

## MERCADO, CÓDIGOS DE CONDUCTA Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

**Leonor Aguilar Ruiz**

**Universidad Pablo de Olavide de Sevilla**

El tema central de esta ponencia parte de una idea, repetida hasta la saciedad en los actuales medios de comunicación, que afirman con rotundidad que el mercado, la economía, está en crisis. El modelo de mercado propio de las economías capitalistas, basado en unas reglas de juego que han mantenido su vigencia desde el siglo XIX, hoy está atravesando un periodo de profunda revisión crítica. Gobiernos, empresarios y sociedad en su conjunto así lo entienden, lo perciben y, en consecuencia, empiezan a acomodar su conducta a esta difícil etapa que se augura durará años.

Las épocas de crisis, como cualquier otro momento o proceso de cambio vital, pueden resultar idóneas para iniciar una reflexión de fondo sobre los posibles fallos o defectos del sistema anterior –hayan sido éstos o no la causa del fracaso del modelo–, de cara a la búsqueda de nuevos remedios que aplicar en la etapa venidera, en solución a conflictos (viejos y nuevos) que resolver de forma más eficaz que en el pasado.

Desde los inicios del modelo de sociedad de consumo, se ha señalado como uno de sus elementos estructurales la existencia de *asimetrías* en el mercado; asimetrías de diferente origen: económicas, contractuales...etc, pero sobre todo asimetrías *informativas*, que han sido calificadas como primero y esencial foco de las desigualdades y los perjuicios sufridos por el colectivo de consumidores y usuarios.

La *libertad* del consumidor, tanto en el establecimiento de sus necesidades como en la satisfacción de las mismas con los recursos de que dispone en cada momento, debe

entenderse como pieza clave en el proceso de intercambio económico del mercado; libertad en la decisión que debe partir, para que sea tal, de la suficiente y veraz *información* que el propio mercado proporciona. Por tanto, para que el consumidor pueda elegir libremente y sin coacción, es necesario un pleno conocimiento previo de lo que el mercado le ofrece y de las condiciones en que se le ofrece (binomio libertad-información) Lo que nos conduce al ya clásico “principio de soberanía del consumidor” como pieza clave de construcción y funcionamiento del mercado.

Aceptando como válida esta primera premisa, la de que la falta de información es algo sustancialmente perjudicial para el mercado, que hay que corregir mediante los procedimientos oportunos –pues no faltan voces que amparan y justifican la posible falta de información en la progresiva complejidad y especialización de los mercados; vgr. el mercado financiero, sin que en ningún caso, sostienen algunos<sup>1</sup>, sea necesario para su buen funcionamiento que el usuario de estos productos “entienda” todo lo que el mercado le ofrece pues en ocasiones, y de cara a una efectiva protección de los consumidores, “importa más la calidad que la cantidad” de información que sea proporcionada<sup>2</sup>–, los interrogantes que cabe plantearse son sustancialmente dos:

- 1) A quién corresponde corregir estas deficiencias, estas asimetrías del mercado;
- 2) Cuáles son los instrumentos más adecuados, en cada momento histórico, para su corrección

La respuesta a la primera pregunta ha sido clara durante décadas: a la autoridad. Los poderes públicos deben ser los encargados principales de corregir los fallos del mercado, mediante la regulación de aquellos actos que contradigan sus clásicas reglas de funcionamiento (oferta y demanda) y la imposición de las correspondientes sanciones a los infractores en leyes imperativas.

Ahora bien, junto a esta función reguladora de los poderes públicos, hace años que viene señalándose el importante papel que otros colectivos pueden jugar en la consecución del

---

<sup>1</sup> En el reciente congreso internacional *La protección del consumidor en los mercados financieros*, celebrado en Madrid el día 9 de marzo de 2009 organizado por la Cátedra ASGECO de Derecho de los consumidores, de la Universidad Carlos III de Madrid, mantuvo una opinión en esta línea el Prof. Dr. D. Fernando Zunzunegui, en su ponencia titulada “La protección del consumidor de servicios financieros” (pendiente de publicación).

<sup>2</sup> Vid. “Libro verde sobre los servicios financieros al consumidor en el mercado único”. COM (2007) 226 *final*.

correcto funcionamiento del mercado: la promoción del *consumo responsable* por parte de educadores, organizaciones o asociaciones representativas de consumidores y usuarios, incluso la actividad de las propias empresas en el marco de lo que se ha venido en llamar “responsabilidad social corporativa” (RSC) son ejemplos de cómo la tarea de vigilar y contribuir al buen funcionamiento del mercado, es tarea común que debe implicar a la sociedad en su conjunto. Y ello porque la sociedad en su conjunto, y no alguno de estos grupos sociales aisladamente, es la que resulta beneficiada por un mercado transparente, eficiente y “solvente” (en el más amplio sentido de la palabra).

De lo dicho se deduce el carácter marcadamente *público* del interés en un obtener un correcto funcionamiento del mercado, como reflejo de la idea de que todos los miembros de la sociedad, sin excepción alguna, son los que obtienen ventaja de un mercado que se desenvuelve según sus propias reglas (aceptadas e incorporadas incluso a la Norma Básica del Estado, caso de nuestra “Constitución económica”; cfr. art.38 CE) de interacción económica. Interés público que en absoluto resulta incompatible con la existencia de intereses *particulares* de ciertos operadores o grupos sociales que actúan en el mercado de manera profesional, y con la existencia y reconocimiento de intereses *difusos* de los consumidores y usuarios con los que aquellos contratan<sup>3</sup>. Antes bien, el interés público en el buen funcionamiento del mercado es garantía de satisfacción de los intereses particulares tanto de los operadores profesionales como de los consumidores y usuarios, y ello se plasma en la idea de que los instrumentos con los que perseguir lo primero (el correcto desenvolvimiento de las reglas del mercado) “sirven” también, de forma más o menos directa, como ahora se verá, a la efectiva protección del colectivo de consumidores y usuarios.

Cabe afirmar sin duda que al Estado corresponde en esencia el uso de los instrumentos normativos. El Derecho es el que debe establecer y mantener las reglas jurídicas básicas para que el mercado funcione y pueda cumplir su finalidad económica de la manera más eficiente posible. Para ello surge, acompañada de la debida coacción en caso de incumplimiento, la normativa reguladora del mercado. Normativa reguladora del mercado, que de modo sistemático, engloba a dos sectores jurídicos diferentes cuyo

---

<sup>3</sup> DE LA CUESTA RUTE, “La autorregulación como regulación jurídica”. Ponencia presentada al I Congreso internacional sobre Códigos de conducta y mercado, celebrado en Madrid los días 6 y 7 de marzo de 2008, organizado por el proyecto MEC “Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica” (SEJ 2006-07116).

encaje (más en sede de protección de consumidores) no siempre resulta fácil: el llamado Derecho de consumo y el Derecho de la competencia (dentro del que habría que considerar no sólo el Derecho *antitrust*, sino también las normas de competencias desleal). Ambos sectores comparten infinidad de aspectos: comparten finalidad (promover el correcto funcionamiento del mercado); mecanismos de aplicación, incluso beneficiarios (los consumidores y, por extensión, el resto de operadores del mercado interesados en su buen funcionamiento). Pero, más allá de dichas coincidencias, difieren en un aspecto importante: su “función económica” o, dicho de otro modo, el problema concreto del mercado que intentan solucionar. Mientras la normativa protectora de consumidores pretende atajar, en línea de principio, los fallos del mercado provocados por una información imperfecta, la normativa reguladora de la competencia desleal pretende salvaguardar la libre competencia entre empresas, como signo distintivo del modelo de mercado vigente en la actualidad, impidiendo aquellas conductas monopolísticas o colusivas que perjudican la eficiencia del mercado<sup>4</sup>.

Al resto de colectivos (asociaciones representativas, empresarios, educadores), corresponde la utilización de otros instrumentos de regulación, más propios de la autonomía privada, como el recurso a la autorregulación, o la referencia a la educación y formación de la sociedad en un “consumo responsable”, a la que antes se aludía.

Unos y otros instrumentos, los correctivos del Estado y los propios de la autonomía privada (normativa reguladora del mercado y normas de autorregulación), sirven a una misma y última finalidad: el buen funcionamiento del mercado y, como consecuencia, la adecuada protección de los consumidores y usuarios que en él operan.

Los primeros, los instrumentos normativos, otorgan una protección a los consumidores que podríamos calificar como *directa*, mientras que los segundos, los propios de la autorregulación, puede decirse que contribuyen, *indirectamente*, a la misma finalidad tuitiva.

La compatibilidad entre ambas técnicas regulatorias es total, y así lo demuestra el reiterado (y reciente) impulso que los legisladores vienen prestando a las técnicas de autorregulación, y en concreto entre ellas, a la elaboración de códigos de conducta empresarial en aquellos sectores productivos con una clara incidencia en la protección

---

<sup>4</sup> GÓMEZ POMAR, “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del Derecho”, *Indret*, Working Paper nº113, enero 2003.

real de los consumidores en el mercado, entre otros factores, por basar gran parte de su operatividad en el mantenimiento de la *confianza* en los agentes.

Aunque la idea sea trasladable al ámbito nacional, quizás sea la postura del legislador comunitario respecto a los códigos de conducta la que aporte más luz al argumento.

En efecto, a partir de ciertos precedentes importantes, como la Recomendación de la Comisión Europea de 1992 en materia de contratos negociados a distancia<sup>5</sup>, encontramos en los últimos años el reflejo de una política legislativa comunitaria claramente favorable a la utilización de los códigos de conducta B2C (Business to Consumer) como instrumento de protección de los consumidores en la contratación de bienes y servicios de uso privado (o “al por menor”, empleando la expresión del propio Consejo económico y social europeo).

El ejemplo más claro de este “impulso” lo encontramos en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. En dicha Directiva, el legislador comunitario apuesta decididamente por la complementariedad entre la normativa reguladora de la “limpia” concurrencia del mercado, y la adopción de códigos de conducta empresarial, como instrumentos concurrentes en la búsqueda de un correcto funcionamiento del mercado y, por ende, en la adecuada protección de los consumidores<sup>6</sup>.

Bien es cierto que, analizando en detalle el texto comunitario, puede encontrarse el reflejo de la diferencia entre protección *directa/indirecta* al consumidor, a la que antes se aludía.

---

<sup>5</sup> En la que, por primera vez de forma clara en materia de contratación, se recomendaba a las organizaciones profesionales de proveedores “*que se doten de códigos de conducta, cuyo objetivo principal sea establecer, según los sectores afectados o las técnicas utilizadas, las normas mínimas contenidas en la Directiva relativa a los contratos negociados a distancia*”, incluyendo en ellos disposiciones particulares relativas, por ejemplo, a los principios éticos a los que debe ajustarse la actividad de difusión o incitación de estos empresarios (Anexo). DO L 156 de 10 de junio de 1992.

<sup>6</sup> Entre las previsiones más claras a este respecto, destaca el Considerando 20 de la Directiva, que afirma: “*Debe otorgarse un papel a los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar. Con objeto de obtener un nivel elevado de protección del consumidor, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción*”.

Y ello porque, analizando el papel atribuido a la autorregulación en las actividades empresariales implicadas, los códigos de conducta [definidos en el art.2 f) de la Directiva como aquel “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”], parecen configurarse como instrumentos tuitivos adecuados a los siguientes fines:

- determinar estándares de diligencia exigibles en la actuación de determinados empresarios o profesionales de sectores específicos del mercado;
- ofrecer soluciones a conflictos y problemas entre empresas y consumidores, más eficaces para los intereses de este colectivo y “menos agresivas” con el mercado que las sanciones previstas en la normativa específica del sector;
- elevar, incluso por encima del nivel exigido legalmente, la tutela del consumidor o usuario en su actuación económica, mediante la imposición de deberes a los empresarios más gravosos que los previstos en la normativa *ad hoc*.

La tutela de los consumidores a través de códigos de conducta se logra pues, y volviendo a la idea antes señalada, indirectamente, en cuanto consecuencia añadida al logro de un correcto funcionamiento en el mercado. Es por ello por lo que la protección de estos códigos, se añade<sup>7</sup>, atañe más a la tutela de sus intereses *difusos*, como colectivo, que a la efectiva y real protección de aquellos intereses *particulares* que se hubieran podido ver lesionados en un acto de eventual “mal funcionamiento” del mercado (ej. por una actuación empresarial calificada en la normativa comunitaria como de desleal o engañosa).

De hecho, estos fines “generalistas” en la protección de los consumidores son los que pueden explicar que el legislador comunitario haya evitado manifestarse sobre aspectos importantes (pero concretos) del funcionamiento real de los códigos de conducta B2C en el mercado, como el de su naturaleza jurídica —¿basta el reconocimiento del legislador en este ámbito para otorgar relevancia jurídica a las normas de estos códigos?—, o las consecuencias del incumplimiento por parte de los empresarios de los deberes de conducta voluntariamente asumidos en el código al que se adhirieron; extremo este

---

<sup>7</sup> DE LA CUESTA, ob.cit. p.5.

último que el legislador comunitario ha preferido dejar a la decisión de los Estados miembros, dentro del escaso margen de actuación que la técnica de armonización máxima de esta Directiva deja “en apariencia” a los ordenamientos jurídicos internos<sup>8</sup>.

Otro sector, esta vez más específico, donde vuelve a manifestarse el recurso a la autorregulación como técnica complementaria de protección de los consumidores, es el de los mercados financieros, y ello pese a la peculiar configuración de este sector operativo caracterizado, de un lado, por la diversificación de productos y servicios que hoy día ofrecen las entidades financieras (actividad bancaria, de inversión, mercado de valores, contratación de seguros, intermediación financiera, otras actividades de intermediación y asesoramiento no financiero como venta de entradas, recargas telefónicas... etc.), cada uno de ellos con su particular regulación jurídica y, en su caso, sistema de autorregulación sectorial; de otro, por la importante presencia normativa en el mercado financiero y el menor espacio que, inicialmente<sup>9</sup>, pudiera corresponder a los códigos de conducta en los tradicionales modelos de mercados financieros (no ya así en los nuevos modelos financieros que han ido apareciendo en los últimos años; ej. e-marketplaces<sup>10</sup>). Todo ello sin olvidar que la contratación de servicios financieros por particulares aparece, aún hoy, enormemente influenciada por el marco nacional en que se produce, merced a factores como el diverso nivel de “cultura financiera” existente entre los ciudadanos de los Estados miembros, el problema lingüístico, o incluso las diferencias existentes en los sistemas normativos internos de protección del consumidor.

---

<sup>8</sup> La técnica de armonización máxima inaugurada por la Directiva de 2008 (aunque fuera cronológicamente la Directiva de prácticas comerciales desleales de 2005 la primera en acoger esta opción), dirige sus objetivos armonizadores a una clara finalidad, que sin embargo resulta más aparente que real. Pese a perseguir una armonización *total* en el sector del crédito al consumo, que impide a los Estados adoptar en sus legislaciones nacionales disposiciones distintas a las de la Directiva (cfr. Art.22), añade después que esta restricción sólo entra en juego “cuando en la Directiva haya disposiciones armonizadas” (cfr. Art.26), lo que abre la puerta a un amplio y complejo abanico de excepciones nacionales que cuanto menos pone en cuestión el principio de unificación máxima con que se presenta el texto.

<sup>9</sup> Se obvia aquí la referencia a los Códigos de buen gobierno corporativo propios de las sociedades que cotizan en bolsa que, ya desde el Código Olivencia, han jugado un importante papel en la determinación de las normas éticas que debieran presidir su actuación en el mercado, pero que deben distinguirse en este momento de aquellos otros Códigos de conducta, como los que se mencionan a lo largo de este trabajo, con una clara influencia en la protección de los consumidores y usuarios, y que hemos venido englobando bajo la denominación de códigos B2C (Business to Consumer).

<sup>10</sup> Sobre estos nuevos mercados electrónicos y el papel que la autorregulación viene jugando en los mismos, vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-marketplaces)*, Madrid, 2006.

Quizás conscientes de esta última realidad, la de que las “situaciones de partida” en cada uno de los Estados miembros ofrecen niveles muy dispares de protección del consumidor de servicios financieros, difíciles de armonizar y unificar con intervenciones centralizadas, los órganos comunitarios han considerado más oportuno el recurso a técnicas normativas menos “agresivas”, como el régimen facultativo europeo conocido como “28º régimen”<sup>11</sup> o los sistemas autorreguladores del sector financiero.

Así lo afirma en varias ocasiones el Comité económico y social de la UE (CESE), en su Dictamen sobre el “Libro verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único” de enero de 2008<sup>12</sup> donde, después de señalar la necesidad de “actuar con cautela cuando se aborda el tema de la armonización del sistema de protección de los consumidores, dado que los Estados miembros de la UE no son tan homogéneos desde el punto de vista cultural y social como para justificar una actitud muy intervencionista a nivel central” (7.4), afirma:

*“Junto con un régimen facultativo europeo, sería deseable adoptar un código deontológico europeo, elaborado de manera autónoma por los operadores, debatido y compartido con los servicios competentes de la Comisión y las asociaciones representativas de los usuarios y trabajadores del sector, que trate de forma específica las relaciones entre empresas y clientes en el ámbito de los servicios financieros, más allá de las disposiciones posibles de las directivas que se examinan en la actualidad” (4.9).*

En línea con esta “recomendación”, son ya varios los ámbitos específicos de la actividad financiera donde encontramos experiencias más o menos desarrolladas de autorregulación de ámbito europeo o transnacional, encaminadas a la efectiva protección del cliente / inversor bancario<sup>13</sup>.

Además de las iniciativas en curso – como la del sector de los pagos que, en un ejercicio de autorregulación, está elaborando las normas técnicas y de conducta para hacer realidad, a más tardar en 2010, la Zona Única de Pago en Euros (*Single Euro Payment Area*,

---

<sup>11</sup> Sobre el llamado “28ª régimen comunitario” puede verse el Dictamen del CESE sobre el Libro blanco “Política de los servicios financieros 2005-2010” (DO C 309 de 16 de diciembre de 2006, en especial reflexiones 4.3.2).

<sup>12</sup> 2008/C 151/01 (DOCE C 151/1 de 17 de junio de 2008).

<sup>13</sup> Respecto a la protección de este último, el inversor financiero, debe recordarse la importante Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID), incorporada ya sí al ordenamiento español interno mediante Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, del Mercado de Valores.



SEPA) —, destacan dos actuaciones específicas de la industria financiera que parecen sumarse a esta tendencia favorable a la regulación privada del sector.

La primera parte de la reciente aprobación (diciembre 2008) por parte del Comité de la Industria Bancaria Europea (EBIC), de un conjunto de principios “autorregulatorios” que debieran ser aplicados por los establecimientos financieros de los Estados miembros, en las operaciones de movilidad de cuentas corrientes entre diversas entidades bancarias<sup>14</sup>. Formulados más como principios “comunes” de actuación que como verdadero y propio código de conducta, la nueva norma pretende paliar la actual “reticencia” del consumidor a cambiar de entidad financiera, comprometiendo la plena colaboración de las entidades implicadas en el cambio, así como la reducción de costes y tiempos innecesarios para completar la operación de movilidad. Código de conducta que fue presentado a la opinión pública, bajo la afirmación por parte de Giuseppe Zandra (presidente de EBIC), de que: “Facilitar la movilidad no sólo aporta beneficios en términos concretos para los consumidores europeos que deseen cambiar de cuenta bancaria, sino que también refleja el compromiso general del sector bancario con la defensa de la competencia”<sup>15</sup>.

La segunda actuación que puede encuadrarse dentro del nuevo papel que la autorregulación de la industria financiera está jugando en la efectiva protección del cliente es, esta vez de forma menos explícita, la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo.

En efecto, pese a que la norma comunitaria no contenga referencia alguna directa a la autorregulación del sector financiero, ésta deja traslucirse en todo su articulado como una herramienta eficaz para la consecución de un mercado financiero del crédito “transparente” y eficaz. De hecho, ciertos deberes relacionados con la información precontractual (art.5) o con la publicidad de productos financieros (art.4) que la nueva Directiva de crédito al consumo hace recaer sobre los operadores del sector, deben quedar integrados no sólo por las previsiones normativas comunitarias y nacionales, sino también por aquellos códigos y normas de conducta a las que eventualmente pudiera estar adherido el prestador o suministrador de los servicios financieros —sea

---

<sup>14</sup> [www.eubic.org](http://www.eubic.org)

<sup>15</sup> Según Nota de prensa emitida por EBIC el 1 de diciembre de 2008 (<http://www.eubic.org/Press%20Releases/2008%2012%2001%20EBIC%20Press%20release%20customer%20mobility.pdf>).

intermediario de crédito o mero proveedor de bienes (art.7)–, sin ir más lejos, y como ejemplo de ámbito nacional, el Código de Conducta Publicitaria aprobado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) en 1996.

En resumen, y por terminar con la idea básica que se mantiene en estas páginas, las técnicas autorregulatorias son utilizadas cada vez más por el legislador nacional y comunitario como signo de eficiencia en el buen funcionamiento del mercado. Que formalmente esta herramienta se presente como mecanismo de protección de los consumidores o como forma de regulación de la correcta competencia entre empresarios, parece ser más una decisión de “imagen” política que de verdadera naturaleza jurídica. Quizás por ello el legislador comunitario, en la Directiva de crédito al consumo de 2008 a la que antes se aludía, ha preferido “eludir” el posicionamiento sistemático, y presentar sus medidas armonizadoras como forma de consecución de un mercado interior de crédito “más transparente y eficaz dentro del espacio sin fronteras” (considerando 5), con un “funcionamiento satisfactorio” (considerando 7), pero que a su vez “garantice la confianza de los consumidores en que el mercado les ofrezca un grado de protección suficiente” (considerando 8)<sup>16</sup>.

La compatibilidad entre ambas técnicas regulatorias (públicas y privadas); el encaje entre la normativa protectora de consumidores y los códigos de conducta empresarial B2C y, sobre todo, si esta dualidad se traduce o no en una verdadera elevación del nivel de tutela real de los consumidores y usuarios (al menos en el mercado interior), son cuestiones importantes sobre las que, de seguro, no ha hecho más que empezarse a debatir.

---

<sup>16</sup> Sin que, sin embargo, y pese al argumento mantenido, pueda obviarse que la “base” formal de redacción de la Directiva sea, según indica expresamente el texto, el art.95 del Tratado Constitutivo de la CE; esto es, aquel que se refiere expresamente a la construcción de un *mercado interior*.