

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO FUENTE DE DERECHO

CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. SU CONSIDERACIÓN POR LA DIRECTIVA EUROPEA. II. EL DERECHO DE LOS COMERCIANTES. III. EL DERECHO DEL EMPRESARIO. IV. LAS NORMAS PARA LA SOCIEDAD DE CONSUMO. V. EL MARCO DE DESARROLLO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. VI. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. VII. EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO INSTRUMENTO DE MEJORA DE LA CALIDAD Y DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. VIII. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE UN CÓDIGO DE CONDUCTA GENERAL. IX. LA CONSIDERACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO CLÁUSULA O CONDICIÓN GENERAL DE UN CONTRATO. X. LA CONSIDERACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO NORMA DENTRO DE LAS FUENTES DEL DERECHO. 1. *Los Códigos de conducta como costumbre.* 2. *La autonomía de la voluntad.* XI. LAS RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA CREADORA DE LA VOLUNTAD. XII. LA CONSIDERACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO FUENTE DEL DERECHO. XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. SU CONSIDERACIÓN POR LA DIRECTIVA EUROPEA

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información contiene en su considerando 49 la siguiente manifestación: «Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración de códigos de conducta; ello no irá en perjuicio del carác-

ter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos».

En consecuencia con ello ya en la redacción específica contempla en el artículo 16 los Códigos de conducta y establece una regulación en el siguiente sentido:

«1. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán:

a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15;

b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario;

c) la posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias,

d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico;

e) la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana.

2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la relación y aplicación de los códigos de conducta que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta las necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes»

II. EL DERECHO DE LOS COMERCIANTES

El problema de la consideración jurídica de los códigos de conducta se centra en determinar su naturaleza, ámbito, extensión y aplicabilidad. Ciertamente los Códigos de conducta son propuestas o principios que se llevan a cabo por la propia ley, por agrupaciones de empresas o por empresas de un sector, con la finalidad de establecer unos principios y unas reglas de garantía y de cumplimiento, para todas las empresas que operan en el sector o para las empresas que

forman parte y se encuentran agrupadas o incorporadas a la asociación.

No constituyen estrictamente acuerdos o mecanismos de relación estrictamente entre empresas, sino que se piensa también en las relaciones económicas que se crean entre empresas y ciudadanos o consumidores. Los códigos se aplican, y no puede decirse que solamente a las relaciones económicas (ventas o prestaciones de servicios) que realiza un empresario en relación con otros. Realmente son principios apropiados para dar mayor seguridad y confianza a las relaciones entre las empresas y a las relaciones entre empresas y consumidores.

Es por ello, que si se habla de un derecho de la empresa no pueden ser considerados como derecho para regular las relaciones entre ellas. No puede decirse que constituyan estrictamente parte del llamado derecho de la empresa.

Como sabemos, desde hace tiempo, el llamado derecho de los comerciantes ya no recae sobre la noción de acto de comercio. Ni a consecuencia de ello se impone a un persona que compra las disposiciones del Código de comercio por la compra que realiza, a consecuencia de que, lo que compra, lo adquiere de un comerciante. Igualmente también se ha perdido la consideración de la calificación de un venta como de naturaleza mixta para decidir si se le aplica las normas del derecho mercantil o del derecho civil. Hoy se piensa de otra manera y se contempla la relación jurídica como aquella que se ha producido entre dos personas que ocupan posiciones y situaciones distintas. A cada una se le exige responder por su condición, con diligencia y responsabilidad para el comerciante y con los conocimientos generales propios de su condición para el particular.

Las relaciones económicas, y nos fijamos en la compraventa para concretarnos en una institución, vienen determinadas por la existencia de una enorme pluralidad de supuestos, que se repiten constantemente y que lleva a la llamada contratación en masa.

La sociedad actual está experimentando un profundo cambio en sus estructuras económicas. En determinados países este cambio es muy lento e, incluso, apenas perceptible, pero por lo que respecta a los llamados países desarrollados, el cambio es profundo y rápido Y estas modificaciones se manifiestan entre otros muchos aspectos en las normas en su totalidad, y especialmente, en el ámbito del llamado derecho privado (derecho civil y mercantil).

El pensamiento habitual de que el derecho privado se componía de dos materias, derecho civil y derecho mercantil quiebra, especialmente

por lo que se refiere a este último, en la medida de que las relaciones económicas que regulaban también se han modificado de forma muy profunda. Hoy ya no puede hablarse de estos dos compartimentos como dos grupos únicos que contienen todas las normas que se refieren al derecho privado, sino que la potenciación de la persona, el alcance de un mayor grado de libertad por parte de ésta y el reconocimiento de que las normas han de estar orientadas hacia el respeto y la proyección de la personalidad de los individuos, han dado paso a una nueva concepción de las relaciones.

Si por lo que se refiere al derecho civil, éste sigue teniendo el mismo substrato, en la medida en que estaba basado en la consideración de la persona, sin que se le añada ningún tipo especial de calificación a ésta, (agricultor, comerciante, trabajador), no ocurre lo mismo por lo que se refiere al derecho mercantil.

Éste, a consecuencia, entre otros aspectos, del impacto que representó la incorporación de la industria a la actividad de la empresa, pilotaba el ámbito de la aplicación de sus normas y de la extensión de las mismas alrededor de la creación de un conjunto de normas, que se le denominó derecho de los comerciantes, que presentaba como criterio el acrecimiento de su aplicación a todo el mayor número de relaciones jurídicas posibles.

De este modo ese conjunto de normas que se llamaba derecho de los comerciantes abarcaba y se aplicaba a todo aquel conjunto de relaciones que se realizaban entre comerciantes, o sea, a las relaciones realizadas entre ellos. Pero su acrecimiento no tenía límite y los principios que presidían esas normas fueron extendiéndose a toda relación jurídica en donde estuviera presente un comerciante. De este modo, por la mera presencia de un sujeto llamado comerciante con una persona que no lo era, se determinaba que la relación jurídica que se constituía entre ellos, fuera considerada como de naturaleza mercantil. Por el hecho de producirse con la presencia de una persona denominada como comerciante, ésta arrastraba la calificación de aquel acto y pasaba a denominarse acto de comercio.

Con ello, se aplicaban siempre las normas de carácter mercantil, lo que permitía dar una preeminencia y un reforzamiento a la posición comerciante. Era un privilegio y, a la vez, un poder abusivo que se establecía a favor de una posición jurídica en el seno de una relación jurídica concreta que, en teoría, tenía que estar presidida por el principio de igualdad de las partes. Nuestros códigos establecen que las personas son iguales, tienen libertad para contratar, pueden establecer los pactos y condiciones que crean convenientes, no puede dejarse el cum-

plimiento del contrato a una de las partes y que, finalmente, los contratos son obligatorios para las partes contratantes.

La idea de acto de comercio y la calificación de compraventa mercantil se imponía habitualmente, incluso se calificaba muchas veces la compraventa como compraventa mixta para aplicarle las mismas normas de los comerciantes.

III. EL DERECHO DEL EMPRESARIO

Pero ese cambio de que hablamos ha afectado a la consideración y calificación de este tipo de relaciones jurídicas. Afectado, por consiguiente, al derecho de los comerciantes. Ya no se puede expresar, cuando se habla del análisis y de la catalogación de las normas, que unas pertenecen al derecho de los comerciantes o derecho mercantil y otras al derecho de las personas o derecho civil. Ha ido surgiendo el principio de una mayor consideración de las partes en la relación contractual y se ha dejado de ampararse en un principio de igualdad entre las partes que en definitiva era una falsedad a favor exclusivo del más fuerte, el comerciante.

Si la industrialización revolucionó el mercado, ésta se proyectaba, en parte, en pequeños reductos y la industrialización se ha iba quedando autoreducida. Era necesario conservar el marco de actividad económica. Pero también era necesario ampliar el círculo de la clientela. El acto de comercio ya no es su fuente para calificar el nuevo ámbito de aplicación. Y surge la necesidad de variar el punto de apoyo sobre el que se constituían las relaciones. Ya las normas aplicables a las relaciones jurídicas no pueden considerarse como normas de actos de comercio. Ya no se puede hablar de comercio y de comerciante.

El comerciante ya no es solamente aquel que vende para volver a comprar. Ni constituye tampoco un mero intermediario o mediador entre quien produce y quien consume. El comerciante produce y necesita vender su producción. Consecuentemente el comerciante se transforma en empresario, ya que es la empresa la que constituye y resuelve directamente las relaciones con el comprador. Se expande abriendo nuevos mercados en la medida en que necesita más compradores. El propio derecho mercantil se transformará. Ya no constituye el derecho del acto de comercio, sino que se considerará el derecho de la empresa. Aquel derecho que contempla el acto específico sino todo un conjunto de actos prácticamente iguales, que llevará a calificarlo como actos en masa.

IV. LAS NORMAS PARA LA «SOCIEDAD DE CONSUMO»

Con todo ello se van precisando nuevas reglas, en la medida en que también se van produciendo nuevas formas de tráfico jurídico. La empresa necesita actividad. Necesita contratos. Y para su propia normalidad y desarrollo no le conviene que existan pluralidades de contratos distintos. Todo lo contrario. Le conviene la creación y regulación de contratos, iguales, simples, donde se establezcan unas reglas claras para la empresa e impuestas por ella.

La búsqueda de mercado y la localización de clientela se convierte en imprescindible. La empresa se lanza a la búsqueda del mayor número de clientela y ha de ampliar su círculo de proyección y venta.

Para ello, la empresa necesita:

- 1º Estimular e imponer determinadas formas o modas.
- 2º Convertir la posesión de productos en un factor de distinción y de prestigio.
- 3º Despertar ciertos apetitos y crear nuevas necesidades a las personas.
- 4º Crear la necesidad de consumir cada vez más.

A medida que se avanza en este sentido, se configura la llamada «Sociedad de consumo» en donde la contratación es preciso que sea cada vez más simplificada y en donde conviene que exista un mayor grado de rapidez y de uniformidad en la contratación. Se amplían las empresas, se tiende hacia la asociación de empresas, hacia un elevado grado de contratación y hacia el establecimiento de un contrato tipo que facilite la realización de relaciones jurídicas.

Con ello, los contratos tienden cada vez hacia un modelo establecido en donde se imponen todo un conjunto de condiciones generales que necesariamente tienen que ser asumidas por los potenciales clientes o compradores. Éstos aunque no las conozcan o no les interese tendrán que ser asumirlas.

Pero la empresa actúa en un marco en el que existen otras empresas. Puede existir una gran pluralidad, lo que es sinónimo de actividad y, sobre todo, de competencia. Por ello, al haber competencia, se impone la realización de determinadas conductas. No es bueno y sería lastimoso que una empresa realizase determinadas conductas que puedan perjudicar a la actividad en sí y, por consiguiente, al propio sector. Es preciso que se pueda contemplar con claridad aquellas empresas que realizan su actividad «dignamente». Con ello se pre-

tende evitar toda clase de equívocos y evitar el grado de inseguridad que percibe el potencial comprador. Todo ello resulta hoy más determinante en el marco de las nuevas tecnologías y en lo que, para concentrar la terminología llamaremos Internet. Y, en esta perspectiva, surgen los Códigos de conducta.

V. EL MARCO DE DESARROLLO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

El moderno sistema de comunicación se configura con un carácter universal por desaparecer absolutamente cualquier noción de territorio. En él, puede prescindirse de la consideración de frontera nacional, así como el poder de los Estados sobre las mismas. Pero la eliminación de las fronteras territoriales no determina la supresión de la jurisdicción de cada Estado sobre su espacio territorial, sino que éstos conservan su jurisdicción como determinante del marco en que extienden sus dominios.

Se podría plantear la supresión y eliminación de toda idea de dominio jurisdiccional, lo que conllevaría, por lo menos, la creación de un órgano jurisdiccional a nivel mundial, pues la existencia de conflictos y controversia exigiría su presencia. También se podría plantear la supresión en un marco territorial determinado más reducido, pero que abarcara a varios Estados, aunque también sería necesario que existiera un órgano judicial que comprendiera todas aquellas zonas territoriales.

Pero lo cierto es que ni una cosa ni otra se ha producido y que, a pesar de la existencia de la comunicación que supera el marco nacional, como lo constituye el marco de la contratación electrónica, lo cierto es que sigue siendo preciso el que exista un marco jurisdiccional, para que permita resolver las controversias y conflictos que se producen entre las partes que realizan transacciones comerciales en una zona territorial o marco de un Estado.

La contratación electrónica por medio de Internet constituye un sistema de comunicación individual, que no excluye la existencia de divergencias en la contratación, y por ello es preciso, aún, que exista un marco de resolución de estos conflictos. La forma de resolverlos la establecerá cada Estado, partiendo de la base de que en todos ellos ya existe un sistema de resolución basado en la justicia de los jueces. A cada Estado le corresponde establecer si, además, pueden existir otras vías de solución de conflictos al margen del propio sistema judicial y con las mismas garantías para las partes intervinientes en el conflicto.

Es por ello, que en el marco de la contratación electrónica, se hace más preciso determinar los sistemas que contemplan los Estados, y potenciar aquellas fórmulas de solución extrajudicial, ágiles y rápidas, que parezcan más adecuadas a las características que nos ofrece la contratación on line y que permitieran la utilización de la red en todas las distintas fases de un procedimiento resolutivo, y la realización práctica de el mayor número de diligencias posibles.

La ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico nace con una vocación territorial específica, en el marco de la Unión Europea, en donde no se ha querido establecer un sistema jurisdiccional único. La Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y, en particular, del comercio electrónico en el mercado interior, ha pretendido ayudar a suprimir los obstáculos existentes en los países comunitarios entre las diversas legislaciones, pero partiendo de la premisa de que se está sujeto a la legislación o régimen jurídico del Estado donde se prestan principalmente los servicios.

Son los Estados los que pueden tomar las medidas oportunas para resolver los conflictos y son los tribunales de estos Estados los que conocen de las controversias y adoptan las medidas que consideran oportunas. Los Estados miembros establecerán su propia legislación, y solamente deben procurar que ésta no entorpezca la utilización de mecanismos extrajudiciales para la solución de los conflictos, si bien es cierto que deben procurar que su legislación no obstaculice, ni las vías extrajudiciales ni la elaboración y utilización de códigos de conducta.

VI. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA, EN PARTICULAR

En consonancia con lo establecido por la Directiva, la propia Exposición de motivos de la Ley ya indica que se propone promocionar la elaboración y utilización de Códigos de conducta en la contratación electrónica, por considerar que constituyen un instrumento válido de autoregulación de intereses, ya que permiten adaptar los diversos preceptos de la ley a la pluralidad y características de cada sector.

De conformidad con ello, el artículo 18 de la ley, que constituye el capítulo III del título II, se refiere a los Códigos de conducta y establece que las Administraciones públicas impulsarán la elaboración de códigos de conducta de carácter voluntario, por parte de las corporaciones, asociaciones, organizaciones comerciales, profesionales y con-

sumidores, con la finalidad de que traten sobre formas de detectar y retirar, si es preciso, conductas y contenidos que puedan considerarse ilícitos, o sea, que puedan ser susceptibles de estar englobados en las normas penales de un Estado, y que estén orientados hacia la protección de los destinatarios.

Y, muy especialmente los Códigos de conducta contemplarán desde la protección de los consumidores frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, hasta la identidad y garantía de una empresa que opera en la red, o el tipo de información a la que se pueda acceder desde las páginas web, o reglas de conducta específicas respecto de la protección de los menores y de la dignidad humana. Códigos, todos ellos, con facilidad de acceder a su contenido por vía electrónica.

VII. EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO INSTRUMENTO DE MEJORA DE LA CALIDAD Y DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La contratación electrónica engloba, entre otros aspectos, la contratación de bienes y servicios por vía electrónica. Ello significa la existencia de relaciones contractuales realizadas por este medio y que se constituyan contratos en los que la oferta y la aceptación se han realizado por medio de equipos electrónicos. Las relaciones pueden haberse constituido entre empresas o entre empresas y consumidores. En cualquiera de estas relaciones se destaca el principio de autonomía de la voluntad que preside siempre todas las relaciones de carácter económico.

Principio que se considera que no se produce con carácter absoluto sino que debe exteriorizarse pero con ciertos límites. Entre ellos destaca el de la calidad. En efecto, la calidad constituye hoy un valor para la empresa, pues sabe que se encuentra en una situación de fuerte competitividad que le empuja hacia una determinada cultura. Es la llamada «cultura de empresa». Ésta representa poseer una estrategia en la gestión, establecer una táctica en lo que se refiere a la relación con las personas, gozar de un elevado grado de calidad y, finalmente, ofrecer un plus o valor añadido a su nivel de producto o servicio, como los códigos de conducta.

La calidad no es fácil obtenerla. La calidad es un concepto que afecta a todas las empresas, es una cultura y se hace más necesaria en el ámbito de la contratación electrónica. La calidad es un conjunto de

ideas, de aptitudes, de forma de entender la contratación, que no solamente se centra en el aspecto técnico del producto o servicio que se ofrece, sino que comprende también un valor ético, la exteriorización de una buena imagen, la transmisión de una seguridad, el ofrecimiento de una garantía, etc.

VIII. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE UN CÓDIGO DE CONDUCTA GENERAL

Y todo ello, junto con otros aspectos, puede exteriorizarse en la celebración de los contratos por vía electrónica, por medio de la existencia de unos mecanismos o códigos que constituyen un instrumento de autorregulación de las empresas en sus relaciones con otras empresas o con los usuarios o consumidores, con la voluntad de llevar a cabo su cumplimiento.

En el marco de la existencia de un Código de conducta, pueden señalarse como contenido básico de las relaciones llevadas a cabo por vía electrónica, la existencia de una serie de principios, a saber:

a) Identificación clara y precisa de la empresa que ofrece la contratación de bienes o servicios y calidad de éstos.

b) Seguridad respecto de las ofertas que se realizan, con su información precisa y su inmediato suministro, lo que explicita la existencia de una organización seria y con capacidad suficiente para poder asumir los compromisos que realiza.

c) Seguridad en las transacciones y en la protección de los datos de carácter personal, no solo por lo que se refiere al pago sino también en lo que afecta al derecho de intimidad de las personas.

d) Posibilidad de resolver las controversias que puedan surgir por medio de sistemas no judiciales como la mediación o el arbitraje, por su sencillez y rapidez.

IX. LA CONSIDERACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO CLÁUSULA O CONDICIÓN GENERAL DE UN CONTRATO

Pero estos principios y otros de mayor consideración nos plantean la duda de su alcance y eficacia. Aparecen, aunque sin detallar, en algunos contratos que realizan las empresas entre ellas mismas o

directamente en aquellos contratos que realiza la empresa con su cliente o consumidor. Constituye una cláusula considerada como condición general, al igual que cualquier otra, como la discutible cláusula de exención de responsabilidad, a la que algunas empresas son muy aficionadas.

Pero estos códigos de conducta, incorporados como cláusula específica en los contratos, aunque muchas veces sin desarrollar el contenido de los mismos, o asumidos como compromiso por las propias empresas de un sector o por un grupo de empresas que realiza determinada actividad, plantean la duda de su valor y eficacia y de si existen posibilidades de hacerlos cumplir, especialmente cuando alguna de las empresas no lo respeta adecuadamente en las relaciones con sus clientes.

Logicamente estos códigos de conducta intentan, entre otras aspectos, evitar la intervención judicial y transmitir al cliente consumidor una garantía de seguridad y una garantía de resolución, de forma que las posibles diferencias entre consumidor y empresa vendedora las solventa la empresa con rapidez y eficacia. En este sentido los códigos de conducta pueden ser considerados como un instrumento esencial de poderío y de predominio jurídico de la empresa.

Pero para transmitir esa seguridad al comprador o consumidor no basta la mención de su existencia en los contratos realizados. Es necesario comprender que su eficacia y valor de cumplimiento reside en el factor vinculante para la propia empresa que lo ha asumido o que lo ha incorporado como cláusula a la relación contractual.

En la medida en que posean fuerza coactiva podrán transmitir la garantía y seguridad que se proponen. Esto es posible en cuanto se contemple la idea de sanción en los propios códigos. Puede decirse que las empresas que forman parte de un sector, o las empresas que forman una asociación y que establecen un código de conducta, asumen necesariamente la obligación de cumplirlo y, por lo tanto, se obligan a ello y a aplicarlo debidamente.

A su vez, todo código de conducta tiene que contemplar un medio coercitivo en forma de sanción. Lo contrario sería considerarlo como una mera declaración de intenciones y no tendría eficacia ni fuerza vinculante de ninguna clase. Estas sanciones pueden ser:

- Amonestación, advertencia o publicidad de incumplimiento.
- Pérdida de los derechos, como suspensión o pérdida de la condición de socio, o expulsión.
- Imposición de sanciones de carácter pecuniario.

X. LA CONSIDERACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO NORMA DENTRO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Se podría dudar de la validez de este tipo de sanciones o de otras que se establecieran si se consideran los códigos de conducta como una mera declaración de intenciones, pero no se puede dudar si los consideramos como norma jurídica contemplada dentro de las fuentes del derecho. Lo que, además, comportaría aplicar todo aquel conjunto de sanciones que contempla la propia ley.

Esta consideración de norma en el marco de las fuentes del derecho se produce si consideramos a los códigos de conducta como costumbre.

1. Los Códigos de conducta como costumbre

En efecto, la ley contempla como fuentes del derecho a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La mención de la ley es indicativo del reconocimiento del poder legislativo estatal. Pero también si contemplamos la existencia de la costumbre diremos que constituye el reconocimiento del poder legislativo privado. De este modo el artículo 1.3. del Código civil explicita que «Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

En este sentido los códigos de conducta son costumbre, son un estilo, son usos normativos o legislativos. Son una forma de hacer que se crean en el marco de una comunidad de empresas, o en una asociación de éstas, o en un sector de actividad determinado. Y, en la medida en que los asumen, es obligatorio para todos sus miembros. Como no atenta a la libertad, ni a la moral ni al orden público, puede decirse que constituyen una norma originaria creada por un conjunto de personas o entidades y a la que se someten sus propios creadores de forma absolutamente voluntaria.

Para constituir y regular las relaciones y los problemas entre las personas puede establecerse por el Ordenamiento Jurídico unos mecanismos absolutamente impositivos, o bien permitir que sean los propios individuos quienes principalmente constituyan de forma voluntaria sus relaciones, con un cierto control y dentro de ciertos límites.

El mecanismo principal para llevar a cabo tal regulación de intereses lo constituye la declaración de voluntad dirigida a la obtención de un efecto que, en la medida en que es exteriorizado, es reconocido y se

le atribuyen determinados efectos jurídicos. Consiguientemente, la declaración en cuanto se exterioriza y está en consonancia con las determinaciones legales, da lugar al nacimiento de una norma.

2. La autonomía de la voluntad

No resulta contrario a ello, el principio de autonomía de la voluntad. Todo lo contrario. Destaca por su importancia, el reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico de un amplio margen de libertad o facultad de autorregulación a los particulares, para la ordenación de sus propios intereses. Este margen o principio de libertad que se especifica con la denominación de autonomía de la voluntad representa que la actividad desarrollada por ésta se convierta en una institución con un valor normativo específico puesto que comporta, una validez específica para las personas que, en un sentido se la identifica como fuente de derecho.

La autonomía de la voluntad se diversifica y realiza unas funciones específicas, a saber:

a) *Función creadora.* La autonomía es una facultad de que goza la persona para gobernar y ordenar sus propios intereses y dar cumplimiento a sus satisfacciones. Esta posibilidad de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas por medio del negocio jurídico determina y facilita el respeto y la propia proyección de la personalidad individual, que tiene su manifestación normativa en la perfección de los contratos por la coincidencia del consentimiento de las personas y que, les obliga al cumplimiento de lo que hubiesen pactado (art. 1.258 C.c.).

b) *Función reguladora.* La determinación específica de las reglas y del contenido propio, también puede ser objeto de concreción por la voluntad. Si antes veíamos su creación y consideración de norma general, ahora se contempla su nivel más específico. Una vez creada, se establecen pautas de conducta o unas reglas específicas o condiciones a cumplir por los individuos obligados. Esta comprende, tanto el ámbito de los negocios realizados en vida, al poderse establecer aquel conjunto de cláusulas o condiciones que las partes crean convenientes (art. 1.255 C.c.), como en los negocios mortis causa,

c) *Función normativa.* La consideración de esta función se especifica al identificarse con la noción de fuente de derecho. Sin embargo, esta catalogación siendo verdad, no resulta del todo exacta. Ésta considera-

ción se predica de la creación de una norma que tiene vigencia de carácter general y que se aplica a la colectividad en su conjunto. En este sentido, la autonomía de la voluntad no es fuente pero, en la medida en que constituye una regla de aplicación y cumplimiento específico para las personas intervinientes, puede ser considerada como norma con fuerza de ley, y así es contemplada por el Código al expresar que las «obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes» (art. 1.091 C.c.).

XI. LAS RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA CREADORA DE LA VOLUNTAD

Ahora bien, esta amplia consideración de la autonomía de la voluntad no tiene carácter ilimitado, puesto que la ley no reconoce efectos jurídicos a cualquier manifestación de la persona, ni permite una vez constituidas las instituciones por las partes, que éstas establezcan cualquier clase de pactos y condiciones. La ley reconoce la existencia de unos instrumentos o instituciones que regula con mayor o menor amplitud y permite que el individuo los utilice para sus propias relaciones. A su vez, al permitir su regulación específica, impide que se establezcan determinadas circunstancias que la misma ley considera que son contrarias a la moral o al orden público (art. 1.255 del C.c.), no admitiendo la realización de negocios que considera perjudiciales.

XII. LA CONSIDERACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO FUENTE DEL DERECHO

Como se observa, la configuración y proyección de la autonomía de la voluntad permite configurar los Códigos de conducta y considerarlos como costumbre. Son Fuentes del Derecho. Del breve análisis realizado no existe duda de que se puede calificar a éstos como costumbre. Estamos en presencia de modos habituales de proceder en los negocios con deseo de trascendencia jurídica, y fruto de la creación de un grupo social. No puede negarse a su creación, la voluntad de la asociación, sector o grupo de regular jurídicamente unas formas de actuar. No se trata de un mero deseo o de una fórmula interpretativa. Se trata de una regla que establece un determinado comportamiento para ser realizado. Y esto es lo importante, existe una regla que ordena ajustar el

modelo de conducta a una determinada y específica actuación. Y es el propio uso con su regulación el que se aplica y pasa a regular los efectos de la relación jurídica.

Y con la reforma del Título Preliminar del código civil producida en el año 1974, que estableció la redacción actualmente existente, no puede hablarse de limitación de un grupo para crear la norma o costumbre. No existe hoy en día base territorial alguna. Antes se hablaba de «costumbre del lugar», lo que determinada que solamente se podía crear costumbre en el ámbito de esa base territorial primaria. Hoy ya no existe un problema de base territorial. Ya no es el municipio el único grupo con posibilidades de producir costumbre. Hoy, cualquier comunidad o grupo, aunque no tenga base territorial municipal, está legitimado para crear costumbre.

Incluso se podría hablar de tres tipos de códigos de conducta. Unos, que son directamente ley. La Orden 361/2002, de 14 de febrero del Ministerio de la Presidencia que se refiere a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional establece en su artículo 26.2 que: «En el plazo de tres meses... la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional... procederá a la aprobación del Código de Conducta», y en el artículo 5 de la misma orden, se reconoce a la referida Comisión el «Control y seguimiento del cumplimiento» del mismo (Dicho Código de Conducta fue aprobado por Resolución de 30 de diciembre de 2002, BOE, número 24, de 28 de enero del 2003).

Otros que son llamados directamente por la ley. Y unos terceros que son producto de la creación directa de los propios grupos sociales. En los segundos, se puede decir que esos códigos de conducta o costumbre tiene rango de la ley, ya que ésta hace dejación de su espacio para regularlo y llama directamente para que la regulación existente de ellos ocupe su lugar. Los otros, que la ley no los llama directamente, ocupan su propio lugar como costumbre y se aplican directamente en defecto de ley existente.

En definitiva, los Códigos de Conducta son una potenciación del grupo de empresas reconociéndoles una fuerza jurídica para crear norma jurídica y que esta sea impuesta sin excepciones.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

CLAVERÍA, «La predisposición del contenido contractual», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1979. DE CASTRO, *Las condiciones*

generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Cuadernos Cívitas, 2ª ed., Madrid, 1985. DÍEZ-PICAZO, «La caracterización de la costumbre en el nuevo Título Preliminar del Código civil», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1977. RUBIO GIMENO, «Autorregulación y Marcas de Calidad: Códigos de Conducta en la Red» (<http://www.e-global/confianza>), diciembre 2002.