución de competencia en caso de litigio, es normal que esta competencia sea atribuida a los tribunales del lugar donde se sitúa el comercio o el establecimiento del franquiciado".* (La cursiva es nuestra)

⁴⁷ La Audiencia, tras recordar el marco jurídico del contrato de franquicia, estimó el recurso de la empresa franquiciadora, en base a varios argumentos, entre los cuales destacaba que, de la normativa reguladora del contrato de franquicia así como de los distintos códigos deontológico existentes en la materia (así, por ej. El Código Belga de Conductas Leales o el Código Deontológico de la Federación Francesa de la Franquicia) no se deducía que la esencia de la franquicia fuese “el que todos los franquiciados deban tener condiciones idénticas” (FJ 4º).

⁴⁸ Como ocurre, por ejemplo, en la sentencia del JPI nº 18 de Sevilla, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003\69242) o en la SAP de Barcelona (sección 11ª), núm. 408/2004, de 2 de junio (JUR 2004\209171).

⁴⁹ En efecto, en tal caso afirmó la Audiencia que, “con respecto a la normativa que considera la parte demandada aplicable al presente litigio, la Orden de 9 de Agosto de 1,974 (...) y el Código de Conducta entre Agencias y Hoteles dentro de la Unión europea suscrito en 1.966 entre la ECTAA y la HOTREC , *no se considera que pueda desvirtuar el criterio mantenido anteriormente, porque se trata de alegaciones nuevas, no sometidas a los principios constitucionales de contradicción y bilateralidad, y la propia recurrente reconoce que no ha formulado Reconvención en dicho sentido.* (La cursiva es nuestra).

73. Por tanto, desde nuestro punto de vista, cabría plantearse, en primer lugar, si un código de conducta puede tener el valor de justificación de un comportamiento, tal y como ocurre respecto de la observancia de determinados preceptos legales, a lo que, por el momento, y a la vista de las resoluciones recaídas, habría que responder negativamente. No obstante, queda todavía por ver si, llegado el caso, un juez aplicaría el contenido de un código de conducta supra-empresarial como si se tratase de una norma para él vinculante, como ocurre con las contractuales o de Derecho imperativo. Dicho en otros términos, ¿podría un juez verse vinculado *ratione materiae* por un código de conducta no suscrito por las partes, pero adoptado por otras entidades en el sector en el que operan?

74. Por otro lado, respecto del segundo grupo de resoluciones, hemos constatado que, a veces, los jueces recurren a códigos de conducta supra-empresariales para, a modo de ejemplo o referencia, dotar de mayor motivación a sus resoluciones. Un caso que consideramos muy sugerente respecto de este extremo fue el resuelto por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, en sentencia núm. 200/2007 de 30 de octubre (JUR 2008\3260 - TOL1.234.252), en el que la sociedad demandante solicitaba de la autoridad jurisdiccional la declaración del carácter desleal, por ilícito y engañoso, de un anuncio de una empresa de la competencia, que inducía a error a potenciales clientes y era susceptible de provocarle un perjuicio patrimonial. En este caso resulta interesante que el juzgador recurriese a la Asociación Para la Autorregulación de la Publicidad Comercial (“Autocontrol”) para fundamentar su decisión de declarar engañosa la publicidad contenida en el anuncio litigioso. En efecto, la Audiencia hizo referencia a un caso similar resuelto por el Jurado de Autocontrol, y declaró que su resolución, pese a no tener el valor de jurisprudencia aplicable, sí que podía atribuírsele un valor doctrinal. Y ello porque se considera que Autocontrol es una “institución prestigiosa” (FJ 5º)⁵⁰.

50 En efecto, señala el propio tribunal en el citado fundamento que “(...) el planteamiento de dicha cuestión ya ha sido tratada , aunque como autodisciplina publicitaria, por una *institución tan prestigiosa como " Autocontrol" (Resolución de 14 de octubre de 2004) que, aunque no sea jurisprudencia aplicable si puede considerarse desde el punto de vista doctrinal. En este sentido se manifiesta al respecto señalando que: Tal y como admiten las dos partes de este procedimiento, la expresión nº1 es ambigua y equívoca. Parece claro, en este sentido, que a través de aquella expresión se pretende transmitir al público de los consumidores una posición de liderazgo. Pero, al no especificarse ésta, la expresión nº1 puede ser interpretada por el público de los consumidores en muy diferentes sentidos. Así, los consumidores pueden entender que la empresa anunciante es la que alcanza un mayor volumen de ventas o de clientes. También*

75. En este sentido, creemos que es digno de mención que el juzgador recurriese – cuando menos indirectamente- a un artículo del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, a modo de texto con cierto valor normativo o altamente ilustrativo en la materia, para contribuir a justificar su decisión de declarar engañoso o ilícito el contenido del anuncio publicado por la demandada (FJ 5º). En efecto, además de citar el art. 5 de la Ley General de Publicidad, recogió íntegramente el contenido del art. 14 del código de conducta Publicitario de Autocontrol, citado por la propia resolución del Jurado de Autocontrol. De este modo, puede observarse el considerable valor y autoridad conferidos por el juez a las resoluciones emitidas por una entidad privada como es Autocontrol y a su Código de Conducta. Por tanto, en nuestra opinión, en este caso, el código de conducta como herramienta de autorregulación pasaría de tener un valor normativo y vinculante en el ámbito de los sujetos que libremente han aceptado respetarlo, a tener un notable valor de referencia para las autoridades jurisdiccionales en el marco de los litigios que, en materia publicitaria, puedan suscitarse. Dicho de otro modo, podría decirse que, en este caso, se ha dotado de una especie de *autoritas* a Autocontrol y a su código de conducta.

76. Pero el valor práctico de los códigos de conducta no reside únicamente en su autoridad como texto regulador con carácter orientativo en un ámbito específico. Ni en su aptitud para ser invocado como texto de apoyo de diversas argumentaciones en el marco de una demanda. El valor esencial de los códigos de conducta, el punto central del debate que a nuestro entender suscitan, se encuentra en su eficacia vinculante. Y es que, en efecto, ¿en qué medida es obligatorio el cumplimiento de un código de conducta?

77. Para responder a esta última cuestión y dar por terminado nuestro estudio, citaremos la única resolución –salvo error u omisión- en la que un tribunal se ha pronunciado directamente sobre el carácter vinculante de los códigos de conducta. Se trata de la SAP de Madrid (sección 11ª) núm. 400/2004 de 24 de mayo (JUR

puede concluir -recurriendo a un segundo ejemplo- que es la empresa que cuenta con mayor número de establecimientos (...)" (La cursiva es nuestra)

2004\227317 - TOL489.221)⁵¹. En dicho litigio, una empresa de laboratorios demandó a la Asociación para la Autorregulación de la Publicidad Comercial (*Autocontrol*), por haber difundido públicamente una resolución en la que se condenaba a la demandante por haber llevado a cabo una campaña de publicidad que vulneraba las normas publicitarias recogidas en el Código de Conducta de la asociación. Y ello, aun cuando la demandante no era miembro de la asociación y había rechazado expresamente someterse al procedimiento de resolución de conflictos arbitrado por la demandada. Concretamente, solicitó de la autoridad jurisdiccional la declaración de nulidad e ilicitud de la resolución dictada por el jurado de Autocontrol y la reparación del daño moral causado por ésta (a través de la publicación de la sentencia en su revista y página Web) más la concesión de una indemnización.

El principal problema que se planteó residía en saber si una resolución condenatoria emitida por el jurado de “Autocontrol”, en base a la violación de las normas publicitarias recogidas en su Código de Conducta, podía tener efectos vinculantes para una persona jurídica que no se había sometido libre y anteriormente ni al respeto del mencionado Código ni al procedimiento de resolución de conflictos de Autocontrol. Y, en caso contrario, saber qué tratamiento había de recibir la resolución condenatoria dictada sin competencia para ello.

Por su parte, la Audiencia estimaría parcialmente el recurso de la demandante, al considerar que la resolución condenatoria emitida y publicada en la web y revista de la demandada fue dictada sin competencia para ello, ya que únicamente podía exigirse el cumplimiento y sometimiento a las mismas a los asociados y a aquellas personas que hubiesen aceptado libremente someterse, tal y como ocurre con el sistema de arbitrajes en materias de libre disposición para las partes, al procedimiento de resolución de conflictos de Autocontrol (FFJJ. 3^o⁵² y 4^o⁵³). Y es que, para la Audiencia, en defecto de

⁵¹ Dicha sentencia ha sido objeto de comentario y aprobación por parte de DE LA CUESTA RUTE, J.M.; “Un límite al poder Autorregulador de...”, *ob. cit.*

⁵² En efecto, según el FJ. 3º de la sentencia citada, “siendo incardinable la materia objeto de controversia, esto es, la autorregulación publicitaria, dentro del ámbito de disponibilidad a que se refiere el artículo 1º de la anterior Ley, *constituye elemento esencial para que pueda vincularse a cualquiera, respecto de la resolución que puedan dictar los árbitros –en este caso Jurado, de acuerdo con sus estatutos–, que se hayan sometido previamente a dicho régimen jurídico de forma libre, voluntaria y por escrito –artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje–, mediante la integración en dicha asociación y aceptación de sus estatutos, o bien, que, tratándose de tercero ajeno a la misma, hubiera consentido en la misma forma sujetarse a*

tal sometimiento voluntario a semejante sistema, un reproche público de la actuación de una persona de tales características, no pudiendo llevarse a cabo en el marco del ejercicio de la libertad de expresión, sólo podía ser emitido por las autoridades jurisdiccionales legalmente competentes para ello, no pudiendo en ningún caso ser llevado a cabo de forma unilateral. En consecuencia, la resolución condenatoria fue declarada nula de pleno derecho.

78. Así, en nuestra opinión, se trata de una interesante sentencia que, llegado el caso, podría sentar doctrina en relación con el carácter vinculante de los Códigos de Conducta en materia de autorregulación publicitaria. “Autocontrol”, asociación constituida con el fin de velar por el respeto a la ética publicitaria, ha confeccionado un código de conducta en el que pretende regular la actividad publicitaria y mediar en las controversias resultantes de las campañas publicitarias que, lanzadas por sus asociados, no se ajustasen a las disposiciones normativas del citado Código. En efecto, en el caso enjuiciado por la Audiencia de Madrid estaba también en juego –entendemos- la importante cuestión de hasta dónde podía llegar el carácter vinculante de las normas publicitarias recogidas en el código de conducta de Autocontrol: ¿debía limitarse a las personas que libremente hubiesen aceptado someterse a ellas o bien podían imponerse unilateralmente a toda aquélla que, aun sin ser asociadas, actuasen sobre el terreno de la autorregulación publicitaria?

79. De este modo, al rechazar tajantemente -“de plano” (FJ. 3º)- que las resoluciones del Jurado de Autocontrol puedan afectar a terceros no asociados a dicha entidad, podría considerarse que el órgano jurisdiccional recuerda a Autocontrol que el

dicho mecanismo resolutorio del conflicto. Es del todo improcedente las alegaciones de la demandada en el sentido de que ese Jurado de la asociación pueda resolver frente a un tercero dicho conflicto si no consta su conformidad previa. (La cursiva es nuestra).

⁵³ Así, la Audiencia, en el FJ. 4º afirmó que “Ciertamente, como se alega por la apelante, no existe esa cualidad de injuriosas o innecesarias en las expresiones integrantes de la resolución publicada, pero no es menos cierto que dicha publicación no se refería a la emisión de juicios personales y opiniones, creencias y pensamientos de los integrantes del jurado, sino *la difusión pública y en toda regla de una resolución condenatoria, cualquiera que fueran sus efectos, de la conducta desplegada por la demandante en una determinada campaña publicitaria, para la que carecían de competencia alguna*; dicho de otro modo no se emitió libremente un pensamiento, creencia u opinión, sino una condena o reproche formal emitido por un órgano decisorio de conflictos, de *una resolución declarando ilícita la conducta publicitaria desplegada*, lo que supone un objetivo demérito dentro del gremio al que iba dirigida, y en general, *excediendo el mero derecho a la libertad de expresión, para adentrarse en funciones impropias del órgano emisor*, como se ha razonado anteriormente. (La cursiva es nuestra).

Olivier Soro Russell

Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada

poder de regulación, mediación y resolución de conflictos en materia publicitaria - calificada legalmente “de libre disposición”- le es conferido única y exclusivamente por el consentimiento de sus miembros en ejercicio de su autonomía privada.

80. En consecuencia, en nuestra opinión ello quiere decir que, al menos de momento y en nuestro país, los códigos de conducta de tipo supra-empresarial que, como el de Autocontrol, contemplen la posibilidad de emitir sanciones por su incumplimiento, sólo desplegarán sus efectos o serán jurídicamente vinculantes respecto de aquellos sujetos que voluntariamente lo hayan suscrito, esto es, que hayan aceptado libremente someterse al cumplimiento de sus normas y al acatamiento de las sanciones que contempla. Por tanto, sólo podrán tener efectos *inter partes*, ya que nadie puede verse vinculado por unas normas privadas que no ha aceptado voluntariamente.

ANEXO: LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN NUESTROS TRIBUNALES. DATOS MÁS SIGNIFICATIVOS

I. Relación de resoluciones estudiadas

1. Resoluciones del Tribunal Supremo

1. Tribunal Supremo (1ª), sentencia núm. 82/2009 de 23 de febrero (RJ 2009\1508 - TOL1.459.605)
2. Tribunal Supremo (Sección 1ª), auto de 13 mayo 2008 (JUR 2008\194505)

2. Resoluciones de Audiencias Provinciales

1. Audiencia Provincial de Madrid (sección 12ª), sentencia núm. 528/2008 de 10 de julio (JUR 2008\291854)
2. Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4ª), sentencia núm. 252/2008 de 21 de mayo (AC 2008\1151 - TOL1.376.569)
3. Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4ª), sentencia núm. 465/2007 de 15 octubre (JUR 2008\33816)
4. Audiencia Provincial de Lugo (sección 1ª), sentencia núm. 609/2007 de 18 de septiembre (JUR 2008\42266)
5. Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 5ª), sentencia núm. 562/2006, de 22 de diciembre (JUR 2007\98771 - TOL1.061.412)
6. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª), sentencia núm. 477/2006 de 23 de noviembre. (JUR 2007\194822 - TOL1.092.439)
7. Audiencia Provincial de Almería (sección 2ª), sentencia núm. 178/2006 de 14 de septiembre (JUR 2007\167418)
8. Audiencia Provincial de Granada (sección 5ª), sentencia núm. 291/2006 de 14 septiembre (JUR 2007\129540)
9. Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª), sentencia núm. 129/2006 de 13 febrero (JUR 2006\194825)
10. Audiencia Provincial de Córdoba (sección 2ª), sentencia núm. 167/2005 de 13 julio (AC 2005\1582 - TOL723.926)
11. Audiencia Provincial de Málaga (sección 5ª), sentencia núm. 601/2005 de 21 junio (JUR 2005\231815 - TOL728.269)
12. Audiencia Provincial de Madrid (sección 18ª), sentencia núm. 148/2005 de 16

marzo (AC 2005\431 - TOL625.380)

13. Audiencia Provincial de Madrid (sección 19ª), sentencia núm. 177/2005 de 14 abril (AC 2005\823 - TOL640.036)

14. Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª), sentencia núm. 400/2004 de 30 diciembre (AC 2005\2042 - TOL798.429)

15. Audiencia Provincial de Madrid (sección 12ª), sentencia núm. 37/2004 de 11 octubre (AC 2006\1103)

16. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª), sentencia núm. 408/2004 de 2 junio (JUR 2004\209171)

17. Audiencia Provincial de Madrid (sección 11ª), sentencia núm. 400/2004 de 24 mayo (JUR 2004\227317 - TOL489.221)

18. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª), sentencia núm. 179/2004 de 24 marzo (JUR 2004\122633 - TOL364.785)

19. Audiencia Provincial de Madrid (sección 9ª), sentencia núm. 687/2003 de 4 noviembre (JUR 2004\88372)

20. Audiencia Provincial de Córdoba (sección 3ª), sentencia núm. 149/2003, de 23 de mayo (JUR 2003\152479 - TOL276.842)

21. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3ª), sentencia núm. 82/2003 de 7 de febrero (JUR 2003\141153)

22. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª), auto de 16 de septiembre de 2002. (JUR 2003\22233)

23. Audiencia Provincial de Valencia (sección 7ª), sentencia núm. 442/2001 31 de julio (JUR 2001\325658)

24. Audiencia Provincial de Madrid (sección 21ª), sentencia de 3 febrero 1998 (AC 1998\7080)

3. Resoluciones de Tribunales de Primera Instancia

1. Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, sentencia núm. 200/2007 de 30 de octubre (JUR 2008\32360 - TOL1.234.252)

2. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Alcobendas, sentencia de 11 julio de 2005 (JUR 2008\237565 - TOL675.993)

3. Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid, sentencia de 20 julio 2004 (AC 2004\1144)

4. Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao, sentencia núm. 12/2004 de 12 enero (AC 2004\171)

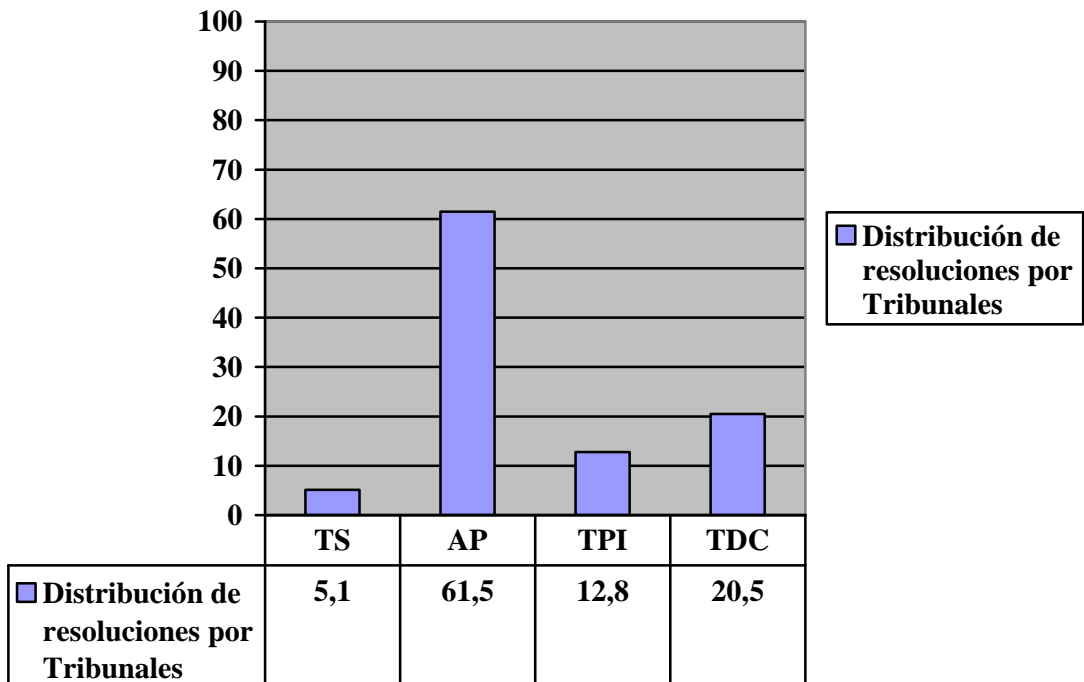
5. Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla, sentencia de 5 abril 2003

(JUR 2003\69242)

4. Resoluciones Tribunal Defensa de la Competencia / Comisión Nacional de la Competencia

1. Tribunal de Defensa de la Competencia, resolución de 13 de julio 1998 (AC 1998\9041 - TOL99.217)
2. TDC, resolución de 26 de mayo 2000 (AC 2000\4777 - TOL98.938)
3. TDC, resolución de 10 de noviembre 2000 (AC 2000\2523 - TOL98.934)
4. TDC, resolución de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003\26990 - TOL291.088)
5. TDC, resolución de 20 de enero 2004 (AC 2004\523 - TOL500.599)
6. TDC, resolución de 2 de enero de 2006 (JUR 2006\46691 - TOL817.632)
7. TDC, resolución de 6 de abril 2006 (JUR 2006\137339 - TOL867.903)
8. Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, resolución de 28 de abril de 2008 (AC 2008\1775)

II. Distribución de las resoluciones analizadas por Tribunales



III. Distribución de las resoluciones por temáticas:

