

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVI

■ Núm. 2141

■ Abril de 2012



ESTUDIO DOCTRINAL

**RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y AUTORREGULACIÓN.
LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LAS FUENTES DEL DERECHO**

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

www.mjusticia.es/bmj

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y AUTORREGULACIÓN. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LAS FUENTES DEL DERECHO* .

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela.

Resumen

La progresiva aparición en el ámbito empresarial de modalidades de regulación que no cuentan con el respaldo coactivo del Derecho de procedencia estatal, pone en cuestión los postulados del positivismo sobre el que se asienta el sistema de fuentes. Los códigos de conducta son un buen botón de muestra. Su concepto, fundamento y vinculatoriedad nos sitúan ante lo que algunos consideran un cambio de paradigma normativo.

Abstract

The gradual emergence in the business world of regulations that are not granted by state law, calls into question the grounds of positivism. Codes of conduct are a good example. Its concept, its rationalism and its binding nature, place us in front of what can be considered a change of paradigm.

Palabras clave

Responsabilidad social corporativa, autorregulación, códigos de conducta, fuentes del derecho, positivismo, derecho blando.

Key Words

Corporate social responsibility, self-regulation, codes of conduct, sources of law, positivism, soft-law.

* Fecha de recepción: 24 - 01 - 2012 Fecha de aceptación: 21 - 02- 2012

SUMARIO.

I. Los cambios en el sistema de fuentes. La autorregulación.

II. ¿Qué son los CDC, por qué se produce su proliferación y por qué se fomentan y se aplauden?.

Bibliografía.

I. LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA DE FUENTES. LA AUTORREGULACIÓN.

Resulta muy poco original señalar que en el momento actual estamos ante una crisis del modelo largamente asumido por los teóricos del Derecho como referente para la creación de las normas jurídicas. Voces mucho más autorizadas que la mía han puesto de relieve la crisis del “imperio de la ley”, lo cual está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho y muy particularmente en el sistema de fuentes de Derecho¹, aun cuando circunscribamos este término polisémico al que lo identifica con los métodos de producción jurídica, o como hace N. Bobbio, con los hechos y actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas².

Desde luego, además de la supremacía de la Constitución sobre la ley, con esta apelación a su crisis se quiere aludir a la circunstancia de que el poder creador de la norma ha dejado de identificarse con el poder legislativo, de suerte que, como ha señalado Laporta, el producto arquetípico del poder legislativo, la ley, ha llegado casi a perderse en una selva de normas jurídicas de una fuerza y un ámbito de validez equivalentes al de ella y que, sin embargo, no son producidas por ese órgano legislativo o por otro equiparable³. La cuestión es si no estamos en realidad ante algo más profundo que deriva no solo en la crisis del imperio de la ley, sino en un auténtica crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica que ha desembocado ya en el tránsito a un nuevo paradigma teórico, que podemos llamar postpositivista⁴ (o, según otros, neoconstitucionalista), por la importancia central que se da en este a los principios y valores presentes en la norma fundamental.

Los esquemas conceptuales básicos de este cambio de paradigma han sido descritos de modo sucinto y claro por Aguiló Regla⁵. Por su relación con el tema que ocupará la parte

¹ Del “ocaso de la era jacobina”, que conlleva el monopolio del Estado nacional para la creación de normas jurídicas, RODOTÁ, S, “Códigos de conducta: entre hard law y soft law”, en A. Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II. Congresos Internacionales “Códigos de conducta y mercado”*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 19.

² GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario al art. 1 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 46.

³ LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 158.

⁴ AGUILÓ REGLA, J., “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, (2007), pp. 665-675.

⁵ En su opinión son los siguientes: 1- Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas; 2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las reglaciones lógicas y las relaciones de justificación; 3. De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos; 4 Del modelo de la subsunción al modelo de la ponderación y de la ponderación; 5 Del modelo de la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas al modelo de continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas; 6. De los juicios formales e validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas; 7. De la distinción “casos regulados/casos no regulados” a la distinción “casos fáciles/casos difíciles”; 8 De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo; 9 De la distinción tanjante entre estática y dinámicas jurídicas a la concepción del Derecho como práctica. 10. De “enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos) a “enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades” (AGUILÓ REGLA, J., 2007, pp. 669- 675).

central de esta modesta contribución me interesa destacar aquí algunos de esos esquemas conceptuales. En primer lugar, aquel que supone el paso del modelo de las reglas al modelo de coexistencia entre reglas y principios; las reglas son normas generales y cerradas cuya aplicación se rige por el esquema de la subsunción y no exige (más bien excluye) cualquier forma de valoración, mientras que los principios, encargados además de dotar de sentido a las reglas, son normas mucho más abiertas, generales y abstractas, que no suministran razones concluyentes para la decisión y cuya aplicación se resiste a amoldarse a los cánones de la subsunción y se describe mejor mediante términos como la “ponderación”⁶. En segundo lugar, cabe destacar que en el paradigma positivista las normas mantienen relaciones propias de la Lógica Formal, como las derivadas de la deductibilidad⁷ o la jerarquía, de suerte que una regla que no se encaje en este tipo de relación queda excluida del sistema; por el contrario, en el paradigma postpositivista, además de la noción lógica de consistencia normativa, se recurre a la idea de coherencia valorativa, de suerte que dos normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y propósito práctico. En tercer lugar conviene apuntar que mientras para el esquema positivista las operaciones de “crear normas” y “aplicar normas” son conceptualmente opuestas, siendo la primera una cuestión básicamente política y la segunda una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica, en el postpositivismo no hay una separación tan tajante entre el razonamiento político y el jurídico, de modo que, como dice Aguiló, el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza. Finalmente, por lo que ahora interesa, el cuarto y último esquema conceptual al que me referiré tiene que ver con los juicios de validez de la normas y con la propia noción de juridicidad; en el paradigma positivista todo el Derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal: la autoridad (que dicta la norma y ha de estar habilitada para ello a través de la respectiva norma de competencia habilitante⁸), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez⁹ y, en definitiva, de juridicidad. Por el contrario, para el postpositivismo en el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes, pues hay normas cuya validez no descansa en criterios formales, sino materiales. Sobre esta última cuestión tendremos ocasión de volver.

Haya o no cambio de paradigma lo que es evidente es que, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho hace ya tiempo que se ha sobrepasado el modelo de la ley como fuente suprema y tendencialmente única propia del esquema positivista puro¹⁰, a un sistema de pluralidad de fuentes de origen y características muy diverso. Esta pluralidad no es, en sí misma, novedosa. Lo son, no obstante, algunos de sus rasgos, pues ahora este nuevo modelo plural traspasa fronteras que hasta hace poco tiempo parecían infranqueables, hasta producirse, acudiendo al término utilizado en su día por Pérez Luño, un verdadero “desbordamiento de las fuentes del Derecho”¹¹.

⁶ LAPORTA, 2007, p. 124.

⁷ AGUILÓ REGLA, 2007, p. 670, “Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas”.

⁸ Sobre el concepto de normas de competencia, llamadas también normas que confieren poderes o normas secundarias, cuya característica más esencial es que se trata de reglas cuyo objetivo no es regular una conducta humana cualquiera, sino precisamente la conducta o actividad humana de crear, interpretar o derogar normas jurídicas, vid, en nuestra doctrina, recogiendo la de los más conspicuos teóricos comparados, LAPORTA, 2007, p. 94; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “El concepto de validez de los actos jurídicos en el Derecho Privado (Notas de teoría y dogmática), *ADC*, 2005, pp. 9-74, espec., p. 12 ss.

⁹ AGUILÓ REGLA, 2007, p. 672.

¹⁰ También como norma abstracta y general; cada vez más la ley es fragmentada, casuística, cambiante GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999, p. 51.

¹¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

El nuevo modelo va más allá del legislador único que daba el protagonismo hegemónico y prácticamente monopolístico al Estado nacional en la creación del Derecho: hoy en día, el poder legislativo es un poder descentralizado con distintos centros de producción; el legislador ha pasado a ser un conjunto de legisladores de características y origen diverso (estatal, autonómico, europeo o internacional) cuyas relaciones obedecen a principios de distinta naturaleza que no siempre son fáciles de coherencia (competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, etc.).

Va también más allá del reconocimiento de otras fuentes, que vendrían a añadirse a la ley a modo de complemento. Por mucho que desde un punto de vista teórico, el positivismo entrañe una concepción formalmente monista y vertical del sistema de fuentes¹², el monopolio de la ley nunca ha sido absoluto. Al fin y al cabo la costumbre y los principios generales del Derecho aparecen ya en el elenco de fuentes en el art. 1 CC y ya lo hacían en 1889 (art. 6). Incluso la jurisprudencia, claramente creadora de normas jurídicas en los sistemas del *common law*, ha pasado a tener un papel progresivamente creciente en el régimen de las fuentes del Derecho, también en los sistemas continentales como el español. La desdibujada línea de separación que actualmente marca los confines entre la creación y la aplicación de la norma, a la que ya se ha aludido precedentemente, lleva a parte importante de la literatura jurídica a considerar, por lo que al ordenamiento jurídico español se refiere, que la aparición de la CE ha supuesto también en este punto la necesidad de adoptar nuevas pautas argumentativas que vayan más allá del ambiguo concepto de “complemento del ordenamiento jurídico” que a la jurisprudencia le atribuye el art. 1.6 del CC, por más que el resultado no sea unívoco. Como ya he tenido ocasión de explicar en otro lugar, según un sector doctrinal esas nuevas pautas siguen derivando en que las sentencias de los tribunales no son en caso alguno entes creadores de normas jurídicas (generales), mientras que, por el contrario, para otros referentes doctrinales más cercanos a las teorías realistas del Derecho, tanto la CE como algunas leyes que desarrollan ciertas previsiones constitucionales aportan claros indicios de que el precedente judicial, sin aditamentos clásicos como la reiteración o la procedencia del recurso de casación) permite extraer normas jurídicas de alcance general¹³.

Finalmente, el nuevo modelo va también más allá del quasimonopolio del poder político (legislativo, ejecutivo o incluso, como hemos dicho, judicial) para la creación de las normas, pasando a una situación de pluralismo en la que, entre otras cosas, se incrementan severamente las posibilidades de autorregulación¹⁴. Aunque no es fácil dar un concepto unitario de autorregulación, por los múltiples matices que ésta puede tener, en su sentido más genuino podemos definirla como la regulación surgida de las organizaciones o asociaciones de un sector de la sociedad, quienes no sólo la crean las normas, sino que hacen un seguimiento de su cumplimiento y establecen también normas para asegurar éste entre sus propios miembros¹⁵. Desde el punto de vista teórico se distinguen tres subcategorías de autorregulación: autorregulación pura o libre, autorregulación sustitutiva o alternativa y autorregulación condicionada¹⁶. En la primera la iniciativa corresponde exclusivamente a

¹² PÉREZ LUÑO, 1993, p. 52.

¹³ GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo, 2002, pp. 111 ss; GARCÍA RUBIO, 2010, p. 50; FERRERES V/XIOL J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, passim.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, 1993, p. 84 “El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una “explosión” del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción).

¹⁵ EIJLANDER, PH, “Possibilities and constraints in the use of self-regulation and co-regulation in legislative policy: Experiences in the Netherlands- Lessons to be learned for the UE?”, *EJCL*, vol. 9, 2005, disponible en <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>. Este mismo autor añade que son tres las características esenciales de la autorregulación: se refiere a la ordenación de la conducta de un cierto grupo de la sociedad; consiste en una serie de normas que han sido establecidas para y con el grupo; estas normas son exigibles a los miembros del grupo.

¹⁶ Siguiendo a EIJLANDER, 2005.

los sujetos privados, sin intervención de la autoridad pública, que sin embargo acepta estas normas en tanto no contradigan otras de alcance más general e imperativo. En la regulación de tipo sustitutivo la iniciativa corresponde a los sujetos privados, pero la autoridad pública supervisa el proceso a fin de salvaguardar el interés público que puede estar en juego¹⁷. La llamada autorregulación condicionada supone la intervención conjunta de los sujetos privados y de la autoridad pública en los que esta puede diseñar el marco normativo general permitiendo a los actores privados del sector concretar e interpretar esas reglas generales, con lo que en realidad supone una situación de corregulación. Esta diferencia entre corregulación y autorregulación se plasma claramente en el Acuerdo Interinstitucional “Legislar Mejor”, del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión 2003/C 321/01¹⁸, donde se describe la primera como “el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)”. Por su parte “se entiende por autorregulación la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo (en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales)”. Haya o no habilitación legal *ad hoc* lo cierto es que ambas suponen el reconocimiento de un mayor poder normativo a la sociedad civil.

Es cierto que los sujetos privados siempre han creado normas autovinculantes, básicamente a través del contrato (también, con otro alcance, del testamento que vincula a quienes sobreviven a su autor). El contrato es la norma privada por excelencia (vid. art. 1258 CC). La relativa novedad del momento presente a la que quiero aludir es a la capacidad de crear reglas entre privados (eficacia preceptiva del contrato) pero que van más allá de las partes de un contrato¹⁹. Reglas que suponen la superación del principio tradicional de relatividad de los contratos, y de sus estrechas excepciones, pues incluso cuando se establecen en el seno de una relación bilateral (cosa que no siempre ocurre, como veremos) vinculan no solo a los sujetos o a la empresa o empresas que las crean o que se adhieren a ellas, sino también a sus empleados, o al conjunto de usuarios de un servicio o potenciales adquirentes de un bien, todos los cuales pueden adquirir derechos y obligaciones derivados de aquellas reglas²⁰. Se trata pues de normas que tienen un alcance más general que las creadas tradicionalmente en el ámbito privado, que alcanzan la esfera jurídica de sujetos que no han dado un genuino consentimiento contractual y que actúan a modo de verdaderas “normas de confianza”²¹, las cuales, como veremos, además reciben reconocimiento y, en distinta medida, sanción pública.

Aunque existan supuestos de este tipo que ya cuentan con importante tradición, sobre todo en las relaciones internacionales, entre ese nuevo modelo de normas privadas autorreguladoras

¹⁷ Situación que se da en nuestro país en todos aquellos casos en los que la existencia de CDC aparece ligada a la existencia de administraciones independientes que ejercen competencias de supervisión en un concreto sector del mercado, como el bancario, los mercados de valores o la libre competencia, como pone de relieve PALÁ LAGUNA R., “Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de normas jurídicas”, pp. 1-22, accesible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=810>

¹⁸ DOCE, 31.12.2003. El contenido del acuerdo en este punto parece claramente inspirado en la experiencia de algunos Estados de la Unión, como es el caso de los Países Bajos, donde ya a comienzos de los noventa se elaboró un texto planificando la política y la técnica legislativas, que también aludía a la “*legally structured and conditioned self-regulation*” como un mecanismo para mejorar la legislación (EIJLANDER, 2005).

¹⁹ Sobre los efectos del contrato entre las partes y el principio general de falta de eficacia respecto de terceros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, pp. 521 ss.

²⁰ ILLESCAS, R., “La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 291-306, espec., p. 304.

²¹ En el sentido que a esta expresión da LAPORTA, 2007, p. 54: estas normas crean una estructura de cooperación que proporciona ganancias a los partícipes, haciendo posible una conjunción de fuerzas.

destacan los llamados códigos de buen gobierno, códigos de buenas prácticas, códigos de conducta, o términos similares, que en muchos casos se hallan estrechamente relacionados con el gobierno corporativo y la responsabilidad social empresarial²², y que están adquiriendo un reconocimiento creciente en los modernos sistemas jurídicos. Sobre su función normativa, escasamente aclarada en nuestra doctrina, trato de reflexionar en esta sede²³.

II. ¿QUÉ SON LOS CDC, POR QUÉ SE PRODUCE SU PROLIFERACIÓN Y POR QUÉ SE FOMENTAN Y SE APLAUDEN?

Aunque como todo el denominado *soft law*, los CDC tienen un origen más o menos remoto en el ámbito de las normas internacionales procedentes tanto de Estados como de entidades transnacionales²⁴, en nuestra experiencia más directa los CDC comenzaron siendo “alegales” y propios de sectores concretos como la publicidad o el mundo de las telecomunicaciones, para pasar a ser en algunos casos verdaderos precursores de normas legales imperativas²⁵. Hoy, con diferentes denominaciones, los CDC están reconocidos, casi de manera ubicua, por el legislador; así, por ejemplo, aparecen profusamente mencionados en la Ley General de Comunicación Audiovisual 2010 (arts. 9. 12 y 58), pero también en otras como el art. 78 LMV, el art. 32 LOPD, en el art. 18 LSSI, arts. 37 ss LCD, art. 48 LOIMH, o en el Anteproyecto Ley de Igualdad de Trato (art. 22, art. 37 g). Con frecuencia estos códigos aparecen ligados a la existencia de administraciones independientes que ejercen competencias de supervisión en el mercado²⁶, aunque también es posible su existencia al margen de estos órganos administrativos de control.

En el origen de la “huida” a este tipo de normas autorreguladoras están, a juicio de Rodotá, dos fenómenos sociales de gran importancia y claramente relacionados entre sí: la globalización y la innovación científica y tecnológica²⁷. Al mundo globalizado le quedan estrechos los trajes del Derecho nacional, e incluso del Derecho internacional considerado *hard law*²⁸, no sólo por su limitado alcance territorial, sino también por su rigidez. La lentitud del proceso legislativo

²² Hasta el punto de afirmarse que el CDC es una de las posibles expresiones de la responsabilidad social empresarial (MANGARELLI, C. *Códigos de conducta en el marco de la Responsabilidad Social de la Empresa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 11 y p. 23).

²³ Para GOÑI SEIN, J., Prólogo al libro *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, La ley, 2011, p. 24, los CDC, en sus múltiples manifestaciones, desarrollan una función normativa, si bien no como reglas jurídicas sino como reglas dotadas de fuerza persuasiva. Luego este mismo autor añade que estos códigos vienen a formar parte de una especie de ordenamiento jurídico propio, que con una técnica de regulación informal, asistemática y variable, tratan de remodelar a su modo el ordenamiento de las relaciones comerciales y laborales.

²⁴ Vid., al respecto las interesantes contribuciones incluidas en *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, SHELTON, D. (Ed.), Oxford University Press, 2000.

²⁵ ILLESCAS, 2003, p. 295, cita el caso de las sociedades anónimas cotizadas, en cuyo seno se publicó en 1988 el “código de buen gobierno” o “código Olivencia”, que progresivamente fue incorporado a diversas leyes, con el fin de reforzar la transparencia de este tipo de sociedades. Sobre el desarrollo posterior del gobierno corporativo en este ámbito en nuestro Derecho, PERDICES HUETOS A., “El gobierno corporativo en España”, *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Madrid, La ley, 2011, pp. 31-58, espec., pp. 42 ss.

²⁶ Esta es en España la regla general según PALÁ LAGUNA R, “Soft law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas”, Borrador del trabajo para el Seminario Permanente sobre validez, invalidez y eficacia de la Universidad de Zaragoza, Mayo, 2010. Disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=810>.

²⁷ Hace ya casi dos décadas PÉREZ LUÑO, 1993, p. 79 ponía en relación la existencia de estos códigos (“códigos tipo” en la denominación del autor) con la complejidad de la vida de las sociedades tecnológicamente desarrolladas, que imponen el reconocimiento de regulaciones jurídicas dotadas de un alto grado de especialización.

²⁸ Como se ha dicho, es precisamente en ese ámbito del Derecho internacional donde se produjo el nacimiento y la expansión del soft law, por las razones que resume de forma precisa SHELTON, D, “Introduction” a la obra citada *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, 2000, pp. 12-13.

se compadece mal con la velocidad de los cambios y los requerimientos sociales; con mayor razón aún, se muestra inadecuado el proceso clásico de creación de normas internacionales (tratados, por ejemplo). Incluso en un mundo de “leyes desbocadas”²⁹, donde se han llegado a modificar normas legales que ni siquiera habían entrado en vigor, el cambio social es mucho más acelerado que el cambio legislativo³⁰.

Respecto a la innovación tecnológica, Internet es paradigma de la insuficiencia del Derecho clásico; la dimensión fundamentalmente estatal de los ordenamientos jurídicos se compadece mal con el carácter mundial de la red (a-territorialidad), además de que las nuevas realidades que de ella derivan no se asimilan muchas veces a las que han sido tomadas en cuenta por el legislador. Incluso para algunos (“*cyberians*” o “*regulatory skeptics*”), no se debe regular en modo alguno el ciberespacio porque carece de ubicación geográfica y cualquier regulación, por ejemplo en un Estado, producirá efectos negativos en otro u otros y en los destinatarios de la norma. No obstante, la libertad en la red no se ve tanto como ausencia de reglas, sino autonomía en la creación de unas reglas que pasan a ser condición de aceptación social de determinados comportamientos. En la *web* se encuentran así entrelazados códigos cuya violación puede determinar, por ejemplo, la exclusión de un sujeto de un grupo de discusión.

Por las razones antedichas y otras relacionadas (innovación, complejidad de las relaciones sociales y económicas, mutabilidad de las relaciones sociales y aceleración del cambio social) aparece un nuevo fenómeno de creación de normas jurídicas. Frente al *hard law* tradicional emerge un *soft law* más dinámico y flexible, que responde con mayor rapidez, capacidad de adaptación y elasticidad a las progresivamente cambiantes necesidades sociales³¹. Este *soft law* se ha caracterizado así: nace con frecuencia a partir de actores no estatales, es decir, emana de agencias que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional, suele contener términos vagos e imprecisos, está articulado de forma no vinculante y se basa en la adhesión voluntaria o en medios no jurídicos de reforzamiento³². No obstante, como ha señalado la mejor doctrina y tendremos también ocasión de comprobar al hilo de estas reflexiones, lo cierto es que no puede hacerse una división tajante entre el *hard law* y el *soft law*, ya que más que de una verdadera dicotomía, se trata de un *continuum* que se produce de manera gradual³³.

Es cierto que el Derecho tradicional de la cultura jurídica europea continental, que descansa sobre la ley como epítome de la norma jurídica por la legitimidad de su origen y el carácter general y abstracto de su estructura normativa, ha tenido sus “vías de servicio” destinadas a paliar las consecuencias de la rigidez que le es propia. Entre estas vías quiero destacar las cláusulas generales (la buena fe, el abuso del derecho, el fraude de ley, por ejemplo) que son

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1999, pp. 45 ss.

³⁰ Aunque ya tengan algunos años, son muy significativas en este punto las palabras de PÉREZ LUÑO, 1993, pp. 75-76: “La transformación y la mudanza parecen haberse convertido en dos fenómenos distintivos de nuestra época. Su amplitud y profundidad se han dejado sentir en casi todas las esferas de la vida y, por descontado, en la vida del Derecho... Esta marea transformadora ha alcanzado incluso a aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación, como el de las fuentes del Derecho. Un jurista decimonónico transportado en el tunel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado”.

³¹ Para ILLESCAS, 2003, p. 301, en la actualidad se hace autorregulación para, precisamente, evitar hacer regulación: las dificultades de ésta y los errores en los que puede incidir dado el específico entorno variante en el que la norma ha de aplicarse hace mucho más aconsejable, en su opinión, delegar facultades por el legislador en los propios operadores; no obstante el mismo autor reconoce que la claridad de este proceso no puede, sin embargo, hacer olvidar que el resultado es incompleto mientras no se establezca la causa inmediata de obligar de la norma autorregulada.

³² LAPORTA, 2007, p. 262.

³³ KIRTON J.J./ TREBILCOCK M.J., *Hard Choices. Soft Law*, Ashgate, 2004, p. 9. Hace también referencia al fenómeno, de manera más descriptiva RODOTÁ, 2010, pp. 21-22.

normas abiertas³⁴ y por tanto imperfectas desde una visión estrictamente positivista³⁵, pero que son sin embargo muy bien vistas por los neoconstitucionalistas. También han actuado como válvulas de escape a la rigidez del sistema clásico los principios generales del derecho (desde luego muy caros al postpositivismo o neoconstitucionalismo), que en los tiempos recientes se usan profusamente, precisamente por las marcadas insuficiencias de la regla rígida tradicional para acomodarse a las cambiantes necesidades sociales y cuya aplicación se produce, como ya se ha dicho más arriba, en términos de ponderación y no, como en la regla jurídica tradicional, de subsunción. Por ejemplo, frente a la ausencia de regla sobre las consecuencias patrimoniales de la ruptura de una parejas de hecho se aplican principios como la igualdad o el libre desarrollo de la personalidad o algunos más concretos y técnicos, como el que prohíbe enriquecerse a costa de otro; frente a una regla prohibitiva de la maternidad subrogada se aplica una regla implícita creada a partir del principio del interés superior del menor, que ordena inscribir como hijo al niño nacido por estas técnicas. Ello plantea problemas de seguridad jurídica en los que no voy a entrar aquí. Sólo mencionaré ahora que incluso estos recursos a las cláusulas generales o a los principios resultan insuficientes en el complejo mundo actual.

En los últimos años el llamado *soft law* parece la nueva panacea³⁶. Dentro de las nuevas técnicas de *soft law*, sobresalen los códigos que, como ya he dicho, atendiendo a perspectivas parcialmente diversas pero sin duda complementarias, admiten denominaciones diversas (de conducta, de buenas prácticas, de buen gobierno éticos, deontológicos). Aunque en su configuración más moderna proceden del mundo anglosajón³⁷, tienen notable similitud con modelos que ya eran conocidos en el ámbito de diversas disciplinas profesionales (médicos, abogados, etc)³⁸ pero que ahora extienden notablemente su campo de actuación y están adquiriendo un gran protagonismo en el marco de nuevas realidades, como el gobierno corporativo y la RSE, formando parte de su entramado y de las llamadas pautas de la gobernanza³⁹.

Muchos son los argumentos barajados a favor de su existencia y utilidad. Se dice que son instrumentos de regulación rápidos, cuyo proceso de elaboración es más sencillo y menos burocrático que el de las normas jurídicas internas e internacionales, evitan la burocratización, son flexibles, dan entrada a la sociedad civil, estimulan la coordinación entre legislaciones, invitan a intentar relaciones de cooperación difíciles de obtener por las vías más tradicionales,

³⁴ Según MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", *La vinculación del juez a la ley*, UAM-BOE, Madrid, 1997, pp. 297-326, estas cláusulas se definen por contener elementos del supuesto de hecho normativo de gran extensión y escasa intensidad, por tanto serían conceptos con escaso número de características y con gran alcance respecto de los objetos afectados.

³⁵ Según AGUILÓ REGLA, 2007, p. 669, desde el paradigma positivista las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser resultado bien de una deficiente técnica legislativa, bien de una pura delegación del poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación de las normas (básicamente los jueces y los órganos administrativos)

³⁶ La conexión de la legislación de principios y los CDC como instrumentos que se aúnan para alcanzar la finalidad de conseguir una disciplina homeostática respecto al cambio social, económico y tecnológico, es puesta de manifiesto por RODOTÁ, 2010, p. 23.

³⁷ Señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *Democracia, jueces y control de la administración*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009, p. 103, nota 105, que el sistema de códigos de conducta expresa una concepción de autorregulación y proviene de la propia experiencia anglosajona que ve grandes ventajas en la disciplina impuesta y vigilada por los propios interesados, más que en la abstracta, y sólo excepcionalmente fiscalizable por los Tribunales, impuesta por la legislación.

³⁸ La STC 219/1989, de 21 de diciembre (RTC\1989\219), estimó constitucional que este tipo de códigos deontológicos pudieran tipificar conductas sancionables.

³⁹ Comenzaron a introducirse en las compañías norteamericanas a comienzos de los noventa y su práctica se extendió por Europa en la mitad de la misma década, según señala JENKINS, R, *Corporate Codes of Conduct. Self-Regulation in a Global Economy*, 2001, p. iii, p. 5, accesible en Internet ([www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/0/.../\\$FILE/jenkins.pdf](http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/0/.../$FILE/jenkins.pdf))

y otros de similar naturaleza⁴⁰. Pero conviene que tratemos ya de acotar, aunque solo sea provisionalmente, su concepto.

Tratar de responder a la pregunta sobre qué son los CDC supone sin duda abrir la Caja de Pandora. Real Pérez ha puesto de relieve que el término ha sido utilizado en diversos sentidos, no sólo jurídicos, y que incluso desde este último punto de vista se utiliza también de formas diversas⁴¹. Maluquer los define como 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 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 asociación⁴². Se trata probablemente de una definición insuficiente y sobreincluyente, aunque puede servirnos como punto de partida para intentar encontrar unos rasgos comunes de una figura que claramente cuenta con modelos muy heterogéneos. Una vez trazados esos rasgos trataré de situarlos, si ello es posible, en el sistema de fuentes del Derecho.

Para la mayor parte de los autores que se han acercado a su estudio, sólo son verdaderos CDC los que sean de formación o adhesión voluntaria, de modo que por ejemplo, no puede hablarse de autorregulación si viene impuesta por la ley⁴³, aunque sí se considera que la voluntariedad existe incluso cuando los CDC hayan surgido como consecuencia de la presión ejercida por sindicatos, ONGS, consumidores, etc. De esta suerte, a diferencia de la norma jurídica *stricto sensu* que exige actuar de conformidad con ella, la conformidad con los CDC está siempre condicionada y no proviene de su propia naturaleza normativa sino de la presencia de factores y causas contingentes, como la presión social o la fortaleza de la sociedad civil⁴⁴.

Ya he dicho que este tipo de códigos son muy diversos entre sí; esta diversidad es notable en lo que atañe a su proceso de elaboración. Algunos son espontáneos y nacen de manera unilateral (técnica del *botton-up*), y otros son elaborados por comités de expertos, organizaciones no gubernamentales o grandes corporaciones e impuestos por empresas o autoridades a sus empleados o subordinados (*top/down*)⁴⁵. En el primer caso gozan de una especie de "legitimidad democrática", en el segundo de la *auctoritas* que implica su elaboración pretendidamente independiente y experta⁴⁶. De seguir estrictamente el criterio de la voluntariedad mencionado en el párrafo anterior, dejarían de ser verdaderos CDC aquellos que se forman a través de un proceso de negociación y se incorporan a convenios o contratos

⁴⁰ Como señala LAPORTA, 2007, p. 263, no son razones estrictamente jurídicas, pero tienen fuerza.

⁴¹ REAL PÉREZ, A., "Introducción", *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales de Códigos de Conducta y Mercado*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 12-13. Señala la autora citada que unas veces se habla de CDC para referirse a reglas diversas que rigen comportamientos de personas sin vincular jurídicamente. Otras veces para mencionar reglas que ya están contenidas en normas jurídicas, añadiendo que entonces tienen la naturaleza de éstas, son de obligado cumplimiento y surten los efectos de las normas jurídicas. En otras ocasiones los códigos de buenas prácticas son homologados por los poderes públicos, quienes conceden estímulos a quienes los cumplen, aún sin sancionar a los que no los suscriben. Por último, añade, al hablar de CDC nos podemos referir a reglas de comportamiento no exigidas por la ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes dan publicidad a su compromiso de actuar conforme a esas reglas, de tal modo que suscitan en los terceros la confianza de que actuarán de acuerdo a las reglas que hacen públicas, siendo esta última acepción la que plantea a juicio de la autora las cuestiones jurídicas más trascendentes.

⁴² MALUQUER DE MOTES, C, "Los códigos de conducta como fuente del Derecho", *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 361-376, espec., p. 362.

⁴³ GOÑI SEIN, p. 588, quien pone como ejemplo la Orden 361/2002, servicios de tarificación adicional. Veremos que los ejemplos pueden multiplicarse.

⁴⁴ LAPORTA, 2007, p. 263.

⁴⁵ RODOTÁ, 2010, p. 25.

⁴⁶ JENKINS, 2001, p. iv y p. 20, distingue cinco tipos principales de CDC en función de su modo de elaboración: *company codes*, *trade association codes*, *multi-stakeholder codes*, *model codes* e *inter-governmental codes*.

entre particulares, incluyendo convenios colectivos o acuerdos transnacionales, supuestos en los que pasan a tener la vinculatoriedad propia del contrato en cuestión⁴⁷.

Desde el punto de vista formal poco se puede concretar, más allá de que suelen plasmarse por escrito y que tienen una apariencia externa similar a la de las normas jurídicas, conjugando reglas mayoritariamente abiertas con principios generales. La antedicha variedad en su proceso de elaboración deriva también en una notable desformalización de los mismos⁴⁸.

En el caso de los elaborados en el marco de la RSE, en los que he fijado mayoritariamente mi atención, su ámbito de aplicación territorial coincide con el de la empresa que los utiliza, la cual es muchas veces una empresa multinacional; ello supone la “desterritorialización” de este tipo de reglas que se sitúan al margen del clásico Derecho nacional e internacional⁴⁹.

Cuando se insertan en el marco de la RSE sus destinatarios suelen ser los propios empleados y directivos de la empresa, aunque también lo *stakeholders*, como los fabricantes, proveedores o clientes, pueden quedar afectados por ellos⁵⁰. Pueden producir en consecuencia y con distinta intensidad tanto efectos *ad intra*⁵¹ como *ad extra*⁵² de la respectiva empresa.

Su contenido puede ser muy variado, aunque en el caso de los situados en el marco de la RSE mayoritariamente se concentran en dos áreas principales: las condiciones sociales y los temas medioambientales⁵³. Con frecuencia insertan reglas o principios que ya están en el ordenamiento jurídico de muchos Estados u Organizaciones Internacionales. Así sucede, por ejemplo, en materia laboral, ámbito donde los CDC están especialmente desarrollados⁵⁴ e incluyen principios como el de no discriminación, igualdad de trato, prohibición de acoso, prohibición del trabajo forzoso, etc., que forman parte de los textos internacionales y constitucionales de todos los sistemas jurídicos modernos⁵⁵. Sin embargo, en otras ocasiones parece que tratan de reforzar o incrementar deberes éticos que van más allá de los mínimos legales, como el aprovechamiento del trabajo, el respeto a la información confidencial, la buena imagen de la empresa, la no aceptación de prácticas de nepotismo o corrupción, los

⁴⁷ Así MANGARELLI, 2009, p. 47, p. 89; GOÑI SEIN, 2011, p. 591.

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, 1993, p. 90, señala que la desformalización es una de las exigencias que hoy se reclama a los sistemas normativos por quienes abogan por la mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de solución de los conflictos sociales.

⁴⁹ GOÑI SEIN, 2011, p. 21.

⁵⁰ Recoge la distinción entre los códigos de empresa dirigidos a los trabajadores y los dirigidos a contratistas y proveedores, enumerando sus contenidos más frecuentes, MANGARELLI, 2009, pp. 35 ss.

⁵¹ Son los más estudiados, sobre todo desde el punto de vista laboral, conformando lo que GOÑI SEIN, 2011, p. 593, denomina “ética en la empresa”. Este mismo autor, pp. 595 ss. Señala que en esta dimensión interna se pueden dividir en dos ámbitos: un grupo de cláusulas dirigidas a fomentar la transparencia y proteger los derechos de información y participación de los accionistas y otro grupo dirigido específicamente a la organización del mercado de trabajo interno de la empresa. Un ejemplo paradigmático es el Código de Conducta Interno del grupo Inditex, accesible en http://www.inditex.es/es/responsabilidad_corporativa/social/codigo_conducta# (fecha de consulta, 19 de julio 2011). También recoge la dimensión interna y externa de los CDC en el marco de la responsabilidad social empresarial, MANGARELLI, 2009, p. 16.

⁵² Para GOÑI SEIN, 2011, p. 593, en este caso tienden a implantar una “ética de la empresa”. Son habituales en empresas multinacionales que tratan de evitar las repercusiones negativas que los comportamientos injustos, no éticos o inadecuados de sus empresas auxiliares o proveedores puedan tener sobre su imagen corporativa. Se puede ver un ejemplo en el CDC de fabricantes y talleres externos de Inditex, accesible en el sitio web precitado.

⁵³ Señala JENKINS, 2001, p. iv y p. 19, que los CDC relativos a condiciones laborales se suelen concentrar en empresas del sector textil, del calzado, material deportivo, juguetes y ventas al por menor, mientras que los que se centran en temas medioambientales son frecuentemente propios de empresas químicas, de explotación forestal y mineras.

⁵⁴ Formando parte, como ya se ha dicho, del entramado de la responsabilidad social empresarial. De hecho buena parte de los esfuerzos realizados por la doctrina española en materia de CDC se centran en el campo del derecho del trabajo.

⁵⁵ Caso de Inditex y su adhesión al Ethical Trading Initiative en 2005.

conflictos de intereses, etc.⁵⁶; para algunos en estos casos los CDC suponen un considerable ensanchamiento o agravamiento de los deberes de los trabajadores⁵⁷. Se afirma también que el contenido de los CDC adoptados en el marco de la RSE ha evolucionado, pues si en momentos anteriores constituían meras declaraciones en las que las empresas admitían valores que inspiraban su comportamiento, posteriormente contienen compromisos concretos o incluso deberes que las empresas asumen respecto de sus trabajadores⁵⁸ (y respecto de terceros). Incluso cuando se limitan a recordar normas legales o a invocar su cumplimiento, se dice que tienen utilidad porque permiten adaptar los diversos preceptos de la ley a las características de cada sector; sea o no así, lo cierto es que en este tipo de caso los CDC no suponen una regulación alternativa a la del ordenamiento jurídico, cuyos mínimos no pueden obviar, sino más bien un *continuum* con él que, de alguna manera, quiere reforzarlo⁵⁹.

A pesar de la variedad de su origen y contenido, la mayor parte de los CDC suelen tener algunas notas en común, como el de prever medios de resolución extrajudicial de conflictos en caso de incumplimiento del código o establecer las consecuencias de su incumplimiento, así como el procedimiento para hacerlas valer⁶⁰. Si siguieran el esquema positivista de la norma deberían establecer también las sanciones típicas, pero no siempre (o tal vez casi nunca) lo hacen⁶¹. Incluso hay quien considera que en ocasiones este poder sancionador incluido en algunos CDC puede colisionar con normas del ordenamiento jurídico⁶².

Pero como ya he anticipado, la pregunta central que debemos hacernos es si cuando hablamos de CDC estamos ante verdaderas normas jurídicas y, en su caso, qué naturaleza tienen o dónde está su fuerza vinculante. En otras palabras, cuál es su lugar en el sistema de fuentes del Derecho.

Aunque el tema no se halla aún lo suficientemente desarrollado, existen ya una panoplia de opiniones al respecto. Si bien no se han descartado totalmente las concepciones que estiman que los CDC establecidos por las empresas son simples declaraciones de intenciones, sin posibilidad de sanción ni mecanismos coactivos para asegurar su cumplimiento⁶³, abundan quienes piensan que nos encontramos ante algo más.

No obstante para algunos no son normas jurídicas y no tienen valor jurídicamente vinculante⁶⁴. De seguir esta opinión estaríamos ante una especie de ordenamiento no jurídico y autónomo. Pero lo cierto es que la autonomía no puede ser tal, al menos en la medida en que las normas contenidas en los CDC no pueden ser contrarias al ordenamiento jurídico; incluso entre quienes mantienen esta postura se dice que la autorregulación tiene como límite el respeto

⁵⁶ Cf., el CDC de Acciona www.acciona.com/media/151163/codigo_conducta_espanol.pdf

⁵⁷ GOÑI SEIN, 2011, p. 597.

⁵⁸ MANGARELLI, 2009, p. 31.

⁵⁹ JENKINS, 2001, pp. 29-30, después de poner de relieve alguno de las limitaciones, beneficios y también peligros que pueden esconder los CDC señala que sería un error ver este tipo de códigos como un sustituto de las normas jurídicas gubernamentales; más bien han de verse como complementarios y dejar espacio para las organizaciones de trabajadores.

⁶⁰ Por ejemplo, en el ya citado CDC del grupo Acciona se incluye un Reglamento de Procedimiento sobre el CDC destinado a establecer las pautas que deben llevar a cabo los empleados y Acciona.

⁶¹ Cf. por ejemplo, los CDC de Acciona o Iberdrola. En este sentido, no se compadece con la realidad que todo código de conducta tiene que contemplar un método coercitivo en forma de sanción, pues de lo contrario sería considerado una mera declaración de intenciones, como sin embargo considera MALUQUER DE MOTES, 2003, p. 371.

⁶² SIERRA HERNÁIZ, E., "Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas", *Ética empresarial y códigos de conducta*, J.L. Goñi Sein (Dir.), Madrid, La Ley, 2011, pp. 222-261, espec. P. 244.

⁶³ Vid., los ejemplos y opiniones aportados por MANGARELLI, 2009, pp. 73 ss.

⁶⁴ GOÑI SEIN, 2011, p. 24, "sus mentores pretenden hacerlos exigibles y convertirlos en *ius cogens* por la vía del uso y del reconocimiento"; este mismo autor, 591 entra a mi juicio en contradicción cuando dice "no tienen ningún significado jurídico, aunque pueden producir efectos jurídicos"; según SIERRA HERNÁIZ, 2011, p. 228 "no nos encontramos ante verdaderas normas jurídicas".

a la ley y solo desplegará sus efectos jurídicos en la medida en que no transgreda los límites internos y externos del contrato y de su regulación legal⁶⁵.

Otros autores intentan, por el contrario, situarlos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Para algunos los CDC constituyen un caso de costumbre como fuente del Derecho⁶⁶, en cuanto que se trata de modos habituales de proceder en los negocios con deseo de trascendencia jurídica y fruto de la creación de un grupo social. No lo creo. Desde luego no es costumbre cuando son impuestos desde arriba (*top-down*)⁶⁷, que por otro lado parece lo frecuente en el campo de la RSE. Cuando se crea desde abajo (*bottom-up*) (situación más frecuente por ejemplo en el campo de Internet), tampoco parece que estemos ante una genuina norma consuetudinaria; desde luego no hay *opinio iuris* (no hay tiempo para crearla), aunque lo cierto es que también es discutible que tal requisito sea hoy exigible para otorgar carácter normativo a la costumbre⁶⁸.

En los casos en los que se insertan de manera impuesta en los contratos o convenios colectivos de empresas, puede pensarse que estamos ante condiciones generales de la contratación⁶⁹. No creo que este sea su encaje correcto, aun cuando hayan pasado a formar parte del contrato. Su contenido no es el propio de estas. No se suelen referir a prestaciones contractuales, sino más bien a compromisos de la empresa y sus empleados, entre ellos y con terceros; además las condiciones generales se suelen imponer “en beneficio” del predisponente, mientras que los CDC, al menos externamente, pretenden el beneficio general (medio ambiente, compromisos éticos, derechos de los trabajadores, etc.). Sin embargo, en estos casos en los que los CDC se insertan en contratos, aunque no sean condiciones generales de la contratación y, por tanto, no les sea aplicable su normativa, sí tienen naturaleza contractual y, en consecuencia, bilateral.

En los supuestos muy habituales en los que se establecen de modo unilateral y voluntario por la empresa, sea de manera directa, sea a través de su adhesión a CDC de terceros, como organizaciones internacionales o asociaciones de empresas, se ha considerado que estamos ante una situación de voluntad unilateral creadora de obligaciones, en la que la empresa crea sus propias normas paralelas. Es la opinión, por ejemplo, de Illescas, para quien la fuerza de obligar de la autorregulación estriba sencillamente en el consentimiento prestado por el autorregulado que, sin embargo, no responde al modelo contractual ni siquiera unilateral sino a lo que se conoce como declaración unilateral de voluntad en cuanto fuente de obligaciones privadas⁷⁰. La voluntad unilateral como fuente de obligaciones ha sido una figura siempre discutida en la doctrina privatista, pero que es claramente admisible en el ámbito del Derecho privado, aunque es cierto que la doctrina más conspicua sigue considerando que cuando es en verdad unilateral al menos en nuestro Derecho es una figura excepcional⁷¹. En todo caso, creo que el recurso a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones para este tipo de CDC de las empresas es insuficiente; explicaría su propia vinculatoriedad, pero no la de los trabajadores⁷², quienes en ocasiones se adhieren a ellos prestando su consentimiento con lo que se pierde la unilateralidad, ni mucho menos la de los terceros.

⁶⁵ GOÑI SEIN, 2011, p. 590.

⁶⁶ MALUQUER DE MOTES, 2003, p. 372 y p. 374, para quien los CDC son costumbre, son un estilo, son usos normativos o legislativos.

⁶⁷ El propio autor lo reconoce cuando dice que los CDC llamados por la ley tienen rango de ley (MALUQUER DE MOTES, 2003, p. 375).

⁶⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario al art. 1 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 48.

⁶⁹ Lo plantea MALUQUER DE MOTES, 2003, pp. 370 ss.

⁷⁰ ILLESCAS, 2003, p. 305

⁷¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 169 ss.

⁷² Es muy interesante la STS (Sala de lo Social) de 8 de febrero de 2005 (RJ\2005\2597), en el que los trabajadores del Banco de España habían solicitado la nulidad de la Circular del Banco de España que disciplinaba las relaciones del mismo con su

Según otra opinión, incluso cuando se trata de CDC unilaterales de los que hemos llamado *ad intra*, en los que las empresas reconocen derechos y condiciones de trabajo, una vez que son notificados al personal pasan a regir las condiciones del contrato y las condiciones de trabajo, adquiriendo por tanto naturaleza contractual⁷³. En otras ocasiones, sobre todo si regulan aspectos relativos a los derechos del trabajador en su esfera privada (confidencialidad, lealtad, conflictos de intereses o similar) se estima que estamos ante expresiones del poder de dirección del empresario asemejándose entonces a los instrumentos de reglamento interno⁷⁴.

En algunos otros casos incluso cabría considerar si no estamos ante auténticas reglas jurídicas de nuevo cuño que pueden adquirir rango legal (en cuanto que la ley los llama directamente) o reglamentario. Desde luego este parece el caso de la LMV (art. 78). No obstante, también cabe plantearse si en este tipo de situaciones salimos del ámbito de la autorregulación y ya no estamos ante verdaderos CDC⁷⁵.

De lo dicho se desprende que ninguna de las figuras antecitadas sirve para situar en su seno los heterogéneos tipos de CDC que la realidad nos muestra. Por ello creo que para determinar su verdadero significado jurídico y calibrar el alcance de su sometimiento a ellos (*compliance*) conviene adoptar una perspectiva más práctica, olvidando el afán sistemático y limitándonos a hacer lo que podemos llamar un “test del incumplimiento”: esto, es ver qué sucede en realidad cuando determinados CDC son incumplidos por sus destinatarios. Comprobaremos que tampoco así llegamos a una solución uniforme.

A título de ejemplo, cabe señalar que en el ámbito laboral existen algunas decisiones judiciales aparentemente significativas, como la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 5 octubre 2009⁷⁶, que considera procedente un despido por violación del CDC que obligaba a informar sobre la existencia de intereses económicos de familiares directos que pudieran chocar con los de la empresa. La sentencia considerada que el CDC participa de la naturaleza de un reglamento de funcionamiento interno y que la conducta del trabajador constituye infracción de esa reglamentación interna. No obstante, en el fundamento jurídico siguiente la misma decisión estima que el actor violó la buena fe contractual e incurrió en abuso de confianza en el desempeño del empleo, lo que según el art. 54.2 d) Estatuto de los Trabajadores supone incumplimiento contractual susceptible de dar lugar al despido disciplinario, buena fe que ha de ponerse en relación con el art. 5 a) ET que considera deber del trabajador “Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”. Por consiguiente, con toda probabilidad el resultado hubiera sido el mismo, aun sin la apelación expresa al CDC, pues la omisión de información del trabajador suponía incumplimiento de su contrato de trabajo.

En otro tipo de situaciones el incumplimiento CDC no ha generado una sanción inmediata del Estado, pero si alguna clase de reacción por parte de este; es el caso de la autorregulación en el ámbito del buen gobierno de las sociedades cotizadas, donde se sigue el principio cumplir o explicar⁷⁷: la CNMV ha desarrollado un Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) de las sociedades cotizadas que las empresas deben tener en cuenta para garantizar su

personal laboral, sin haberlo negociado previamente con los representantes de los trabajadores. La Audiencia Nacional había denegado la petición, en la consideración de que el Banco había actuado en el ejercicio de la potestad administrativa, y que el orden jurisdiccional competente para conocer del asunto era el contencioso-administrativo. La sentencia referida niega esa posición, estimando que se trataba de una circular interna relativa a las relaciones con los trabajadores, en las que el Banco de España, a pesar de ser una entidad de derecho público, no estaba para ese fin investido de poder público, sino que actuaba como simple empresario, dentro del marco del contrato de trabajo y aplicando normas de naturaleza laboral.

⁷³ MANGARELLI, 2009, p. 78.

⁷⁴ SIERRA HERNÁIZ, 2011, pp. 239 ss.

⁷⁵ Tesis de GOÑI SEIN, 2011, cuando insiste en su voluntariedad, p. 589

⁷⁶ Westlaw, AS\2009\2889.

⁷⁷ PERDICES HUETOS A., 2011, pp. 38- 39, GOÑI SEIN, 2011, p. 587.

transparencia financiera; las empresas deben seguir las recomendaciones hechas o, de optar por no seguirlas, explicar por qué no lo hacen⁷⁸. El incumplimiento de esta obligación informativa o la existencia de datos falsos o engañosos se considera una infracción grave de la normativa del mercado de valores que puede conllevar graves sanciones⁷⁹.

En fin, en otras ocasiones el sistema jurídico reacciona directamente ante el incumplimiento de determinados CDC estableciendo la concreta sanción que corresponda; es el caso de la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en cuyos art. 9. 1 y 3 y art. 12.3 se contemplan los códigos de autorregulación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, cuyo incumplimiento es considerado infracción muy grave por el art. 58.11 de la misma Ley y lleva aparejada importantes sanciones (art. 60) que pueden conducir incluso a la revocación de la licencia del prestador del servicio; todo lo cual precisamente caracteriza la norma jurídica frente a otros mecanismos de regulación social. Luego no es cierto, como algunos afirman⁸⁰, que el Estado no otorga cobertura jurídica a los CDC; aquí lo hace, por lo que no queda más remedio que entender que estamos ante verdaderas normas jurídicas.

Como resultado de todo lo expuesto y siendo plenamente consciente de la insuficiencia de la respuesta, lo que puedo afirmar a día de hoy respecto a los CDC es que estamos ante una figura muy heterogénea donde se incluye un caleidoscopio de reglas que no admite un encuadre unitario, muy imprecisa en su configuración y muy difícil de situar en el sistema de fuentes del Derecho, al que sin embargo no resulta, al menos en muchos casos, totalmente ajena. Claro que en mi discurso he intentado ubicar los CDC desde el paradigma positivista⁸¹, entendiendo que todo el Derecho, toda norma jurídica, está basada en fuentes de producción preestablecidas y es expresión de una racionalidad de tipo formal (autoridad, procedimiento de creación y compatibilidad lógica de la nueva norma con el sistema). Para el paradigma postpositivista donde el Derecho ya no debe ser visto como expresión de una racionalidad de ese tipo quizás no fuera necesario formular ninguno de los interrogantes que se han hecho aquí. Bastaría con afirmar que los CDC son un producto más de un sistema jurídico que ya no está basado en principios como el de legalidad, coherencia o jerarquía, sino que es un sistema distinto en el que no todo el Derecho está basado en fuentes, sino en criterios de otro tipo como la coherencia valorativa con otras normas del sistema que los CDC suelen cumplir.

⁷⁸ A juicio de PERDICES HUETOS, 2011, pp. 39 ss., la ventaja de este principio “cumplir o explicar” radica no sólo en su flexibilidad, sino también en que el ordenamiento recibe un feedback constante del mercado acerca de la conveniencia y oportunidad de los estándares propuestos.

⁷⁹ Cf., arts. 100 b) bis y 103 LMV.

⁸⁰ Como dice, por ejemplo, GOÑI SEIN, 2011, p. 587.

⁸¹ GOÑI SEIN, 2011, p. 586 estima que las relaciones entre los instrumentos de tradición iuspositivista y estos nuevos instrumentos de autorregulación ... se presentan “inciertas y confusas”, como son en general las relaciones entre el hard law y el soft law.

BIBLIOGRAFÍA.

- AGUILÓ REGLA, J., “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, (2007), pp. 665-675.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., “El concepto de validez de los actos jurídicos en el Derecho Privado (Notas de teoría y dogmática)”, *ADC*, 2005, pp. 9-74.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.
- EIJLANDER, PH, “Possibilitese and constraints in the use of self-regulation and co-regulation in legislative policy: Experiences in the Netherlands- Lossons to be learned for the UE?”, *EJCL*, vol. 9, 2005, disponible en <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>.
- FERRERES VIXIOL J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009.
- GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo, 2002.
- GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario al art. 1 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2010.
- GOÑI SEIN, J., Prólogo al libro *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, La ley, 2011
- ILLESCAS, R., “La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 291-306.
- JENKINS, R, *Corporate Codes of Conduct. Self-Regulation in a Global Economy*, 2001, p. iii, p. 5, accesible en Internet ([www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/0/.../\\$FILE/jenkins.pdf](http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/0/.../$FILE/jenkins.pdf))
- KIRTON J.J/ TREBILCOCK M.J, *Hard Choices. Soft Law*, Ashgate, 2004.
- LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- MALUQUER DE MOTES, C, “Los códigos de conducta como fuente del Derecho”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 361-376, espec., p. 362.
- MANGARELLI, C. *Códigos de conducta en el marco de la Responsabilidad Social de la Empresa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Claúsulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *La vinculación del juez a la ley*, UAM-BOE, Madrid, 1997, pp. 297-326.

PERDICES HUETOS A., "El gobierno corporativo en España", *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Madrid, La ley, 2011.

PÉREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

REAL PÉREZ, A., "Introducción", *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales de Códigos de Conducta y Mercado*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

RODOTÁ, S., "Códigos de conducta: entre hard law y soft law", en A. Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II. Congresos Internacionales "Códigos de conducta y mercado"*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

SHELTON, D. (Ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000.

SIERRA HERNÁIZ, E., "Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas", *Ética empresarial y códigos de conducta*, J.L. Goñi Sein (Dir.), Madrid, La Ley, 2011, pp. 222-261

