



CAMPUS PÚBLICO
MARÍA ZAMBRANO
SEGOVIA



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

Grado en Derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EL VALOR JURIDICO DE LOS CODIGOS DE
CONDUCTA.**

Presentado por Victoria de los Ángeles Martín Ruiz
Tutorizado por la Prof.^a María del Lirio Martín García

Segovia, Diciembre de 2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

LA NECESIDAD DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LOS DIVERSOS SECTORES DE LA SOCIEDAD

1.1. El código de conducta en el ámbito público: la co- regulación en la administración pública española.....	12
1.1.1. El limitado valor intrínseco de los códigos de conducta de naturaleza pública.....	15
1.2. El código de conducta como herramienta para reforzar las relaciones empresariales.....	16
1.2.1. Naturaleza y valor jurídico de los códigos de conducta suscritos por los particulares.....	18
1.3. El código de conducta como instrumento de autorregulación empresarial.....	21

CAPÍTULO II

EL SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIO ESPAÑOL: LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE AUTOCONTROL

2.1. ¿Qué es Autocontrol y cómo funciona?.....	27
2.2. ¿Cómo podríamos definir entonces al Sistema de autorregulación publicitario?.....	27

2.3. Normas básicas de conducta que deben ser respetadas en la actividad publicitaria.....	29
2.3.1. Normas que contienen principios, derechos y deberes que reforzarían el control establecido por las leyes.....	29
2.3.2. Normas que contienen principios y deberes que ampliarían el control establecido por las leyes.....	35
2.4. Tramitación de las Reclamaciones	38
2.4.1. ¿Quién puede reclamar?.....	38
2.4.2. ¿Sobre qué se puede reclamar?.....	39
2.4.3. ¿Cómo se puede reclamar?.....	40
2.4.4. Resolución de las reclamaciones conforme al procedimiento del Reglamento del Jurado.....	41
2.4.5. El carácter vinculante de las resoluciones del Jurado....	44

CAPÍTULO III

UN PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DEL VALOR NORMATIVO, INTERPRETATIVO Y VINCULANTE DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EMPRESARIALES

CONCLUSIONES.....	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

ANEXO

Anexo Legislativo.....	60
------------------------	----

RESUMEN

En España son numerosas las empresas, tanto en el ámbito público como en el privado que utilizan códigos de conducta como mecanismo para resolver sus conflictos. Sin embargo, son muchos los interrogantes que surgen en relación con su aplicación. Y es que, ¿cuál es el valor jurídico de los códigos de conducta en caso de litigio? El presente estudio pretende arrojar algo de luz en este campo, en primer lugar a través de un examen de los distintos ámbitos en que es necesaria la aplicación de estos códigos, acompañado del análisis de algunas resoluciones emitidas por nuestros tribunales en relación con los conflictos en que dichos instrumentos se han visto implicados. Y a continuación, a través de la profundización de los códigos de conducta de tipo supra-empresarial centrándonos en Autocontrol, debido, por un lado, a su bagaje en este ámbito, y, por otro, a que cuenta con un Órgano de evaluación y control capaz de emitir sanciones por su incumplimiento. Algo que conducirá progresivamente a nuestros tribunales a pronunciarse a favor de la plena eficacia jurídica de dichos códigos, y por consiguiente a favor del reconocimiento de su gran valor potencial.

ABSTRACT

In Spain, many companies use codes of conduct as a mechanism to solve different conflicts in the private and public sectors. However, many questions have arisen concerning their application of such codes to explain how the legal framework works under law suit. This study focuses on the different frameworks in which these legal codes play an important role. Moreover, data stated from different courts concerning the legislation, rules and different legal materials concerned will be analysed. To do so, these moral codes of conduct will be examined in relation to cross-company labour regulations. By focusing on Autocontrol, a company with a great background on this topic, as it is a governing body of control capable of issuing sanctions in case of nonfulfillment, which will allow our courts to pronounce themselves in favour of the legal effectiveness of these moral codes because of their considerable potential value.

PALABRAS CLAVE

Autorregulación, códigos de conducta, eficacia jurídica, naturaleza jurídica, resoluciones judiciales.

KEYWORDS

Self-regulation, codes of conduct, legal efficacy, legal nature, judicial resolution.

ABREVIATURAS

CDC	Código de conducta
EMN	Empresas Multinacionales
ONG	Organización no gubernamental
AAPP	Administración Pública
EBEP	Ley del Estatuto del Empleado Público
CDCP	Código de conducta Publicitaria
LCD	Ley de Competencia Desleal
CE	Constitución Española de 1978
LGP	Ley General de Publicidad
Lgdcu	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
RD	Real Decreto
AP	Audiencia Provincial
JPI	Juzgado de Primera Instancia
CE	Comisión Europea
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Sabemos que los códigos de conducta, -también llamados códigos de buenas prácticas- se han convertido en un instrumento habitual de la práctica empresarial.

Por esta razón, lo más probable es que pensemos que su uso venga de hace mucho tiempo atrás, en cambio no es así, su florecimiento en los diversos sectores de la sociedad viene desde hace relativamente pocos años. En concreto, los códigos de conducta de las empresas aparecieron en los años 1970, pero es en el curso del proceso de globalización de los años 1990 cuando las empresas multinacionales (EMN)¹ comienzan generalizadamente a crear y difundir ante la opinión pública, numerosos códigos de conducta a los que se comprometen a ajustar sus actividades.

Si nos ceñimos al territorio español, los códigos son empleados, tanto por los particulares e instituciones privadas como por los poderes públicos. Por ejemplo, por un lado encontraríamos códigos preparados por empresas, ONG²s o entidades públicas -como las Universidades- en los que éstas recogen sus principios ideales de actuación tanto en sus relaciones internas como con terceros. Por otro lado, también existirían otros códigos de conducta preparados por las Administraciones públicas que, con carácter imperativo regulan el funcionamiento de una actividad determinada. Y, por último, también encontraríamos aquellos códigos de conducta que, promulgados por ciertas asociaciones o federaciones de empresarios de un sector determinado (como el de la publicidad o del desarrollo de software informático), pretenden disciplinar la capacidad de organización comercial³ de sus miembros, quienes normalmente aceptan someterse tanto a la autoridad del código como a la del órgano encargado del control de cumplimiento que haya sido creado

1 Las empresas multinacionales son aquellas con operaciones en dos o más países, desarrollando no necesariamente la misma actividad, aunque lo más frecuente es que lo hagan.

2 Sigla de organización no gubernamental, institución sin ánimo de lucro que no depende del gobierno y realiza actividades de interés social.

a tal efecto.

Por tanto, en España son muchos y muy diversos los CDC que actualmente se encuentran en vigor y que, como tales, tienen que producir unos determinados efectos. Por eso, son muchos los interrogantes que surgen actualmente en relación con su aplicación: ¿Cuál es su grado de influencia en el comportamiento de los sujetos a quienes van dirigidos? ¿Qué ocurre cuando un CDC es incumplido por aquél que debía respetarlo? ¿Hasta qué punto el cumplimiento de un CDC puede ser exigido por quien se vea afectado por él? En definitiva, ¿cuál es el valor jurídico y la trascendencia en la práctica de los CDC?

Mi objetivo entonces, no es otro que el de tratar de responder a todos estos interrogantes. Para ello, a medida que estudiemos cada uno de los ámbitos en que los CDC encuentran su aplicación, me ayudaré de algunas resoluciones⁴ de los tribunales, para obtener, al menos, una cierta visión de los problemas que tanto la existencia misma de los CDC como su aplicación hayan podido suscitar en la práctica. De este modo, además iremos viendo, cómo se han pronunciado los tribunales respecto al último y más importante de los interrogantes planteados: ¿para qué sirve un código de conducta? ¿Cuál es su valor?

Y será, a lo largo del tramo final del presente trabajo, cuándo se entienda la importancia práctica que tienen especialmente los CDC supra-empresariales, y el reconocimiento que progresivamente ha sido llevado a cabo por parte de nuestros tribunales de su efectivo valor jurídico. Para ello, me serviré del estudio del Sistema de autorregulación publicitario español, gestionado por Autocontrol, ya que constituye un magnífico ejemplo para comprender que el valor jurídico que se les reconoce a estos códigos, se debe a su verdadera

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

4 Resoluciones que, se encuentran muy desigualmente distribuidas por materias y órganos jurisdiccionales.

eficacia.

Y ello porque, al menos de momento y en nuestro país, los códigos de conducta de tipo supra-empresarial, son los únicos que contemplan la posibilidad de emitir sanciones por su incumplimiento. Lo que ha permitido a nuestros tribunales pronunciarse no sólo de cara a la extracción de consecuencias jurídicas sobre la naturaleza y efectos de estos códigos, sino también sobre la violación de su contenido.

CAPÍTULO I

LA NECESIDAD DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LOS DIVERSOS SECTORES DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO I

En efecto, si algo nos planteamos, a título preliminar, al oír hablar acerca de los códigos de conducta, son varias cuestiones, a saber, de un lado: ¿Qué es un código de conducta? ¿Cuál es la causa u origen de su nacimiento?; y de otro: ¿En qué ámbito se desarrollan los CDC? ¿Es realmente necesaria su aplicación? De modo que, considero apropiado intentar aclarar en primer lugar qué es la ética, dado que la necesidad de la existencia de estos códigos se debe precisamente a cuestiones que tienen que ver con la ética. Y por ende, los diversos ámbitos en que se intenta regular la misma.

La ética⁵ es la rama del saber que se ocupa del estudio de las acciones morales de los individuos y de los grupos, así como de las reglas y normas que rigen ese comportamiento en una sociedad determinada. Por tanto, la ética profesional es la parte de la ética que rige el comportamiento del individuo en su ejercicio profesional. Sin duda estamos ante una de las ramas más diversificadas de la ética.

Cabe destacar que la ética, a nivel general, no es coactiva (no impone sanciones legales o normativas). Sin embargo, la ética profesional puede estar, en cierta forma, en los códigos deontológicos que regulan una actividad profesional. La deontología forma parte de lo que se conoce como ética normativa y presenta una serie de principios y reglas generales de cumplimiento obligatorio.

Podría decirse, por lo tanto, que la ética profesional estudia las normas vinculantes recogidas por la deontología profesional. La ética sugiere aquello que es deseable y condena lo que no debe hacerse, mientras que la deontología cuenta con las herramientas para garantizar que la profesión se ejerza de manera ética.

De la redacción anterior podemos concluir que, para lograr una mayor especialización del campo de acción de la ética se utilizan los Códigos de ética, los cuáles no son más que una compilación de las normas y reglas que determinan el comportamiento ideal o más apropiado para un grupo específico de profesionales. Reglas que, pueden estar escritas (como en los casos de la medicina o el

⁵ La palabra ética proviene del griego *ethikos* ("carácter").

derecho) o ser implícitas.

Un código es una afirmación formal de los principios que definen los estándares del comportamiento específico de una compañía. Por lo general, no contiene todas las normas implícitas del comportamiento del profesional, porque se sobreentiende que toda persona que llega a un grado de profesional posee cierta formación y criterio de lo que se debe o no se debe hacer durante su desempeño como profesional.

Como podemos ver, no es fácil establecer el concepto de lo que es o no es ético. En efecto, la ética va más allá de las leyes vigentes. Es decir, que ciertas actividades pueden ser consideradas legales pero no por ello éticas⁶. Por lo tanto, el hecho de actuar conforme a la ley y los reglamentos establecidos es solo una parte del comportamiento ético. La ética va más allá...

Entonces, para alcanzar la excelencia ética, varias son las fases que es necesario superar. Los códigos de conducta, al inicio de ese camino, son documentos de apoyo que deben servir de inspiración a los miembros de una organización para saber qué conductas son las más apropiadas en aquellos casos que no cubre la norma jurídica pero que habitualmente pueden plantear cuestiones éticas⁷.

No obstante, la tensión entre la Ética y el Derecho ha provocado en muchas ocasiones que se ponga en duda la eficacia de los CDC, y es por eso que, en algunos casos, estos códigos pasan de ser documentos de apoyo a instrumentos sancionadores. Así, en los últimos años, la regulación en nuestro país, ha adquirido un significado más amplio, en el que otros instrumentos como la co-

6 En este sentido, Fernández afirma: *“Por ejemplo, el trabajo infantil puede ser legal en alguna parte del mundo (deseo que no) pero sin duda esa práctica es mala para la sociedad”*. *Codigos eticos o de conducta*, 2011.

De hecho y siguiendo con este ejemplo, gracias a los medios de comunicación, puedo afirmar que, regiones tales como Asia y el Pacífico tienen el nivel más alto de niños trabajadores del mundo. Si no me equivoco, en la actualidad el número de niños trabajadores se sitúa en torno a 168 millones.

7 *“En otras palabras, un CDC nunca tendrá un rango superior a una ley, pero puede complementarla si no la contradice”* Germán Udiz, 2014.

regulación y la autorregulación han entrado en juego. De esta manera, no sólo se van a regular las conductas ilegales, sino también las conductas inmorales.

Por tanto, dos son los ámbitos en que los CDC se han convertido en los verdaderos protagonistas de esta nueva regulación mucho más extensa:

Por un lado, tenemos el ámbito del Derecho público, donde, el término “regulación” se ha utilizado tradicionalmente para referirse a la actividad estatal de producción de normas jurídicas o incluso de cualquier instrumento jurídico vinculante (también reglamentos, órdenes y actos administrativos). No obstante, y especialmente por influencia de los países anglosajones, otros instrumentos son incluidos actualmente en el concepto de “*regulation*”⁸ como la co-regulación o “autorregulación regulada”, que adoptaría una relación consensuada entre la organización autorregulada y la Administración Pública.

Y más importante aún para este trabajo es el ámbito del Derecho privado⁹.

1.1. El código de conducta en el ámbito público: la co-regulación en la administración pública española

Para una mejor comprensión de lo que vengo explicando, es conveniente diferenciar cuándo hablamos de responsabilidad legal y cuándo de responsabilidad ética¹⁰. A nadie se le escapa que un responsable público que no cumple con la ley (probablemente de

8 También conocida como “meta-regulación”: Coglianese, C. y Mendelson E. “Meta regulation and self- regulation” en Baldwin, R.; Cave, M. y Lodge, M. (eds.). *The Oxford Handbook of Regulation* (pp.146 - 168). Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 151 - 153.

9 Así, Fernández refiere que *el término “autorregulación”, se usa generalmente como el antónimo de “regulación”, situándose pues el discurso en la contraposición genérica entre voluntariedad y normatividad, debiéndose entender esta autorregulación en clave de empresa individualmente considerada, pero también de sector, o territorial. “Codigos eticos o de conducta”, 2011.*

manera poco ética) actúa arbitrariamente y, por lo tanto, de modo ilegal. Con todo, cuando el actuar no se sale de la legalidad o incluso cuando está al límite de ella, su conducta puede ser legal, pero asimismo, ser éticamente reprobable para los ciudadanos. Por tanto, podemos y debemos diferenciar arbitrariedad (jurídica) de inmoralidad (ética).

En general, el Derecho no sólo resuelve conflictos, sino que se adelanta a los mismos proporcionando seguridad jurídica a los ciudadanos que saben de antemano las consecuencias de sus acciones. Su función consiste en conformar la estructura del grupo y dirigir su dinámica a través de un marco jurídico para el ejercicio del poder. Éste se sustenta en el poder, pero sólo en una de sus dimensiones, la potestad o *potestas* como lo denominaban los romanos. Se trata de “la disposición personal de los medios necesarios para organizar efectivamente la convivencia de un grupo social”. Sin embargo, como bien apunta Vanney¹¹, para que la potestad perdure debe tener un reconocimiento social, de otro modo, estaríamos ante un poder despótico cuyo ejercicio no sería legítimamente.

La otra dimensión del poder es la autoridad, la *auctoritas*, y sirve de “límite a la potestad cuando ésta no actúa con arreglo al establecimiento del orden social”. La Ética está investida de este tipo de poder de manera que su cumplimiento no depende de la potestad sino del reconocimiento.

Además, como ya he dicho, la Ética no busca sólo el cumplimiento de la norma sino que va más allá, busca la excelencia humana o de la organización. Cuando tanto la ética individual como la colectiva se basan únicamente en la ley, es decir, cuando la organización o el directivo¹² sólo busca “no incumplir la ley” se puede caer en el error de buscar subterfugios o vacíos legales que permitan actuar de forma poco ética.

10 Recordemos que, la responsabilidad de una persona reside en su obligación de responder por sus propios actos.

11 Citado por Molina & Bañón en “Alcance de los códigos de conducta en la administración pública la corrección en la administración pública española ¿Mejora de la imagen o instrumento sancionador?”, 2012, pp.216.

Por ello, vuelvo a insistir en que solo el Derecho no es suficiente para evitar la inmoralidad, es necesario interiorizar qué valores queremos potenciar y tener una clara voluntad de defenderlos. Y para ello es necesaria una política de personal adecuada y coherente. Para prevenir la corrupción es necesario, además de normas, formar a los funcionarios públicos en el comportamiento ético a todos los niveles: en la elaboración de leyes, en el desarrollo de políticas, en la toma de decisiones, etc, pero sin olvidar que la responsabilidad profesional no es incompatible con la responsabilidad social de la propia organización, en este caso “la Administración Pública (AAPP)”.

Así, es necesaria una actitud proactiva ¹³ de las Administraciones públicas para conseguir un funcionariado con una ética sólida, que ponga su referente en el servicio al ciudadano. Y en efecto, esa ética profesional puede verse apoyada o reforzada por los Códigos de conducta que guíen una profesión determinada o también con el código que la propia organización quiera darse.

Por lo tanto, es evidente la necesidad de los CDC en las Administraciones públicas. Sin embargo, y aun existiendo cada vez más preocupación por la ética pública y su regulación, no parece que estos códigos hayan abundado en nuestras organizaciones públicas españolas, salvo algunos casos excepcionales.

Además, los CDC, necesitan de una serie de mecanismos de evaluación y control para ser efectivos. Y en nuestro caso, el EBEP (Ley del Estatuto del Empleado Público), a pesar a prever un sistema de evaluación del desempeño y un régimen sancionador, éste es difuso, porque no queda claro qué conducta se corresponde con cada una de las sanciones establecidas. Asimismo, a nivel autonómico y local existen numerosos códigos que no cuentan con mecanismos de

12 Término que engloba tanto a los mandos políticos, como a los mandos funcionarios, y a cualquier empleado público.

13 La proactividad es un concepto de psicología del trabajo y de las organizaciones definido como la actitud en la que el sujeto u organización asume el pleno control de su conducta de modo activo, lo que implica la toma de iniciativa en el desarrollo de acciones creativas y audaces para generar mejoras, haciendo prevalecer la libertad de elección sobre circunstancias del contexto.

evaluación. Y, en ningún caso, se prevé un sistema sancionador para los códigos autonómicos.

1.1.1. El limitado valor intrínseco de los códigos de conducta de naturaleza pública

En efecto, nos encontramos con resoluciones que aplican 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.

Así, dentro de este primer grupo, por ejemplo los tribunales aplican a modo de textos legales los llamados *códigos de conducta* para la regulación de los servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional, aprobados y modificados por distintas resoluciones administrativas.

De entre todas las resoluciones¹⁴ recaídas en éste ámbito, podemos mencionar, a modo de ejemplo, el caso resuelto por la SAP Madrid (sección 12ª), núm. 37/2004 de 11 de octubre¹⁵. 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 CDC 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 CDC 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

14 Sobre las resoluciones analizadas a lo largo del presente trabajo, hemos tomado como referencia las recogidas por Soro. R. en el marco de “ Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”, 2010.

15 (AC 2006/1103).

código regulador del funcionamiento de los servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional¹⁶. En efecto, se contrató la prestación del servicio telefónico de tarot a través de una línea abierta a cualquier usuario, ocultando dicha circunstancia en el contrato, cuando debió contratarse por una línea de acceso restringido.

El presente litigio deja entrever que los CDC 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 parece que dicho carácter imperativo proviene del sometimiento voluntario al mismo de la parte contratante en base a los términos del contrato. En efecto, en el presente caso puede observarse que la violación del contenido del mencionado CDC 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 recibía la violación de una ley o norma jurídica imperativa, susceptible de provocar la nulidad radical del contrato.

Por tanto, con respecto a estos códigos de conducta de naturaleza pública, desde una perspectiva jurídica, 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. Y en efecto, dicho carácter imperativo parece tener eficacia vinculante únicamente para los sujetos que libremente hayan suscrito el código.

1.2. El código de conducta como herramienta para reforzar las relaciones empresariales

Pasando ya al ámbito privado, desde un primer punto de vista, que es el del Derecho privado de la contratación, los CDC también pueden ser necesarios para completar la regulación de las relaciones contractuales entre particulares. En este sentido, cabría decir que, los CDC constituyen una nueva manifestación del principio de autonomía de la voluntad. En efecto, tal y como muestra el estudio

16 (FJ 10º).

de las distintas decisiones judiciales recaídas en este ámbito, los CDC se utilizan a menudo como una valiosa herramienta para reforzar las garantías de cumplimiento en sus relaciones contractuales.

La mayor parte de los litigios en los que se han visto implicados de alguna forma estos CDC se han suscitado, en el ámbito de las relaciones contractuales a largo plazo o de tracto sucesivo y en los que en muchas ocasiones existe una cierta relación de confianza o *intuitu personae* entre las partes¹⁷, como pueden ser los contratos de distribución, aunque también los contratos bancarios, de franquicia o agencia.

En otros casos, se hace referencia a códigos de conducta que son integrados o adjuntados a contratos, mediante un acuerdo expreso o tácito de los contratantes o que incluso habrían podido serlo sin su consentimiento¹⁸.

No obstante, Soro¹⁹ refiere que, el contencioso de los CDC en el ámbito contractual normalmente se encuentra principalmente en el marco de contratos de tipo normativo o marco, que regulan la conclusión de futuros y eventuales contratos entre las partes o con terceros y que llevan aparejadas una cierta necesidad de estabilidad, seguridad y relación de confianza entre las partes. 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 CDC que establece reglas de actuación distintas y complementarias de las

17 Así, podemos citar por ejemplo, la interesante SAP de Madrid (sección 9ª) núm. 687/2003 de 4 de noviembre (JUR 2004/88372), el asunto resuelto por la SAP de Barcelona (sección 16ª) núm. 179/2004 de 24 de marzo (JUR 2004/122633 -TOL364.785), o el caso resuelto por la SAP de A Coruña (sección 4ª) núm.252/2008 de 21 de mayo (AC 2008/1151 -TOL1.376.569).

18 Se trataría por ejemplo del asunto resuelto por SAP Madrid (Sección 9ª), núm. 687/2003 de 4 noviembre (JUR/88372).

19 Como bien puede verse en su trabajo “ Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada ”, 2010, pp.21.

contempladas en el contrato.

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

1.2.1. Naturaleza y valor jurídico de los códigos de conducta suscritos por los particulares

La primera de las cuestiones será tratada a continuación, en relación con la determinación, por parte de las distintas decisiones judiciales, de la naturaleza jurídica y el valor vinculante de los CDC suscritos por los particulares. Ciertamente, que son pocas las resoluciones que reflexionan o se pronuncian sobre ello.

Tenemos a modo de ejemplo, la SAP de Vizcaya (sección 5ª) núm. 562/2006 de 22 de diciembre²⁰ y la SAP de A Coruña (sección 4ª) núm. 252/2008 de 21 de mayo²¹ (AC 2008/1151 - TOL1.376.569).

El primero de los litigios surgió 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

²⁰ (JUR 2007/98771 - TOL1.061.412).

²¹ (AC 2008/1151 - TOL1.376.569).

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 partes²², en especial del código de conducta y relación comercial suscrito entre los contratantes y contenido en aquél²³, el hecho de que la gran mayoría de los “packs” y terminales vendidos no se destinasen a la finalidad en dichos instrumentos acordada.

La relevancia de este primer caso es muy grande, ya que se trata de uno de los escasos litigios en los que un CDC tiene cierta trascendencia en relación con la resolución del litigio en cuanto al fondo. Además, permite constatar la existencia de CDC 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*”²⁴. De esta afirmación podrían extraerse, dos importantes conclusiones:

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

Y la segunda conclusión, mucho más importante y derivada de la anterior, es que el juez no sólo parece haber apreciado la naturaleza

22 (FJ 2º).

23 (FJ 2º *in fine*).

24 (FJ 2º).

contractual de un CDC suscrito entre particulares, sino que además ha reconocido su plena eficacia jurídica. Lo cual podría significar, en primer lugar, que un CDC 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, 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.

El segundo de los litigios surgió en el marco de un contrato de agencia, entre el agente (demandante-apelante-reconvenido) y el empresario (demandado-apelado-reconviniente). Ambos, tras exigirse la resolución del contrato existente en sede perjudicial, se reclamaron mutuamente el pago de importes adecuados 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.

La transcendencia de este asunto también es 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 cláusulas del mismo con arreglo a los principios de la confianza y buena fe(...)”*²⁵. En efecto, en este caso se cita la existencia de un CDC para recalcar la obligación, para las partes, de ejecutar el contrato “conforme a los

25 (FJ 6º).

principios de confianza y de buena fe”. Es decir, parece admitirse aquí -de nuevo, implícitamente- que un CDC 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 contrato²⁶.

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

Así, en virtud de lo expuesto hasta ahora respecto del valor de los CDC presentes en los litigios relativos al Derecho de la contratación podría decirse, a modo de conclusión, que éste es todavía bastante confuso y limitado. Y ello por dos razones. La primera, lógica, es que, debido al muy reducido número de resoluciones recaídas en este ámbito, aún es 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 CDC. Y la segunda de las razones radica en que, parece que los jueces no se han pronunciado de un modo más o menos claro o explícito sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de los CDC existentes en las relaciones contractuales, y especialmente sobre la violación de su contenido, no refiriéndose a tal extremo en la gran mayoría de las ocasiones²⁷.

1.3. El Código de Conducta como instrumento de autorregulación empresarial

No obstante, si en el terreno del Derecho de la contratación el contencioso de los códigos de conducta todavía no tiene un peso

26 Cosa que sí ocurrió en la SAP Vizcaya de 22 de diciembre de 2006 /JUR 2007/98771 - TOL1.061.412), anteriormente citada.

27 Así lo dispone Soro en su ya mencionado trabajo “ Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”, 2010, pp. 22-30.

determinante de cara a la extracción de consecuencias sobre su naturaleza y efectos, en efecto no ocurre lo mismo en el terreno de los códigos emitidos por agrupaciones empresariales. Y es que, como bien mostraré, en este terreno los CDC 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.

En efecto, es necesario que las empresas u organizaciones empresariales tengan CDC para dar a conocer cuáles son las prácticas que consideran aceptables y aquellas que no, y más sabiendo que cada una de ellas tendrá en cuenta de distinto modo las actividades y procesos en función de sus valores, intereses particulares, sector en el que se desarrollen, circunstancias específicas e influencia del medio.

Ciertamente, la propia sociedad es quién demanda que existan unos estándares de comportamiento, que haya códigos, y que cuyos compromisos sean, de alguna manera, palpables y medibles. Ahí reside, justamente, el principal desafío de estos instrumentos: asegurar una aplicación, verificación y control eficaces. Reto que sí se cumple en este terreno, de modo que, cada vez que una empresa u organización empresarial formula su propio código, está lanzando a su vez un mensaje a la sociedad en el sentido de que está expresando su compromiso de asumir determinadas responsabilidades²⁸.

En este sentido, veremos cómo los CDC 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 las reglas emanadas por

28 Responsabilidades tanto éticas como legales. Recordemos que, asumir una responsabilidad ética implica el permanente respeto a los principios éticos que rigen el ejercicio profesional. En este sentido, se trata de una categoría previa y superior a la mera responsabilidad legal, que se satisface con el cumplimiento de las exigencias de diligencia debida y de los mandatos de las leyes civiles, penales y administrativas. La responsabilidad legal del profesional es fundamentalmente de medios y no de resultados. Efectivamente, no puede existir responsabilidad moral si las acciones de los seres no son voluntarias y libres.

otras entidades- de las organizaciones empresariales.

Y es que son muchas las empresas u organizaciones empresariales que se decantan, por muy diversas razones, por dotarse de CDC 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). Pero también es frecuente que la regulación de la actividad empresarial no provenga de la propia empresa -además de, obviamente, los poderes legislativo y administrativo- , sino que provenga de otras entidades y organizaciones empresariales.

Al primer ejemplo de autorregulación empresarial, podríamos denominarlo AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL INDIVIDUAL, por concernir la actividad de una misma empresa o grupo empresarial²⁹.

Mientras que al segundo ejemplo de autorregulación empresarial, -que será el desarrollado en este estudio-, podríamos denominarlo AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL COLECTIVA, por regular, al mismo tiempo, la actividad de distintas empresas o grupos empresariales. Y es que, este segundo grupo destaca notablemente porque se trata de un sugerente ejemplo del poder de disciplina que pueden llegar a alcanzar los particulares: Así, desde un punto de vista positivo, equiparo este poder de disciplina con la capacidad para establecer normas de conducta que -en determinadas ocasiones- habrán de ser respetadas por otros³⁰. Igualmente, desde un punto de vista negativo, equiparo este poder de disciplina con la libertad de los sujetos para decidir la sumisión a las reglas de conducta dictadas por otro sujeto³¹.

Pero si por algo destaca la AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL COLECTIVA -o los CDC supra-empresariales-, además de por su importancia intrínseca como manifestación del principio de autorregulación privada, es:

29 Dentro de él, se encontrarían, a modo de ejemplo, las sentencias del JPI núm. 18 de Sevilla de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/69242), en el sector financiero, o de la sección 18ª de la AP de Madrid, de 16 de marzo de 2005 (AC 2005/431 -TOL625.380), en materia de distribución de productos de telefonía.

En primer lugar, por la influencia que puede ejercer sobre el funcionamiento del Mercado, y más concretamente sobre el Derecho de Defensa de la Competencia³².

Y en segundo lugar, por el reconocimiento que progresivamente ha sido llevado a cabo por los Tribunales españoles respecto de su efectivo valor jurídico.

Así, en este sentido, mi objetivo a continuación es mostrar esta realidad a través del estudio del Sistema de autorregulación publicitario, ya que constituye un claro ejemplo para constatar que, a menudo, varias empresas del mismo sector (en este caso el publicitario) reconocen a una entidad supra-empresarial (como es la de Autocontrol) la capacidad para establecer y garantizar el cumplimiento, - por medio de un CDC -, 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 CDC.

30 En este sentido, De la Cuesta Rute (Citado por Soro, 2010, pp. 31) considera que, la actividad autorregulatoria, proveniente de la autonomía de la voluntad, es fuente de normas jurídicamente vinculantes en cuanto que, *“vinculan al sujeto (o sujetos) de cuya voluntad hayan emanado”*. Y ello, 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”*.

31 En efecto, como se verá al final del presente trabajo, por el momento el contenido de los CDC sólo puede tener eficacia vinculante para aquéllos que libremente lo han suscrito.

32 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 SANCHEZ CALERO (Principios de Derecho Mercantil, 12ª edición, Thomson Aranzadi, 2007, p.95), *“como una situación en la que dos o más empresarios ofrecen bienes o servicios similares en el mercado intentando atraer a los consumidores”*. (Citado por Soro, 2010, pp. 34).

CAPITULO II

EL SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIO

ESPAÑOL: LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE

AUTOCONTROL

CAPITULO II

2.1. ¿Qué es Autocontrol y cómo funciona?

La publicidad es una ventana a la que todos tenemos acceso. Por eso desde Autocontrol trabajan por una buena publicidad: por una publicidad veraz, legal, honesta y leal. Con este objetivo, los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria en España, crearon en 1995 esta asociación sin ánimo de lucro, encargada de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español³³.

Su actividad para llevar a cabo la gestión del sistema de autorregulación publicitario, se divide en cuatro ámbitos distintos:

- Los Códigos deontológicos de asociados y sectoriales que recogen las normas de conducta que deben ser respetadas en la actividad publicitaria, y aplicación de estos por el Jurado de la Publicidad;
- La Tramitación de las Reclamaciones presentadas por los consumidores, las asociaciones de consumidores y las empresas, sobre presuntas infracciones de los códigos éticos o normas de conducta publicitaria, y resolución de estas por el Jurado de la Publicidad;
- El Servicio de consulta previa o Copy Advice®, que asesora sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su emisión;
- Y el Servicio de consultoría técnica y jurídica de cookies o Cookie Advice®, que ayuda a las empresas a adecuarse a las nuevas exigencias legales establecidas en el artículo 22.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

³³ En este momento, Autocontrol cuenta con más de 450 miembros directos y 4.000 indirectos, -más del 70 % de la inversión publicitaria de nuestro país-.

2.2. ¿Cómo podríamos definir entonces al Sistema de autorregulación publicitario?

Antes de describir a este sistema, primero debo recalcar que, los sistemas de autorregulación son la respuesta de la propia industria a la exigencia de la sociedad para que existan unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad. Por tanto y siguiendo con lo dicho hasta ahora, la autorregulación publicitaria no pretende ser un sustituto del control legal, sino servir de útil complemento a éste - mediante la correulación -.

Ahora sí, podríamos definirlo como un sistema voluntario por el que anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación establecen unas normas de conducta y se comprometen a seguir en beneficio de los derechos del consumidor y de la lealtad en la competencia³⁴.

Dicho esto, tenemos una primera pista acerca del carácter complementario de los CDC y de la influencia que pueden ejercer sobre el Derecho de Defensa de la Competencia. No obstante, con esta definición nos planteamos otras cuestiones: ¿Contienen entonces los CDC los mismos principios que las leyes? ¿Podrían modificar o ampliar el control establecido por una ley? ¿Se benefician realmente todos los consumidores de la autorregulación? ¿Igualmente la industria se beneficia al disminuir los actos de competencia desleal? ¿Qué ocurre cuando un CDC es incumplido por aquél que debía respetarlo? En definitiva, ¿cuál es el valor jurídico y la trascendencia en la práctica de los CDC empresariales?

Para responder a todos estos interrogantes, estudiaremos en primer lugar los dos campos de actividad de Autocontrol más influyentes para este trabajo: el campo de las normas de conducta -recogidas por los CDC- que deben ser respetadas en el ámbito de la publicidad

34 En este sentido, Autocontrol ha acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley de Competencia Desleal para los sistemas de autorregulación y, de conformidad con lo previsto en la Ley, en el año 2000 fue notificado por el Gobierno español a la Dirección General de Salud y protección de los Consumidores de la Comisión Europea. Desde entonces, Autocontrol pertenece a la red europea de órganos de resolución extrajudicial de litigios con consumidores gestionada, en la actualidad, por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea.

comercial, acompañado de algunos ejemplos explicativos de lo que sería una publicidad contraria a los principios contenidos en tales normas, y en su caso a los contenidos en las leyes. Y seguidamente, el campo de la tramitación de las reclamaciones dirigidas contra presuntas infracciones de dichas normas, para saber, no solo quién puede reclamar y sobre qué se puede reclamar, sino también cuáles son los pasos que sigue el Jurado antes de adoptar una resolución o dictamen, y su caso, cuál es el carácter vinculante y efectos de dichas resoluciones o dictámenes.

Por último y para poner fin a este trabajo, veremos cuál es la visión que tienen nuestros tribunales de estos CDC, y por ende cuál es el valor que se les reconoce.

2.3. Normas básicas de conducta que deben ser respetadas en la actividad publicitaria

En efecto, varios son los Códigos que recogen las normas de conducta que deben ser respetadas en la actividad publicitaria. Sin embargo, y con ánimo de agilizar este estudio, me he decantado por analizar de forma sintetizada únicamente algunas de entre todas las que he considerado básicas para el buen funcionamiento de la publicidad comercial, y que aparecen recogidas en el Código de Conducta Publicitaria de 1996³⁵.

Así, he decidido dividir en dos grupos dichas normas para que resulte más comprensible este estudio, y por tanto, resulte más fácil dar respuesta a las cuestiones planteadas:

2.3.1. Normas que contienen principios, derechos y deberes que reforzarían el control establecido por las leyes

³⁵ El presente Código de Conducta Publicitaria fue aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, el día 26 de abril de 2011.

A) Principio de legalidad:

Es sin duda el principio más importante. Aparece recogido en el artículo 2 del Código: *“La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la CE”*.

En este sentido, la Ley General de Publicidad (LGP)³⁶ también recoge este principio en su artículo 3.a), al considerar como ilícita la publicidad que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución. Del mismo modo, la Ley de Competencia Desleal (LCD)³⁷ reputa desleal a la publicidad ilícita en su artículo 18, considerando desleal en efecto, la violación de las normas jurídicas (artículo 15).

En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la CE, el deber de respetar la legalidad vigente, incluye asimismo el deber de respetar los derechos de los consumidores y usuarios recogidos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (lgdcu)³⁸.

B) Principio de buena fe:

Principio recogido en el artículo 4 del Código: *“La publicidad no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe del consumidor”*.

La LCD también recoge este principio en su artículo 4.1, al reputar como desleal todo comportamiento de un empresario o profesional que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Como buen ejemplo de publicidad contraria a la buena fe tendríamos aquella que oferta un premio y luego no lo concede. En este caso, se debería de proporcionar otro de calidad y valor equivalente.

C) No a la discriminación:

³⁶ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

³⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

³⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Este deber también aparece recogido en el Código en su artículo 10³⁹.

Desde luego, se trata de una prohibición extremadamente importante. Y es por ello que la CE lo reconoce en el artículo 14⁴⁰. De igual manera, la LGP recoge esta norma en su artículo 3.a), al considerar ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona, e ilícitos los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria. Igualmente la LCD en su artículo 9, considera desleales las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología.

Aquí están incluidos por ejemplo los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento.

D) Respeto de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen:

El artículo 11 del Código dispone que estos derechos *“han de ser respetados necesariamente”*. Derechos que en efecto reconoce la CE en su artículo 18.1⁴¹. Asimismo, el artículo 9 de la LCD considera desleales las manifestaciones que tengan por objeto la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

39 *“La publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona. En particular se evitarán aquellos anuncios que puedan resultar vejatorios o discriminatorios para la mujer”*.

40 *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

41 *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

Por ejemplo, en cuanto al derecho de intimidad, cada persona tiene la facultad de mantener un ámbito privado de desarrollo personal y familiar, que solo puede mostrarse en el espacio público bajo el consentimiento de cada sujeto. Sin embargo, este punto resulta especialmente problemático para la prensa rosa, que publica la intimidad de personajes relevantes de la sociedad.

E) Principio de veracidad:

Principio recogido por el artículo 14 del Código. *“La publicidad no deberá ser engañosa (...)”*. La publicidad engañosa consiste en que, de algún modo, puede inducir a error a las personas destinatarias y afectar a su comportamiento económico. Es engañosa la publicidad que omite datos fundamentales del producto o servicio si dicha omisión conduce a error.

En efecto, la LGP considera ilícita a la publicidad engañosa en su artículo 3.e). Y de igual modo, la LCD considera desleales los actos de engaño u omisiones engañosas susceptibles de alterar el comportamiento económico del destinatario.

Por ejemplo se considera publicidad engañosa realizar una oferta comercial a un precio determinado para después negarse a mostrar el producto o servicio, no aceptar pedidos o negarse a suministrarlo en un periodo de tiempo razonable. Otro ejemplo sería el describir un producto como gratuito, regalo o similar, si la persona consumidora tiene que pagar.

F) Respeto del prestigio ajeno y de los derechos de propiedad industrial o intelectual:

Otro principio reconocido por el Código en su artículo 20 es el que pone de manifiesto que, *“la publicidad no deberá contener referencias a signos distintivos de otro anunciante (...), y que, los anuncios no deben imitar elementos ajenos que estén protegidos por los derechos de propiedad industrial o intelectual (...)”*.

En relación con esto, la LCD en su artículo 6, considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

La publicidad desleal en este caso sería por ejemplo aquella que tiene como objeto desacreditar o menospreciar a otra empresa de la

competencia. También es desleal aprovecharse del nombre, marca o prestigio de un producto y producir error o confusión en las personas consumidoras.

G) No a la denigración:

El artículo 21 del Código dispone que, *“la publicidad no deberá denigrar, ni menospreciar a otras empresas, productos o servicios (...). En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa”*.

La LCD en su artículo 9 también considera desleal dichas manifestaciones, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Un buen caso de publicidad denigrante o desleal para un producto de refrescos por ejemplo sería la comparativa en este caso de las bebidas coca-cola y pepsi, adoptando una imagen de predominio de la primera sobre la segunda, creando así un ambiente denigrante sobre esta última.

H) Publicidad comparativa:

El artículo 22 del Código admite la publicidad comparativa, siempre y cuando *los bienes y servicios satisfagan las mismas necesidades, se realice de forma objetiva, y dicha comparación no sea engañosa, denigrante, ni explote la reputación ajena (...)*.

En este sentido, la LCD también permite la publicidad comparativa, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 10, que son los mismos que los mencionados en el párrafo anterior.

He de decir que, la publicidad comparativa juega un papel muy importante. La idea es mostrar la supremacía de una firma comercial sobre el principal competidor que tiene una misma categoría de productos. Así, muchas marcas han logrado generar estrategias de comunicación en donde aludir a la competencia más que una desventaja se entiende como un punto a favor que más que dar presencia al rival, resalta las ventajas de los productos propios.

Como ejemplo de publicidad comparativa podría citar aquellos anuncios que comparan productos de limpieza de marca propia con productos de limpieza de marca blanca

I) No a la agresividad:

El artículo 24 del Código dispone que *“la publicidad no deberá ser agresiva, entendiéndose como tal, aquella susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta el destinatario y, por consiguiente, que afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”*.

La LGP recoge esta norma al considerar ilícita la publicidad agresiva en su artículo 3.e). Igualmente la LCD considera desleales a las prácticas agresivas (artículo 8).

Se considera publicidad agresiva por ejemplo hacer creer a la persona consumidora que no puede abandonar el establecimiento hasta haber contratado el producto o servicio⁴². O también se considera publicidad agresiva realizar visitas al domicilio de una persona, ignorando la petición de que abandone su casa o no vuelva a presentarse en ella⁴³.

J) Protección de niños y adolescentes:

Otro principio importantísimo es el que recoge el artículo 28 del Código. En este sentido, la publicidad que va dirigida a niños *debe ser extremadamente cuidadosa*. En consecuencia, *la publicidad susceptible de influirles, no debe contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan producirles perjuicio mental, moral o físico (...)*. Y por supuesto, los anuncios no deben engañar o inducir a error a los niños en relación con el producto anunciado, ni sobrestimar el nivel de habilidad o el límite de edad de los niños para poder disfrutar o utilizar los productos.

Esta norma también la recoge la LGP en su artículo 3.b).

Aquí entraría por ejemplo la publicidad dirigida a menores que les incita a comprar juguetes o aparatos electrónicos explotando su inexperiencia o credulidad.

K) Protección de la salud:

42 (Coacción).

43 (Acoso).

El artículo 29 del Código también señala que *“la publicidad debe evitar incitar a sus receptores, en especial a los adolescentes, a adquirir comportamientos/pautas que puedan resultar nocivas para la salud”*.

En este sentido, la LGP establece en su artículo 5 que, los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente pueden ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen.

Sin ir más lejos, la publicidad de bebidas alcohólicas está limitada reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos.

Aquí podemos incluir también por ejemplo, “los anuncios que incitan a fumar”

Tras esta lectura, podemos ver como en efecto, a través del enunciado de este primer grupo de normas, pretendo manifestar que, en este caso el Código sí que contiene los mismos principios que las leyes, y por tanto para mi, además de complementar la legislación, estaría reforzando su contenido.

2.3.2. Normas que contienen principios y deberes que ampliarían el control establecido por las leyes

Con este estudio, he podido observar que, son varias las normas de conducta que establecen principios u obligaciones que sin embargo no parecen recoger nuestras leyes.

A) Interpretación de los anuncios publicitarios:

De entre todas ellas podríamos mencionar en primer lugar aquella que contiene cómo deben ser analizados los anuncios y expresiones publicitarias. Así, el artículo 3 del Código dispone que, *cuando un anuncio contenga un mensaje claramente destacado, el anunciante debe adoptar las medidas necesarias para que las restantes partes del anuncio también sean comprensibles y no*

introduzcan ni modificaciones ni limitaciones relevantes del mensaje principal. También dispone que, al analizar un mensaje publicitario, el Jurado puede tomar en consideración aspectos que puedan llegar a incidir en la interpretación del mensaje por parte de sus destinatarios, tales como el horario de emisión, el medio de difusión utilizado, u otras acciones publicitarias que guarden relación con el mensaje analizado.

B) No a la explotación del miedo:

Otra norma contenida exclusivamente en el Código, sería la recogida por el artículo 5. *La publicidad no debe ofrecer argumentos que se aprovechen del miedo, temor o supersticiones de los destinatarios.* No se trata de una norma tajante, ya que, permite a los anunciantes recurrir al miedo, -siempre proporcionado al riesgo-, para alentar un comportamiento prudente o desalentar acciones peligrosas, imprudentes o ilegales.

Aquí nos estaríamos refiriendo por ejemplo a “los anuncios de campañas para prevenir accidentes de tráfico o prevenir robos en las viviendas”.

C) No incitación a la violencia:

También podríamos mencionar el artículo 6 del Código, el cual señala que, *la publicidad no debe tampoco incitar a la violencia ni sugerir ventajas en las actitudes de violencia.*

Aquí entrarían por ejemplo, “los dibujos animados con contenido violento” dirigidos a los niños. O los “anuncios que incitan a la violencia machista”.

D) Respeto al buen gusto:

Este principio tampoco aparece en ninguna ley. Es exclusivo del Código, y viene recogido en su artículo 8. Este artículo dispone que, *la publicidad no debe incluir contenidos que atenten contra el buen gusto, decoro social o buenas costumbres.*

Aquí entrarían por ejemplo algunos “anuncios de preservativos”.

Sin duda, esta norma es más difícil de llevar a cabo. Mientras que los límites legales que las campañas publicitarias no deben sobrepasar

bajo ningún concepto son claros, los del buen gusto son difusos al ir por barrios, sectores, e incluso países.

E) No a las prácticas peligrosas:

Otra norma recogida por el Código sería la dirigida contra la publicidad que pueda alentar prácticas peligrosas. Tampoco se trataría de una prohibición expresa, dado que en este caso estaría justificada dicha incitación siempre y cuando puede deducirse que fomenta la seguridad (artículo 9 del Código).

Aquí podemos incluir por ejemplo, los “anuncios sobre alarmas que fomentan la seguridad en el hogar”.

F) Respeto al medio ambiente:

El respeto al medio ambiente también es un principio recogido únicamente por el Código en su artículo 12⁴⁴ *“La publicidad no incitará ni alentará comportamientos que perjudiquen el medio ambiente”*.

G) Principio de autenticidad:

El último principio que me gustaría destacar en este apartado sería por ejemplo el contenido en el artículo 13: *La publicidad debe ser identificable como tal, sea cual sea su forma o el medio utilizado*.

Este principio obliga al anunciante y al medio a procurar que todo mensaje publicitario sea fácilmente identificable como tal. La razón última de este principio consiste en procurar que el consumidor pueda captar la naturaleza publicitaria del mensaje, para así poder tenerla presente a la hora de valorar el origen y el valor de la información que se le proporciona.

Por tanto, con este segundo grupo de normas de conducta, pretendo hacer ver que, los CDC no sólo refuerzan o complementan a nuestra legislación, sino que además recogen contenidos nuevos y distintos que ampliarían desde mi punto de vista, el control de las leyes.

44 En este sentido, *“consumir en exceso no es sostenible, no es ecológico. La publicidad incita a consumir, en la mayoría de las ocasiones incita a consumir bienes totalmente innecesarios, absolutamente prescindibles para la vida diaria”* (Sanz, 2011).

Y como bien he señalado en más de una ocasión, ese control no es efectivo si no viene acompañado de una fórmula a través de la cual se pueda verificar su cumplimiento. Y es por eso que, a continuación pasamos a estudiar otra de las actividades más importantes de Autocontrol, esta es, la que pone al servicio de la sociedad una herramienta ágil y eficaz para resolver extrajudicialmente sus controversias y reclamaciones por presunta infracción de los códigos y la legislación vigente. Dicha herramienta recibe el nombre de Jurado de la Publicidad, y sus atribuciones vienen especificadas en los Estatutos y su Reglamento.

2.4. Tramitación de las Reclamaciones

En efecto, a través del campo de actividad de Reclamaciones se pretende lograr una publicidad más responsable. Y es por ello que, el Jurado constituye un instrumento indispensable para la buena gestión del sistema de autorregulación publicitario.

Con este epígrafe observaremos si realmente se benefician los consumidores y en su caso la industria de la autorregulación, ya que como veremos, las consecuencias por el incumplimiento de los CDC no son las mismas en función de si se ha aceptado o no participar en el procedimiento del Reglamento del Jurado⁴⁵.

2.4.1. ¿Quién puede reclamar?

El Reglamento en su artículo 12 determina que, el procedimiento lo puede iniciar por solicitud o reclamación, cualquier persona que tenga interés legítimo en que se proceda en relación con una determinada comunicación comercial. Incluso lo pueden iniciar de oficio, cuando las circunstancias lo requieran, los órganos de la Asociación.

45 El presente Reglamento del Jurado de la Publicidad ha sido aprobado por la Junta Directiva de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial el día 23 de abril de 1997. última versión, con las modificaciones aprobadas por la Junta Directiva el día 17 de diciembre de 2014 (Fecha de entrada en vigor: 1 de marzo de 2015).

De este modo, puede presentar una reclamación cualquier interesado, ya sea particular, empresa, asociación empresarial, asociación de consumidores, organismo de las Administraciones públicas etc. De hecho, la tramitación es gratuita para los consumidores, las asociaciones de consumidores y los organismos de las Administraciones públicas. Asimismo, las empresas o asociaciones empresariales asociadas a AUTOCONTROL, tienen un cupo anual gratuito.

Igualmente, las empresas o asociaciones profesionales no socias de AUTOCONTROL, también pueden presentar reclamaciones.

Por tanto, en un principio parece que los consumidores sí se benefician de la autorregulación porque pueden hacer uso de esta actividad de forma gratuita, velando así por sus derechos. Y por ende, parece ser que la industria también se beneficiaría al haber un cierto control de la competencia, ya que las reclamaciones van dirigidas contra las infracciones tanto de los CDC como de las leyes, y por tanto van dirigidas contra las vulneraciones tanto de los derechos de los consumidores como de los derechos de defensa de la competencia. Sin embargo, el campo de las reclamaciones encuentra algunas limitaciones y requisitos formales. Y lo que es más importante, los efectos y carácter vinculante de las resoluciones no siempre son los mismos.

2.4.2. ¿Sobre qué se puede reclamar?:

Y es que, sólo se puede reclamar sobre anuncios difundidos en España durante los 12 meses anteriores a la fecha de presentación de la reclamación. Evidentemente esto supone que, no se tramitan reclamaciones sobre anuncios que no se hayan difundido en los 12 meses anteriores. Tampoco se tramitan aquellas reclamaciones que el reclamado acepta, siempre que éste se comprometa por escrito a cesar de manera definitiva la difusión de la comunicación comercial cuestionada (artículo 13.2 del Reglamento).

De igual manera, no se admite a trámite una reclamación referente a una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo (artículo 13.3).

Y en caso de admitirse a trámite, por parte de los Tribunales de Justicia, cualquier demanda contra una comunicación comercial que ya está siendo objeto de reclamación ante el Jurado de la Publicidad de Autocontrol, supondrá la paralización del procedimiento seguido ante éste (artículo 13.4).

Caso distinto es el de las reclamaciones contra anuncios ya emitidos en otros países y condenados en firme por el correspondiente órgano nacional de Autocontrol publicitario adherido a la *European Advertising Standards Alliance*, o por órgano judicial o equivalente, sobre los que existan indicios suficientes de su inminente emisión en España. Y como sucede con las anteriores reclamaciones, no se van a tramitar si el anunciante afectado declara formalmente su intención definitiva de no emitirlos (artículo 12.3).

Para la tramitación de las reclamaciones o controversias que se presenten por infracción de las reglas sobre publicidad comportamental previstas en la EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising y del IAB Europe's OBA framework, se tendrán en cuenta, cuando proceda, las reglas procedimentales previstas en la citada recomendación y sus documentos en desarrollo (art 12.4).

2.4.3. ¿Cómo se puede reclamar?:

Además, toda reclamación sobre infracción de códigos éticos o normas de conducta publicitaria debe hacerse rellenando y enviando el formulario online; o enviando un escrito de reclamación⁴⁶ aportando, como mínimo, los siguientes datos (artículo 13.1 del Reglamento):

1. Datos del reclamante: Nombre y apellidos, denominación o razón social, DNI/NIF o equivalente, domicilio, teléfono, correo

⁴⁶ Este escrito de reclamación puede enviarse por:

- a) Correo postal: Secretaría de Autocontrol - C/ Príncipe de Vergara 109, planta 5ª - 28002 Madrid.
- b) Fax: +34 91 402 98 24.
- c) Correo electrónico: reclamaciones@autocontrol.es.

electrónico y, en su caso, los datos personales del representante, quien debe acreditar su apoderamiento.

2. Datos del reclamado: lo más detallado posible, especialmente el nombre o denominación social, y una dirección de correo electrónico a la que puedan dirigirse las notificaciones, resultando válida a partir de ese momento cualquier notificación dirigida y confirmada su entrega a la dirección indicada.
3. Identificación del anuncio reclamado: copia del anuncio reclamado o, en su defecto, información suficiente que permita reconocer y localizar la publicidad concreta que se está reclamando.
4. Motivos de la reclamación: descripción de las normas éticas que se consideran vulneradas por el anuncio reclamado y de los hechos por los que se opina que se ha producido dicha vulneración.
5. Documentación y pruebas: el reclamante podrá aportar todos los documentos y pruebas pertinentes que sirvan de apoyo a sus alegaciones.

Y en su caso, la propuesta de recusación de algún miembro del Jurado de la Publicidad por conflicto de intereses (artículo 14).

Presentada la reclamación, efectivamente nos interesa saber cuáles son los pasos que sigue el Jurado antes de adoptar una Resolución, qué consecuencias jurídicas tiene la misma, y en su caso, a quién vincula.

2.4.4. Resolución de las reclamaciones conforme al procedimiento del Reglamento del Jurado:

El artículo 16 del Reglamento señala que el primer paso a seguir es el del EMPLAZAMIENTO:

Esto quiere decir que, el Secretario del Jurado, una vez recibida la reclamación y verificado que se cumplen los requisitos establecidos en los Estatutos y en este Reglamento, emplaza a la parte o partes reclamadas, entregando una copia de la reclamación y de los

documentos aportados, para que en el plazo de 5 días hábiles contados a partir de la recepción, presente en la sede de la Asociación, el escrito de contestación y aporte las pruebas que considere oportunas.

Cabe señalar que, existe la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso entre las partes mediante la MEDIACIÓN de Autocontrol (artículo 17):

Por lo tanto, la reclamación presentada se puede resolver, sin necesidad de que sea trasladada al Jurado de la Publicidad.

El propio Secretario es quien intenta la mediación entre las partes cuando así lo solicita el reclamado. Y para los casos en que el reclamante no acepta este intento de mediación, la reclamación queda archivada.

En efecto, si no se logra alcanzar ningún acuerdo de mediación antes de la preceptiva reunión del Jurado, éste resuelve la reclamación siguiendo con el procedimiento indicado. Y debo señalar que, en ningún caso, el plazo para que el reclamado formule su contestación se ve interrumpido por este intento de mediación.

A continuación, el artículo 18 establece que el segundo paso que sigue el Jurado es el de la TRAMITACIÓN de las reclamaciones:

Recibido el escrito de contestación del reclamado o, en su caso, transcurrido el plazo que tiene para presentarlo, la Sección del Jurado correspondiente examina los escritos y documentos aportados por las partes contendientes, y una vez practicadas las pruebas que la misma considera, adopta la resolución de fondo.

Y para el caso de que el escrito presentado por el reclamante se dirija contra las comunicaciones comerciales de un tercero no vinculado que no haya aceptado participar en el procedimiento, la Sección en vez de emitir una resolución, puede emitir un Dictamen expresando su opinión deontológica no vinculante.

Aquí ya podemos observar las diferentes consecuencias que tienen las resoluciones del Jurado, en función de si van dirigidas contra quienes han decidido libremente suscribir los CDC o si por el contrario van dirigidas contra quienes no lo han suscrito. En efecto,

la fuerza y efectos entre un Dictamen no vinculante y una resolución son completamente desiguales.

Contra la resolución de la Sección se puede entablar RECURSO DE ALZADA ante el Pleno, dentro del plazo de 4 días hábiles contados desde el día siguiente al de la recepción de la correspondiente resolución (artículo 19):

El procedimiento es muy similar al de la propia reclamación inicial⁴⁷, de este modo, el recurso debe ser interpuesto igualmente por escrito, consignando obviamente los motivos de impugnación de la resolución recurrida. Una vez recibido el recurso de alza, el Secretario da traslado del mismo a la parte contraria para que ésta también lo pueda impugnar en el plazo de 4 días hábiles contados desde su recepción. Recibido el escrito de impugnación o, en su caso, transcurrido el plazo para presentarlo, el Pleno se reúne para deliberar y emitir la correspondiente resolución.

Asimismo, se puede solicitar al Pleno REVISIÓN DE DICTÁMENES no vinculantes emitidos por la Sección, dentro del plazo de 4 días hábiles computados desde el día siguiente al de la recepción del correspondiente Dictamen.

Igualmente, el Presidente de la Sección o del Pleno, cuando lo considera oportuno, puede acordar que se realice la celebración de la COMPARECENCIA ORAL de las partes antes de la deliberación por parte del Jurado, para que así se obtenga una mejor resolución de la controversia planteada (artículo 23).

Las partes se deben comprometer a evitar la difusión de la tramitación y su resolución en tanto ésta es dictada y hecha pública por Autocontrol (artículo 24).

Como último y definitivo paso, quedaría el de adoptar la RESOLUCIÓN FINAL:

El artículo 25 del Reglamento dispone que, los acuerdos se deciden por mayoría de sus miembros y el disidente en su caso, puede formular voto particular, que se acompaña a la correspondiente resolución. En caso de empate, el Presidente tiene voto de calidad de cara a decidir sobre la resolución final.

⁴⁷ (Artículo 20 del Reglamento).

A diferencia de la mera opinión deontológica que contiene un Dictamen no vinculante, la Resolución final que determine la infracción del acto publicitario enjuiciado, debe contener alguno o todos de los pronunciamientos contenidos en el artículo 25⁴⁸.

Otra notable diferencia con el Dictamen no vinculante es que, la Resolución ha de ser MOTIVADA y, debe contener, en su parte dispositiva, el pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de la infracción denunciada y, en su caso, las sanciones que proceda imponer. Por consiguiente, la resolución dictada, bien por la Sección o por el Pleno, se debe comunicar inmediatamente a las partes y asociados afectados, para que cumplan con ella.

El Reglamento apunta que, todas las Resoluciones y Dictámenes del Jurado de la Publicidad, excepto aquellos que versan sobre publicidad de la que son responsables personas que han rechazado su competencia, se hacen PÚBLICAS mediante su inclusión en la Revista, página Web u otros medios de Autocontrol⁴⁹.

48

- Declaración de incorrección de la publicidad objeto de controversia.
- Instar al anunciante la cesación definitiva de la publicidad o rectificación de la misma.
- Amonestación.
- Difusión de la resolución en la forma que la Junta Directiva estime pertinente, en aquellos casos, en los que, a juicio del Jurado, el asunto revista especial gravedad.
- En caso de infracción de la EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising, y cuando proceda, instar a la retirada, bien del sello de confianza de la European Interactive Digital Advertising Alliance (EDAA “Trust Seal”), bien el icono identificativo de la publicidad comportamental on online behavioural advertising de la European Interactive Digital Advertising Alliance (OBA Icon)].

49 (Artículo 29 del Reglamento).

2.4.5. El carácter vinculante de las resoluciones del Jurado:

Así, las resoluciones del Jurado de la Publicidad son vinculantes para todos los asociados de Autocontrol, para cualesquiera otras personas que se encuentran vinculadas a las mismas, y para aquellas personas no vinculadas que han aceptado expresa o tácitamente su competencia⁵⁰.

En particular, se entiende que existe aceptación de la competencia del Jurado cuando una persona no vinculada insta o solicita la actuación de Autocontrol en cualquiera de sus procedimientos, cuando la ha instado o solicitado en el año inmediatamente anterior a la fecha en la que debe determinarse si existe aceptación de la competencia del Jurado, o cuando contesta a una reclamación formulada frente a ella sin objetar la competencia del Jurado.

Mientras que los Dictámenes no vinculantes del Jurado de la Publicidad, únicamente son comunicados al solicitante y, cuando el Jurado o los órganos directivos de la Asociación lo estiman conveniente, son comunicados también a las autoridades administrativas o judiciales competentes⁵¹.

Por tanto, desde mi punto de vista no siempre los consumidores se van a ver beneficiados de la autorregulación, ya que, aunque Autocontrol cuente con un régimen sancionador para aquellos casos en que se han visto vulneradas las normas de conducta y con ello los derechos de los consumidores, dicho régimen únicamente tiene eficacia vinculante para quienes hayan aceptado someterse al procedimiento de la asociación, lo que dejaría exentos de sanción a aquellos que no hayan aceptado someterse a la competencia del Jurado.

50 (Artículo 30 del Reglamento).

51 (Artículo 31 del Reglamento).

CAPITULO III

UN PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DEL VALOR NORMATIVO, INTERPRETATIVO Y VINCULANTE DE LOS CDC EMPRESARIALES

CAPITULO III

El último aspecto que quiero destacar es la visión que los distintos tribunales de nuestro país tienen de estos códigos. De esta manera veremos cuál es su verdadera utilidad en la práctica, y por ello cuál es su valor. La respuesta a estos interrogantes desde el plano del Derecho privado general se encuentra, cómo no, en hallar cuál es su eficacia jurídica. Y, como veremos a continuación, si no han sido muchas resoluciones las que se hayan pronunciado directamente sobre el carácter jurídicamente exigible de los CDC, en cambio sí que han recaído diversas decisiones en las que en efecto puede constatarse que éstos han sido invocados como autoridad normativa complementaria de la ley a la hora de resolver alguna cuestión.

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 CDC 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 CDC para, respectivamente, intentar legitimar sus conductas o sus peticiones y dotar de mayor motivación sus decisiones⁵².

Así, dentro del primer grupo podríamos citar entre otras por ejemplo, la sentencia del JPI Nº 18 de Sevilla de abril de 2003⁵³, 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 (FJº 1 *in fine*). También podríamos citar la SAP de Madrid (sección 10ª) núm. 129/2006 de 13 de febrero⁵⁴, en la que la sociedad demandada por haber incumplido con su obligación de cesión de ciertas instalaciones en su hotel, intentó justificar su conducta al invocar,

⁵² Cita basada en el texto. Soro, 2010, p.12.

⁵³ (JUR 2003/69242).

⁵⁴ (JUR 2006/194825).

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 HOTREC⁵⁵.

Por su parte, dentro del segundo grupo cabría citar, en primer lugar, el auto de la AP de Barcelona (sección 14ª) de 16 de septiembre de 2002⁵⁶, en el que, en un litigio relativo a la validez de la cláusula de atribución de competencia, insertada en un contrato de franquicia, la Audiencia citó como referencia o autoridad en materia de franquicia, el Código Belga o Código de Conductas Leales en ese campo, y concretamente uno de sus artículos (FJ 2º). Y en segundo lugar, también podríamos citar la SAP de Barcelona (sección 16ª) núm. 179/2004, de 24 de marzo⁵⁷ 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 planteados.

En relación con el primer grupo de decisiones, en las que se intenta alegar, por las partes demandadas, la existencia de códigos éticos o de conducta, emitidos por entidades ajenas a la relación de las partes procesales, como especie de herramienta de apoyo de sus argumentos o de presunción probatoria de su buena conducta, 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 caso. Únicamente cabe destacar el razonamiento esgrimido por el juez en la SAP de Madrid de 13 de febrero de 2006, donde decide no aplicar al caso enjuiciado el CDC alegado, por entender que su existencia tenía que haber sido manifestada en primera instancia (FJ4º).

Por tanto, cabría plantearse, en primer lugar, si un CDC puede tener el valor de justificación de un comportamiento, tal y como ocurre

55 (FJ 4º).

56 (JUR 2003/22233).

57 (JUR 2004/122633 -TOL364.785).

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 CDC 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 CDC no suscrito por las partes, pero adoptado por otras entidades en el sector en el que operan?⁵⁸.

Por otro lado, respecto del segundo grupo de resoluciones, parece que, a veces, los jueces recurren a CDC supra-empresariales para, a modo de ejemplo o referencia, dotar de mayor motivación a sus resoluciones. Un caso que Soro (2010) considera muy sugerente respecto de este extremo fue el resuelto por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Málaga, en sentencia 200/2007 de 30 de octubre⁵⁹, 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 Autocontrol para fundamentar su decisión de declarar engañosa la publicidad contenida en el anuncio litigioso. En efecto, la Audiencia hizo referencia a un caso similar resuelto por el Jurado de Autocontrol, y declaró que su resolución, pese a no tener el valor de jurisprudencia aplicable, sí que podía atribuírsele un valor doctrinal. Y ello porque se considera que Autocontrol es una “institución prestigiosa”⁶⁰.

En este sentido, es digno de mención que el juzgador recurriese a un artículo del CDC publicitaria de Autocontrol, a modo de texto con cierto valor normativo o altamente ilustrativo en la materia, para contribuir a justificar su decisión de declarar engañoso o ilícito el

58 Cita basada en el texto. Soro, 2010, p.12.

59 (JUR 2008/3260 -TOL.234.252).

60 (FJ 5º).

contenido del anuncio publicado por la demandada⁶¹. 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 CDC. Por tanto, en este caso, el CDC 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 CDC.

Pero el valor práctico de los CDC 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 CDC se encuentra en su eficacia vinculante. Y es que, en efecto, ¿en qué medida es obligatorio el cumplimiento de un código de conducta?

Para responder a esta última cuestión y dar por terminado este estudio, citaré una resolución en la que un tribunal se ha pronunciado directamente sobre el carácter vinculante de los CDC. Se trata de la SAP de Madrid (sección 11ª) núm.400/2004 de 24 de mayo (JUR 2004/227317 -TOL489.221). En dicho litigio, una empresa de laboratorios demandó a Autocontrol, por haber difundido públicamente una resolución en la que se condenaba a la demandante por haber llevado a cabo una campaña de publicidad que vulneraba las normas publicitarias recogidas en el CDC 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

61 (FJ 5º).

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 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 de las partes, al procedimiento de resolución de conflictos de Autocontrol⁶². Y es que, para la Audiencia, en defecto de tal sometimiento voluntario a semejante sistema, un reproche público de la actuación de una persona de tales características, 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.

62 (FFJJ. 3º Y 4º).

CONCLUSIONES

De modo que, al menos de momento y en nuestro país, podría decirse que, 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 el 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.

Con todo esto, desde mi punto de vista, aunque los códigos de conducta pueden ser muy útiles en la práctica, sin embargo no son tan eficaces como pueden serlo las leyes. En efecto, -y pese al valor normativo que nuestros jueces han reconocido a los CDC-, como bien he ido señalando y demostrando desde el principio de este estudio, únicamente sirven como complemento a la legislación, reforzando su control, y en todo caso, ampliando su contenido.

Considero que, el papel que juegan los CDC puede tener incluso tanta importancia como lo tienen las leyes en nuestro país. De modo que, aunque dentro del ámbito privado es cierto que, estos códigos han alcanzado un gran valor jurídico, no obstante, su eficacia es limitada. A diferencia de lo que ocurre con la legislación, cuyo contenido va dirigido contra toda persona física o, en su caso, jurídica, y cuyas consecuencias por su incumplimiento son de mayor peso, contando siempre con un régimen sancionador adecuado para ello.

Desde mi más sincera opinión y de cara a un futuro, me atrevería a decir que, sería conveniente ir redirigiendo la eficacia de los CDC hacía todos los ámbitos - tanto el público como el privado- , pero eso sí, de forma más completa. Es decir, en el ámbito público, los CDC deberían de contar con los mecanismos de evaluación y control con los que ya cuentan de forma satisfactoria los CDC dentro del ámbito privado. Y al mismo tiempo, en ambos campos, el carácter vinculante de los códigos, que al fin y al cabo es el que determina la eficacia de los mismos, debería extenderse más allá de su libre suscripción. O, al menos, contar con un régimen sancionador extensible a todos, independientemente de que se haya aceptado o no el participar en el

procedimiento, distinguiendo en todo caso, las sanciones de forma gradual en atención a dicha suscripción.

Así, las normas de los códigos de conducta “no pasarían desapercividas”, adoptarían más firmeza, y podrían por ello no sólo complementar a la legislación, sino reforzar de forma eficiente su contenido con aquellas normas nuevas contenidas en los CDC que no recogen nuestras leyes.

BIBLIOGRAFÍA

- Soro, R. Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada, 2010.
- Uría, R., Comentarios en Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie, *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, oct-dic, pp. 226 y ss.
- Albaladejo, M.; Comentarios en *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Madrid*, 12ª Ed., Edisofer, 2004.
- Lacruz Berdejo, J.L. Comentarios en *et alli; Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, 4ª Ed. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F., Madrid, Dykindon, 2007, pp.345 y ss.
- O' Callaghan, X.; Comentarios en *Compendio de Derecho Civil, T. II*, Madrid, 5ª de., Difusa, 2008, p. 225.
- Gatsi, J.; Su estudio de *Le contrat cadre, thèse*, París, LGDJ, 1996.
- Sayag, A. (Dir); Su estudio de *Le contrat-cadre, 1-Exploration comparative*, Paris, Litec, 1994.
- HUECK, Normenventage, Su estudio *Jherings Jahrbucher fur die Dogmatik des burgerlichen Rechts*, Jena, 1923, pp. 33 ss.
- Gitti, G.; Su estudio *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, CEDAM, 1994.
- De la Cuesta Rute, J.M.; Sobre la autorregulación como regulación jurídica puede verse la ponencia del mismo nombre efectuada 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.
- Tato Plaza, A.; Sobre el tema de la autorregulación o autodisciplina en su relación con el Derecho de Defensa de la Competencia, "Los códigos de conducta ante el Derecho de Defensa de la Competencia (

Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2002, Expt. 319/02, “Código de Publicidad de Tabaco”), *Anuario de la Competencia*, 2002, pp. 389-398.

- De la Cuesta Rute, J. M y Nuñez Rodríguez, E.; Más concretamente, en el ámbito de la autorregulación publicitaria puede verse el amplio estudio.; “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia Mercantil”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, pp. 95 - 128.

- De la Cuesta Rute, J.M.; Estudios “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. 676-695 y “Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la Publicidad. La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* (nº 43, 2005).

- Sánchez Calero (Principios de Derecho Mercantil, 12ª de, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 95.

- Tato Plaza, A.; “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 18, 1997 (pp.161 -185).

- María de Miguel, M. y Alexis Jacobo, B.G.; Universitat poliècnica de València. Alcance de los códigos de conducta en la administración pública española ¿Mejora de la imagen o instrumento sancionador? 2012.

- Coglianese, C. y Mendelson, E.. Meta-regulation and self-regulation. En Baldwin, R.; Cave, M. y Lodge, M (eds.). *The Oxford Handbook of Regulation* (pp.146-68). Oxford: Oxford University Press, 2010.

- Darnaculleta i Gardella, M. Derecho *administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Tesis doctoral: Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, 2003.

- Vanney, M.A. (1999). “Potestas”, “auctoritas” y estado moderno. Apuntes sobre el pensamiento político de Álvaro D'Ors. *Cuaderno de Empresa y Humanismo*, 1999, 109, pp.7-103.

PÁGINAS WEB:

- Westlaw: Base de datos jurídica.
- Tirant Online: Base de datos jurídica.
- Iustel. Todo el Derecho en Internet.
- Post de Dr. Ricardo Fernández García 18/ septiembre/2011 diario_responsable. <http://diarioresponsable.com/opinion/14404-codigos-eticos-o-de-conducta-su-concepto-su-necesidad>.
- Post del autor Germán Udiz 07/febrero/2014 Sage España. <http://blog.sage.es/economia-empresa/los-codigos-de-conducta-en-las-empresas-creacion-y-validez-legal/>.
- Post del autor Jose Javier Carcavilla Segura 16/ enero/ 2008. <http://codigosconductaempresas.blogspot.com.es/>.
- Autocontrol. <http://www.autocontrol.es/>
- El carácter vinculante del Código de Conducta. <http://www.garberipenal.com/codigo-de-conducta/>

SENTENCIAS:

Resoluciones de Audiencias Provinciales:

- Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4ª), sentencia núm. 252/2008 de 21 de mayo (AC 2008/1151 - tol1.376.569).
- Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 5ª), sentencia, núm. 562/2006, de 22 de diciembre (JUR 2007/98771 - TOL1.061.412).
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª), sentencia núm. 129/2006 de 13 de febrero (JUR/194825).
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 18ª), sentencia núm. 148/2005 de 16 marzo (AC 2005/431 - TOL625.380).
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 12ª), sentencia núm. 37/2004 de 11 octubre (AC 2006/1103).
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 11ª), sentencia núm. 400/2004 de 24 mayo (JUR 2004/227317 - TOL489.221).
- Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª), sentencia núm. 179/2004 de 24 marzo /JUR 2004/122633 -TOL364.785).
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 9ª), sentencia núm.687/2003 de 4 noviembre (JUR 2004/88372).
- Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª), auto de 16 de septiembre de 2002. (JUR 2003/22233).

Resoluciones de Tribunales de Primera Instancia:

- Juzgado de lo Mercantil nº1 de Málaga, sentencia núm. 200/2007 de 30 de octubre (JUR 2008/32360- TOL1.234252).
- Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla, sentencia de 5 de abril 2003 (JUR 2003/69242).

ANEXO

LEGISLACIÓN

- El Código de Conducta Publicitaria de 1996.
- El Reglamento del Jurado de la Publicidad de 1997.
- La Constitución española de 1978.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.