

INTERACCIÓN Y EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE LA AUTORREGULACION CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL COMERCIO Y EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

THE INTERPLAY AND EFFICACY OF THE SELF-REGULATION AND SOFT LAW MECHANISMS AGAINST THE UNFAIR COMPETITION IN THE INTERNATIONAL TRADE LAW

DR. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN

Abogada del ICAM

Lecturer in Law

Recibido: 17.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5192>

Resumen: El presente artículo analiza la eficacia e interacción de los diferentes mecanismos de la autorregulación o del *Soft law* en el Comercio internacional contra las prácticas comerciales desleales y/o la competencia desleal. Mecanismos que siempre han sido controvertidos por su naturaleza no vinculante entre otros aspectos. Se trata de poner de relieve ciertos pros y contras de estos mecanismos, su relación con el *hard law* o las normas del Comercio internacional en las que se ha incluido cierta tutela contra lo que en estas instancias se entiende cómo competencia desleal en el mercado internacional (por ejemplo, el artículo 10 bis CUP incluido en el Tratado ADPIC y algunas disposiciones del Tratado GATT). Por medio de esta relación, que, a pesar de no estar todavía reconocida a nivel institucional, existe y puede mejorar la tutela contra las prácticas comerciales desleales dotándoles de mayor fuerza vinculante ante los tribunales en el ámbito de la litigación transfronteriza, tratando en el artículo la infracción de los mecanismos de la autorregulación, en especial, de lo que se conoce cómo Responsabilidad Social Corporativa y el *Compliance*, como un posible acto de competencia desleal en cuanto a poder considerarlas, obligaciones de tipo extracontractual.

Palabras clave: competencia desleal, prácticas comerciales desleales (B2B-B2C), autorregulación, Responsabilidad Social Corporativa (RSC), *compliance*, mercado internacional, *Hard law*, *Soft law*, OMC, GATT, ADPIC, artículo 10 bis CUP, códigos de conducta.

Abstract: This paper analyses the efficacy and interplay of the different mechanisms of the Self-Regulation (Soft Law) in the International Trade Law to fight against the unfair commercial practices or unfair competition. These mechanisms, as is well known, are considered as quite controversial, taking into account their non-binding legal nature. It will be emphasized, despite the above mentioned, that these mechanisms actually, have a strong relationship with certain mechanisms of hard law set out in the International Trade Law which recognize the protection, up to a certain degree, against the unfair competition in the globalized market such as the Article 10 bis PC included in the TRIPS and some provisions of the GATT. Hence, it will be analysed the infraction of soft law rules against unfair competition, namely of the Social Corporate Responsibility and Compliance as a potential act of unfair competition considered as a non-contractual obligation. In doing so, it could be reinforced these mechanisms with a more binding nature before the Courts, namely in international litigation against unfair competition.

Keywords: unfair competition, unfair commercial practices (B2B-B2C) self-regulation, compliance, Corporate Social Responsibility (CSR), international market, soft law, hard law, WTO, Article 10 bis PC, GATT, TRIPS, Codes of conduct.

Sumario: I. Introducción: II. Panorama general de las fuentes normativas contra la competencia desleal en el comercio internacional; 1. Fuentes de tipo convencional y fuentes del Comercio institucionalizado de la competencia; 2. Mecanismos de la autorregulación como “complemento” a la falta de armonización material de las fuentes de tipo convencional y su “controvertido” valor jurídico: III. Análisis de los diferentes tipos de mecanismos de la autorregulación en el marco del Derecho mercantil internacional contra la competencia desleal: 1. De organizaciones profesionales internacionales: el “Código de la CCI” en materia de publicidad y mercadotecnia: 2. Del legislador europeo: A. Contra las prácticas comerciales desleales de tipo B2C; B. Contra las prácticas comerciales de tipo B2B: el asunto TESCO como ejemplo paradigmático; C. De organizaciones profesionales de la Unión Europea: 3. Responsabilidad Social Corporativa o políticas de Compliance como instrumento de control de las prácticas comerciales desleales: IV. Implementación de estos mecanismos en el Comercio internacional: 1. Relación con los instrumentos del Comercio internacional institucionalizado: A. Relación con el artículo XX GATT: B. Relación con el artículo 10 bis CUP y el Tratado ADPIC: 3. Casos Kasky y Lidl para valorar la eficacia de la RSC contra la competencia desleal en el comercio internacional: A. Caso Kasky vs. Nike (en Estados Unidos): B. Caso Lidl (en la Unión Europea): 3. ¿Cómo pueden los mecanismos de la autorregulación relacionarse con los parámetros dados por el legislador internacional para incrementar su eficacia frente a la competencia desleal?: V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La autorregulación como medio para controlar los comportamientos comerciales de los operadores jurídicos en el comercio internacional, emanada de la *lex mercatoria*, del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los profesionales en sus relaciones de tipo comercial y mercantil en aquellas instituciones jurídicas donde ha llegado a convertirse en un cuerpo homogéneo de estándares comunes, interactúa, con el Derecho vinculante (*hard law*) o el Derecho que emana de la voluntad estatal¹. Este hecho permite que se analicen o deban ser analizados, también de forma actual, desde su conjunto, todos los mecanismos jurídicos que existen en el ámbito del Derecho mercantil, observando que donde la norma positiva no ha llegado, la autorregulación puede servir de complemento, siempre y cuando los legisladores le otorguen un mayor papel o fuerza vinculante ante los tribunales.

2. Sin embargo, el hecho que, este tipo de normas por su naturaleza jurídica, no tengan la misma fuerza vinculante que la norma positiva o el *hard law*, no es óbice para observar su utilidad en el conjunto de mecanismos estatales e internacionales contra las prácticas comerciales desleales. Por ejemplo, la Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha considerado que la “autorregulación” es, no sólo necesaria allí donde la ley ha podido tener alcance para regular determinados aspectos importantes, –generando lo que se conoce como la “co-regulación” entre el Derecho objetivo y el mundo del cumplimiento voluntario (autorregulación)²–, sino que además, en numerosas ocasiones aunque no en todas, los mecanismos de resolución de controversias que emanan de la autorregulación, son más rápidos para resolver conflictos entre los profesionales, a diferencia de la vía jurisdiccional. De nuevo, siempre y cuando se otorgue a los organismos de los que emanan estos estándares de conducta, por parte de los legisladores, suficiente poder para autorregularse y controlar a los operadores jurídico-privados, que pertenecen a los mismos, dentro de los límites que exige el orden público frente a la autonomía de la voluntad de los operadores jurídico-privados³.

¹ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* (vol. 2), 16ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 866-874, esp. p. 869, por ejemplo, en el ámbito del contrato de compra venta internacional de mercaderías, siendo uno de los pocos contratos mercantiles que puede mostrar cierta evolución avanzada del *Soft law* en el Derecho mercantil internacional.

² J. A. CARRILLO DONAIRE y A. MARTÍNEZ RIVERO, “La autorregulación en el mercado audiovisual”, *Rev. Der. Adm.*, nº30, 2012, pp. 1-12.

³ WIPO, *Protection against unfair competition; Analysis of the present world situation, WIPO report*, nº 725, p.12 y en su p. 81; también, v.gr., B. GOLDMAN, “Multinational Enterprises”, *IDI*, 1977, pp. 1-3, disponible en: http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1977_oslo_02_en.pdf V. HAUFLER, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2001, p. 26; COMISIÓN EUROPEA, “Informe de la Comisión al Par-

3. Esta interacción entre mecanismos de control, que aquí se analiza, así como de qué forma pueden ser más eficaces estos mecanismos del *Soft law* que, deben seguir siendo parte de un “cuerpo de usos” que se construyen en la práctica y no, por los legisladores, que además se nutren por las normas jurídicas de tipo estatal⁴.

4. Gran parte de la Doctrina alemana dedicada al análisis de la competencia desleal, considera que en esta disciplina jurídica que se analiza, la ley positiva, no es suficiente para la prevención de comportamientos comerciales desleales y, que estos mecanismos de la autorregulación están mostrando mayor eficacia en muchos supuestos, contra la lucha de la deslealtad en el comercio. Especialmente, en aquellas legislaciones donde la infracción de un mecanismo de la autorregulación se considera como una infracción de una obligación de tipo extracontractual, que puede ser sancionada, si se establecen acciones ante los tribunales de dichos Estados. Aparte, estos autores, como se explicará, han analizado la estrecha relación que existe entre los instrumentos del comercio institucionalizado y la infracción de derechos fundamentales como potenciales actos de competencia desleal.

5. También se considera que pueden llegar a ser más eficaces que los establecidos en la norma, porque su rapidez, a la hora de ayudar a disuadir (*deterrence tool*) a los operadores jurídicos privados que están vinculados a estos mecanismos, en cuanto sean sancionados por su infracción, ayuda, al menos, a la prevención de realizar todo tipo de prácticas y comportamientos comerciales desleales⁵. La rapidez de estos mecanismos, se adecúa así mismo, a una característica que acompaña al fenómeno de la deslealtad competitiva: la rapidez con la que se desarrollan las prácticas comerciales desleales como fenómeno en el mercado⁶.

6. Por último, la mayor parte de los pocos casos que se han analizado, que han llegado ante los tribunales, de infracciones a mecanismos de la autorregulación de control de prácticas comerciales desleales, parten de infracciones en materia de publicidad⁷, bien sea relacionadas con infracciones a RSC o con infracciones a “Códigos de conducta”. Siendo este dato interesante en cuanto se podría reforzar la eficacia de estos mecanismos, mediante las normas de publicidad comercial. Como ya hizo el legislador europeo, y se pondrá de relieve, en las dos Directivas que se aplican al ámbito de las prácticas comerciales desleales. Habrá que diferenciar si la práctica comercial desleal se dirige a perjudicar los intereses económicos de los consumidores y el mercado, siendo una práctica comercial de tipo *Business*

lamento Europeo y al Consejo sobre las reivindicaciones relativas a los productos basadas en criterios comunes en el ámbito de los cosméticos”, 19/09/2016, COM (2016), 580 final, pp. 4-6, esp. p. 6: “aunque la autorregulación no sustituye ni puede sustituir a la normativa, mediante la autorregulación se eleva el nivel de confianza de los participantes en el mercado, de forma más concreto, el nivel de confianza de los consumidores. Así mismo contribuye también a mejorar las lagunas legales que las normas no han podido regular; el informe hace referencia a otro Informe de la Comisión en el que se detallan los beneficios de la autorregulación en el marco de la co-regulación”; A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 868, entendiéndose que son más un “método” que un “ordenamiento jurídico” ni un conjunto definido de normas, una habilitación ofrecida a los tribunales y / o a los árbitros para que éstos valoren distintos materiales jurídicos reguladores del comercio internacional, y extraigan “normas más adecuadas” para solventar los litigios (citando en este particular los autores a M. GÓMEZ JENE); C. KESSELIAN, “Droit commercial international et droit international privé”, *Rec. des C.*, vol.300, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 93-290, esp. pp., 163-168 y p. 165: “(...) la *lex mercatoria* ne peut à elle toute seule couvrir le champ juridique de la réglementation du commerce international, le droit issu d’autres sources étant nécessaire à son complément ou à son exclusion, notamment lorsqu’elle heurte les règles d’ordre public posées par les Etats”; P.LAGARDE, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, pp. 125-150.

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op.cit., p.870.

⁵ W. FIKENTSCHER, et.al., *FairEconomy: Crisis, Culture, Competition and the Role of the Law*, MPI Studies on Intellectual Property Law and Competition Law, Munich, Springer, 2013, p. 85.

⁶ V. HAUFLER, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington, D.C., Carnegie, 2001, p. 8 y p. 12, que a su vez relaciona el fenómeno de la autorregulación con la globalización, cómo consecuencia de este fenómeno; R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy”, *Technology, Business and Society*, UN Research Institute for Social Development, Paper nº 2, 2001, disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Rhys_Jenkins2/publication/37150822_Codes_of_Conduct_Self_Regulation_in_a_Global_Economy/links/5448d2f30cf2f14fb8144837.pdf

⁷ B. PATIÑO ALVÁREZ, *La autorregulación publicitaria: Especial referencia al sistema español*, Barcelona, Bosch, 2007.

to *Consumer* (en lo sucesivo, *B2C*) o si es / fue dirigida a perjudicar los intereses económicos de los competidores *Business to Business* (en adelante, *B2B*), en cuanto a la tutela especial que se ofrece a los intereses económicos de los consumidores, como la parte débil, de las relaciones de mercado.

II. Panorama general de las fuentes normativas contra la competencia desleal en el Comercio internacional

1. Fuentes de tipo convencional y fuentes del Comercio institucionalizado de la competencia desleal

7. Las normas que existen en el comercio internacional de forma actual contra ciertos comportamientos comerciales desleales, creados por la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, OMC) están dirigidas a los operadores jurídico-públicos bien sean los Estados u organizaciones internacionales tratando que se creen en las legislaciones de sus Estados parte, estándares comunes por medio de los principios OMC, en el sistema del comercio multilateral institucionalizado⁸. Siendo estos principios, como los define la OMC, un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones.

8. En el ámbito del Derecho convencional, sólo se cuenta con un artículo que puede ser considerado el estándar mínimo internacional⁹ común para todos aquellos Estados parte del Convenio de la Unión de París (en lo sucesivo, CUP), -el artículo 10 *bis*-¹⁰ que posteriormente la Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI) mejoró en sus trabajos de desarrollo¹¹. De otra parte, también para los Estados parte de la OMC debido a la inclusión ambigua, en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, el ADPIC) del mismo artículo 10 *bis* CUP, no queda claro su alcance, y su carácter *self or non self-executing* en muchos supuestos de competencia desleal, atendiendo al tratamiento que pueda recibir en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados parte del CUP y del ADPIC¹². De hecho, el artículo 10 *bis* CUP, únicamente, es una cláusula de tipo general, que no tipifica todos los comportamientos que pueden ser considerados o reputados como desleales en el mercado internacional actualmente.

9. Sin embargo, a pesar de consagrar el “modelo profesional” de la disciplina de la competencia desleal por el momento y contexto histórico en el que se redactó (s. XIX), parte de la mejor Doctrina dedicada al análisis de la disciplina jurídica, ha considerado que puede ser aplicado, en el modelo actual de la disciplina establecido en casi todos los países de la comunidad internacional, el “modelo social” en el que se reconoce la tutela de los consumidores como parte de los intereses a tutelar con las normas contra la competencia desleal¹³, y deja de ser meramente un cuerpo de normas de Derecho privado para convertirse en un cuerpo de normas de Derecho privado institucional.

⁸ OMC, “Los principios del sistema de comercio”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm; Los principios OMC que están relacionados con el tratamiento de la competencia desleal son: (i) el fomento de una competencia leal; (ii) el principio de trato nacional y, (iii) el principio de Nación Más Favorecida (NFM) (o normas en contra de la discriminación) orientadas a impedir el *dumping* como comercio discriminatorio y desleal.

⁹ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992, p. 23.

¹⁰ F. HENNING-BODEWIG, “Internationale Standards gegen unlauteren Wettbewerb“, *GRUR Int.*, vol. 62, nº1, 2013, pp. 1-21; id “Unlautere Geschäftspraktiken und der Bezug zu Art. 10bis PVÜ- Warum *unseriöse* Geschäftspraktiken keinen Sinn ergibt“, *GRUR Int.*, vol. 63, nº11, 2014, pp. 997-100.

¹¹ Se destacan las “Normas modelo para la represión de la competencia desleal” que desarrollaron el artículo 10 *bis* CUP y su lista negra, dando mayor explicación a su contenido; WIPO, *Model Provisions on protection against unfair competition: Articles and notes*, Publicación nº 823, Génova, 1996.

¹² S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

¹³ Un recorrido histórico sobre los diferentes modelos legislativos por los que la disciplina ha atravesado, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1982.

Y, a diferencia del anterior modelo, que estaba enfocado sólo en la tutela de los intereses económicos de los particulares (en relación con la tutela de sus derechos de propiedad industrial como las marcas)¹⁴. Cabe añadir que, aunque mediante el artículo 10 *bis* CUP intentase uniformizar la tutela de la disciplina en el ámbito internacional para todos sus Estados parte, el legislador del CUP fue excesivamente flexible, quizás muy laxo, porque un amplio margen a estos Estados para que legislasen con criterios diferentes, siempre y cuando tuviesen medios para reprimir la competencia desleal como establece el artículo 10 *ter* del mismo CUP.

10. Es por ello bien sabido que la disciplina de la competencia desleal no es una materia armonizada a nivel global en el ámbito del Comercio internacional, ni siquiera en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, donde los esfuerzos por armonizarla a un nivel de Derecho sustantivo han fracasado siempre, y se encuentra armonizada únicamente, de forma sectorializada¹⁵. Su falta de armonización material completa es una consecuencia de su complejidad como disciplina jurídica, pudiendo considerarla como una disciplina “poliédrica¹⁶”, que requiere un análisis holístico de las normas y usos del comercio que de una forma u otra la intentan regular, y su interacción entre todas estas fuentes. Los únicos estándares comunes o principio general que se nos ofrece, es el respeto por la buena fe en el mercado emanado de la redacción del artículo 10 *bis* CUP, así como “prácticas honestas” o “diligencia profesional”, que son los que tienen verdadera relevancia en el ámbito de la autorregulación¹⁷.

2. Mecanismos de la autorregulación como “complemento” a la falta de armonización material en las fuentes de tipo convencional y su “controvertido” valor jurídico

11. En el ámbito del Derecho mercantil internacional, lo que se considera o puede considerarse como la ética empresarial, en la que debe practicarse la “lealtad” en las relaciones comerciales, encuentra de otros mecanismos “extra” para su control, emanados principalmente, como se ha considerado en

¹⁴ Algunos autores que adoptan esta concepción son los siguientes; P. V. NORTON, “The effect of Article 10*bis* of the Paris Convention on American Unfair competition”, *Fordham L. R.*, vol. 68, 1999/2000, pp. 225-255, esp. p. 239; N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, en J. DE WERRA (ED.) *et al. Défis du droit de la concurrence déloyale (Challenges of Unfair Competition Law)*, Génova, Schulthess (Éditions Romandes), 2014, pp. 1-29; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Convergence or Divergence?”, S. LEIBLE Y A. OHLY., (EDS.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, 2009, pp. 137-190: “(...) the origin and wording of Article 10 *bis* CUP should not be an obstacle in practice to its interpretation in line with the social or institutional model”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra la competencia desleal ...*, *op.cit.*, p. 23: “El hecho de que este precepto consagrara en su origen un “modelo profesional” o corporativo de la competencia desleal, y hoy desfasado, no debe impedir una lectura o comprensión jurídico social de la misma, en la que se den entrada a los intereses generales y a los de los consumidores. No cabe entender que por tener un origen convencional la norma deba estar inmune a la evolución. No representa “Derecho petrificado”, sino Derecho vivo, y como tal debe ser objeto de una interpretación ajustada a la función que en el momento actual debe cumplir en el marco del contexto jurídico-social también actual.(...)”.

¹⁵ Entre la ingente literatura que se puede encontrar sobre este problema de la falta de armonización total de la disciplina en el mercado interior europeo, pueden destacarse los siguientes autores, especialmente, de la doctrina alemana: F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition Law”, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Law Against Unfair Competition Towards an European Unfair Competition Law*, MPI Studies in Intellectual Property Law, vol. 1, Munich, Springer, 2007, pp. 111-125, esp. pp. 111-113; W. SCHUHMACHER, “The Unfair Commercial Practices Directive”, en, *Law Against Unfair Competition...* pp. 127-137, que hace un resumen de la trayectoria de la misma DPCD destacando su *eventful legislative history* una de las dificultades a las que siempre se enfrenta el legislador europeo con estas normas es la “heterogeneidad” de las mismas; F. HENNING-BODEWIG, “Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR*, vol. 115, nº3, 2013, pp. 238-244; T. MÖLLERS Y A. HEINENMANN, *The Enforcement of Competition law in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press (The Common Core of European Private Law), 2007; H. COLLINS, “Harmonization by example: European laws against unfair competition practices”, *Modern Law Review*, vol. 72, nº1, 2010, pp. 89-118; M. LEISTNER, “Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission’s Unfair Commercial Practices Proposal 2003”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 6, enero 2004, pp. 141-176; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Co-ordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law”, *GRUR Int*, nº12, 2016, pp.1106-1120.

¹⁶ Según la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑA (RAE), “poliédrico” en su segunda acepción significa que “posee o manifiesta varias facetas”, siendo un adjetivo adecuado para esta disciplina que manifiesta numerosos aspectos.

¹⁷ *Vid.* J.I. RUIZ PERIS, “El laberinto de la cláusula general de la Ley de competencia desleal”, *ADI*, t. 30, 2009-2010, pp. 435-454, esp. p. 448.

la Introducción, del *Soft law* o derecho no vinculante, siendo parte de la *lex mercatoria*. La mayor parte de estos estándares contra las prácticas comerciales desleales, se encontrarán en “Códigos de conducta” confeccionados por y para los profesionales o empresarios, pero que todavía carecen de la eficacia que podrían tener para poder controlar comportamientos comerciales desleales. Lo que puede entonces considerarse como ético o leal en los comportamientos comerciales que se desarrollan en el Derecho mercantil internacional, conoce del mismo problema que en ámbito del Comercio internacional. Esto es, la gran diversidad de comportamientos que, en algunos usos y prácticas profesionales en el comercio y en el mercado, pueden ser reputados por permitidos o no (leales o desleales), no tienen unos parámetros uniformes, al menos para los operadores jurídico-privados.

12. Estos mecanismos de la autorregulación son diferentes de los que se producen en el seno de organizaciones de tipo internacional como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (UNCTAD) y la Organización para la cooperación y el desarrollo (OCDE) entre otras, puesto que, los que se desarrollan en el seno de estas organizaciones internacionales se dirigen a regular y orientar las conductas comerciales de los operadores jurídico-públicos siendo en principio, sólo vinculantes para estos operadores jurídico-públicos¹⁸.

13. Otros pueden ser incluso establecidos por las mismas empresas para respetar y cumplir con la normativa internacional y los buenos usos en el comercio que incluye el respeto por la competencia libre y leal o el *fair play*, en lo que se ha denominado el *Compliance* o la Responsabilidad Social Corporativa (en lo sucesivo, RSC)¹⁹. La RSC tiene como parte de su contenido que incluir los estándares o normas de conducta de la libre competencia y contra la deslealtad competitiva, de aquellos Estados donde las empresas se establezcan como normas de orden público económico. No obstante, cómo se explicará en apartados posteriores, dependerá de los Estados al no tener estándares comunes contra el fenómeno de la deslealtad competitiva y un sistema de libre competencia igualitario, la eficacia de esta RSC y el *Compliance* variará²⁰.

14. Siendo este aspecto uno de los más criticados en contra de su eficacia como mecanismo de control de conductas comerciales en el mercado, e incluso de tutela de derechos fundamentales, especialmente los de tipo social y económico. El cómo hacer valer la normativa internacional también, cuando grandes multinacionales se establecen en terceros Estados, donde se realiza gran parte de la producción y fabricación de sus mercancías que luego son distribuidas en el mercado internacional. Cuando en estos terceros Estados, los estándares de conducta son mucho más bajos que, por ejemplo, los dados por el legislador europeo. Para ello, las normas de conflicto que existan deben ofrecer puntos de conexión que estén orientados a tutelar los intereses económicos de todos los participantes en el mercado afectados por prácticas comerciales desleales, como se pretendió por ejemplo en el Reglamento Roma II, si la materia se trata y califica desde el ámbito de la obligación de tipo extracontractual, como es en el Derecho internacional privado de la UE²¹. Esto es, entendiendo que los estándares de conducta incumplidos emanan de sus deberes

¹⁸ C. DAY WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in a Era of Economic Globalization*, The Hague, 2002, pp. 1086-1091; N. HORN, “International rules for Multinational enterprises: The IIC, OCDE and ILO initiatives”, *T’Amer.Univ.L’R.*, vol. 30, 1980, pp. 923-940, pp. 934-938. HORN considera que la experiencia ha demostrado que las guías que genera la OCDE, por ejemplo, aunque son destinadas a los operadores jurídico-públicos, son de efecto directo en la aplicación del *business law* a operadores jurídico-privados; E. WESTFIELD, “Globalization, Governance and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century”, *Va. J. Int. ‘L.L.*, vol. 42, pp. 1075-1108, p. 1091.

¹⁹ M. HERDEGER, *Derecho económico internacional*, 9ª ed., Universidad del Rosario, 2012, p. 80; T. COTTIER Y A. JEVTC, “The Protection against Unfair Competition in WTO Law: Status, potential and prospects”, en J. DREXL (ED.), *Technology and Competition. Technologie et Concurrence: Contributions in honour of Hans Ulrich (Mélanges en l’honneur de Hans Ulrich)*, Bruselas, Larcier, 2009, pp.669-681, p. 692; A. PORTO CORTÉS, “La posible reclamación judicial, por el consumidor, ante el incumplimiento de un Código de Conducta”, *InDret*, vol. 3, Barcelona, 2010, disponible en: http://www.indret.com/pdf/759_es.pdf

²⁰ IBA, “Cross-border Transactions: a Drafting Guide for International Sales Contracts. Project of the IBA-International Sales Committee”, IBA, 2015, p. 25: “Beyond Statutory law, companies entering a new country may be subject to a variety of ethical precepts or business codes applicable to the conduct of business or marketing in this country”.

²¹ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractual (“Roma II”), DOUE, L 199/40, de 31 de julio de 2007, en concreto su artículo 6, destinado a

legales de buena fe en el mercado y la diligencia profesional.

II. Análisis de los diferentes tipos de mecanismos de la autorregulación en el marco del Derecho mercantil internacional

1. De organizaciones profesionales internacionales: el “Código de la CCI” en materia de publicidad y mercadotecnia

15. En cuanto a los “Códigos de conducta” elaborados hasta el momento, más relevantes y con mayor incidencia en el control de las prácticas comerciales desleales o la competencia desleal, se debe tener siempre en cuenta en primer lugar, el “Código CCI sobre publicidad comercial y mercadotecnia” (2011)²² (en adelante, “el Código CCI”). Merece ser destacado por numerosas razones, entre las que se encuentran las siguientes:

- (i) Es el único Código elaborado por un organismo profesional, que se ha encargado de establecer estos parámetros uniformes de *Soft law* contra ciertas prácticas comerciales de tipo desleal, especialmente en el ámbito del *marketing* y la publicidad, siendo elementos clave para el ejercicio del derecho de la libre competencia en los sistemas de economías de mercado, de los operadores jurídico- privados.
- (ii) Está redactado de forma muy sencilla. Enfocado únicamente, en el control de la deslealtad comercial, aunque en el ámbito de la publicidad. El único aspecto que puede reducir su eficacia es que sólo es vinculante y por ende, producir efectos y consecuencias jurídicas, para los profesionales que se adhieren al mismo.

Esta sencillez ha permitido que sus estándares globales sean un referente para otros “Códigos de conducta” de otras organizaciones de tipo profesional²³. Quizás, este sea uno de los aspectos más destacables, si se quiere dotar de mayor eficacia a estos “Códigos de conducta” contra la deslealtad competitiva en el mercado. Dotarlos de mayor sencillez y fuerza disuasoria (*deterrence tool*), con el fin de evitar que se realicen por estos profesionales adheridos a los mismos, prácticas comerciales de tipo desleal que contravengan la buena fe en el mercado, so pena que puedan encontrar sanciones y consecuencias jurídicas por su incumplimiento.

- (iii) Se suma una característica muy destacable. El “Código CCI”, se basó en su redacción en lo dispuesto en el artículo 10 *bis* CUP y su “lista negra”²⁴. De esta forma, incluía el concepto de buena fe en el mercado, y la represión de ciertos actos y prácticas comerciales desleales que se contienen todavía en su lista, combinando lo establecido en el ámbito de la norma

la ley aplicable en cuestiones de competencia desleal; por su parte, el Considerando 21 que establece que la norma de conflicto tutelar los intereses de todos los participantes del mercado y al mercado en sí mismo, orientando la norma hacia los intereses colectivos de los consumidores, más que los individuales.

²² “Código Consolidado de la CCI para las prácticas de Publicidad y Comunicaciones de Mercadotecnia” (última versión revisada del 2011), disponible en: [http://www.codescentre.com/media/1328/codigo%20consolidado%20icc%20\(1\).pdf](http://www.codescentre.com/media/1328/codigo%20consolidado%20icc%20(1).pdf) (última consulta: ; <http://www.iccmex.mx/documentos/mercadotecnia.php#proyectos>; F. CAFAGGI, “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en K. PURNHAGEN y P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, Springer, 2014, pp. 259-283, p. 266. No obstante, no se pueden desmerecer las labores realizadas por otros Código de conducta, como, por ejemplo, el realizado para el control de conductas comerciales en Internet mediante comercio electrónico, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ªed., Madrid, Civitas (Thomson-Reuters), 2011, p. 373.

²³ A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair Competition”, *ICLQ*, vol. 51, n°4, pp. 909-942, p. 926 y p. 931; Código Consolidado CCI para la publicidad, p. 12; “Comunicación de la oficina de AUTOCONTROL”, del 16 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.autocontrol.es/pdfs/NP_Nuevo_Codigo_CCI.pdf.

²⁴ La llamada lista negra se encuentra en el apartado 3º del artículo 10 *bis* CUP: (i) actos que crean confusión; (ii) aseveraciones falsas (iii) indicaciones o aseveraciones pueden inducir al público a error (*cf.* Artículo 10 *bis* CUP).

del *hard law* con el *Soft law*.²⁵ La interpretación que ofrece el “Código de conducta” del art. 10 *bis* CUP se hace totalmente acorde con los parámetros que sigue la institución de la competencia desleal actualmente, esto es, del modelo Social ya explicado, tratándola como Derecho privado institucional y no como mero Derecho privado, aunque este mecanismo de control de conductas en el mercado sea de corte fundamentalmente privado.

- (iv) Finalmente, cabe destacar que sus disposiciones o normas de conducta, de una forma u otra, han consagrado un principio general del Derecho internacional, el “principio del país de origen” desde este ámbito del *Soft law* puesto que uno de sus objetivos es que este principio, se pueda hacer efectivo a nivel transfronterizo en cuanto a su efectividad, en defecto de armonización material de estándares de conducta. Al ser un instrumento emanado de la autorregulación, el tratamiento que recibe el “principio del país de origen”, en el que, en principio, se aplicaría sólo, para saber cuáles son las consecuencias jurídicas por el incumplimiento del Código, –la ley del establecimiento del profesional–, cuando se denuncie ante la misma CCI, sería diferente, del tratamiento que recibe en el ámbito del proceso de integración negativa a falta de armonización material en el mercado interior europeo.

16. En el “Código CCI” se considera que este aspecto lo que pretende es orientar las conductas comerciales en la publicidad de los profesionales adheridos al mismo, para que, respeten los parámetros establecidos por los legisladores de los Estados de los que son nacionales o en donde se han establecido con el fin de competir y realizar relaciones de tipo comercial. Considerando que este aspecto es el que le dota de eficacia, al menos como instrumento “disuasorio” frente a la posible infracción de sus normas de conducta para los profesionales adheridos al “Código CCI”.

2. Del legislador europeo

A. Contra las prácticas comerciales desleales de tipo B2C

17. Antes de la elaboración de la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales (en lo sucesivo, DPCD²⁶), e incluso la Directiva de publicidad engañosa²⁷, los mecanismos de autorregulación en el mercado interior europeo eran un mero mecanismo de resolución de controversias entre consumidores y profesionales sin fuerza vinculante que cada organización de tipo profesional podía disponer o no²⁸.

²⁵ Vid. R. HOUIN Y M. PEDAMON, *Droit Commercial. Commerçants et fonds de Commerce. Concurrence et contracts du commerce*, 3ª ed., Paris, Dalloz, pp. 601-602; F. CAFAGGI, “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en K. KURNHAGEN Y P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, 2014, pp. 259-283, p. 266; del mismo autor, “Chapter 5. Private regulation in European Private Law”, en AA.VV, *Towards an European Civil Code*, The Netherlands, 2011, pp. 91-116; aunque existen otros Códigos que no pueden desmerecerse, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet...op.cit.*, p. 373.

²⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE, y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n°2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), *DOUE*, L149/22, de 11 de junio de 2005, su artículo 2 letra f, define el Código de conducta como “un acuerdo o conjunto de normas no establecidas por el legislador de un Estado miembro que controlan el comportamiento de los comerciantes que los asumen, y que los vinculan por el Código, en relación a una o más prácticas comerciales desleales”; aparte de la Lista negra final en su Anexo I, puntos 1 y 3º que también trata las infracciones a Códigos de conducta como prácticas comerciales desleales B2C en todo caso; A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self Regulation and National Private Law*, Oxford, Bloomsbury, 2015, pp. 202 y ss.

²⁷ Artículo 6 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y comparativa, *DOUE*, L 376/21, 27/12/2006

²⁸ C. WADLOW, “Unfair Competition in Community Law: Part.II: harmonization becomes gridlocked”, *EIPR*, vol. 9, n°28, 2006, pp. 469-473, p. 472, siendo esta otra de las numerosas diferencias para la armonización de la disciplina. Los países nórdicos y Dinamarca siempre han confiado en materia de protección de consumidores en instituciones de tipo extrajudicial, como, por ejemplo, el *Ombudsman* a diferencia de otros Estados europeos; D. FITZGERALD, “Comparative Advertising in the United Kingdom”, *EIPR*, vol. 19, n°12, 1997, pp. 709-714, esp. p. 712.

18. Tras la promulgación de la DPCD, el legislador de la Unión Europea en parte consciente del éxito que determinadas organizaciones de tipo profesional mediante la aplicación de dichos mecanismos, para la resolución alternativa de conflictos, especialmente, en el ámbito de las relaciones entre profesionales (relaciones *B2B*) en esta materia tomó muy en cuenta la inclusión de los mecanismos de autorregulación en la DPCD pero para las prácticas comerciales de tipo *B2C*²⁹.

19. En el “Libro Verde sobre la protección al consumidor en la Unión Europea” (2001³⁰) se expresaba lo siguiente³¹: “*Es posible que la acción regulatoria no sea la más idónea para muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos de los objetivos de protección de los consumidores, de forma especial, en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por oportunistas o comerciantes deshonestos*”. Con ello, se consolida que la violación o infracción de los estándares de conducta de los que un empresario o profesional estuviere adherido, como una práctica comercial desleal que atenta contra la buena fe en el mercado y la diligencia debida que se exige que tengan en sus relaciones *B2C*, dotando a estas infracciones de consecuencias jurídicas³².

B. Contra las prácticas comerciales de tipo *B2B*: El asunto *TESCO* como ejemplo paradigmático

20. No sólo en el ámbito de la DPCD se dota de mayor fuerza vinculante a los Códigos de conducta y mecanismos de la autorregulación. La Comisión Europea en muchos de sus últimos informes relativos al estado de las normas relativas a lo que ya se conoce como el derecho de la lealtad comercial en el mercado interior (*Lauterkeitsrecht*), ha destacado de forma fehaciente la importancia y la eficacia de la autorregulación en el ámbito de las prácticas comerciales desleales *B2B*³³.

21. La cadena de supermercados inglesa *TESCO* fue demandada en Reino Unido³⁴, por no haber respetado las normas del Código de conducta emanadas del código de conducta británico, *Groceries Supply Code of Practice* o el Código de buenas prácticas creado por la *Office of Fair Trading (OFT)* en el año 2009. Con ello, había realizado una conducta anticompetitiva habiéndose considerado como un abuso de posición dominante, en la cadena de suministro alimentario mediante la infracción de las normas del precitado Código (práctica prohibida de tipo *B2B*)³⁵. Sin embargo, no fue sancionada por el organismo autorregulador del Gobierno británico, *a priori*, por falta de competencia de este organismo, a la hora de la incoación del procedimiento administrativo investigador en la materia.

22. Este asunto marcó tendencia en el ámbito de las sanciones que se pueden llegar a establecer a los profesionales por violación o infracción de la lealtad en el mercado establecido en un Código de Conducta por organismos administrativos y no sólo de corte profesional.

²⁹ F. CAFAGGI, “Chapter 5. Private Regulation in European Private Law”, en VVAA, *Towards an European Civil Code*, The Netherlands, 2011, pp. 91-116, considera que es muy importante poder diferenciar bien entre la co-regulación y la autorregulación para evitar problemas de interpretación entre aquellos parámetros vinculantes en todos sus elementos de los que no lo son. En la autorregulación no existe la misma vinculación que en el proceso de co-regulación.

³⁰ Casi coincidiendo con la entrada en vigor del “Tratado de Niza” (2004) el cuál reforzó la protección al consumidor y consolidó la política de protección a los consumidores en el mercado interior como tarea fundamental del legislador europeo, aunque de forma compartida por los legisladores de los Estados miembros.

³¹ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre la protección al consumidor en la Unión Europea” (2001), p. 15.

³² *Ibid.* (CAFAGGI). El autor además establece que al haber la DPCD otorgado a los Códigos de conducta esta vinculación, muchos de los Estados miembros han escogido medios de corte público para poder otorgar mayor fuerza a los mismos y que los profesionales adheridos sean sancionados en caso de incumplimiento.

³³ COMISIÓN EUROPEA, “Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council: Better Regulation. Delivering better results from a stronger Union”, Brussels, 14/09/2016, COM (2016) 615 final).

³⁴ Puede consultarse la investigación realizada en el siguiente enlace proporcionado por el gobierno de Reino Unido y más concretamente por el *Grocery Code Adjudicator*, del 26 de enero de 2016, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/494840/GCA_Tesco_plc_final_report_26012016_-_version_for_download.pdf

³⁵ El citado Código de conducta, puede consultarse en el siguiente enlace; <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice>;

23. El hecho destacable de este caso es que, a pesar que no se impuso una sanción económica, sí se hizo pública la investigación y con ello, se dió cierta publicidad a la importancia de respetar los Códigos de conducta entre profesionales. La respuesta dada en este asunto, como establece HERRERA, puede que sea seguido de cerca por los organismos de vigilancia de suministro alimentario de otros Estados miembros, como ejemplo, especialmente para observar la eficacia de los medios de la autorregulación en materia de prácticas comerciales desleales³⁶.

24. En estos casos, la duda que se plantea es si pueden usarse dichos Códigos de conducta para demandar también aquellos profesionales que jamás se adherieron a estos estándares. La respuesta depende del poder del organismo autorregulador y de cómo la norma positiva haya respaldado la infracción del mecanismo de *Soft law*, si dirigida a todos los profesionales o no³⁷. Si el organismo encargado de los parámetros de autorregulación dotado de mayor poder para sancionar comportamientos comerciales desleales en este nivel de actuación de las empresas podría ampliarse el ámbito personal de estos estándares de conducta, para cualquier profesional del sector en donde realiza su actividad profesional, especialmente, por la mejor tutela que los consumidores, como parte débil deben tener en el mercado.

C) De organizaciones profesionales en la Unión Europea

25. Por otro lado, La *European Advertising Standards Alliance*, –conocida como la EASA³⁸–, también tutela la protección contra la deslealtad comercial y dar mayor efectividad al cumplimiento de los “Códigos de conducta” que realiza para controlar a los profesionales que estén adheridos sus códigos y coordina de forma institucionalizada, pero en el mercado interior europeo, a diferencia del Código CCI que se aplica en un ámbito internacional, dada la naturaleza de la CCI como organismo internacional y no europeo³⁹. Entre sus principales actividades se destaca que trabaja con las diferentes organizaciones de corte profesional dedicadas al control de conductas comerciales desleales en todos los Estados miembros, como por ejemplo, la asociación más importante que se ocupa de la autorregulación en la publicidad y el comercio electrónico en España: la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, conocida como “Autocontrol”.

³⁶ I. HERRERA ANCHUSTEGUI, “Sobre el abuso de dependencia económica y los Códigos de conducta: el caso *Tesco* (plazos de pago y *slotting allowances*)”, *Competencia y Regulación*, 2016, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/02/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html> *id.*, en relación a la materia de Códigos de conducta para regular conductas de tipo desleal en el suministro alimenticio en el siguiente post: “Sobre el abuso de dependencia económica en la cadena alimentaria: el caso *EDEKA*”, *Competencia y Regulación*, 2015 <http://derechocompetencia.blogspot.no/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>

³⁷ Un análisis exhausto de este particular, especialmente, en el ordenamiento jurídico español en: B. PATIÑO ALVES, “El jurado de publicidad; Medidas sancionadoras a los no asociados”, disponible en: https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-JURADO-DE-LA-PUBLICIDAD_MEDIDAS-SANCIONADORAS-A-LOS-NO-ASOCIADOS.pdf

³⁸ *Vid.* por ejemplo la página *web* de este organismo europeo : <http://www.easa-alliance.org/>. Cada tres años edita lo que se conoce como “Blue Book”. Son guías de conducta, de autorregulación que se hacen comunes para toda la comunidad empresarial. Su fuerza vinculante se hace efectiva mediante la adhesión y el compromiso voluntario de cumplimiento por parte de estos profesionales; P. A. DE MIGUEL ASENSIO “Capítulo II.- Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y R. ARENAS GARCÍA Y P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales...*, *op.cit.*, p. 143; J. MASSAGUER FUENTES, “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDret*, vol. 2/2011, pp. 1-39; un análisis observado desde la práctica sobre los “Códigos de conducta”, en BROSETA ABOGADOS, *Memento Dossier: Competencia desleal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp.335-348; . art. 6.2.b de 29/2005/CE, el artículo encargado de introducir esta novedad para que los EM la incluyesen en sus legislaciones; N. IRÁKULIS ARREGUI Y E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº50, 2009, pp. 71-127, pp. 76-77, sobre la crítica que la doctrina realiza acerca de que los Códigos de conducta en la UE deben estar regulados por cada Estado miembro respetando la diversidad cultural y social y no en manos de organismos europeos.

³⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II- Bienes inmateriales”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA Y P. A. DE MIGUEL ASENSIO en *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2015, p. 147; *Autocontrol*, Boletín Digital, nº 195, abril 2014: Como ejemplo de lo expuesto, el Proyecto de ley que reformará la Ley 34/2002, de Comercio electrónico y Ley General de Telecomunicaciones española, *BOE*, nº 166, de 12 de julio de 2002.

26. Puede destacarse su “Código de Conducta publicitaria” (2011)⁴⁰, y el “Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online” (2005), entre otros muchos Códigos que ha publicado en línea con las premisas de la EASA, que controlar especialmente las buenas prácticas en el ámbito de la publicidad para el control de la publicidad engañosa y comparativa no permitida por la Directiva de publicidad⁴¹.

27. Sus resoluciones tienen trascendencia entre los profesionales, aunque los mismos pueden ser también, a la vez, demandados ante la jurisdicción ordinaria si no cumplen lo dispuesto en los Códigos de conducta de la organización tal y como establece la DPCD. Siendo este paso el más importante en cuanto a su eficacia: poder demandar a los profesionales ante la jurisdicción ordinaria en tanto no cumplan lo dispuesto en el *Soft law* establecido por las organizaciones de tipo profesional.

3. Responsabilidad Social Corporativa y las políticas de *Compliance* como instrumento de control contra las prácticas comerciales desleales:

28. La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) se vincula a la ética en los negocios internacionales, en cuanto emanó de los usos comerciales entre profesionales, de los Códigos de conducta de elaboración propia de las empresas o los generados por organismos profesionales⁴². De hecho, se diferencia de los Códigos de conducta realizados por organizaciones de tipo profesional, porque éstos deben hacerse por un conjunto de profesionales y la RSC corresponde establecerla a cada empresa de forma individual, con su propio “Código de conducta” o no⁴³. Es ya parte intrínseca de los sistemas de autorregulación o *Soft law* en el ámbito del Derecho mercantil internacional y en cada vez mayor medida, se ha incrementado su efecto vinculante para evitar que los profesionales a pesar de que no cumplan con sus políticas de responsabilidad social, encuentren una sanción adecuada por ello⁴⁴.

29. Incluso, el hecho de no cumplir con lo establecido en sus políticas de RSC, puede ser considerado un acto de competencia desleal frente a los profesionales que sí respetan lo establecido en las mismas. De otra parte, el *Compliance* se reconoce dentro del ámbito de la RSC, en cuanto la palabra *compliance* significa en realidad: cumplimiento. Esto es, que en realidad son los mecanismos que existen en las mismas empresas para controlar y revisar que cumplen con las normas de los Estados sean de tipo vinculante o no, como pueden ser las normas ISO, y no ser sancionadas.

30. La RSC, cabe decir, se constituye en instrumentos que reflejan más cuestiones de “imagen pública” de las empresas para el cumplimiento de la normativa de corte internacional e interna donde éstas operan⁴⁵, integrando en sus conceptos alto contenido ético: esto es, conceptos de tipo filosófico y moral que las normas contra la competencia desleal han objetivado, como el de diligencia profesional

⁴⁰ Siendo este un Código basado en el de la CCI sobre mercadotecnia y publicidad, tal y como dice en su página *web*, y tomando como ejemplo los principios básicos que derivan del de la CCI: veracidad, legalidad, honestidad y lealtad. Disponible en: http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf

⁴¹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet..., op.cit.*, dice que este Código obtuvo un distintivo público de confianza según el RD 1163/2005, de 30 de septiembre por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión.

⁴² M. FEIGERLOVÁ Y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law for Corporate Social Responsibility”, *TLQ*, vol. 4, 2018, pp. 379-399.

⁴³ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes..., op.cit.*, pp. 203-204, que explica la controversia en cuanto si la RSC tiene el mismo peso que los Códigos de conducta que el legislador europeo toma en cuenta en la redacción de la DPCD a la hora de considerar su incumplimiento también como una prácticas comercial desleal engañosa *B2C*.

⁴⁴ I.W. JONES Y M. G. POLLITT, “Ethical and Unethical Competition: Establishing the Rules of Engagement”, *Long Range Planning*, vol. 31, 1998, pp. 703-710, interesa el análisis que los autores realizan sobre este aspecto en base a seis casos reales que muestran cada uno de ellos, la eficacia o no de este tipo de responsabilidad vinculada a los Códigos de conducta.

⁴⁵ Este aspecto fue considerado tras el “Acuerdo de Cotonú”, acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, *DOCE*, L 137, de 15 de diciembre de 2000.

y la buena fe en el mercado (cómo ya se ha analizado con anterioridad). HENNING BODEWIG⁴⁶, diferencia dos tipos de RSC, atendiendo a que el término es excesivamente amplio: la RSC “oficial” que puede emanar de organizaciones internacionales como la OCDE o el OIT⁴⁷, para promover el “Buen Gobierno y el RSC de las empresas, que controla su “vida privada-interna”. En las RSC y el *Compliance* de las empresas no es otra cuestión que obligar a las empresas a cumplir con todos los estándares previstos en las normativas estatales y los estándares de *Soft law* de variada índole de los mercados y sectores donde operan. Existiendo un gran número de obligaciones dependiendo del sector del mercado donde la empresa opera o realiza habitualmente sus prácticas comerciales⁴⁸.

31 Algunos tratadistas de lo que puede denominarse, “ética empresarial”, consideran que su importancia en el control de las conductas comerciales desleales en el comercio internacional es cada vez mayor. Sin embargo, en aquellas legislaciones donde se permite que las empresas no tienen que respetar su RSC porque no existen consecuencias jurídicas en tanto como infracciones a deberes jurídicos emanados del principio general del *neminem laedere* si lo hace, se ha convertido en una especie de derecho que las empresas tienen para mentir (*corporate right to lie*)⁴⁹.

32. No obstante, se comprueba como en algunos supuestos analizados en el siguiente epígrafe, que las empresas que saben que el incumplimiento de sus RSC o el *non compliance* puede tener sanciones y ser considerados como actos de competencia desleal, han sido eficaces para que tengan más valor para controlar la deslealtad competitiva. Especialmente, cuando estos comportamientos de tipo desleal suponen infracciones graves a derechos de tipo fundamental como la tutela del medio ambiente, los derechos de los trabajadores y cuestiones de orden público como la seguridad pública y la sanidad⁵⁰.

IV. Implementación de estos mecanismos en el Comercio internacional

1. Relación con los instrumentos del Comercio internacional institucionalizado

33. Surge el problema de saber determinar y en su caso relacionar, si bajo lo dispuesto en el ADPIC y las normas del GATT incluidos, ambos instrumentos jurídicos en los acuerdos OMC⁵¹, –nor-

⁴⁶ F. HENNING-BODEWIG, “TRIPS and Corporate Social Responsibility: Unethical, Equals Unfair Business Practices?”, en H. ULLRICH, R. HILTY, M. LAMPING Y J. DREXL (EDS.), *TRIPS plus 20: from Trade Rules to Market Principles*, MPI Studies on Intellectual Property Law, vol. 25, Munich, Springer 2016, pp. 701-724, esp. pp. 702-703, según la autora y de acuerdo con lo estableció en el asunto *Kasky vs. Nike*, es el derecho que una compañía tiene a mentir (*corporate right to lie*) si alegan que el derecho a la libertad de expresión les permite hacer todo tipo de publicidad, y también p. 704.

⁴⁷ M.FEIGERLOVÁ Y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law...”, *loc.cit.*, pp. 380-381.

⁴⁸ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes...op.cit.*, pp. 186 et seq..

⁴⁹ *Ibid.* (HENNING-BODEWIG, “TRIPS ...”, p. 704); BECKERS.

⁵⁰ M. A. DÍAZ MIER, “Ética empresarial internacional”, *ICE*, nº 823, 2005, pp.69-86.p. 75; A. RUGMAN Y S. COLLINSON, *International Business*, 5ªed., Edinburgh, 2009; J. D. RENDTORFF, *Responsability, Ethics, and Legitimacy of Corporations*, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 2009; también, G. JACKSON, “A Socio-Political Perspective on Corporate Social Responsibility: Understanding Regulatory Substitution and the Persistence of Irresponsibility”, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrecht*, MPI Studies in Intellectual Property Law and Competition Law, vol. 21, Munich, Springer, 2014, pp. 19-31; T. COTTIER Y G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG (EDS.) *Corporate Social Responsibility... op.cit.*, pp. 81-97; A. JACQUEMIN, “Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de 1992...”, *loc.cit.*, en C. MARTÍN (coord.), *Política industrial, teoría y práctica... op.cit.*, p. 112: “Las leyes correspondientes tienen la finalidad de asegurar que los competidores compitan de manera justa y lleven a cabo sus funciones sociales de acuerdo con un código ético de conducta. El criterio de ética comercial juega un papel importante en el desarrollo de dicho código de prácticas comerciales honestas, pero viene determinado en último término por el sentido común de los tribunales”; M.J. ELVIRA BENAYAS, “¿La infracción de la responsabilidad social corporativa puede generar responsabilidad extracontractual”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 717- 725. Sobre el adjetivo “social”, la autora pone de manifiesto que no es pacífico su uso, R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global ...”, *loc.cit.*, p. 13; J. M. DE LA CUESTA RUTE Y E. NÚÑEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, pp. 95-128.

⁵¹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, incluido en los Acuerdos OMC en 1994 (GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*).

mas destinadas a los operadores jurídico-públicos y no los privados-, la cobertura para poder sancionar a las empresas que incumplen estos estándares éticos de buena conducta que tutelan la lealtad en las transacciones comerciales. Considerando la posición que tiene el art. 10 *bis* CUP en el ADPIC, especialmente en algunos organismos de corte profesional y la relevancia de los derechos fundamentales por encima de cualquier interés económico de los operadores jurídico-privados e incluso su autonomía de la voluntad⁵².

Dicho de otra forma, si la RSC puede ser considerada “jurídicamente vinculante” en materia de actos y prácticas comerciales desleales, siendo este aspecto uno de los más controvertidos debido a que emana de la misma política de *compliance* de la empresa, pero no de un organismo profesional que ejerce el control debido sobre este *compliance* “autoimpuesto”.

34. Es decir, que ser responsable “socialmente” no sólo significa cumplir con las obligaciones jurídicas sino también con otras obligaciones, como es el respeto en las relaciones con los otros participantes del mercado (y no realizar actos de competencia desleal). Sobre todo, por el respeto a una serie de derechos fundamentales entre ellos, el cuidado del medio ambiente y la salud pública, entre otros que se encuentran tutelados por normas de tipo constitucional⁵³.

35. Por ello, se dice por los autores que en realidad, lo relevante de la RSC es que implícitamente, lo quieran o no, los operadores jurídico-privados, incluye el respeto de los derechos humanos como los derechos laborales en el tercer mundo, entre otras cuestiones de interés, la protección de los consumidores en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo (especialmente en el mercado interior europeo), la protección al medio ambiente, el fomento de la competencia libre y leal. Estos aspectos no son ajenos a las normas del comercio internacional, puesto que la tutela que se realiza al mercado en conjunto abarca estas cuestiones (de forma directa o indirecta, como puede ser la tutela que se hace en la OMC hacia los aspectos de seguridad alimentaria, entre otros)⁵⁴.

36. De otro lado, es cierto que en muchas ocasiones es difícil para las empresas determinar dónde recaen sus competencias con respecto a las legislaciones nacionales y como asegurar que sus redes de suministro y socios comerciales también cumplen con los derechos humanos. De esta forma se ha solicitado que los legisladores nacionales e internacionales refuercen los mecanismos de tutela y aplicabilidad en materia de autorregulación y, sobre todo, en cuestiones de RSC, complementando y fomentando con ello, la introducción de niveles de protección más elevados⁵⁵.

⁵² *Ibid* (HENNING BODEWIG, “TRIPS and...”), vuelve a recordarse que las normas de orden público, normas imperativas, son de obligado cumplimiento incluso en el ámbito donde los operadores jurídico privados pueden ejercer en su plenitud su “autonomía de la voluntad”; M.FEIGERLOVÁ Y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law...”, *loc.cit.*, pp. 387-388.

⁵³ C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El DIPr de la UE en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *IHLADI*, 2013, pp. 367-400, pp. 6-7 (versión ucmprints), resaltando también, la importancia cada vez mayor de la RSC, especialmente por el cuidado que deben tener con las cuestiones del medio ambiente; G. JACKSON, “A Social-Political Perspective on Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 27, si se le otorga mayor relevancia se evitarían determinadas conductas como el *greenwashing*.

⁵⁴ *Vid.* R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global...”, *loc.cit.* 1-47; E. U. PETERSMANN, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, pp. 241-281; COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM (2001), 366 final, Bruselas, 18/07/2001, ya definía que incluso la RSC de las empresas tiene un valor económico directo en la economía globalizada. Siendo parte de la estrategia de inversión en el núcleo de la estrategia empresarial y su gestión y actividades. Y, como medio para demostrar que las empresas realizan prácticas “socialmente responsables”. Sobre la relación con los derechos humanos, el Libro Verde destaca que esta relación se encuentra también en las relaciones de suministro mundiales (p. 14) por la relación con la Declaración Tripartita de la OIT y las *Guidelines* de la OCDE.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas, 18.07.2001, COM (2001) 366 final, pp.13-15, párrafo 52: “Una de las dimensiones de la responsabilidad social de las empresas está estrechamente vinculada a los derechos humanos, sobre todo por lo que respecta a las actividades internacionales y las cadenas de suministro mundiales. Esto se reconoce en instrumentos internacionales (...). Los derechos humanos son una cuestión muy compleja que plantea problemas políticos, jurídicos y éticos” y párrafo 56.

A. Relación con el artículo XX GATT

37. Existe mucha controversia en el ámbito OMC si las normas de no discriminación (principios de NMF y el de trato nacional) los Estados parte están capacitados para legislar sobre determinados aspectos del art. XX GATT, con las excepciones que ofrece, al resto de disposiciones para que los Estados parte puedan incluir en sus legislaciones y tener en cuenta, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de condiciones sobre estándares de tipo laboral que protegen derechos fundamentales –que persiguen impedir la realización de *dumping* social o competencia desleal– siempre y cuando ello no sea una forma de discriminación o restricción encubierta al comercio para adquirir ventajas competitivas en sus legislaciones atrayendo a su foro a inversores privados de otros Estados que además se relacionan con la debida protección a otros derechos fundamentales⁵⁶.

38. Tampoco la relación entre el comercio y los derechos humanos está limitada para que pueda llegar a ser una de las excepciones del artículo XX GATT, en el sentido de buscar la responsabilidad por incumplimiento en la aplicación del artículo 10 *bis* CUP y su relación con el cumplimiento forzoso de los Códigos de conducta como complemento a las legislaciones nacionales⁵⁷. Este aspecto depende de los Estados puesto que los operadores jurídico-privados no tienen acceso al mecanismo de resolución de controversias de la OMC, aunque la OMC de forma indirecta, podría ayudar a mejorar el rol de los tribunales a la hora de hacer cumplir y respetar estos estándares de conducta de los operadores jurídico-privados. El problema de nuevo reside en la controversia sobre la aplicación directa o no del artículo 10 *bis* CUP por los tribunales nacionales⁵⁸.

39. En este particular, los Códigos de conducta y la RSC de las empresas puede ser de gran valor, si se considera que complementan las lagunas que pueden existir en la normativa del comercio multilateral⁵⁹. No obstante, por el lado negativo, está empezando todavía a desarrollarse en totalidad en el ámbito de la competencia desleal que abordamos⁶⁰.

⁵⁶ T. COTTIER Y G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition Rules in International Law”, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 81-97, p. 82; E.U. PETERSMANN, “Human Rights and the Law of the World Trade ...”, *loc.cit.;id.* “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration Law for Global Integration Law”, *Jean Monnet Working Paper*, n°7/01, 2002; P.CUSTER, “Disciplining Private Food Standards Through WTO Law? An Attempt to go Beyond the SPS and TBT Agreement Debate”, *NCCR Working Paper* n° 45, 2013.

⁵⁷ *Ibid.* (COTTIER Y WERMELINGER), p. 95; el art. XX GATT reza así: “*Excepciones generales.* A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalearan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de medidas aduaneras, el mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del art. II y con el artículo XVII, (...); i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación de suministro (...) y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación

⁵⁸ *Ibid.* p. 95, dando fuerza en concreto al artículo 10 *bis* párrafo 3.

⁵⁹ *Ibid.* (COTTIER Y WERMELINGER), p. 87; “*Recourse to unfair competition law in the context of CSR responsibility is still in its infancy*”. De hecho, los autores consideran que este sector y la relación con la competencia desleal es un campo bastante interesante y poco explotado como posibilidad. Así, por ejemplo, el caso *Kasky v. Nike* de nuevo muestra las debilidades en esta relación todavía naciente; P. CUSTER, “Disciplining Private Food Standards Through WTO Law? An Attempt to go Beyond the SPS and TBT Agreement Debate”, *NCCR Working Paper* n1 2013/45, 2013, la autora también pone de relieve la falta de tratamiento del artículo 10 *bis* CUP en el ámbito OMC. Su desarrollo podría favorecer a reforzar la lucha contra las prácticas comerciales desleales en la OMC a través de un reforzamiento de los estándares privados que se encuentran tutelados también por las normas materiales nacionales de competencia desleal.

⁶⁰ Aunque en cada vez mayor medida existen páginas *web* en donde se informa sobre esta relación a los consumidores, profesionales y firmas de abogados, *v. gr.*: el portal del Derecho de la competencia de *CONSULEGIS* (realizado por diferentes firmas de abogados de Francia, Alemania y Polonia), disponible en <http://uclp.eu/about-the-project>

B. Relación con el artículo 10 bis CUP – Tratado ADPIC

40. Siendo un instrumento eficaz en la represión de conductas comerciales desleales si se dotase de mayor fuerza vinculante a la RSC y a los Códigos de Conducta no pueden dejarse de explorar las posibilidades que a través de la correcta aplicación del artículo 10 bis CUP, para exigir el cumplimiento de los estándares de conducta de estos códigos y de la RSC. Como se ha puesto de relieve, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, la autorregulación se nutre de las normas positivas, las estatales, por lo que esta relación tiene sentido⁶¹.

41 El hecho es que el artículo 10 bis CUP tal y como está incluido en el ADPIC, COTTIER y WERMELINGER⁶², ofrece un punto valioso de partida en el desarrollo de estándares del *Soft law* y ley aplicable que puede hacer salvaguardar la laguna que existe en este particular para controlar que las empresas en el mercado internacional no cumplen con sus compromisos voluntarios, que se analiza en el apartado siguiente con mayor detalle.

2. Casos *Kasky* y *Lidl* para valorar los impedimentos de la eficacia de la RSC contra la competencia desleal en el comercio internacional

42. Lo anterior, se puede valorar, a través de los pocos casos y jurisprudencia con los que contamos a nivel transnacional y nacional, en cuanto se hayan podido demandar infracciones a las RSC y, a los Códigos de conducta entendidos como actos de competencia desleal⁶³, más la violación de infracciones a normas de corte internacional y de corte interno.

Algunos ejemplos relevantes, con soluciones diferentes, son el asunto *Kasky vs. Nike* en Estados Unidos, que implicó demasiados intereses⁶⁴, que todavía a día de hoy genera interrogantes en la respuesta ofrecida por los tribunales sobre el particular. De otro lado en la UE, el asunto *Lidl*⁶⁵. En ambos supuestos, dos multinacionales fueron demandadas por competencia desleal y a la vez por incumplimiento de su RSC y Códigos de conducta.

A. Caso *Kasky vs. Nike* (en Estados Unidos)

43. *Resumen de los hechos.* La empresa norteamericana *Nike* fue demandada por un particular, un activista antiglobalización, –el sr. Kasky (residente en Estados Unidos)–, mediante acción pública (invocando lo establecido en el *Business Fraud Statute*⁶⁶), en 1998 ante los tribunales de California⁶⁷. Se le acu-

⁶¹ A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional*, *op.cit.*,...

⁶² COTTIER y WERMELINGER, p.95.

⁶³ J. STUYCK, “Corporate Social Responsibility-Standards...”, *loc.cit.*, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 227, al menos en los dos países que analiza, Francia y Bélgica.

⁶⁴ Atendiendo a cómo está estructurado el sistema de justicia norteamericano y sus parámetros, una de las cuestiones que más preocupaba, era que sí se ofrecía demasiadas herramientas a los particulares que estaban atentos a las infracciones de estas multinacionales, podrían ser demandadas todas las multinacionales en Estados Unidos mediante acciones públicas sin posibilidad de poder defenderse. De hecho, la empresa Nike recibió el apoyo de otras multinacionales y representantes de anunciantes, así como del gobierno de G. W. Bush en aquellos momentos; *Adlatina*, “Un fallo no decisivo de EE.UU. deja en el aire el caso *Nike*”, disponible en: <https://www.adlatina.com/articulo.php?slug=/publicidad/un-fallo-no-decisivo-de-la-corte-de-eeuu-deja-en-el-aire-el-caso-nike>

⁶⁵ Asunto *Kasky vs. Nike* (27Cal.4th 939 2002), el tribunal de California entendió en primera instancia que no existió publicidad engañosa por parte de *Nike*, puesto que el mero hecho de tener su “Código de conducta” y no cumplirlo siempre, no podía considerarse desleal. El asunto *Kasky vs. Nike* está disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/kasky-v-nike-inc-32202j>. FISCHER, “Free Speech to have sweatshops? How *Kasky v. Nike* might provide a useful tool to improve sweatshop conditions”, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 26, nº2, 2006, pp. 267-310.

⁶⁶ R. PARKER, “*Nike vs. Kasky* (2003)”, *The First Amendment Encyclopedia*, disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/261/nike-v-kasky>

⁶⁷ Referencia de la sentencia ante el Tribunal de Primera Instancia de California en 1999, *Kasky v. Nike, Inc.*, 79 Cal. App. 4th 165, 93 Cal. Rptr. 2d 854 (Cal.App. 2000), la que rechaza los argumentos de *Nike* de ampararse en su libertad expression

saba de estar incumpliendo sus propios estándares de RSC reflejados en el Código de conducta redactado por la compañía *Nike*. Esto es, que el sr. Kasky alegó que *Nike* había realizado afirmaciones falsas y engañosas (*negligent, intentional and reckless misrepresentation*) o publicidad engañosa (*false advertising*), prácticas comerciales prohibidas (*unlawful business practices*) siendo un acto de competencia desleal según la Ley californiana de competencia desleal y su Derecho de consumo⁶⁸, al decir que cumplía con los máximos estándares éticos en la realización de sus productos y que sus trabajadores en terceros Estados gozaban del respeto de sus derechos laborales de acuerdo con las normas de estos Estados.

44. El sr. Kasky demandó que *Nike*, estaba engañando a sus consumidores y, con ello, adquiriendo ventaja competitiva, dado que había creado una suerte de “talleres clandestinos” (*sweated labours/sweat shops*) generando lo que se conoce desde las normas del GATT⁶⁹, *dumping* social en Indonesia, China y Vietnam donde la empresa americana manufactura gran parte de sus productos. Con ello, estaba violando derechos fundamentales laborales (explotación de trabajadores y en condiciones no permitidas en la normativa internacional y en los Códigos de la OIT), normas del comercio internacional y estándares éticos contemplados en su Código de *compliance* o conducta. Estas normas y estándares éticos son normas contra la competencia desleal del Estado de California en cuanto consideran que la violación de los Códigos de conducta de una empresa deben ser reputados como actos de competencia desleal contra los consumidores⁷⁰.

45. Por su parte, *Nike* basó su defensa en que tenía libertad de expresión y estaba amparada por este derecho fundamental sin que, por ello, estuviese engañando a los consumidores (amparándose también en la Primera Enmienda constitucional de los Estados Unidos)⁷¹. No obstante, se trató el asunto desde el ámbito de la publicidad ilícita, en donde la relación con las prácticas comerciales desleales es absoluta y no cabían dudas⁷². El Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó la apelación de *Nike*, en cuanto acogerse a la Primera Enmienda para defender su libertad de expresión (*freedom of commercial speech*)⁷³, pero remitió de nuevo la cuestión a los tribunales de rango inferior, de donde provenía el asunto, en concreto al Tribunal de Apelación del Estado de California. Quedó relegada a una

tutelado por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. En el mismo año, el Tribunal Supremo del Estado de California, cambió el argumento de la sentencia de primera instancia y aceptó

⁶⁸ *Business and Professions Code-BPC, Division 7. General Business Regulation, Section 17200 et seq.*

⁶⁹ Artículo VI del Código antidumping. El *dumping* social está muy relacionado a su vez con la infracción de estándares de tipo laboral y el cumplimiento de normas administrativas como las obligaciones para los empresarios emanadas de las normas de la Seguridad Social e incluso también normas de extranjería a nivel internacional. Siendo estas normas imperativas y en su mayoría contienen orden público económico. Así, por ejemplo, en España, se considera un acto de competencia desleal contra el mercado mismo, en el mismo artículo 15.3 LCD española lo regula como la obtención de ventaja competitiva en el mercado por violación de normas: “Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”.

⁷⁰ M.FEIGERLOVÁ y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law...”, *loc.cit.* p. 395 *in fine*: “(...) with respect to consumer protection law, a false declaration by an entrepreneur about its commitment to follow ethical rules or a code of conduct represents an unfair trade practice forbidden and sanctioned by law.”

⁷¹ R. PARKER, “Nike vs. Kasky (2003)”, *The First Amendment Encyclopedia*, disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/261/nike-v-kasky>

⁷² Es el TEDH el que incluso considera que sean los tribunales nacionales los que establezcan las valoraciones, T.COTTIER y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. DREXL, *Technology and Competition. Technologie et concurrence...*, *op.cit.*, p. 694; E.U. PETERSMANN, “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations...”, *loc.cit.*: “Apart from a few exceptions (notable in ILO, UNESCO, and WHO rules), human rights were not effectively integrated into the law of most worldwide organizations so as to facilitate functional international integration (such as liberalization of trade and payments) notwithstanding different views of governments on human rights and domestic policies (such as communism)”.

⁷³ Especialmente, en materia de publicidad engañosa, J. ÁLVAREZ RUBIO, “*Nike vs. Kasky* como referente en la evolución del concepto legal de publicidad comercial”, en C. ARRANZ DE ANDRÉS y M. SERNA VALLEJO (COORDS.), *Estudios de Derecho español y europeo (Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Parlamento de Cantabria, Universidad de Cantabria, 2009, pp. 39-53, esp. p. 44: “lo cierto es que en este caso la polémica no se circunscribe al hecho que las actuaciones empresariales hayan sido o no “comunicaciones”, lo que resulta claro desde cualquier punto de vista, no es en la relación comercial de las mismas o no de las mismas; sobre el error de ampararse en la libertad de expresión y no en la libertad de expresión comercial en el ámbito de la publicidad, J.V.BERGEN, “*Nike v. Kasky: Corporations are not Persons*”, *Global Policy Forum*, 2003, disponible en: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/221/46923.html>

cuestión todavía abierta, en donde se deberán dilucidar en otros casos, entre la libertad de expresión y el cumplimiento de la RSC y los Códigos de conducta entre otros comportamientos que son considerados competencia desleal en el comercio multilateral y en muchos de los Estados de Estados Unidos, como es en el Estado de California.

46. Hay que tener en cuenta que, en Estados Unidos, la publicidad comparativa como acto de competencia desleal, está regulada de forma diferente que en la Unión Europea, en donde sí se puede considerar un acto o práctica comercial desleal. No obstante, en estas líneas lo que se intenta resaltar es que, al menos, se tuvo en cuenta la norma estatal de competencia desleal, para valorar todas las infracciones a la RSC que realizaba *Nike* y violaciones de derechos de tipo fundamental.

B. Caso Lidl (en la Unión Europea)

47. *Resumen de los hechos.* En el asunto *Lidl*⁷⁴, se demandó a esta empresa alemana de supermercados por el Centro Constitucional de Derechos Humanos (*Center for Constitutional and Human Rights*), la *Clean Clothes Campaign*, y la Agencia de Hamburgo para la protección de los consumidores (*Hamburg Consumer Protection Agency*) por haber incumplido los estándares de protección del Código de la asociación profesional que había creado basándose en el Código de conducta no vinculante para sus profesionales del *Business Social Compliance Initiative (BSCI)*, que intenta mejorar las condiciones de los trabajadores en toda su cadena global de distribuidores y proveedores.⁷⁵ Establecía además que sus proveedores cumplieran con estos estándares que eran obligatorios y si no cumplieran con su RSC no eran contratados por *Lidl*.

Tal Código de conducta lo desarrolló la empresa de conformidad con los estándares uniformizados en el ámbito internacional por la OIT en el respeto de derechos laborales de tipo fundamental. Éste era el aspecto que lo hacía realmente vinculante. Como el caso *Kasky*, el incumplimiento de estos derechos fundamentales de tipo laboral⁷⁶, puede dar lugar a sanciones por haber realizado las empresas con esta actividad, una suerte de *dumping* social, para adquirir ventaja competitiva mediante la infracción de normas imperativas, y el orden público, especialmente el económico.

48. A pesar de que los miembros de este Código no están obligados o vinculados a garantizar estos principios contenidos en el mismo, *Lidl* fue obligada a respetarlos en su página *web*, dado que la campaña que *Lidl* estaba realizando se podía considerar una práctica comercial engañosa para los consumidores, de acuerdo a la ley de competencia desleal alemana (como consecuencia de la transposición de la DPCD), una infracción a varios Códigos de conducta de los cuales está adherido, cuando les hacía creer que las condiciones laborales de sus fábricas en Bangladesh sobre textiles cumplían los requisitos de la OIT, anunciándolo en su página *web* y, de esta forma, cumplían con la RSC⁷⁷.

C. ¿Cómo pueden los mecanismos de la autorregulación relacionarse con los parámetros dados por el legislador internacional para incrementar su eficacia contra la competencia desleal?

49. Si el artículo 10 *bis* CUP conlleva en sí mismo la tutela contra “toda conducta contraria a la buena fe” y la infracción de un Código de conducta o de la misma RSC de la empresa se considera

⁷⁴ Asunto “Agencia para la protección del consumidor de Hamburgo”, *Clean Clothes Campaign* y Centro Europeo de Derechos humanos y constitucionales c. *Lidl*, 2010. Toda la información del caso disponible en: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/bangladesh-lidl.html ; F. HENNING BODEWIG, “TRIPS and Corporate Social Responsibility: Unethical Equals Unfair Business ...”, *loc.cit.*, en *TRIPS plus 20...*, *op.cit.*, pp. 707-708.

⁷⁵ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 194-196.

⁷⁶ DW, “OXFAM slams German supermarkets over “unfair practices””, disponible en: <https://www.dw.com/en/oxfam-slams-german-supermarkets-over-unfair-practices/a-44332501>

⁷⁷ *Vid.* C. MÜLLER-HOFF Y M. SAAGE MAAS, “Fair Competition; Complaint Filed by Consumers in Germany in Defense of Workers’ Rights in South East Asia”, *ECCHR*, 2010.

mediante interpretación extensiva del artículo 10 *bis* en el ADPIC como un acto en contra de la buena fe, podría mejorarse la fuerza vinculante de estos mecanismos en el Derecho mercantil internacional desde los mecanismos legislativos del comercio internacional⁷⁸.

50. No existe argumento en contra hasta el presente momento que impida aplicar el artículo 10 *bis* CUP para controlar desde los medios de la autorregulación analizados las prácticas comerciales desleales o actos de competencia desleal. Cómo se realiza desde el Código Consolidado de la CCI, la misma CCI basa sus estándares contra la publicidad ilícita en el contenido del art. 10 *bis* CUP. Esta solución ha sido propuesta por COTTIER y WERMELINGER que se use este resorte para cubrir las lagunas que existen en las legislaciones nacionales en relación con el mandato a las empresas de cumplir con sus compromisos RSC y con ello, los Códigos de conducta a los que estén adscritos o hayan elaborado, especialmente, cumpliendo en el comercio internacional con los parámetros dados por el legislador GATT/OMC en cuanto a la protección del medio ambiente, los derechos fundamentales de los trabajadores de la OIT y con ello el control sobre el *dumping* de tipo social en países de economías emergentes⁷⁹.

51. En relación con el punto anterior, el problema que se encuentra es la relación intrínseca que existe con la protección de los derechos humanos como se ha afirmado con anterioridad, en concreto con la libertad de expresión que se encuentra en una posición todavía sin resolver en cuanto a la competencia desleal⁸⁰, así como también, la falta de eficacia cuándo se intentan hacer cumplir a las empresas ante los tribunales. Algunos autores son claros, la libertad de expresión se encuentra en una posición superior en el ordenamiento jurídico como derecho fundamental, en cuanto, la libre competencia es un derecho económico también fundamental, pero la libertad de expresión es un derecho de la personalidad. No obstante, este debate es complicado de resolver en estas líneas. Otros autores⁸¹, vuelven a proponer que si se pudiese presentar ante un panel de la OMC y determinar por el mismo que los Estados partes que no implementan debidamente el artículo 10 *bis* CUP como obligación del Tratado ADPIC, especialmente su apartado 3º, deben ser sancionados para obligar a las empresas, –nacionales o de terceros Estados– a cumplir con los estándares mínimos de competencia desleal, no permitiendo que especialmente en actos de publicidad engañosa, se puedan amparar en derechos fundamentales como el de la libertad de expresión (cómo en caso *Nike*), puesto que en el ámbito comercial lo que existe es más bien la libertad de competencia con libre expresión en la publicidad, siempre y cuando ésta cumpla con la lealtad debida respecto a otros competidores y a los consumidores⁸². Que el cumplimiento de los derechos fundamentales no se limita únicamente a las excepciones del Artículo XX del GATT sino también juega un papel fundamental como obligación del ADPIC, la interpretación correcta de la obligación nacida del artículo 10 *bis* CUP.

V. Conclusiones

52. Cómo se puede observar, los mecanismos de la autorregulación para la tutela contra la competencia desleal o prácticas comerciales desleales son bastante variados en los ámbitos del comer-

⁷⁸ T.COTTIER Y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. DREXL (ED.) *et al.*, *Technology and Competition. Technologie et Concurrence...*, *op.cit.*, pp. 692-693: “Any act of intentional deviation from operating in the manner that was promoted and should therefore, be considered as deceptive. Such conduct goes to the heart of dishonest practice and consumer deception as addressed by Article 10 *bis* of the Paris Convention. Companies should not be allowed to adopt codes of conduct purely for marketing reasons”.

⁷⁹ T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 94. Incluso poder llevar ante el órgano de controversias de la OMC a estos Estados que han fallado en su obligación de introducir estos parámetros en sus legislaciones: “A WTO Member that is not providing principles and rules suitable to enforce CSR commitments made by private companies may be challenged and called upon to defend its legislation before a panel and the Appellate Body, both of which are mandated to assess compatibility of domestic legislation with Obligations under WTO Law”; Defendiendo la posición del art. 10 *bis* CUP en el ADPIC mediante el analizado art. 2.1 ADPIC.

⁸⁰ T.COTTIER Y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair...”, *loc.cit.*, p. 94.

⁸¹ T.COTTIER Y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair...”, *loc.cit.*, p. 94.

⁸² H.RANDALL, “Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?”, *Human Rights Law Review*, vol. 6, nº1, 2006, pp. 53-86.

cio internacional, el Derecho mercantil internacional y el Derecho de la UE en la materia. Todos ellos persiguen la misma finalidad que es, de una forma u otra, tutelar al mercado contra lo que han podido considerar como prácticas contrarias a la competencia leal. O, los comportamientos no éticos en el mercado, intentando orientarlos hacia las prácticas honestas y el fomento de la competencia leal como principio del sistema del comercio multilateral de la OMC.

53. No obstante, cada uno puede tener y tiene, una forma diferente de ser eficaz y también diferente tratamiento, atendiendo además a la diferencia importante, especialmente en el mercado interior europeo entre prácticas comerciales desleales de tipo *B2C* y prácticas comerciales de tipo *B2B* por la tutela diferenciada que se hace a cada uno de los destinatarios de la práctica comercial desleal y sus intereses económicos. Así como también, observando la organización de tipo profesional o, incluso institucional de dónde hayan emanado. No salvándose estos mecanismos a la hora de ser implementados del análisis casuístico (*case by case approach*) que debe darse ante los tribunales en todas o casi todas las disciplinas jurídicas y la eficacia de sus fuentes, considerando que en el comercio multilateral existen numerosos ordenamientos jurídicos y las empresas no operan sólo en un mercado sino mercados con estándares de conducta muy variados y de diversa naturaleza jurídica.

54. Una de las conclusiones más interesantes que se desprenden del análisis es que los mecanismos del *Soft law* como fuente del Derecho de la competencia desleal en el ámbito internacional y el Derecho de la UE, pueden ser más que eficaces, allí donde la norma no alcanza, pero como instrumento disuasorio (*deterrence tool*) más que sancionador, dado su falta de naturaleza vinculante en muchos supuestos. El refuerzo o *back up* del legislador a estos instrumentos del *Soft law*, que se ha podido analizar en los instrumentos del mercado interior europeo, permitiendo a las partes afectadas por las prácticas comerciales desleales de someter a un empresario o profesional que ha incumplido los mecanismos de la autorregulación a la jurisdicción ordinaria, demuestra ser una de las soluciones que no impide que el *Soft law* siga siendo *Soft law* amparado por las normas contra la competencia desleal, que al fin y al cabo, representan numerosos principios de corte ético y moral, no armonizados todavía pero sí objetivados por los legisladores. Precisamente, son aquellos ordenamientos jurídicos donde no reciben el mismo refuerzo del legislador en donde se muestra que no son tan eficaces, avalando la postura de su refuerzo legislativo. Y un Código de conducta sólo puede ser invocable ante los tribunales también cuando está codificado y puede ser considerado un uso del comercio, cómo el “Código CCI en materia de publicidad”.

55. De otra parte, no se olvida que al ser un instrumento jurídico que emana de la voluntad de los profesionales, especialmente la RSC y su debido *compliance*, necesita también del control del legislador, dado que los profesionales que los confeccionan pueden obviar el orden público de las normas de aplicación necesaria, especialmente, de control de conductas en el mercado y de protección de los derechos fundamentales. Por ello, el éxito de la eficacia reside en el equilibrio entre la autonomía de la voluntad que debe seguir dándose a los operadores jurídico-privados en el ámbito del Derecho privado, con los intereses públicos de tipo económico y social que deben seguir siendo tutelados por los legisladores de cualquier instancia, mediante lo que se considera en este artículo, más tutela ante la jurisdicción ordinaria.

56. Y, una buena forma de dotarlos de mayor eficacia, a pesar de este carácter voluntario que tienen en su mayoría, es entender que la infracción de los Códigos de conducta y las políticas de RSC de las empresas pueden ser entendidas como una obligación de tipo extracontractual emanada especialmente del cumplimiento de las prácticas honestas y el *neminem laedere*, que genere consecuencias jurídicas a los profesionales en caso de su incumplimiento. Depende también de los legisladores estatales que sean parte del sistema de comercio multilateral de la OMC, para hacer cumplir los estándares y principios de este sistema en países de economías emergentes, a través de los compromisos voluntarios que adquieren los operadores jurídico-privados en su autonomía de la voluntad que deben incluir estos parámetros.