

Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada

Olivier Soro Russell

Departamento Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

*Abstract*¹

En España son muchos y diversos los códigos de conducta que actualmente podemos encontrar en el tráfico jurídico ordinario y que suscitan problemas desde distintas ópticas jurídicas; así, en particular, ¿cuál es el valor jurídico de los códigos de conducta en supuestos litigiosos? En este sentido, parece que la importancia práctica de los códigos de conducta en nuestro país es, en relación con los litigios planteados, todavía bastante limitada, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Como se verá a lo largo del presente estudio, ello se debe 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. Y, por otro lado, a que en muy pocas de las resoluciones recaídas, los órganos juzgadores optaron por pronunciarse explícitamente acerca de la naturaleza o efectos de los códigos de conducta intervinientes o invocados en los distintos asuntos planteados. Sin embargo, a pesar de ello el estudio de los distintos problemas planteados y de sus resoluciones resulta fuente de interesantes conclusiones.

In Spain there is a great variety of codes of conduct which can be found through the trade and which arise some questions from the different legal points of view; particularly, which is the legal value of these codes of conduct in case of lawsuit? In this sense, it seems to be that the practical consideration of codes of conduct in our country, related to the above-mentioned lawsuits and from a qualitative and quantitative viewpoint, is still very limited. Throughout this study it will be noticed that all this is, on the one hand, due to the occasional presence of codes of conduct considered in the limited cases that were previously proposed. That is why just some codes had a decisive value when solving those cases. On the other hand, in hardly any of the decisions, judges decided to express the nature of the effects of the included codes of conduct clearly. Nevertheless, despite this fact, the study of the different proposed cases and their solutions appears as an interesting source of conclusions.

Title: Twenty years of civil and commercial relevant judicial decisions regarding codes of conduct: a very limited impact

Keywords: Codes of Conduct, Codes of Good Practices, Self-regulation, Co-regulation, Anti-trust Law, Contract Law, Advertising Law, Telecommunications Law, Enforceability of Private Agreements.

Palabras clave: códigos de conducta, códigos de buenas prácticas, autorregulación, corregulación, defensa de la competencia, contratación, publicidad, telecomunicaciones, eficacia jurídica de los acuerdos privados.

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", como parte integrante de una obra colectiva y multidisciplinar, de próxima publicación y realizada por los investigadores del mismo, en la cual se abordará la configuración dogmática de los códigos de conducta en el Derecho español. Agradezco, en este sentido, a todo el equipo de investigación, interuniversitario e interdisciplinar, la ayuda prestada en todo momento. En especial a su IP, prof.^a Alicia Real Pérez (Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid).

Sumario

1. Introducción
2. Una casuística reducida, dispar y de valor intrínseco en ocasiones limitado
 - 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
 - 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
 - 2.2. 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
3. Unas resoluciones con un valor todavía implícito acerca de la naturaleza y efectos de los códigos de conducta
 - 3.1. 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?
 - 3.2. 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.
4. Tabla de jurisprudencia citada
5. Bibliografía

1. Introducción

1. Los códigos de conducta son hoy 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 español² “código de conducta”, encontraremos nada más y nada menos que ¡4.410.000 resultados! Este hecho por sí solo ya pone de manifiesto que estamos ante 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 encontraremos 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, hallaremos otros códigos de conducta que, preparados por 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*³). Y, por último, también encontraríamos aquellos códigos de conducta que, adoptados por ciertas asociaciones o federaciones de empresarios de un sector determinado (como el de la publicidad o

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

³ En efecto, entre la abundante normativa existente en materia de telecomunicaciones se encuentra la Resolución de 15 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante SETSI), por la que se dispone la publicación del Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional (BOE nº 236, de 30.9.2004), el cual tiene por objeto fijar normas de conducta para velar por la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios de tarificación adicional. Dicha Resolución fue modificada por la de 8 de julio de 2009 –procedente del mismo organismo–, “por la que se publica la modificación del código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional de 23 de julio de 2004” (BOE nº 180, de 27.7.2009). Por su parte, la Resolución de 8 de julio de 2009, también de la SETSI, “por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes” (BOE nº 180, de 27.9.2009), fue adoptada en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10.2º de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, con el objeto de fijar normas de conducta que asegurasen la protección de los intereses de los usuarios, la transparencia y la leal concurrencia en la prestación de los servicios de tarificación adicional en relación con en el envío tanto de mensajes cortos de texto (SMS) como mensajes multimedia (MMS) a dispositivos móviles. A día 23 de abril de 2010, puede accederse a más información al respecto a través de los enlaces a las páginas Web de [la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional](#) y de la [Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones](#).

del desarrollo de *software* informático), pretenden disciplinar la capacidad de organización comercial⁴ 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 noción teórica y la naturaleza jurídica de los códigos de conducta, así como sobre su carácter obligatorio o no⁵, la situación existente en nuestro país nos llama a cuestionarnos sobre su utilidad y su eficacia real. 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 más de una década- cabría pensar que el número de litigios sería también muy elevado, lo cierto es que, sorprendentemente, el estudio de las *decisiones judiciales* –y algunas administrativas- recaídas en el ámbito de interés del Derecho privado⁶ nos demuestra lo contrario.

⁴ 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.

⁵ Ya que ello excedería del propósito esencial e intencionadamente práctico del presente estudio. No obstante, y pese a la falta de estudios monográficos extensos dedicados con carácter general a la figura de los códigos de conducta, sobre el particular puede consultarse, a título indicativo y sin pretensión de exhaustividad, las siguientes publicaciones: REAL PÉREZ (2010, en prensa), obra en la que podrán encontrarse las ponencias realizadas en el marco de los dos Congresos Internacionales sobre Códigos de Conducta y Mercado organizados por el I+D MEC SEJ2006-07116/JURI y dentro de ellos, especialmente las de RODOTA, DE LA CUESTA RUTE Y DUPRAT. A continuación, también cabe mencionar los estudios de BAYLOS (2005), CLARK y DRAGE (2000), MALUQUER DE MOTES BERNET (2003), MULLERAT (2007) y OSMAN (1995).

⁶ 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 en el orden civil y mercantil – mayoritariamente sentencias (un 74,4% del total), pero también autos (un 5,1%)- y por las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy denominado Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

Y es que desde la **SAP Madrid, Civil Sec. 21^a, de 3.2.1998 (AC 7080; MP: Rosa María Carrasco López)**⁷, primera decisión localizada que consideramos de interés para el Derecho Privado, hasta la **STS, 1^a, de 23.2.2009 (RJ 1508; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel)**, 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 (2⁸). Y, por otro lado, a que en muy pocas de las resoluciones recaídas, los órganos juzgadores -JPI, 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 (3).

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

6. En efecto, llama la atención el reducido número de casos planteados en relación con los códigos de conducta. No obstante, también es digna de resaltar la temática diversa suscitada en las decisiones judiciales que, recaídas en los últimos veinte años, hemos analizado (2.1), así como 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 (2.2).

(un 20,5%). En este sentido, estas últimas, pese a pertenecer al ámbito administrativo, en nuestra opinión presentan, como veremos al final de nuestro estudio (*infra* nos. 54 y ss.), una importancia considerable para el Derecho Privado, en la medida en que afectan indirectamente al principio fundamental de la autonomía de la voluntad privada en el ámbito de la autorregulación empresarial. Por ello, 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”.

⁷ 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, las referencias facilitadas por www.westlaw.es

⁸ Para una mejor comprensión de la sistemática expositiva, téngase en cuenta que cada cifra (1, 2) o letra (a, b) situada entre paréntesis designará o anunciará el contenido del correspondiente epígrafe o sub-epígrafe que será tratado en un momento inmediatamente posterior.

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 arranca con la sentencia de la **SAP Madrid, Civ. Sec. 21^a, de 3.2.1998 (AC 7080)** y concluye con la **STS, 1^a, de 23.2.2009 (RJ 1508)**.

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 (en adelante TDC) -hoy llamado Consejo Nacional de la Competencia-, un 12,8% por Juzgados de Primera Instancia y tan sólo un 5,1% -dos resoluciones- por el Tribunal Supremo. Este hecho 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 casación, lo cual, al mismo tiempo, y en nuestra opinión, podría ser un indicio del moderado valor del contencioso existente en materia de códigos de conducta⁹. Y en segundo lugar, que gran parte de ellos implican la existencia de prácticas o acuerdos susceptibles de alterar las reglas de la Competencia¹⁰.

⁹ 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".

¹⁰ En relación con el valor de los códigos de conducta en el ámbito de la autorregulación empresarial y su influencia en el Derecho de Defensa de la Competencia, véase lo dicho *infra*, nos. 58 y ss.

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*¹¹ (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 judicial no se ha pronunciado al respecto, o bien el pronunciamiento no ha tenido especial importancia en relación con el fondo del asunto.

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, por un lado, en el principio de autonomía privada -en el terreno contractual o en el de la autorregulación- y, por otro bien diferenciado, 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 franquicia¹² (23% de los casos). En otros, se hace referencia a códigos de conducta que son integrados o adjuntados a contratos, mediante un

11 Sobre esta figura, véase lo dicho en el apartado siguiente, *infra*, nos. 17 a 22 y la normativa citada en las notas nos. 3 y 17.

12 En relación con este ámbito, cabe mencionar la reciente publicación del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero (BOE nº 63, de 13.3.2010), por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. Dicha normativa, que tiene por objeto establecer las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y la regulación del funcionamiento y organización del registro de franquiciadores, previsto en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, contempla, en su art. 11, la posibilidad para los franquiciadores de inscribir en el registro, a los efectos de publicidad e información, entre otras cosas, “la posesión de un certificado de calidad acreditativo del cumplimiento de normas de calidad y la identificación de la norma en que se base” y “la firma de códigos de buenas prácticas en el ámbito de la franquicia”.

acuerdo expreso o tácito de los contratantes o que incluso habrían podido serlo sin su consentimiento¹³ (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 determinados empresarios en el Derecho de la Competencia (20%)¹⁴. 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%)¹⁵.

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 materia¹⁶- para

¹³ Se trata del asunto resuelto por **SAP Madrid, Civ. Sec. 9ª, de 4.11.2003 (JUR 2004\88372; MP: José Luis Durán Berrocal)**. 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.

¹⁴ Sobre el particular, véase lo que se dirá, *infra*, nos. 56 y ss.

¹⁵ En relación con las dificultades teóricas que pueden encontrarse a la hora de proporcionar una definición, naturaleza jurídica y clasificación de los códigos de conducta, a veces derivadas de usos equívocos de dicho término puede verse, por ejemplo, CAVANILLAS MÚGICA (2010, en prensa).

¹⁶ Véase *Infra*, nos. 69 y ss.

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 clasificación de los códigos de conducta o de un análisis de sus características comunes. En efecto, como se verá a continuación, el valor de algunas de ellas parece muy limitado o incluso meramente testimonial.

2.2. El limitado valor intrínseco de los códigos de conducta de naturaleza pública y de ciertos usos terminológicos inusuales

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 los particulares, sino del poder normativo de las distintas Administraciones.

18. Dentro de este primer grupo, parece que 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 administrativas¹⁷, 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 obligatorios¹⁸.

¹⁷ Se trata, principalmente, de la aplicación del código de conducta cuya elaboración fue encargada a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (en adelante CSSTA) por la ORDEN PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones (BOE nº 46 de 22.2.2002). Véase, en este sentido, la Resolución de 30 de diciembre de 2002, de la SETSI, por la que se dispone la publicación del código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional. Véase también, en este sentido, la normativa citada en la nota nº 3.

¹⁸ 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

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”¹⁹. 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 prestadores 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 SETSI, 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, Civ. Sec. 12ª, de 11.10.2004 (AC 2006\1103; MP: José María Celemín Porrero)**. 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

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 (BOE nº 41 de 16.2.2008).

¹⁹ En efecto, resoluciones recaídas en este ámbito son, por orden cronológico, SAP de Madrid, Sec. Civ. 21ª, de 3.2.1998 (AC 7080), la SJPI Madrid nº 61, de 20.7.2004 (AC 1144; MP: Santiago Senent Martínez), SAP Madrid, Civ. Sec. 12ª, de 11.10.2004 (AC 2006\1103), SAP Pontevedra, Civ. Sec. 1ª, de 30.12.2004 (AC 2005\2042), SAP Madrid, Civ. Sec. 19ª, de 14.4.2005 (AC 2005\823; MP: Miguel Ángel Lombardía del Pozo), SAP Málaga, Civ. Sec. 5ª, de 21.6.2005 (JUR 231815; MP: Rafael Caballero Bonald Campuzano), SJPI Alcobendas nº 3, de 11.7.2005 (JUR 2008\237565; MP: Elena Cortina Blanco), SAP Córdoba, Civ. Sec. 2ª, de 13.7.2005 (AC 1582; MP: Antonio Puebla Povedano), SAP Granada, Civ. Sec. 5ª, 14.9.2006 (JUR 2007\129540; MP: José María Contreras Aparicio), SAP A Coruña, Civ. Sec. 4ª, 15.10.2007 (JUR 2008\33816; MP: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández), Auto del TS, 1ª, de 13.5.2008 (JUR 194505; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y SAP Madrid, Civ. Sec. 12ª, 10.7.2008 (JUR 291854; MP: María Jesús Alia Ramos).

línea de acceso restringido.

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 contrato²⁰. 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, de conformidad con el art. 6.3 del Código Civil²¹.

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 Madrid, Civ. Sec. 19ª, de 14.4.2005 (AC 823)**²², 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)²³. O en **la SAP de Málaga, Civ. Sec.**

²⁰ En este sentido, 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 (...)”.

²¹ En efecto, como es sabido, dispone tal norma que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de su contravención”.

²² En dicho caso, tras ser condenadas en primera instancia por realizar un empleo abusivo de las líneas 906 cuando la normativa imperativa imponía el uso de líneas 903 para la prestación de los servicios objeto de litigio, las operadoras de servicios de telefonía demandadas presentaron sin éxito sendos recursos de apelación, que fueron desestimados. Así, aunque intentaron sostener lo contrario, la Audiencia consideró que las compañías de telefonía habían obtenido un provecho a partir de su actitud permisiva con el fraude realizado por las prestatarias de servicios.

²³ 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).

5ª, de 21.6.2005 (JUR 231815), 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 Consumo es “revelador de la verdadera intención del legislador al regular la materia” (FJ 2º)²⁴.

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, conjunto de reglas de conducta o principios ideales de actuación emanados 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 Santa Cruz de Tenerife, Civ. Sec. 3ª, 7.2.2003 (JUR 141153; MP: Macarena González Delgado**, la **SAP Córdoba, Civ. Sec. 3ª, 23.5.2003 (JUR 152479; MP: Felipe Moreno Gómez)** y la **SAP Barcelona, Civ. Sec. 14ª, de 23.11.2006 (JUR 2007\194822; MP: Marta Font Marquina)**.

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, 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

²⁴ La cursiva es nuestra. En efecto en dicho caso, tras un laudo condenatorio contra una operadora de servicios telefónicos por la Junta Arbitral de Consumo, aquélla interpuso recurso de anulación por incompetencia de ésta para conocer de los asuntos surgidos en relación con la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional en favor de la comisión creada al efecto por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. La Audiencia desestimó el recurso, al entender que las dos normas evocadas por la recurrente sí contemplaban la competencia de las Juntas Arbitrales. Para ello citó especialmente el código de conducta para la Protección de los Servicios de Tarificación Adicional, en el que se contemplaba expresamente la facultad de resolver los conflictos surgidos con usuarios ante las Juntas Arbitrales.

enjuiciado (FJ. 2^o)²⁵.

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. 1^o). Por su parte, la Audiencia estimó que no sólo no debía producir efectos la 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 4^o).

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

²⁵ 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).

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” una gran parte de los textos legislativos puesto que, a menudo, establecen reglas a las que deben ajustarse los comportamientos, tareas o actividades de los distintos sujetos.

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.

3. 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 voluntad²⁶. Y, en segundo lugar, por el -a nuestro juicio- considerable, aunque a menudo implícito, valor y

²⁶ Sobre este principio, verdadero pilar del Derecho privado, se ha escrito muchísimo. En este sentido pueden verse los ya clásicos estudios de DE CASTRO Y BRAVO (1985 y 1982), DIEZ-PICAZO (1991), FERRI (2001), GOUNOT (1912), LEVENEUR (1998), MANRESA Y NAVARRO (1929), RANOUIL (1980) y REVERTE NAVARRO (1993). Más concretamente, y en relación con la fuerza obligatoria del acuerdo de voluntades, véase, por ejemplo, los estudios de ANCEL (1999) y WICKER (1997 y 2003).

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 (3.1) ya, en segundo lugar, como importante expresión del principio de autorregulación²⁷ (3.2).

3.1 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 son utilizados 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

²⁷ En relación con la noción de autorregulación puede consultarse la monografía de ESTEVE PARDO (2002) o el artículo de ILLESCAS ORTIZ (2003). Sobre la autorregulación como regulación jurídica puede verse la ponencia del mismo nombre efectuada por DE LA CUESTA RUTE, 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. 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 (2009). En relación con una aparente fusión entre la actividad reguladora y la legislativa en el campo de la contratación electrónica, véase ROCHFELD (2004). Para una visión crítica de la autorregulación, véase BERNARD (2009). Por último, en lo relativo a la influencia de la autorregulación en el ámbito de la contratación internacional, véase OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (2008), y en relación con el comercio electrónico, véase LÓPEZ JIMÉNEZ (2009).

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 **AP Madrid, Civ. Sec. 10^a, de 13.2.2006 (JUR 194825; MP: Teresa Puente-Villegas y Jiménez de Andrade)**. 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 actuación²⁸.

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, Civ. Sec. 14, de 16.9.2002 (JUR 2003\22233; MP: Enrique Alavedra Farrando)**, 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 franquicia²⁹.

²⁸ Sentencia citada *infra*, nos. 70 y 72. 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.

²⁹ En efecto, en dicho caso el contrato litigioso contenía una cláusula a favor del Tribunal de Comercio de París o, a elección del franquiciador, del Tribunal del domicilio del franquiciado. Por su parte, la AP apreció la nulidad de la cláusula, de conformidad con la legislación vigente en la materia al considerarla, respectivamente, ambigua, inconcreta y desequilibrante para el franquiciado, que quedaba sometido al arbitrio del franquiciador. Así, tras referirse a la legislación y doctrina jurisprudencial existentes en la materia, la Audiencia finalizó el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 2º como sigue: "(...) Pudiendo citar también el Código de conductas leales en

En segundo lugar, el **JPI nº 18 de Sevilla** tuvo que enfrentarse, el **5.4.2003 (JUR 69242; MP: Carmen Pérez Guijo)**, a un contrato de enseñanza de idiomas que, concluido con consumidores, llevaba aparejado o vinculado otro de financiación del coste de los 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 1^o)³⁰.

En tercer lugar, cabría resaltar la interesante **SAP Madrid, Civ. Sec. 9^a, de 4.11.2003 (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 Europeo³¹, que habría atemperado la responsabilidad del primero en relación con la pérdida de dicho instrumento de pago (FJ 5^o)³².

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).

30 En el caso enjuiciado, un establecimiento de enseñanza de idiomas (en adelante la demandada) concluía contratos de enseñanza con sus alumnos forzándoles en muchos casos a firmar, al mismo tiempo, oscuros y confusos contratos de financiación del coste total del curso por adelantado, cuyo contenido y condiciones éstos desconocían, creyendo por el contrario que se trataba de simples domiciliaciones bancarias. Dichos contratos de financiación eran gestionados, en cumplimiento de un acuerdo marco suscrito con la demandada, por diversas entidades de crédito, quienes en contraprestación por el servicio efectuado obtenían el importe de los intereses producidos por los préstamos. Por otro lado, muchos alumnos de toda España no pudieron recibir las enseñanzas contratadas por adelantado, ya de inicio, ya de forma sobrevenida, por causa del cierre de la entidad de enseñanza. Por ello, diversas asociaciones de consumidores y usuarios interpusieron una demanda contra el establecimiento de enseñanza y varias entidades financieras solicitando la nulidad de ciertos contratos de enseñanza que supuestamente fueron firmados por menores, la de los contratos que fueron firmados por los alumnos cuando la entidad de enseñanza había suspendido pagos y la resolución de todos los contratos de enseñanza y los de financiación a ellos aparejados que ya existían, con efectos retroactivos a partir de la fecha de incumplimiento de la obligación de prestación de servicios por cierre de los locales. La demanda sería estimada por el Juzgado, que declaró resueltos los contratos a partir de la fecha de finalización de los servicios de enseñanza. Esta sentencia también ha sido citada *infra*, nos. 57, 70 y nota 66.

31 En relación con el papel desempeñado por los códigos de conducta en el sector bancario puede verse, por ejemplo, la ponencia presentada en el marco del I Congreso Internacional sobre Códigos de Conducta y Mercado (organizado por el I+D SEJ 2006-07116) por URÍA FERNANDEZ (2010, en prensa).

32 En dicho caso, un usuario de tarjeta bancaria perdida demandó al Banco emisor la devolución de las cantidades que habían sido ilegítimamente pagadas por la persona que se la apropió indebidamente. El usuario no recordaba ni cuándo ni cómo perdió su tarjeta, señalando en primer lugar que pudo dejársela en una gasolinera, y posteriormente admitió en el procedimiento que podía haber sido sustraída en su lugar de trabajo,

En cuarto lugar se encuentra la sentencia del **JPI Bilbao nº 10, de 12.1.2004 (AC 171; MP: Edmundo Rodríguez Achutegi)**, 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)³³.

A continuación se encuentra el también interesante asunto resuelto por la **SAP Barcelona, Civ. Sec. 16ª, de 24.3.2004 (JUR 122633; MP: Enrique Alavedra Farrando)**, 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 deontológicos existentes en materia de franquicia para obtener la respuesta a uno de los problemas planteados (véase especialmente el FJ 4º)³⁴.

Al incumplimiento de un contrato de distribución en el sector de la telefonía se refirió también la **SAP Madrid, Civ. Secc. 18ª, de 16.3.2005 (AC 431; MP: Lorenzo Pérez San Francisco)**. 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)³⁵.

Sin duda, y como se verá más adelante³⁶, 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**

ya que dejó la chaqueta colgada en un perchero a la vista de la gente y no cuidó debidamente de ella. Así las cosas, concluyó la Audiencia 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. Esta actitud negligente impidió que pudiera aplicarse al supuesto enjuiciado las disposiciones del CDC del Sector Bancario Europeo, que atemperaba la responsabilidad del usuario. En efecto, según el citado fundamento jurídico 5º, "(...) 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*".

33 En efecto, tal y como quedó probado, la distribuidora demandada no vendió los terminales subvencionados con el fin de incorporar a sus titulares a la red de telefonía Movistar, violando así el objeto principal y las cláusulas particulares estipulados en el contrato de distribución concluido entre ambas sociedades Para un sucinto análisis de las consecuencias de esta sentencia, véase *infra*, nos. 39 a 42.

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

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

36 Véase *infra*, nos. 47 a 49.

Vizcaya, Civ. Sec. 5^a, de 22.12.2006 (JUR 2007\98771; MP: María Elisabeth Huerta Sánchez). 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 2^o).

En penúltimo lugar, la SAP Barcelona, Civ. Sec. 14^a, de 23.11.2006 (JUR 2007\194822) 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 estudio³⁷, 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 1^o).

En noveno y último lugar se encuentra el interesante caso resuelto por la SAP A Coruña, Civ. Sec. 4^a, de 21.5.2008 (AC 1151; MP: José Luis Seoane Spiegelberg), 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 6^o)³⁸.

35. En nuestra opinión, el contencioso de los códigos de conducta en el ámbito contractual 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 partes³⁹. 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

37 Véase *supra*, nos. 26, 27 y lo que también se dice al respecto *infra*, nos. 45 y 46.

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

39 Sobre esta figura pueden verse los comentarios vertidos, entre muchos otros autores, por URÍA GONZÁLEZ (1956, pp. 226 y ss.), ALBALADEJO (2004, §71), LACRUZ BERDEJO *et al.* (2007, pp. 345 y ss.) y O'CALLAGHAN (2008, p. 225). Fuera de nuestras fronteras, cabe destacar los estudios de GATSI (1996) y SAYAG (1994). Así como, finalmente, los estudios de HUECK (1923) y GITTI (1994).

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 adoptados 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 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.

b. ¿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 manera⁴⁰, 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.

39. El primero de estos casos fue el despachado por el **JPI Bilbao nº 10, 12.1.2004 (AC 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

⁴⁰ 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).

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 juzgador 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)⁴¹.

42. Así pues, en nuestra opinión, esta primera decisión deja en evidencia, aunque no se pronuncie expresamente sobre la materia, que los códigos de conducta podrían tener naturaleza contractual,

41 En efecto señala el organismo juzgador en el fundamento jurídico cuarto, por cierto intitulado “*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).

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 Madrid, Civ. Sec. 18ª, de 16.3.2005 (AC 431)**. 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, 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 juzgado 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)⁴².

42 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 (...).

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.

45. En tercer lugar analizaremos brevemente el asunto resuelto por la **SAP Barcelona, Civ. Sec. 14ª, de 23.11.2006 (JUR 2007\194822)**. 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 momento⁴³, 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 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

43 Véase *supra*, nos. 26, 27 y 34.

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, Civ. Sec. 5ª, de 22.12.2006 (JUR 2007\98771)** y **la SAP de A Coruña, Civ. Sec. 4ª, de 21.5.2008 (AC 1151)**, 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”*⁴⁴ (FJ 2º). De esta afirmación podrían extraerse, en nuestra opinión, dos importantes conclusiones:

44 La cursiva es nuestra.

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 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 A Coruña, Civ. Sec. 4ª, el 21.5.2008 (AC 1151)**. 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)⁴⁵. En efecto, en este caso se cita la existencia

45 La cursiva es nuestra.

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 violación del contenido del contrato, cosa que sí ocurrió en la **SAP Vizcaya de 22.12.2006 (JUR 2007\98771)**, 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 ámbito⁴⁶, 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.

3.2 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 adoptados 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.

46 Entre las cuales, además, tan sólo se cuentan dos precedentes del Tribunal Supremo, lo cual, como ya se puso de manifiesto al iniciar este estudio (véase *infra* nº 9), no hace sino contribuir a la reducción del valor de las resoluciones.

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 empresariales⁴⁷. 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 Competencia⁴⁸ (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.

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.)⁴⁹. 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.

47 En relación con la noción general de principio de autorregulación, véase la bibliografía relacionada citada en la nota nº 27.

48 Sobre el tema de la autorregulación o autodisciplina en su relación con el Derecho de Defensa de la Competencia, véase TATO PLAZA (2002). Más concretamente, en el ámbito de la autorregulación publicitaria puede verse también el amplio estudio realizado por DE LA CUESTA RUTE y NÚÑEZ RODRÍGUEZ (2007) y los también realizados por DE LA CUESTA RUTE (2005). Más generalmente, en relación con los acuerdos horizontales entre empresas, puede verse la monografía de MARTÍNEZ LAGE y PETITBÒ JUAN (2009).

49 En efecto, en parecido sentido se pronuncia TATO PLAZA (2002, p. 390), 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”. Por otra parte, para una ilustrativa clasificación de los tipos de códigos de conducta que pueden presentarse en la práctica, véase ESTEBAN VELASCO (2010, en prensa).

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 conducta⁵⁰.

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 Sevilla nº 18, de 5.4.2003 (JUR 69242)**⁵¹, en el sector financiero, o de la **sección 18ª de la AP de Madrid, de 16.3.2005 (AC 431)**, en materia de distribución de productos de telefonía⁵².

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 conducta⁵³ que –en

50 Estas entidades podrían formar parte de los denominados “órganos ad hoc” [por DE LA CUESTA RUTE \(2008, p. 15\)](#), u “órganos de control” (TATO PLAZA, 2002, p. 390). Por su parte, la **Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 28.4.2008 (AC 1775)**, comentada más adelante, se refiere a ellas como “órganos de aplicación” (FJ 4º).

51 Para más detalles acerca de los hechos de la sentencia, véase *supra*, nº 34. Dicha sentencia también ha sido citada *infra*, nº 70.

52 Para más detalles acerca del contexto y consecuencias de la sentencia, véase especialmente *supra*, nº 43. Dicha sentencia también ha sido citada *supra*, nº 34 e *infra*, nº 70.

53 En este sentido, considera [DE LA CUESTA RUTE \(2008\)](#) –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).

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 sujeto⁵⁴. 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 Competencia⁵⁵. En este sentido, del control de legalidad de la autorregulación en relación con este último aspecto se ha venido encargando el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), órgano administrativo hoy denominado Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁵⁶, cuyas resoluciones - que representan un 20% de las decisiones estudiadas- se centran en

54 En efecto, como se verá al final del presente estudio (véase *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.

55 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 competencia, entendida por SÁNCHEZ CALERO (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”. Así, parece que actualmente los códigos de conducta pueden afectar el Derecho de Defensa de la Competencia al menos desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la perspectiva del art. 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159 de 4.7.2007, en adelante “nueva LDC”), en tanto que pueden constituir un “acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”. Y en segundo lugar, desde la perspectiva del art. 5 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE nº 315 de 31.12.2009), en la medida en que la adopción de un código de conducta “pueda considerarse desleal por engañosa, al contener una información falsa o que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”. En efecto, tal y como se afirma en su exposición de motivos, “dicha ley dedica un capítulo a la regulación de los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria”. Para una distinción neta entre la noción de Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, véase DE LA CUESTA RUTE, J. M. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ (2007).

56 En efecto, el TDC fue, en virtud de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 170 de 18.7.1989, en adelante “antigua LDC”), el órgano encargado de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos, en particular a través de la lucha contra las prácticas restrictivas de Competencia. Por su parte, la nueva LDC configuró la Comisión Nacional de la Competencia como una institución única e independiente del Gobierno, que, competente para

su mayor parte (un 75% de todas ellas) en la supervisión de la llamada autorregulación publicitaria⁵⁷.

59. Empezando por los asuntos de temática “minoritaria”, citaremos, en primer lugar, la **resolución del TDC de 13.7.1998 (AC 9041; MP: Eugenio Bermejo Zofío)**, relativo al incumplimiento, por parte de dos miembros de la Asociación Española de Cajas Rurales (AECR), 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 26.5.2000 (AC 4777; MP: José Hernández Delgado)**, 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 AECR, 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^o⁵⁸).

aplicar dicha ley, pasó a integrar los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. Tal y como se contempla en la exposición de motivos de la Ley, la Comisión Nacional de la Competencia presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente, apoyado en un conjunto de servicios comunes. En efecto, y en lo que al análisis de las resoluciones de conflictos en materia de códigos de conducta se refiere, la labor de resolución del Consejo se centra en la adopción de decisiones sobre la base de las propuestas de la Dirección de Investigación en relación con los expedientes sancionadores o de control de concentraciones. En el ámbito de conductas restrictivas de la competencia, el Consejo es competente tanto para acordar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones y resolver la terminación convencional como para declarar la prohibición e imponer las sanciones correspondientes y acordar la imposición de medidas cautelares.

57 Sobre el particular puede verse la monografía de PATIÑO ALVES (2007) o los artículos de GÓMEZ CASTALLO (2002), MASSAGUER FUENTES (2010, en prensa), TATO PLAZA (1997 y 2001), además de los trabajos anteriormente citados de DE LA CUESTA RUTE. Por último, en relación con la influencia que la autorregulación publicitaria o los códigos de conducta pueden ejercer sobre los consumidores, véase MARTÍN RODRÍGUEZ (2010, en prensa) y CAVANILLAS MÚGICA (2010, en prensa).

58 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 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

En el segundo de los asuntos citados, la Federación Española de Bebidas Espirituosas (en adelante FEBE) solicitaba del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante 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 (SDC), no es restrictivo de competencia un acuerdo de cooperación empresarial destinado a adoptar 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 10.11.2000 (AC 2523; Sr. Comenge Puig), 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 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 19.12.2002 (JUR 2003\26990; MP: Javier Huerta Trólez), 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

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).

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)⁵⁹.

Una ligera variante en el supuesto de hecho se encuentra en el asunto resuelto por el TDC el **20.1.2004 (AC 2004\523; MP: Sr. Martínez Arévalo)**, 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 Competencia⁶⁰, para lo que nosotros ahora nos interesa, esta resolución sólo resulta interesante porque simplemente muestra que la regulación contenida en los códigos de conducta puede ser, a veces, completada por otras medidas como la solicitada.

Posteriormente, el TDC despacharía, por **resolución de 2.1.2006 (JUR 46691; MP: Sr. Comenge Puig)**, un nuevo asunto, en el que La Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (en adelante 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 Autocontrol⁶¹. En este caso, tanto la implantación del código como del control

59 La resolución que acabamos de resumir ha sido objeto de comentario y aprobación por TATO PLAZA (2002). 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).

60 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 y NÚÑEZ RODRÍGUEZ (2007).

61 Autocontrol, también llamada “Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial”, es el organismo que ha asumido en España la gestión de la autorregulación publicitaria. En efecto, en su versión actualizada a 10 de junio de 2008, el artículo 5º de sus estatutos relativo a su objeto y fines, se establece que su principal objeto es el principal objeto es “contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de la defensa de intereses profesionales”. En este sentido, señala GOMEZ CASTALLO (2010, en prensa) que “desde sus inicios, Autocontrol gestiona el sistema de autorregulación de

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 5º).

Otro caso similar a los anteriores es el resuelto por el TDC el 6.4.2006 (**JUR 137339; MP: Fernando Torremocha García-Sáenz**) que el TDC autorizó la implantación del Código de Autorregulación Publicitaria de la FEBE, 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 veces insuficientes para satisfacer tales fines. En este sentido, puede en efecto considerarse, tal y como queda patente en las 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

la comunicación comercial sobre la base de tres instrumentos principales: un código de conducta, un órgano independiente (el Jurado de Autocontrol de la Publicidad) que se encarga de resolver las controversias y reclamaciones y un Gabinete Técnico que presta asesoramiento previo a la difusión del anuncio a través del servicio de consulta previa (*copy advice*)”.

beneficiosos para el interés general que persiguen⁶².

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 normas⁶³ 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 citada **resolución del TDC de 6.4.2006 (JUR 137339)** al hablar del sometimiento por parte de los adherentes a las normas del código de conducta, su incumplimiento puede llevar aparejada la imposición de 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 28.4.2008 (AC 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 (como sabemos, 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 garantiza⁶⁴. En este caso, el Consejo negó que Autocontrol restringiera la

62 En este sentido, concluye TATO PLAZA (2002, 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”.

63 Respecto de nuestra opinión en relación con la naturaleza de las normas procedentes de la autorregulación, véase nota 53.

64 En este sentido, cabe destacar que Autocontrol elabora y aplica dos tipos de Códigos de Conducta Publicitaria. En primer lugar, dentro de los “códigos éticos” de carácter general se encuentra el “[Código de Conducta Publicitaria](#)” basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (*ICC International Code of Advertising Practice*) y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales y el “[Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva \(Confianza Online\)](#)”, que abarca las comunicaciones comerciales y los aspectos contractuales en las transacciones comerciales con consumidores, realizadas a través de Internet y otros medios electrónicos, sin olvidar la salvaguarda de la protección de datos personales. En segundo lugar, Autocontrol también se encarga de la aplicación de distintos “códigos de conducta sectoriales”, o reguladores de la publicidad en distintos sectores de la actividad económica (ej. industria farmacéutica, bebidas espirituosas, software interactivo, fabricación y distribución de productos de nutrición, etc.). A día 23 de abril de 2010, puede obtenerse más información acerca de la actividad de Autocontrol y sus códigos de conducta a través de su página Web, www.autocontrol.es

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)⁶⁵.

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 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, y siempre desde la perspectiva de las escasas resoluciones recaídas en la materia, acerca de cuál es valor práctico de los códigos de conducta.

b. Progresivo reconocimiento del valor normativo, interpretativo y vinculante de los códigos de conducta empresariales.

68. En efecto, 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 –aunque sea parcial– a uno de los interrogantes que nos planteábamos en la introducción: ¿para qué sirve un código de conducta? ¿Cuál es su valor? La solución a estos interrogantes, desde el plano del Derecho privado general,

65 La cursiva es nuestra.

parece encontrarse en hallar cuál es su eficacia jurídica. Y, como se verá 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 constatarse 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 Sevilla nº 18, de 5.4.2003 (JUR 69242)**⁶⁶, en el 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 Barcelona, Civ. Sec. 11ª, de 2.6.2004 (JUR 209171; MP: Joaquín De Oro-Pulido López)**, 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)⁶⁷. En tercer lugar, **la SAP Madrid, Civ. Sec. 18ª, de 16.3.2005 (AC 431)**⁶⁸, 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 Madrid, Civ. Sec. 10ª, de 13.2.2006 (JUR 194825)**, en la que la sociedad demandada por haber incumplido con su obligación de cesión de ciertas

66 Para más detalles acerca de los hechos que motivaron esta sentencia véase *supra*, nº 34. Dicha Sentencia también ha sido citada *supra*, nº 57.

67 En efecto, se trataba de un caso relativo a un recurso de apelación interpuesto contra la desestimación de la demanda presentada por un Mosso d'Esquadra contra la Dirección General de la Seguridad Ciudadana de Cataluña y contra su director. El actor reprochaba a los demandados la publicación, en la Intranet de la mencionada Organización, el contenido lesivo de una sentencia dictada en el marco de un proceso contencioso-administrativo en la que figuraba su nombre, lo cual a su juicio constituía una violación de su derecho a la intimidad y al honor.

68 Para más detalles acerca de esta sentencia, véase especialmente *supra*, nos 43 y 44. Sentencia también citada *supra*, nos. 34 y 57.

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 4^o)⁶⁹.

71. Por su parte, dentro del segundo grupo cabría citar, en primer lugar, el **auto AP Barcelona, Civ. Sec. 14^a, de 16.9.2002 (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 2^o)⁷⁰. En segundo lugar, también podemos citar la **SAP Barcelona, Civ. Sec. 16^a, de 24.3.2004 (JUR 122633)** 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 planteados⁷¹.

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

69 Sentencia también citada *supra*, n^o 33.

70 En efecto, tras referirse a la legislación y doctrina jurisprudencial existente en la materia, la Audiencia finaliza el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 2^o 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). Para más detalles acerca de los hechos de esta sentencia, véase *supra*, n^o 34, nota n^o 28.

71 En efecto, en dicho caso, dos empresas concluyeron un contrato de franquicia en materia de hostelería por un plazo de diez años prorrogables de cinco en cinco. Apenas dos años después, la empresa franquiciada resolvió unilateralmente el contrato. Acto seguido, la empresa franquiciadora interpuso una demanda contra la franquiciada, solicitando de la autoridad judicial la declaración de ruptura injustificada y la resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte en su obligación de pago del canon establecido. Por último, también reclamó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y la cesación en la actividad comercial y en el empleo de los signos ligados a la marca de la que es propietaria. Por su parte, la empresa franquiciada formuló demanda reconvenzional, afirmando que la empresa franquiciadora incumplió sus obligaciones contractuales, al vulnerar el pacto de igualdad de trato de todos los franquiciados en relación con el pago del canon de publicidad, puesto que entendía que pagaba más que otros, y no haber cumplido con su labor de formación. (FJ 1^o). 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 4^o). Sentencia también citada *supra*, n^o 34.

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 caso⁷². Únicamente cabe destacar el razonamiento esgrimido por el juez en **la SAP Madrid, Civ. Sec. 10ª, de 13.2.2006 (JUR 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)⁷³.

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, el 30.10.2007 (JUR 2008\32360; MP: Enrique Sanjuan Muñoz)**, 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

72 Como ocurre, por ejemplo, en la sentencia del **JPI Sevilla nº 18, de 5.4.2003 (JUR 69242)**, citada *supra*, nos. 34, 57 y 70, o en la **SAP Barcelona, Civ. Sec. 11ª, de 2.6.2004 (JUR 209171)**, citada *supra*, nº 70.

73 En efecto, en tal caso, citado *supra*, nos. 33 y 70, 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 Reconvencción en dicho sentido. (La cursiva es nuestra).

“institución prestigiosa” (FJ 5º)⁷⁴.

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 Autocontrol⁷⁵, 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 Madrid, Civ. Sec. 11ª, de**

74 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 nº 1 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 nº 1 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 puede concluir –recurriendo a un segundo ejemplo- que es la empresa que cuenta con mayor número de establecimientos (...).” (La cursiva es nuestra).

75 Respecto de los distintos códigos de conducta elaborados y aplicados por Autocontrol, véase lo dicho *supra*, nota 64.

24.5.2004 (JUR 227317; MP: Jesús Gavilán López)⁷⁶. 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 de su jurado 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^{o77} y 4^{o78}). Y es que, para la

76 Dicha sentencia ha sido objeto de comentario y aprobación por parte de DE LA CUESTA RUTE (2005).

77 En efecto, según el FJ. 3^o 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 1^o 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 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).

78 Así, la Audiencia, en el FJ. 4^o 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

Audiencia, en defecto de 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 varios códigos de conducta en los 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 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, contemplan 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.

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).

3. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 23.2.2009	RJ 1508	José Ramón Ferrándiz Gabriel	BBVA Bolsa, SV., SA c. Congregación de religiosas Carmelitas de la Caridad de Vedruna
Auto TS, 1ª, 13.5.2008	JUR 194505	Juan Antonio Xiol Ríos	Telefónica de España, S.A. y UNI2 Telecomunicaciones, S.A. c. Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)
SAP Madrid, Civil Sec. 12ª, 10.7.2008	JUR 291854	María Jesús Alia Ramos	Dª Asunción c. Telefónica de España, S.A.
SAP A Coruña, Civil Sec. 4ª, 21.5.2008	AC 1151	José Luis Seoane Spiegelberg	Distribuidora Galicoasturiana de telefonía, S.L. c. UNI2 Telecomunicaciones, S.A.
SAP A Coruña, Civil Sec. 4ª, 15.10.2007	JUR 2008\33816	Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández	Telefónica de España, S.A. c. Pichurri, S.L.
SAP Lugo, Civil Sec. 1ª, 18.9.2007	JUR 2008\42266	José Antonio Varela Agrelo	D. José Pedro c. Spantel 2000, S.A.U.
SAP Vizcaya, Civil Sec. 5ª, 22.12.2006	JUR 2007\98771	María Elisabeth Huerta Sánchez	Allmovil de telefonía, S.L. c. Telefónica Servicios Móviles, S.A.
SAP Barcelona, Civ. Sec. 14ª, 23.11.2006	JUR 2007\194822	Marta Font Marquina	Grupo Sofintel de Telecomunicaciones, S.L. c. Telefónica Móviles España, S.A.
SAP Almería, Civ. Sec. 2ª, 14.9.2006	JUR 2007\167418	José María Contreras Aparicio	Telefónica España, S.A. c. D. Luis Pedro
SAP Granada, Civ. Sec. 5ª, 14.9.2006	JUR 2007\129540	José Maldonado Martínez	D. Germán y Dª. Magdalena c. BBVA, S.A.
SAP Madrid, Civ. Sec. 10ª, 13.2.2006	JUR 194825	Teresa Puente-Villegas y Jiménez de Andrade	Pci Pyme Marketing, S.L. c. Hoteles Silken, S.A.
SAP Córdoba, Civ. Sec. 2ª, 13.7.2005	AC 1582	Antonio Puebla Povedano	Telefónica España, S.A. c. D. Manuel
SAP Málaga, Civ. Sec. 5ª, 21.6.2005	JUR 231815	Rafael Caballero Bonald Campuzano	Telefónica de España, S.A.U. c. Junta Arbitral de Consumo
SAP Madrid, Civ. Sec. 19ª, 14.4.2005	AC 823	Angel Lombardía del Pozo	Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) c. Telefónica de España, S.A.
SAP Madrid, Civ. Sec. 18ª, 16.3.2005	AC 431	Lorenzo Pérez San Francisco	Lince Comunicaciones, S.A. (UNI2) c. Telefónica de España, S.A.U.
SAP Pontevedra, Civ. Sec. 1ª, 30.12.2004	AC 2005\2042	Manuel Almenar Belenguer	D. José Enrique c. Telefónica de España, S.A.
SAP Madrid Civ. Sec. 12ª, 11.10.2004	AC 2006\1103	José María Celemín Porrero	Telefónica de España, S.A. c. Oprinus 906, S.A.
SAP Barcelona Civ. Sec. 11ª, 2.6.2004	JUR 209171	Joaquín de Oro-Pulido López	D. Alfredo c. D. Valentín, Dirección General de Seguridad Ciudadana y Ministerio Fiscal

SAP Madrid Civ. Sec. 11 ^a , 24.5.2004	JUR 227317	Jesús Gavilán López	Asociación Para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) c. Laboratorios Lesvi, S.A.
SAP Barcelona Civ. Sec. 16 ^a , 24.3.2004	JUR 122633	Enrique Alavedra Farrando	Jamaica's Franchising, S.L. c. Heruvi, S.L.
SAP Madrid Civ. Sec. 9 ^a , 4.11.2003	JUR 2004\88372	José Luis Durán Berrocal	Don Everardo c. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid
SAP Córdoba Civ. Sec. 3 ^a , 23.5.2003	JUR 152479	Felipe Moreno López	Doña Alicia c. Banco de Andalucía, S.A.
SAP Sta. Cruz de Tenerife Civ. Sec. 3 ^a , 7.2.2003	JUR 141153	Macarena Gómez Delgado	Doña Rita c. Don Rosendo y Don Lucio
Auto AP Barcelona Civ. Sec. 14 ^a , 16.9.2002	JUR 2003\22233	Enrique Alavedra Farrando	Doña María Fernanda c. Kookai, S.A.
SAP Valencia Civ. Sec. 7 ^a , 31.6.2001	JUR 325658	José Francisco Beneyto García-Robledo	Saur Internacional, S.A. c. Aguas de Valencia, S.A.
SAP Madrid Civ. Sec. 21 ^a , 3.21998	AC 7080	Rosa María Carrasco López	Expo Digital, S.A. c. Telefónica de España, S.A.
J.Merc. n° 1 Málaga, 30.10.2007	JUR 2008\32360	Enrique Sanjuan Muñoz	Golf House S.p.A. c. Golf Europa, S.L.
JPI n° 3 Alcobendas, 11.7.2005	JUR 2008\237565	Elena Cortina Blanco	AUSBANC Consumo y AUSBANC Empresas c. Vodafone España, S.A.
JPI n° 61 Madrid, 20.7.2004	AC 1144	Santiago Senent Martínez	Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) c. Telefónica de España, S.A.
JPI n° 18 Sevilla, 05.4.2003	JUR 69242	Carmen Pérez Guijo	Federación de Consumidores de Andalucía (FACUA), Unión de Consumidores de Andalucía (UCA), Federación de Consumidores y Amas de Casa de Andalucía c. BBVA Finanzia Banco de Crédito, entidad Pastor Servicios Financieros Establecimiento financiero de Crédito S.A., Banco Santander Central Hispano S.A., Eurocrédito entidad de financiación S.A. y Open English Master Spain, S.A.
JPI n° 10 Bilbao, 12.1.2004	AC 171	Edmundo Rodríguez Achutegui	Telefónica Móviles España S.A. c. Allmovil de Telefonía, S.L.
TDC, 13.7.1998	AC 9041	Eugenio Bermejo Zofío	Caja Rural de Almedralejo y Caja Rural de Canarias c. Asociación Española de Cajas Rurales
TDC, 26.5.2000	AC 4777	José Hernández Delgado	Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)
TDC, 10.11.2000	AC 2523	Sr. Comenge Puig	Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)
TDC, 19.12.2002	JUR 2003\26990	Javier Huerta Trólez	la Asociación de Empresarios del Tabaco (AET)

TDC, 20.1.2004	AC 523	Sr. Martínez Arévalo	Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)
TDC, 02.1.2006	JUR 46691	Sr. Comenge Puig	Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas
TDC, 02.4.2006	JUR 137339	Fernando Torremocha García-Sáenz	Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)
CNC, 28.4.2008	AC 1775	Desconocido	AUSBANC Consumo c. Director General de Defensa de la Competencia y Asociación para la Autorregulación de la Publicidad Comercial

4. Bibliografía

Pascal ANCEL (1999), "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Octubre-Décembre, pp. 771 - 283.

Alain BERNARD (2009), "Le marché autorégulé, une idée folle?", *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2289 y ss.

Fabrizio CAFAGGI (2009), "La regulación privada en el Derecho Contractual Europeo", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 5, mayo de 2009, pp. 54-67.

Santiago CAVANILLAS MÚGICA (2010, en prensa), "Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones", en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Alastair CLARK & John DRAGE (2000), "International standards and codes", *Financial Stability Review*, pp. 162-168.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 987-1085.

José María DE LA CUESTA RUTE (2008), "La autorregulación como regulación jurídica", ponencia 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/>.

José María DE LA CUESTA RUTE (2005), "Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la Publicidad. La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 43, pp. 11-36.

José María DE LA CUESTA RUTE (2005), "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.

José María DE LA CUESTA RUTE y Enrique NÚÑEZ RODRÍGUEZ (2007), "Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil", *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, pp. 95-128.

Luis DIEZ PICAZO (1991), "Comentarios a los artículos 1254 a 1260 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid.

Jean Pierre DUPRAT (2010, en prensa), "Los códigos de conducta vistos por un jurista francés", en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Gaudencio ESTEBAN VELASCO (2010, en prensa), "Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo mundo de los códigos de conducta", en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

José ESTEVE PARDO (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra.

Luigi FERRI (2001), *La autonomía privada*, traducción y notas de Derecho español de Luis SANCHO MENDIZÁBAL, Comares, Granada.

HUECK (1923), "Normenverträge", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Jena, pp. 33-118.

Jean GATSI (1996), *Le contrat cadre*, thèse, Paris, LGDJ.

Gregorio GITTI (1994), *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, CEDAM.

José Domingo GÓMEZ CASTALLO (2002), "La autorregulación publicitaria", *Economistas*, 2002, pp. 58-67.

José Domingo GOMEZ CASTALLO (2010, en prensa), "Autorregulación: una publicidad responsable

en beneficio de los consumidores, la industria y el Mercado”, en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Emmanuel GOUNOT (1912), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris.

Rafael ILLESCAS ORTIZ (2003), “La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 17, (Ejemplar dedicado a: Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández), pp. 291-306

José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.* (2007), *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, 4ª ed. Revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, Dykinson.

Laurent LEVENEUR (1998): “La liberté contractuelle en droit privé”, *Actualité Juridique du Droit Administratif*, pp. 676-682.

David LÓPEZ JIMÉNEZ (2009), “La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta”, *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-Marzo de 2009, pp. 147-171.

José MANRESA Y NAVARRO (1929), *Comentarios al Código Civil español*, Ed. Reus, Madrid.

Lirio MARTÍN RODRÍGUEZ (2010, en prensa), “Códigos de conducta y publicidad”, en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Santiago MARTÍNEZ LAGE y Amadeo PETITBÒ JUAN (Directores), (2009), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino / Pons, Madrid-Barcelona.

José MASSAGUER FUENTES (2010, en prensa), “Aproximación a la autorregulación publicitaria”, en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Ramón MULLERAT (2007), “Self-regulation. The codes of conduct”, *CIES*, 2007, pp. 1-16.

Xavier O'CALLAGHAN (2008), *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, Difusa, 5ª edición.

Filali OSMAN (1995), "Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, pp. 509 y ss.

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (2008), "Autorregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, pp. 329-355.

Beatriz PATIÑO ALVES (2007), *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona.

Veronique RANOUIL (1980), *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Presses Universitaires de France, Paris.

Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora) (2010, en prensa), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Antonio REVERTE NAVARRO (1993), "Comentario al artículo 1255 del Código Civil", en Manuel ALBALADEJO y Silvia DIAZ ALABART (coordinadores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 1º A, Edersa.

Judith ROCHFELD (2004), "Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation", *Revue des contrats*, 01 octobre 2004, nº4, p. 915 y ss.

Stefano RODOTA (2010, en prensa), "Códigos de conducta: entre hard law y soft law", en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO (2007), *Principios de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 12ª edición.

Alain SAYAG (Directeur) (1994), *Le contrat-cadre, Volume 1, Exploration comparative*, Paris, Litec.

Anxo TATO PLAZA (2002), "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*, pp. 389-398.

Anxo TATO PLAZA (1997), "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España", *Actas de Derecho Industrial*, nº 18, pp. 161-185.

Anxo TATO PLAZA (2001), "Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en Internet", en Anxo TATO PLAZA y Ángel FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *Comercio electrónico en Internet*, Pons, Madrid, pp. 225-259.

Francisco URÍA FERNANDEZ (2010, en prensa), "Códigos de conducta en la actividad bancaria", en Alicia REAL PÉREZ (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid.

Rodrigo URÍA GONZÁLEZ (1956) "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *Revista de Derecho Mercantil*, Octubre-Diciembre, pp. 221-242.

Guillaume WICKER (1997), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, collection Bibliothèque de droit privé, Tome 253, LGDJ, Paris.

Guillaume WICKER (2003), "Force obligatoire et contenu du contrat", en Pauline REMY-CORLAY et Dominique LASZLO-FENOUILLET (Directeurs), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, pp. 151-174.