

La posible reclamación judicial, por el consumidor, ante el incumplimiento de un código de conducta

Alejandra Porto Cortés

Asesora jurídica en consumo
CEACCU

*Abstract**

El aumento progresivo de la existencia de códigos de conducta, en todos los ámbitos de nuestro entorno, es un hecho. Mediante el presente trabajo se pretende demostrar que, pese a la opinión contraria mayormente extendida, sí cabría la posibilidad de que el consumidor reclamase el cumplimiento de un código de conducta ante los tribunales, con apoyo en la ley. También señalaremos la relación existente entre estos códigos, y los distintivos que los acompañan, con las formas de captación de la voluntad del consumidor, de modo que su incumplimiento representaría una publicidad engañosa de cara al mismo, y una maniobra de competencia desleal de cara a los restantes competidores en el mercado.

Codes of conduct are increasingly used by a wide range of organizations. However, many legal issues regarding them still remain unclear. In this article, the author argues that under Spanish law a consumer may seek remedies for infringement of a code of conduct. In addition, she analyzes their adoption as a way to advertise companies' products and draw consumers' attention towards these products. As a result, infringement of a code of conduct may also amount to infringement of consumer protection and unfair competition legislation.

Title: On the Availability of Actions to Seek Remedies for Infringement of a Code of Conduct

Keywords: Code of Conduct, Consumer Protection, Unfair Competition

Palabras claves: Código de conducta, consumidor, competencia desleal

* Este estudio ha sido elaborado dentro del curso de doctorado "Valor normativo de los acuerdos privados: Códigos de conducta y Derecho civil" impartido en la Universidad Complutense de Madrid por la profesora ALICIA REAL PÉREZ, en el marco del proyecto de I+D del MICIIN DER2009-07708 ("Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios en la Unión Europea"), del que ella misma es investigadora principal.

Sumario

1. La aprobación de códigos de conducta
2. Sellos distintivos
3. Análisis de la normativa aplicable al tema
 3. 1. Normativa sobre publicidad
 3. 2. Normativa sobre competencia desleal
 3. 3. Otras normas
4. La buena fe y las teorías de los propios actos y del enriquecimiento injusto
 4. 1. La buena fe
 4. 2. La teoría de los propios actos
 4. 3. La teoría del enriquecimiento injusto
5. La declaración unilateral
6. Conclusión
7. Bibliografía

1. La aprobación de códigos de conducta

Un “factor determinante de la eclosión autorreguladora estriba en la complejidad de muchas de las relaciones jurídicas actuales así como de su instrumentación; (...) [que] no facilita la actuación rápida -ni certera- del legislador en muchas ocasiones. (...) Una inadecuada, o simplemente incierta, adjudicación legal de obligaciones o derechos en el campo de las relaciones privadas sencillamente hace que los operadores deslocalicen contratos y eludan someterse a la jurisdicción que yerra, con el subsiguiente empobrecimiento para la colectividad difícil de superar a medio plazo. (...) El acierto legislativo es pues una exigencia no solo de justicia sino de economía y conseguirlo no es fácil en un contexto de complejidad exigente y competitiva”¹. Por ello mismo se ha producido una proliferación, que progresivamente va en aumento, de los códigos de conducta, en distintos sectores donde la realidad social se mueve a mayor velocidad que la legislación. Como ha señalado ILLESCAS ORTIZ (2003, p. 301), “en la actualidad se hace autorregulación para, precisamente, evitar hacer regulación”.

En palabras de PATIÑO ALVES (2007, p. 29), “para una total comprensión del término autorregulación, será necesario remontarse a los orígenes de estos sistemas. La explicación económica de cómo surgen los sistemas «informales» de pautas de comportamiento (cuyo origen se remonta a las sociedades primitivas) tiene su fundamentación última en la reciprocidad; a saber: el individuo reconoce las ventajas que obtendrá si se comporta de acuerdo con las expectativas de otros. Tal reciprocidad puede verse reflejada en acuerdos individuales que, al ser normas de comportamiento, se extenderán a otros miembros del grupo como derechos cuando los beneficios de actuar de ese modo excedan los costes de definirlos”.

El primer pilar de la autorregulación lo constituye la elaboración de códigos de conducta o deontológicos, ya sea por parte de operadores u organizaciones. Los códigos de conducta, al consistir en mecanismos de normación y control de naturaleza privada, sólo poseen fuerza vinculante para sujetos que se han comprometido a su cumplimiento de forma previa y voluntaria. Estos códigos se componen de un elenco de pautas a seguir, tendentes a establecer unos límites a las relaciones jurídicas que tendrán lugar en el mercado, de modo que se pueda alcanzar una adecuada tutela de los intereses y derechos de los intervinientes en el mismo, y entre ellos, de los consumidores. Además, en estos códigos se establecen una serie de organismos los cuales se encargarán de la supervisión y observancia de las pautas establecidas en el código de conducta, y el modo en que las controversias que surjan en torno a su cumplimiento deberán resolverse. No obstante, téngase en cuenta que, los códigos de conducta bajo ningún concepto pueden contravenir normas legales, exigiendo menos que éstas; pues, los Códigos de conducta se hallan sometidos al principio de legalidad, componiéndose de principios autonormativos los cuales siempre deben respetar los imperativos legales.

¹ ILLESCAS ORTIZ (2003, pp. 299-300).

Los códigos de conducta pueden consistir en el establecimiento de pautas que desarrollen, es decir, amplíen, previsiones legales, o en el establecimiento de obligaciones o restricciones mayores a las legalmente exigidas en un determinado ámbito, de modo que, las empresas que cuenten con autonormación deben respetar la legislación vigente más los principios éticos respecto de los cuales se hallan voluntariamente vinculados.

VÁZQUEZ RUANO (2008, p.110) ha señalado que los códigos de conducta se componen de reglas deontológicas o de buena práctica profesional, las cuales se caracterizan por poseer un alto nivel de seguridad jurídica, lo que lleva a que sean considerados beneficiosos desde la óptica de los consumidores. Este mismo autor, en relación a las relaciones comerciales por internet² ha señalado que “en cumplimiento de la (LISSI) y respecto de la elaboración de un código ético debe tenerse en cuenta la participación de los consumidores y usuarios mediante sus asociaciones, siempre que su contenido les pueda influir. Esta necesidad, consideramos, emanan de la naturaleza jurídica de los códigos de conducta autonormativos que tienen fuerza de ley y son vinculantes para las partes que de forma voluntaria se han comprometido a cumplirlos. Además, puede matizarse que en la medida en que el código que se va a elaborar tenga por objetivo el establecimiento de unas reglas de conducta que pretende generar confianza y seguridad en los consumidores y usuarios, éstos deben participar en su elaboración³. En caso contrario, podría entenderse que las entidades que los establecen están tratando de imponer sus propias condiciones al mencionado colectivo”⁴. Tal argumentación, no sólo es válida para la contratación por internet, sino que, sería aplicable a cualquier tipo de contratación comercial.

No obstante, en sentido contrario, un sector doctrinal⁵, advierte que los códigos de conducta no son un instrumento normativo adecuado, ya que carecen del carácter vinculante *erga omnes* de las normas jurídicas. En otras palabras, los códigos de conducta, respecto de quienes no los hubieran suscrito previamente de modo voluntario, son “derecho no vinculante” o “*soft law*”⁶, por lo que no será de aplicación a todos los sujetos por igual. Por tanto, en caso de que tales códigos de conducta fueren incumplidos por sujetos que no se hayan adherido a los mismos, no cabrá imponer sanción⁷ alguna (siempre que no se hubiere contravenido una norma jurídica).

² Campo en el que proliferan los códigos de conducta.

³ A través de las asociaciones de consumidores y usuarios.

⁴ VÁZQUEZ RUANO (2008, pp.111-112).

⁵ VÁZQUEZ RUANO (2008, p.114) hace referencia a LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, LLANEZA GONZÁLEZ o DE LA CUESTA RUTE.

⁶ Término con el que se califica a las normas deontológicas, en contraposición con el “*hard law*” o normas jurídicas.

⁷ Un ejemplo habitual de sanción contemplada en los códigos de conducta es la expulsión de la asociación impulsora del código de conducta al que el incumplidor se halla adherido. De otro lado, VÁZQUEZ RUANO

Los Códigos de conducta, pretenden reforzar la seguridad jurídica, la cual contribuye a su vez al desarrollo del comercio.

2. Sellos distintivos

Los sellos o iconos distintivos, también llamados sellos de confianza, constituyen un importante instrumento del sistema de autorregulación, ya que permiten la identificación y acreditación de la vinculación de la empresa a unas normas deontológicas concretas, que por lo general estarán insertas en la página web de ésta. Dichos distintivos, permiten, y buscan, la discriminación positiva a favor de los empresarios comprometidos con las reglas que componen el código de conducta y con los procedimientos y decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de controversias.

Estos iconos presentes en la página web o local de quien lo ostenta, dan a conocer el compromiso adquirido por el empresario, de respetar las reglas contenidas en el código de conducta, en el desarrollo de su actividad. Es decir, estos sellos distintivos permitirán al consumidor⁸ comprobar y presumir cuál va a ser el comportamiento de la entidad o sujeto en cuya página o local se ostentase dicho icono. El fin perseguido es dar a conocer al consumidor o usuario las pautas de comportamiento seguidas por el empresario y los procedimientos extrajudiciales de controversias por los que se ve vinculado, de modo que el consumidor cuente con una información más amplia, lo que conlleva el incremento de la confianza de los consumidores y usuarios y el impedimento de comportamiento desleales entre las entidades competidoras. Su objetivo es facilitar al consumidor la decisión entre las empresas adheridas a los sistemas de autorregulación y el resto, optando por aquella empresa con la que prefiere relacionarse contractualmente. Es decir, el empresario, al establecer o adherirse a un código de conducta con su sello distintivo correspondiente, no sólo busca su autorregulación, sino que también existe una voluntad captatoria de clientes, utilizándose estos instrumentos como una técnica más de marketing.

3. Análisis de la normativa aplicable al tema

Si partimos de que “el concepto de «declaración pública» comprende (...) cualquier forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica en el ejercicio de una actividad

(2008, p.115) señala que autores como DE MIGUEL ASENSIO entienden factible la aplicación de sanciones legales; opinión que comparto y que intentaré demostrar a medida que se desarrolle el presente trabajo.

⁸ El sistema de sellos de confianza se ha empleado en defensa de los consumidores en distintos sectores, valga de ejemplo la elaboración de Códigos de Buenas Prácticas que ha llevado a cabo el Ayuntamiento de Madrid, en distintos sectores, los cuales pueden consultarse en www.munimadrid.es.

profesional con el fin de promover, directa o indirectamente, la contratación”⁹, no puede cabernos duda de que los códigos de conducta y sus sellos distintivos deben incluirse dentro de tal concepto.

“La publicidad se manifiesta hoy como una de las actividades más importantes a través de la cual el empresario se pone en contacto con la gran masa de los consumidores, a fin de lograr un mayor número de contratos para sus bienes o servicios. Actualmente, es indudable que casi toda la labor de captación de clientela se realiza por medio de la publicidad”¹⁰. No obstante, en la realidad diaria de nuestro país puede observarse como es habitual que el empresario no se ajuste a aquello que ha publicitado a la hora de captar la voluntad del consumidor. De este modo, cabe entender que aquel empresario que hace uso de un sello distintivo, como medio publicitario, para atraer hacia sí nueva clientela, está llevando a cabo una publicidad engañosa en caso de no cumplir con aquellas normas autoimpuestas al adherirse al código de conducta ligado a tal distinción. Todo ello nos lleva a señalar que el consumidor, en caso de engaño, podrá reclamar judicialmente, encontrando apoyo para ello en las distintas normas existentes en nuestro ordenamiento que aluden al tema.

3. 1. Normativa sobre publicidad

MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1994, p.77), ha señalado que “es habitual reconducir la eficacia de la publicidad comercial al concepto de *invitatio ad offerendum*, por lo que su relevancia en el *iter* formativo del contrato sería muy limitada, y más todavía respecto al contenido del contrato. Y es que la consideración de la publicidad como oferta desde el punto de vista de los consumidores, sin embargo, tiene relevancia no sólo a efectos de formación del contrato, sino también a los de determinación de su contenido: de lo que se trata fundamentalmente, en este segundo aspecto, es de saber si el anunciante queda vinculado por el contenido del anuncio cuando contrata con el consumidor, aunque en el contrato se silencie los aspectos anunciados”; pues, si entendemos que mediante el código de conducta, y más aun, mediante el distintivo que le acompaña, el empresario pretende darse una cierta publicidad que atraiga a la clientela en base a lo establecido en dicho código, por lo que señaló el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 1999¹¹, cabe entender

⁹ AVILÉS GARCÍA (2006, p. 200).

¹⁰ LEMA DEVESA (2007, p.39).

¹¹ STS 272/1999, 1ª, 5.04.1999 (RJ 1999/1872; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). Ya en la STS, 1ª, 20.03.1982, FD 3º (RJ 1982/1386; MP: José Beltrán de Heredia y Castaño), el Tribunal Supremo, señaló que al valorar la voluntad de las partes debe considerarse “no sólo la simple letra del discutido contrato, sino también todos los demás elementos probatorios e interpretativos que le permite el código para hallar la voluntad real de los contratantes, como son los anuncios publicitarios. De otro lado, en la STS, 1ª, 23.05.2003, FD 2º (RJ 2003/5215; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz), el Tribunal Supremo, en relación al principio de veracidad, declaró que la publicidad “no pueden ser engaños[a] y llevar a error al particular”. En esta última Sentencia, el Tribunal Supremo fundamentó la regla de integración del contrato con el contenido publicitario en los principios de buena fe y veracidad.

que el contenido de la publicidad (en este caso el del código de conducta) es vinculante, debido a la confianza que se genera en los consumidores en virtud de tales declaraciones.

La Ley estatal 34/1988, de 11 de noviembre (BOE nº 274 de 15 de noviembre), General de Publicidad (en adelante LGP), sigue muy de cerca la Directiva 84/450/CEE¹² del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. El art. 2 de la Directiva, en su apartado 1º, define la publicidad¹³, la cual también define la LGP en su artículo 2 señalando que se entenderá por publicidad “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada (el empresario a los efectos que nos interesa), en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación (por parte del consumidor) de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Por tanto, según la letra de tal definición, no existe problema alguno en entender que el empresario, mediante su código de conducta, del cual nos hace partícipes por medio del sello distintivo o la posible consulta del código en el local o en la página web del establecimiento, está llevando a cabo una actividad publicitaria con el fin de promover la contratación; pues, de lo contrario, no sería necesario ese sello distintivo que nos transmite sus intenciones.

De otro lado, el art. 2 de la Directiva, en su apartado 2º, define la publicidad engañosa, señalando que ésta es “toda publicidad que de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error¹⁴ o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”. Es decir, se prohíbe cualquier comportamiento que induzca a error al consumidor o usuario, de modo que el comportamiento económico del mismo en el mercado se pueda ver influido por tal error, pudiendo perjudicar a un competidor de la empresa incumplidora, ya que puede que la competidora perdiera a un posible cliente gracias a ese error producido en el consumidor al asumir lo señalado en el código de conducta que ha sido incumplido. Por tanto, si el empresario asume un código de conducta cuyo sello distintivo ostenta, y éstos han influido en la decisión del consumidor a la hora de contratar con él y no con un tercer empresario, si el empresario contraviene el código de conducta que ha asumido, no cabe duda de que se está provocando un error en el consumidor que ha afectado a su comportamiento. Por ello, a mi entender cabría interponer una demanda por la violación de la normativa referente a la publicidad engañosa; “ahora bien, en todo caso habrá que probar el eventual engaño del

¹² Directiva que ha sido modificada por la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo.

¹³ Tal como advierte LEMA DEVESA (2007, p.58) la Directiva hace referencia únicamente a la “publicidad económica”, excluyendo la “publicidad política” y otras declaraciones semejantes.

¹⁴ La Directiva 84/450/CEE llevó al legislador español a asumir una tendencia creciente en el Derecho comparado: la tendencia a la subjetivación de la noción de engaño, es decir, se cambió de la prohibición de infringir el respeto a la verdad a la prohibición de la inducción a error.

público (es decir, del consumidor o usuario), ya que si no se acredita, la publicidad (es decir, el código de conducta que se ha incumplido) no podrá ser calificada de engañosa¹⁵; y, si *a sensu contrario*, la publicidad no es susceptible de afectar al comportamiento económico del consumidor, no merecería el calificativo de engañosa, incluso aunque el empresario hubiere incumplido su código de conducta.

“Lo que determina la vinculación del vendedor no es tanto la existencia de declaraciones públicas, cuanto la confianza justificada que las mismas pueden provocar en el comprador (lo que el «consumidor puede fundadamente esperar»). La Posición Común, de acuerdo con el principio de buena fe, conecta a la confianza del consumidor la exigencia de su protección; con ello, al mismo tiempo está ofreciendo el criterio para delimitar esa protección. El consumidor no requiere protección si las declaraciones no han generado en él confianza¹⁶. En relación a si la publicidad¹⁷ pudo o no influir en la decisión del consumidor a la hora de realizar una compra, AVILÉS GARCÍA (2008, p.211) ha advertido que “parece claro que toda publicidad e información complementaria pretende influir en el ánimo del comprador, lo que dejará casi siempre al arbitrio del juzgador, en última instancia, la enojosa y muy difícil demostración de la existencia o no de tal influencia publicitaria”.

Por su parte, el art. 4 de la Directiva señala que “los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para controlar la publicidad engañosa en interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general”. También señala que, corresponde a los Estados la elección entre un procedimiento judicial o “llevar esta publicidad ante un órgano administrativo competente para pronunciarse sobre las reclamaciones o bien para emprender las acciones judiciales pertinentes”. Tal como advierte MADRENAS I BOADAS (1990, pp.88-89), “la Directiva 84/450/CEE deja un amplio margen de libertad a los Estados para configurar sistemas específicos (judiciales y/o administrativos) encaminados a prohibir el engaño en la publicidad. Reconoce además a los órganos competentes para apreciar la existencia de engaño un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de una inducción a error y la consiguiente adopción de una medida de cesación o prohibición, así como en la decisión sobre distribución de la carga de la prueba de los datos de hecho”.

El art. 3 de la LGP, en su letra b) consideraba ilícita la publicidad engañosa, en su letra c) ampliaba el campo a la publicidad desleal, y en su letra e) hacía referencia a la publicidad que infringiere lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados bienes o servicios. Este artículo ha sido modificado a raíz de la Ley estatal 29/2009, de 30 de diciembre (BOE nº 315 de 31 de diciembre), por la que se modifica el régimen legal de la

¹⁵ LEMA DEVESA (2007, p.382).

¹⁶ MORALES MORENO (1999, p.274).

¹⁷ En lo que al presente trabajo interesa entenderemos que el término publicidad es aplicable al código de conducta y su sello distintivo.

competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Por esta misma Ley, también fue modificado el artículo 1 de la LGP, el cual actualmente señala que “la publicidad se regirá por esta Ley (General de Publicidad), por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”.

3. 2. Normativa sobre competencia desleal

Los códigos de conducta, nacieron como autorregulaciones voluntarias sin consecuencias jurídicas, no obstante, tras la modificación, por mandato de la Unión Europea, de la Ley estatal 3/1991, de 10 de enero (BOE nº 10, de 11 de enero), de Competencia Desleal, mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (BOE nº 315, de 31 de diciembre), por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, sí tendrá consecuencias legales el incumplimiento de los mismos.

En el preámbulo de la Ley 29/2009, puede leerse que con tal modificación “se supera de esta manera la tradicional distinción entre los actos desleales y la regulación de la publicidad ilícita por desleal o engañosa.” De otro lado, en relación a los códigos de conducta, la Ley 29/2009 señala que “se introduce un nuevo capítulo destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones¹⁸ que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, actualmente contenida en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE (...). Esta regulación incluye el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando estos fomenten actos desleales”.

El art. 4. 1 *in limine* de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) advierte que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Por tanto, partiendo de la base de que el empresario que está incumpliendo a sabiendas el código de conducta, al que se ha adherido, está atentando contra la buena fe, no cabe duda de que tal comportamiento deberá reputarse desleal.

El art. 4. 1 continúa señalando que, “en las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera

¹⁸ Estos sistemas de resolución extrajudicial de conflictos no impedirán que se pueda acudir en un momento dado a los tribunales.

significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. Y que “a los efectos de esta Ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. b) La contratación de un bien o servicio (...). c) El pago del precio (...). d) La conservación del bien o servicio. Y e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”. Finalmente, el art. 4.1 señala que “a los efectos de esta Ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que, de otro modo, no hubiera tomado.” Por tanto, si el empresario utilizase el código de conducta con la intención de influir en la decisión del consumidor alterando su conocimiento sobre las reales circunstancias que les envuelven, el empresario estaría incurriendo en una práctica desleal, por violación de lo establecido en el presente precepto.

El artículo 5.1 LCD señala que “se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico (...)”. Dicho artículo, aplicado al tema que nos ocupa, implica que, cabe considerar como conducta desleal a aquella llevada a cabo por el empresario que pese a dar una información, a través del código de conducta y su distintivo, no cumple con dicha información al incumplir el mentado código.

Al respecto, el art. 5.2 señala que “cuando el empresario o profesional indique (es decir, haga publicidad) en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”. Por tanto, este artículo nos señala cuáles son los requisitos que debe cumplir un código de conducta para poder ser reclamado judicialmente en caso de incumplimiento; de modo que, si se da una publicidad, de un compromiso firme y verificable, y se altera¹⁹ mediante tal publicidad el comportamiento del consumidor²⁰, cabe entender que existe un acto de competencia desleal reclamable ante los tribunales, ya que, el incumplimiento del código de conducta no es por sí solo un acto de competencia desleal, sino que, para serlo, requiere de los demás requisitos señalados. Si pese a existir tal compromiso y haberse dado publicidad al código de conducta, el consumidor desconociere

¹⁹ En opinión de PEDRO PORTELLANO DÍEZ, al hilo de su ponencia en la II Jornada Municipal sobre Autorregulación y Códigos de Buenas Prácticas, la alteración debe ser entendida como la modificación de la soberanía del consumidor, tomando decisiones debido a lo establecido en el código de conducta.

²⁰ Por lo señalado, tanto en la Directiva 2005/29/CEE, como en la exposición de motivos de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, debe estarse al consumidor medio, no al consumidor específico.

que el empresario está suscrito a un código de conducta cuando contrató con el mismo, no podrá posteriormente invocar tal código de conducta pese a que hubiere sido incumplido por el consumidor. En opinión de PEDRO PORTELLANO DÍEZ²¹, desde el 30 de diciembre de 2009, los códigos de conducta tienen el mismo valor que el derecho dispositivo, siempre que cumplan los requisitos anteriormente mencionados, ya que cabe entender que tales códigos de conducta integran el compromiso contractual.

Debe existir un compromiso firme y verificable, que contenga un compromiso extra respecto a los requisitos legales, los cuales en caso de incumplimiento también serían reclamables, pero por el mero incumplimiento de la ley y no por el incumplimiento del código de conducta. Es decir, es necesario que el código de conducta contenga algo más que meras repeticiones de leyes o declaraciones programáticas, para que pueda reclamarse el incumplimiento del mismo como conducta desleal, siendo considerada desleal cualquier declaración que pretenda hacer creer al consumidor que mediante el código de conducta se le está otorgando un derecho adicional que previamente no existía²².

El art. 6 *in limine* LCD advierte que “se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”. Por tanto, si el código de conducta lleva al consumidor a confundirse podrá entenderse que ha existido un acto desleal.

Según lo establecido en el art. 20 LCD, “en las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”. Dicho artículo, deberá tenerse en cuenta según cuál sea el incumplimiento del código de conducta.

En relación a los códigos de conducta, es especialmente relevante el art. 21 de la Ley, que señala que se reputarán como práctica engañosa determinados comportamientos en torno a “los códigos de conducta u otros distintivos de calidad”, como, entre otros, el afirmar que un empresario está adherido a un código de conducta sin ser ello cierto, o la exhibición de un sello de confianza sin haber obtenido la autorización pertinente para ello.

²¹ Opinión manifestada a lo largo de su ponencia en la II Jornada Municipal sobre Autorregulación y Códigos de Buenas Prácticas, habida en Madrid a 28 de abril de 2010.

²² En este mismo sentido orientó su exposición PEDRO PORTELLANO DÍEZ, el 28 de abril de 2010, en la II Jornada Municipal sobre Autogobierno y Códigos de Buenas Prácticas.

Igualmente relevante es el art. 27 LCD²³, el cual establece que, por engañosas, se considerarán desleales determinadas prácticas. Entre éstas se considerará desleal el presentar “los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional” a través de su código de conducta. Comportamiento que desgraciadamente es, como señala nuestro refranero popular, el pan nuestro de cada día.

Finalmente, los artículos 32 y siguientes de la Ley de Competencia Desleal, serán los encargados de regular las acciones derivadas de la competencia desleal.

En relación a la competencia desleal también es necesario tener en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la cual modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo (anteriormente tratada), las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

3. 3. Otras normas

Debe tenerse en cuenta que a la prohibición de engaño existente en la LGP, se suman también, la prohibición existente en la legislación especial y en la legislación de las Comunidades Autónomas, habidas por el desarrollo de las competencias asumidas en materia de comercio interior, defensa del consumidor y publicidad, además de la prohibición contenida en otras leyes en el campo de la competencia²⁴ y el Derecho de los consumidores²⁵.

²³ El art. 27 LCD señala que “igualmente se consideran desleales por engañosas las prácticas que: 1. Presenten los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional. 2. Realicen afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio. 3. Transmitan información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado. 4. Incluyan en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado. 5. Afirman de forma fraudulenta o creen la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.”

²⁴ Véanse la Ley estatal 17/2001, de 7 de diciembre (BOE n.º294, de 8 de diciembre), de Marcas o la Ley estatal 15/2007, de 3 de julio (BOE n.º 159, de 4 de julio), de Defensa de la Competencia.

²⁵ Véase el Real Decreto Legislativo estatal 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n.º 287, de 30 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

A efectos del presente trabajo, es relevante la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU). Por su parte, el art. 61. 2 del TRLGDCU dispone que el contenido de la publicidad (ya hemos señalado que el código de conducta puede ser una técnica más de publicidad y marketing), será exigible “por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberá (...) tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”. Es más, el art. 114, al señalar que “el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”, permite reclamar al empresario incumplidor de su código de conducta (el cual debemos considerar integrado en el contrato) cuando éste hubiera realmente influido en la toma de decisión del consumidor a la hora de adquirir el bien o servicio. Incluso, los artículos 118 y 121 del mismo cuerpo legal, reconocen la facultad de optar por la resolución contractual cuando se hubiere incumplido el contrato²⁶ y resulte imposible la reparación o sustitución del bien. No obstante, el art. 121 señala que “la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia”, es decir, si el código de conducta no hubiere sido relevante para la toma de decisión del consumidor a la hora de optar por el bien, no será posible resolver el contrato. En otras palabras, “*prima facie*, puede afirmarse que la vinculación contractual sólo nacerá en el supuesto en que las «declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes» (en particular, en la publicidad o el etiquetado²⁷) hayan suscitado expectativas concretas sobre ellos en el consumidor”²⁸.

También debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley estatal 34/2002, de 11 de julio (BOE nº 166, de 12 de julio), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en especial lo señalado en su art. 10.1º.g), el cual da a entender que el empresario adherido a un código de conducta está obligado a facilitar la información que dicho código contiene. Tal obligación, no sólo debe existir cuando la contratación se lleve a cabo por medios telemáticos, sino también cuando se contrate personalmente²⁹.

Tampoco cabe olvidar que, el art. 1265 de nuestro Código Civil señala que “será nulo el consentimiento prestado por error”, pues, en caso de que el error producido en el consumidor por el código de conducta incumplido, hubiere sido esencial para la contratación, invalidará el consentimiento contractual prestado por dicho consumidor. No

²⁶ Lo cual ocurriría de incumplirse el código de conducta, por lo ya señalado.

²⁷ A lo que nosotros añadimos los códigos de conducta y sus sellos distintivos.

²⁸ AVILÉS GARCÍA (2006, p.201)

²⁹ Opinión que ya señaló en su día OLGA DE LAMO MERLINI, a lo largo del curso de doctorado impartido en la Universidad Complutense de Madrid, durante el curso académico 2009-2010, por la Profesora ALICIA REAL PÉREZ.

podemos olvidar, tampoco, que el art. 1269 CC advierte que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas³⁰ de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Es decir, en caso de que el empresario fuere totalmente consciente de que no va a cumplir con su propio código de conducta, el cual ha establecido de la forma que fuere, por ser consciente de que es lo que pretende ori el consumidor, deberá entenderse que ha actuado con dolo.

4. La buena fe y las teorías de los propios actos y del enriquecimiento injusto

4.1. La buena fe

Como ya se ha dicho, el art. 4.1 LCD señala que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. El Principio de buena fe se articula a través del art. 7. 1 del Código Civil, que establece que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, y del artículo 1258³¹ de la misma norma, el cual tiene eficacia normativa, ya que no requiere que exista una laguna normativa previa en el contrato para ser aplicado. La buena fe consiste en un imperativo ético que debe regir el ejercicio de todo derecho subjetivo, dentro de los límites derivados del contenido del derecho propio. Entre otras connotaciones, la buena fe puede hacer referencia al estado jurídico de ignorancia sobre la lesión que se está ocasionando en los derechos o facultades de otro sujeto, mediante la propia conducta. La buena fe es un criterio de conducta que, en palabras de CUADRADO PÉREZ, (2003, p.43), implica la “lealtad requerida por las convicciones éticas imperantes”.

Respecto a la buena fe, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de mayo de 1982, aludiendo a la Sentencia de 29 de enero de 1965, señaló que “se falta a la buena fe cuando se va «contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella»”³². Por tanto, si un código de conducta hubiere sido hecho público, para atraer a la clientela, generándose una falsa apariencia, ya que el empresario sabía, de antemano, que lo iba a incumplir o que lo está incumpliendo, aquel consumidor que hubiere contratado por confiar en esa apariencia generada por el código de conducta, podrá alegar mala fe por parte del empresario.

³⁰ Según la tercera afeción del Diccionario de la Real Academia española, se considerar insidioso aquel comportamiento “malicioso o dañino con apariencias inofensivas”.

³¹ El art. 1258 CC establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

³²STS, 1ª, 21.05.1982, FJ 4º (RJ 1982\2588).

Hay que tener en cuenta que, los códigos de conducta, al ser preexistentes a la contratación, forman parte, en cierta medida, de los tratos precontractuales, pues, pueden entenderse como parte de la oferta que realiza el empresario al consumidor. Por ello, cabe exigir la buena fe precontractual. En relación a la misma, CUADRADO PÉREZ (2003, pp.44-45) ha dicho que, en tal caso, “se contempla el deber que vincula a las partes de comportarse con corrección y lealtad, para lograr un ordenado desenvolvimiento del tráfico jurídico”, debiendo distinguir “entre buena fe como estado subjetivo (buena fe contractual) y buena fe como deber de comportamiento (buena fe objetiva)”. Este mismo autor, citando a GALGANO, también ha señalado que “el deber de buena fe precontractual tiene como principal contenido un deber de información entre quienes participan en las negociaciones, que han de comunicarse las circunstancias desconocidas por la otra parte y que pueden ser definitivas para prestar el consentimiento”³³. Por tanto, la violación de tal deber podría dar lugar a una acción de anulación, pues, no cabe duda que, el código de conducta del empresario juega un papel muy relevante en relación a ese deber de información.

Además, hay que advertir que, el legislador comunitario, en varias de sus Directivas, ha introducido el deber de información del empresario que pretenda contratar con los consumidores, deber que tiene como fundamento precisamente el principio de buena fe en la fase precontractual. Por ello, CORRAL GARCÍA (2003, p.62) ha señalado que “el principio de buena fe contractual sustenta la vinculación de los empresarios y comerciantes tanto por sus declaraciones publicitarias –publicidad de carácter informativo– como por las informaciones que legalmente están obligados a suministrar por escrito”, de modo que “hay que proclamar la vinculación de dicha información (en este caso la contenida en el código de conducta) en cuanto que su contenido lo es también del contrato que pueda formarse”.

Respecto a la buena fe contractual, en palabras de PATIÑO ALVES (2007, p.267), “el concepto de «*bona fides*», procedente del Derecho romano, obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento literal de los compromisos asumidos en el correspondiente contrato, sino a especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”. El principio de buena fe obliga a que la empresa se vea vinculada por lo establecido en su código de conducta “ya que el consumidor confió en las declaraciones”³⁴ hechas en tal código, “por lo que la buena fe objetiva permite que dichas declaraciones integren el contenido contractual”³⁵. De ahí que en caso de incumplimiento del código de conducta se quiebre el principio de confianza y de autorresponsabilidad. Al respecto, GARCÍA AMIGO (2000, p.8) ha señalado que “el modelo de conducta que representa la buena fe tiene un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto; de un lado, implica protección a la confianza, depositada en el comportamiento de cada parte, porque se cree –se tiene fe– en

³³ CUADRADO PÉREZ (2003, p.48).

³⁴ CORRAL GARCÍA (2003, p.57).

³⁵ CORRAL GARCÍA (2003, p.57).

la corrección en la bondad, de las conductas recíprocas de los contratantes”, por tanto, aquel que “va contra el resultado de los actos propios o crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella”³⁶, está atentando contra la buena fe. Es decir, “va a ser el principio de buena fe contractual, el que obligue a tener en cuenta las propuestas dirigidas al público de modo indeterminado, bien porque sean auténticas ofertas de contrato, bien porque las afirmaciones publicitarias vinculan a su autor en cuanto crean expectativas en sus destinatarios, aunque no constituyan una oferta en sentido estricto”³⁷.

4. 2. La teoría de los propios actos

Cabe plantearse si el empresario, al no respetar el código de conducta que él mismo ha establecido o al que se ha adherido, no estaría yendo en contra de sus propios actos.

Respecto a la Teoría de los actos propios, el Tribunal Supremo ha señalado que “los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla”³⁸. “Los actos propios, para que vinculen a su autor, han de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor”³⁹. “La fuerza vinculante del acto propio (*nemine licet adversus sua facta venire*) estriba en ser éste expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto, [de modo] que la declaración judicial (...) debatida no puede ser cuestionada, en cuanto a la veracidad y seriedad de su contenido, respecto del acto de propia, voluntaria e inequívoca abdicación de derechos, que la misma contempla, llevada a cabo con el ánimo libre y consciente”⁴⁰. “En lo que atañe a la teoría de los actos propios (...). Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica

³⁶ GARCÍA AMIGO (2000, p.9).

³⁷ CORRAL GARCÍA (2003, p.58).

³⁸ STS, 1ª, 5.03.1991, FJ 9º (RJ 1991/1718; MP: Pedro González Poveda).

³⁹ STS 344/1993, 2ª, 12.04.1993, FJ 4º(RJ 1993/299; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

⁴⁰ STS 495/1995, 1ª, 30.05.1995, FJ 3º (RJ 1995/4205; MP: Francisco Morales Morales).

inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SS., entre otras, de 9 de mayo, 13 de junio 2000 y 31 de octubre de 2001, 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza”⁴¹

El núcleo de la Teoría de los actos propios se halla en las expectativas legítimas que se generan en los demás, en este caso, las que se generaron en el consumidor que contrata con la empresa, la cual cuenta con un código de conducta que está incumpliendo, pese a que debería actuar conforme a lo que ella estableció (o a lo que se adhirió) en él. Al ser el consumidor un sujeto racional, puede haber condicionado su decisión a la hora de adquirir el bien o servicio, basándose en ciertos hechos, creencias, etc., en torno a lo establecido en el código de conducta. Por tanto, el empresario, con su comportamiento, al establecer su código de conducta, que es público, puede crear ciertas expectativas, justificadas y legítimas en el consumidor, el cual, al planificar su desenvolvimiento en el tráfico, puede invertir tiempo y esfuerzo, de modo que, el empresario, con su actuación inconsecuente, al no respetar su propio código de conducta, podría frustrarle las expectativas, causándole un daño injusto.

4. 3. La teoría del enriquecimiento injusto

En los supuestos en que el código de conducta haya contribuido de forma significativa a que el consumidor optase por adquirir el bien o servicio que requería de la empresa concreta que lo ostenta, no cabe duda de que al no respetar ésta las normas que ella misma se ha impuesto, las cuales condicionaron la voluntad del consumidor, se está produciendo un enriquecimiento injusto por parte de la misma; pues, de no ser por su código de conducta, el consumidor habría optado por adquirir el bien o servicio de una tercera empresa competidora de la empresa incumplidora, de modo que ésta no hubiera obtenido las ganancias que tal adquisición le han reportado.

En relación a la Teoría del enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo ha señalado que “la doctrina de esta Sala requiere para su apreciación la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) existencia de un enriquecimiento injusto por parte del demandado, representado por un aumento de su patrimonio o por una no disminución del mismo; b) un empobrecimiento en el actor, representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; y c) la inexistencia de un precepto legal que excluye la aplicación de este principio al caso concreto”⁴². Por tanto, la clave se encuentra en saber si el enriquecimiento es o no injusto al haberse incumplido el código de conducta. En mi opinión, para calificar tal enriquecimiento, sería necesario tener en cuenta no sólo el incumplimiento, sino también las circunstancias que llevaron al consumidor a contratar con tal empresa, ya que podría

⁴¹ STS 1136/2004, 1ª, 23.11.2004, FJ 2º(RJ 2004/7383; MP: Jesús Corbal Fernández).

⁴² STS, 1ª, 5.03.1991, FJ 9º (RJ 1991/1718; MP: Pedro González Poveda).

ser que el código de conducta no hubiera sido relevante a la hora de tomar la decisión, en cuyo caso el consumidor no podría alegar un enriquecimiento injusto por parte de la empresa; mientras que si el código de conducta hubiere sido determinante a la hora de la contratación entre el consumidor y el empresario, sí existiría un enriquecimiento injusto el cual podría alegar el primero contra el segundo ante los tribunales.

5. *La declaración unilateral*

Cada vez son más frecuentes las declaraciones unilaterales, contenidas en códigos de conducta, en detrimento de la norma escrita de origen estatal, especialmente en determinados ámbitos como pueda ser la contratación electrónica, la publicidad o la compraventa. Cada vez existen más supuestos en los que “el legislador (...) se mantiene al margen de la norma producida por la actividad formuladora de los operadores, con independencia de que éstos actúen de común acuerdo –desde el lado de la demanda y desde la oferta– o bien lo hagan de modo unilateral y sólo desde una de las dos mencionadas posiciones comerciales”⁴³. Los órganos legislativos no intervienen de manera directa en la elaboración de códigos de conducta; “a lo sumo lo[s] incentivan, promueven o meramente ilustran las líneas básicas del contenido de aquellas”⁴⁴.

Junto a la oferta al público, existen otras declaraciones dirigidas al mismo, como las promesas al público, dentro de la categoría general de promesas unilaterales⁴⁵ y ⁴⁶ o declaraciones unilaterales de voluntad, las cuales tiene efectos obligacionales, de modo que su autor se ve vinculado por las mismas, sin que llegue a formarse un contrato con alguno de tales receptores⁴⁷. CORRAL GARCÍA se ha planteado cuál es el fundamento de la vinculación que afecta a quien hiciere la declaración pública sin necesidad de aceptación, señalando que, a su juicio, tal fundamento se encuentra “en la existencia del respeto a la buena fe, es decir, en que la promesa genera unas expectativas en sus destinatarios que no pueden ser defraudadas por el promitente”⁴⁸; en tal sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de noviembre de 1990 señaló que “quien de buena fe realiza un negocio jurídico, de la naturaleza que sea, fundado en la confianza razonable que objetivamente

⁴³ ILLESCAS ORTIZ (2003, pp. 297-298).

⁴⁴ ILLESCAS ORTIZ (2003, p.298).

⁴⁵ La promesas unilaterales no cuentan con regulación específica en el ordenamiento español, sin embargo, según, CORRAL GARCÍA (2003, p.64), sí podemos encontrar esta en otros ordenamientos de nuestro entorno, como en el caso del BGB alemán o el *Codice civile* italiano.

⁴⁶ Para un estudio detallado de las promesas unilaterales véase ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (1998).

⁴⁷ En tal sentido, CORRAL GARCÍA (2003, p.64).

⁴⁸ CORRAL GARCÍA (2003, p.65).

suscita una situación aparente, debe ser protegido, aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otros”⁴⁹. Por su parte, ILLESCAS ORTIZ (2003, p.302) ha señalado que “la fuerza de obligar de la autorregulación, sencillamente, estriba en el consentimiento prestado por el autorregulado”.

De entre los autores que han señalado que la declaración unilateral no puede ser considerada fuente de obligaciones, nos encontramos con DÍEZ PICAZO (1993, p.143), el cual, frente a las tesis afirmativas, ha señalado que “una relación obligatoria exige dos sujetos, el acreedor y el deudor, y la voluntad de uno sólo de ellos no puede hacer nacer una obligación. No puede decirse que una promesa o una declaración, que no ha sido aceptada por otra persona, puede vincular al emitente. Antes de la aceptación, la declaración unilateral es esencialmente revocable y de ella no deriva, hablando rigurosamente, ninguna obligación. Y si la aceptación ha recaído, no nos encontramos ya en presencia de un puro negocio unilateral, sino de un contrato. Además, la existencia de una relación obligatoria genuina presupone no sólo un deber de prestación a cargo de un sujeto, sino también la adquisición de un derecho por otras persona y nadie adquiere derechos, ni puede adquirirlos, sin que medie su voluntad de llevar a cabo tal adquisición”.

De tales palabras, se desprende que, según DÍEZ PICAZO, la clave de la obligatoriedad de una declaración se encuentra en la aceptación, mediante la cual, de aquella declaración unilateral (en nuestro caso, del código de conducta voluntariamente asumido y hecho público) surge un contrato. Pues bien, si tal como creo yo, entendemos que tal aceptación tiene lugar, aunque sea tácitamente, cuando el consumidor toma la decisión de contratar con el empresario, debido a la influencia generada por el código de conducta que éste ostenta, debemos concluir que existe un contrato, respecto del cual el código de conducta forma parte de su clausulado. Por consiguiente, si el contrato es ley entre las partes, su incumplimiento, al no respetar su propio código el empresario, genera responsabilidad y es exigible. Como señalaron MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA (2003, p.459), “el concepto de incumplimiento⁵⁰ es genérico e integra la inobservancia de cualquier obligación del contrato (cumplimiento defectuoso, tardío, incluso infracción de deberes accesorios)”, de modo que también se da si el empresario no respeta su código.

El art. 1091 CC., al señalar que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”, está dando la misma fuerza obligacional al contrato que a la ley, pero, mientras que la ley nos obliga a todos, el contrato sólo obliga a aquel que ha consentido; y es precisamente tal consentimiento el fundamento de la fuerza obligatoria de la autorregulación llevada a cabo por medio de los códigos de conducta, los cuales únicamente se limitan a promover -no a

⁴⁹ STS, 1ª, 20.11.1990, FJ 2º (RJ 1990\8988).

⁵⁰ En relación al incumplimiento, MARÍN SANTISTEBAN (2003, p.429), ha señalado que “la culpa-negligencia puede coincidir con el incumplimiento pero no constituye el fundamento único de la responsabilidad contractual.

imponerlos-, cada vez más, las leyes. Y, por lo establecido en el art. 1278 CC⁵¹, el cual recoge el principio espiritualista, será indiferente la forma en que dicho consentimiento haya tenido lugar. Es decir, no existe ninguna especialidad en relación a los códigos de conducta respecto de cualquier otra materia, de modo que, estará obligado por un código de conducta todo aquel que hubiere consentido (aprobado o se hubiere adherido) el mismo, y quien no hubiese consentido no quedará obligado a menos que se produzca una intervención legal⁵².

De otro lado, distinguiendo la autorregulación de los contratos, ILLESCAS ORTIZ (2003, p.304) ha advertido que “lo que llama la atención de la autorregulación es que potencialmente extingue la relatividad de los efectos contractuales y la sustituye por la generalidad de los mismos. Así, cuando un determinado empresario u operador hace público un código de conducta y declara públicamente su conformidad con el mismo, la generalidad de sus clientes adquieren derechos frente al empresario conforme al código publicado, derechos que en muchas ocasiones ni siquiera se consideran en su adquisición a la celebración de contrato alguno con el empresario conforme con su código de conducta. El código en cuanto que fundamentado en el consentimiento, al igual que el contrato, genera derechos para la generalidad a diferencia del contrato que sólo los genera para la contraparte.”

6. Conclusión

Tras la exposición llevada a cabo mediante el presente trabajo, entiendo que, ha quedado demostrada la posibilidad de exigir el cumplimiento de un código de conducta ante los tribunales, pudiendo exigir también la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, de haberse producidos estos por el incumplimiento del código, por parte del empresario con quien hubiere contratado el consumidor, siempre y cuando el código de conducta hubiere influido en la toma de decisión de éste último. Es decir, ha quedado demostrado que podrán esgrimirse tanto los principios generales del derecho, aplicables a cualquier tipo de obligación, como los distintos preceptos⁵³, que podemos encontrar salpicados a lo largo de nuestro ordenamiento, que pretenden la protección del consumidor para estos casos.

⁵¹ El art. 1278 del Código Civil establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

⁵² Tal intervención legal, ha tenido lugar, por ejemplo, en la llamada “Extensión de normas” recogida en el art. 8 de la Ley estatal 38/1994, de 30 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1994), reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias.

⁵³ El presente trabajo, pese haber mencionado los que tal vez sean los artículos más importantes al respecto, no ha pretendido en ningún momento abarcar absolutamente todas las leyes aplicables a los distintos supuestos que pueden surgir en relación al incumplimiento de un código de conducta.

7. Bibliografía

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (1998), *Promesas Unilaterales y Donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*. Marcial Pons, Madrid.

AVILÉS GARCÍA (2006), *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*. Comares, Granada.

CORRAL GARCÍA (2003), "La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato: la oferta y la promesa al público" en ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY (dirs.) *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 53 y ss.

CUADRADO PÉREZ (2003), *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

DIEZ PICAZO (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligacionales*, vol. II, 4ª ed., Cívitas, Madrid.

GARCÍA AMIGO (2000), "Consideraciones a la buena fe contractual" en *Actualidad Civil*, nº 1, pp. 1-15.

ILLESCAS ORTIZ (2003), "La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad" en *Derecho Privado y Constitución*, n.17, pp. 291-306.

LEMA DEVESA (2007), *Problemas jurídicos de la publicidad. Estudios Jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Marcial Pons, Madrid.

MADRENAS I BOADAS (1990), *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*. Cívitas, Madrid.

MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA (2007), "Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios" en ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY (dirs.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 459 y ss.

MARTÍN SANTIESTEBAN (2003), "Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño" en ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY (dirs.) *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 428 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1994) “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de Obligaciones” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, n. 1, pp. 31-90.

MORALES MORENO (1999) “Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, n. 1, pp. 265-287.

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

VÁZQUEZ RUANO (2008) *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Marcial Pons, Madrid.

CARRASCO PERERA (dir., 2002) *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*. Instituto Nacional de Consumo, Madrid.