

Códigos de conducta y *on-line dispute resolutions*: una aproximación a la privatización del Derecho¹

MARÍA ROSA LLÁCER MATA CÁS

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Las manifestaciones jurídicas de la gobernanza: 1.1 Post-modernidad jurídica: El derecho estático frente la privatización del derecho. 1.2 Autorregulación e Internet: el *soft law* como instrumento de desarrollo del comercio electrónico. 1.3 La intervención del Estado: formas de corregulación: 1.3.1 Promoción de códigos de conducta. 1.3.2 La homologación de códigos de conducta. 1.3.3 Promoción institucional de contratos-tipo. 1.3.4 Los Códigos como técnica de regulación. 1.3.5 La incorporación normativa de los códigos. 1.3.6 La utilización jurisprudencial de las normas alternativas. 1.3.7 Redes de responsabilidad pública e integración de la iniciativa privada. –2. Manifestaciones de la privatización en la regulación sectorial: autorregulación y corregulación.–3. Manifestaciones jurídicas de la autorregulación: los instrumentos de recepción por el sistema: 3.1 Códigos de conducta y *labels*: aproximación conceptual. 3.2 La base voluntaria de la autorregulación: 3.2.1 Contractualización de las conductas y asunción unilateral de contenidos. 3.2.2 La adhesión a un código de conducta o a un sistema de certificación. 3.2.3 Autorregulación y contenido contractual: entre el clausulado y la integración contractual.–3.3 La modelación de los estándares de diligencia o de seguridad desde el *soft law*: 3.3.1 La contribución del *soft law* a la *lex artis*. 3.3.2 Contribución a la obligación de seguridad y a la responsabilidad por daños.–3.4 Más allá del principio de relatividad: en torno a una eficacia normativa general de la autorregulación.–4. Autorregulación y resolución alternativa de conflictos. En particular, las *on-line dispute resolutions*: 4.1 Autorregulación y medios electrónicos. 4.2 La necesidad de una plataforma: ECODIR. 4.3 Formas de resolución de conflictos en línea: Ombudsman, negociación, mediación y arbitraje: 4.3.1 Servicios de atención al

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Programme d'Études Canadiennes del Conseil International d'Études Canadiennes (2008-2009). Agradezco al Centre de Recherche en Droit Public (Université de Montréal) y a su director, Prof. Karim Benyekhlef, su generosa colaboración que lo ha hecho posible.

cliente y Ombudsmen. 4.3.2 Negociación y mediación. 4.3.3 Arbitraje y fórmulas mixtas. 4.3.4 El arbitraje electrónico.

RESUMEN

La autorregulación es una manifestación de auge de la sociedad civil. La llamada gobernanza, característica del Estado post-moderno, pone de relieve la crisis del Estado convencional, que monopoliza la regulación y la actuación de los intereses públicos. El derecho que proviene de la sociedad recibe diferentes denominaciones: protocolos, buenas prácticas, recomendaciones, códigos de conducta, etc. Pero el Estado también absorbe el soft law, al promocionar, homologar o utilizar los códigos de conducta, hasta llegar a plantear su integración en el sistema de fuentes jurídicas. Vista su base voluntaria, la autorregulación puede analizarse como una contractualización de las conductas o una promesa unilateral: el profesional se adhiere a un código y asume determinados comportamientos en sus relaciones externas. Asimismo, el soft law modela los estándares de diligencia o de seguridad y contribuye a definir la responsabilidad contractual o por daños. Las técnicas de resolución alternativa de conflictos son otra manifestación de la autorregulación, especialmente en sectores deslocalizados como Internet. La implantación de las ODR recomienda utilizar plataformas, incluso promovidas por el poder público como será el caso de la institucionalización del sistema arbitral de consumo.

1. LAS MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA GOBERNANZA

1.1 **Post-modernidad jurídica: El derecho estático frente a la privatización del derecho**

La mundialización de la economía y de los intercambios corre paralela al fenómeno neoliberalista, ordenado en torno al concepto de gobernanza, cuyas manifestaciones jurídicas permiten destacar el desarrollo de la autorregulación. Esto se produce en un contexto de pérdida de protagonismo del Estado moderno frente a los actores económicos y sociales; en definitiva, los poderes fácticos. El crecimiento de colectivos heterogéneos (sector bancario, industrial, organizaciones de consumidores, internautas, ONG) con poder económico, capacidad de opinión o mediática, se traduce en poderes fácticos, de decisión, autogestión y, también, de autorregulación.

Frente a los resortes del Estado tradicional, productor de un derecho estático, legitimado por su procedencia de los órganos estatales competentes, surge una nueva normatividad nacida de la sociedad y justificada en la efectividad de la gestión. La crisis del Estado moderno y la eclosión de diversas formas de post-modernidad, a nivel político o sociológico, encuentran su reflejo jurídico en una crisis del derecho nacido y aplicado bajo la acción de la autoridad o *imperium*, frente a la pujanza de nuevas formas de regulación legitimadas en cualidades como la especialización, la buena gestión y la transparencia. Bien es cierto que los acontecimientos económicos globales también han puesto en entredicho la autogestión exenta de controles eficaces, crisis que ha recuperado el papel del Estado capaz de imponer valores de orden público y a quien se reclama de nuevo el ejercicio del monopolio del poder.

Es conocida la teoría que sitúa la gobernanza en la crisis de las instituciones de la democracia representativa, propia del Estado moderno, e identifica el resurgir del protagonismo de la sociedad civil con un nuevo ciclo de post-modernidad². La expresión «gobernanza» es significativamente distinta al «gobierno», referido al Estado autoritario y estructurado en sistemas de legitimidad. Es un fenómeno con múltiples manifestaciones en cualquier actividad que requiera una gestión susceptible de protocolización, como es el caso de la *corporate governance*, la democratización del funcionamiento empresarial, de las organizaciones internacionales o de la administración³, método que transciende a los planteamientos de los órganos políticos⁴. Se pone así

² Véase un revelador análisis histórico del agotamiento del Estado representativo, construido frente al poder de la Iglesia o la nobleza, y de la reconstrucción del poder socio-económico en BENYEKHEF, Karim: *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2008, pp. 505 ss.

³ Véase MOREAU DEFARGES, Philippe: *La gouvernance, Que sais-je?*, PUF, Paris, 2003, pp. 19-20. Para un análisis de la participación de los usuarios en los sectores de la salud y la educación y su relación con la masificación de las políticas sociales, véase HAMEL, Pierre, y JOUVE, Bernard: *Un modèle québécois? Gouvernance et participation dans la gestion publique*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2006, p. 44; GAUDIN, Jean-Pierre: *Pourquoi la gouvernance?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002, p. 61.

⁴ Véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001], que ponía de manifiesto la concienciación de la Unión Europea en aplicar los principios de la buena gobernanza a su responsabilidad mundial y la necesidad de apertura de los agentes gubernamentales y no gubernamentales. El documento sienta el concepto de «gobernanza» en torno a «las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia». Destaca que la mejora en la efectividad de las políticas pasa por implicar a los sectores sociales: «La reforma de la gobernanza aborda la cuestión de cómo la UE utiliza los poderes que le

de relieve la crisis del ejercicio tradicional de la autoridad, basada en la asimetría y la unilateralidad a favor de nuevos parámetros de cooperación y adhesión, de forma que la gestión de temas colectivos y la solución de problemas ha escapado del control exclusivo del Estado, para implicar y consultar a los sectores empresariales y sociales, así como a los nuevos protagonistas de la vida pública como las organizaciones no gubernamentales o los grupos de expertos⁵.

Sin ánimo de profundizar en la hipótesis de un nuevo sistema nacido de las insuficiencias del Estado (que a nuestro parecer tampoco podría prescindir del mismo), sí cabe destacar la existencia no sólo de un nuevo método de hacer derecho⁶, sino también de una normatividad alternativa, ajena al poder político, aunque dotada de legitimidad en la medida que describe comportamientos seguidos por un colectivo⁷. El cambio social y político está provocando un cambio jurídico: el advenimiento de un derecho «post-moderno» alternativo al derecho formal del Estado liberal⁸. Así, se normalizan expresiones que tienden a superar la pretendida fractura entre lo jurídico y lo social, poniendo de relieve la dicotomía entre

otorgan sus ciudadanos. Se refiere a la manera en que las cosas podrían y deberían hacerse. El objetivo es abrir el proceso de decisión política para dotarlo de unos mayores niveles de integración y responsabilidad. Un mejor uso de sus poderes debería permitir a la UE una conexión más directa con sus ciudadanos y dar lugar a unas políticas más efectivas. Con este propósito, la Unión deberá combinar más eficazmente diferentes instrumentos de acción pública, tales como la legislación, el diálogo social, la financiación estructural o los programas de acción. Esto debería contribuir a reforzar el método comunitario».

⁵ Véase CHEVALLIER, Jacques, «La gouvernance et le droit», *Mélanges Paul Amselek* (dir. G. Cohen-Jonathan, Y. Gaudemet, R. Hertzog, P. Wachsmann, J. Waline), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 189-190. Asimismo, SCHULTZ, Thomas: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 113.

⁶ La técnica de los libros verdes, habitual en el contexto de la Unión Europea, representa una procedimentalización de los procesos de consulta y la normalización de los contactos a nivel europeo entre agentes sociales: consumidores, expertos, *stakeholders*, etc. Asimismo, se oficializan grupos de expertos y estructuras consultivas. Este substrato habilita la creación de pensamiento y finalmente de derecho negociado.

⁷ Véase ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981 (ejemplar accesible en <http://www.reds.msh-paris/publications/coll-vir.htm>), quien destacaba la importancia de la función de sistematización independientemente de su origen (p. 24): «La systématisation de la connaissance juridique constitue l'une des fonctions de la raison juridique. L'autre consiste dans la systématisation des raisonnements et des conduites».

⁸ Véase PECH, Laurent: «Droit & gouvernance: vers une "privatisation" du droit», *Document de travail de la Chaire MCD*, <http://www.chaire-mcd.ca/>, mars 2004. El autor pone de relieve (p. 13) la expresión «juristas del mercado», frente a los «juristas de Estado», símil de la reconstrucción social frente a la del Estado, que sucede a la histórica construcción del Estado frente al poder papal. Para una reformulación de la evolución de la norma y un análisis contemporáneo de las normativas alternativas, véase BENYEKHEF, Karim: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 559.

órdenes normativos (estático u oficial *versus* no estático)⁹ y la emergencia de «normativas alternativas»¹⁰.

La emergencia de lo social representa un pluralismo evidente, también en el orden jurídico, que se manifiesta en una mezcla de órdenes normativos: la difusión de recomendaciones y buenas prácticas, de principios-marco, de entidades de certificación de productos o servicios, de códigos de conducta cuyo valor es incluso reconocido por el poder público, la potenciación de la resolución alternativa de conflictos o la cristalización normativa de contratos-tipo. La fragmentación ha desplazado al poder fuera de las instituciones políticas representativas, debilitando la acción legislativa estatal a favor de formas de regulación empíricas, eficaces en cuanto se adaptan a situaciones cambiantes. En este sentido, el derecho post-moderno se califica de *soft law* o *droit mou* o de *droit négocié*¹¹. Esta realidad es particularmente evidente en el contexto de Internet, refractaria a la noción clásica de soberanía y producto de la actividad convergente de diferentes focos de interés¹².

Se codifican conjuntos de procedimientos o de prácticas que se justifican por su eficacia comprobada. Así, ganan carta de naturaleza los protocolos de comportamiento, las auditorías, las agencias de regulación y de observación, la trazabilidad de las decisiones, las autoridades independientes de certificación, las iniciativas de compromiso social de las empresas; en definitiva, existe una difuminación entre lo lucrativo y lo no lucrativo, entre lo público y lo privado, incluso en la gestión de servicios antaño públicos (por ejemplo, las redes de servicios sociales, integradas por entidades públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, dirigidas por planes públicos e integradas en redes públicas)¹³.

La multiplicación de focos de producción normativa puede provocar cierta crisis en la dogmática jurídica, ya que las nuevas

⁹ Véase MACDONALD, Roderick A.: «Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LDGJ - Institut canadien de recherches avancées, Paris, 1996, p. 242.

¹⁰ Véase BENEKHELF: *Une possible histoire de la norme...* cit., p. 759.

¹¹ Al derecho moderno le sigue un derecho post-moderno, pluralista, negociado, que se justifica en la medida que representa una optimización y la fijación de buenas prácticas. Véase CHEVALLIER, Jacques: «La régulation juridique en question», *Droit et Société*, 49-2001, p. 834.

¹² Véase BENEKHELF: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 723, poniendo de relieve la convergencia entre actividad procedente del Estado, del mercado, del sector non profit, de las corrientes de opinión. Destaca la idea de interacción vinculada a la noción de gobernanza MOCKLE, Daniel: «Mondialisation et État de Droit», *Mondialisation et État de Droit*, dir. D. Mockle, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 57 y 74-75.

¹³ Frente al Estado-providencia surge el Estado que gestiona, impulsa, busca partenariatos entre lo público y lo privado, véase BENEKHELF, Karim: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 28; GAUDIN: *Pourquoi la gouvernance?*, cit., p. 72.

formas de regulación no tienen por qué encajar en las categorías tradicionales: en este sentido se ha afirmado que «la dogmática sirve para analizar la normatividad jurídica pero no aparece ya como el único elemento empírico»¹⁴.

Por ejemplo, esta heterogeneidad o «*mélée normative*»¹⁵ escapa a la idea de jerarquía y al sistema de fuentes tradicional, a menudo diverso en función del cuerpo normativo¹⁶. De ahí la conocida subversión de la pirámide de Kelsen. Se ha afirmado que «le paradigme dominant du droit, la pyramide, disparaît au profit du réseau»¹⁷. La toma de decisiones descentralizada supera la jerarquía piramidal, cristaliza en una complejidad normativa realmente extendida en determinados sectores como Internet¹⁸ y provoca interacciones sin relación clara con la jerarquía normativa¹⁹.

Un factor importante en esta falta de nitidez dogmática se halla en la llamada privatización del derecho, considerada como algo más que la utilización de la técnica contractual para crear una *lex inter partes*, es decir, considerada como una fuente de derecho con una capacidad de aplicación general²⁰. La privatización es una consecuencia de la intervención de actores privados en la producción de normas, de un policentrismo que desdibuja la sistematización característica del Derecho²¹. La nueva legitimidad provendría de la autorregulación, del consenso colectivo o negociado y no necesariamente impuesto²². Centrándonos en el Ordenamiento español, la

¹⁴ Véase MACDONALD, *op. cit.*, p. 245.

¹⁵ De nuevo MACDONALD, *op. cit.*, p. 244.

¹⁶ Es difícil enumerar los diferentes tipos de órdenes normativos. Porque cada orden jurídico es también un orden social, aunque no exclusivamente: deviene un elemento de un orden social que se regula por diversos órdenes entremezclados, resultado de fluctuaciones que arrojan un orden jurídico dado, válido para un momento determinado en un momento de fluctuaciones técnicas y sociales rápidas y complejas; véase MACDONALD (p. 262).

¹⁷ Véase BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme*, p. 717.

¹⁸ OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel: *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 44.

¹⁹ OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel: *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987, p. 215

²⁰ PECH, «Droit & gouvernance...» cit., p. 18: «Par “privatisation”, on entend un phénomène multiforme qui, dans sa dimension la plus neutre, se traduit par l’influence des principes et instruments propres au droit privé et dans sa dimension la plus révolutionnaire, se traduit par la marginalisation de l’État et des institutions représentatives au profit d’acteurs privés ou “civils”, phénomène qui peut être constaté tant au niveau interne qu’externe».

²¹ PECH, «Droit & gouvernance...» cit., p. 23, llega a afirmar: «L’État apparaît nettement marginalisé et des normes sont bien produites sans que l’État puisse toujours imposer sa tutelle ou médiation. L’intensité de ce phénomène est certes toutefois variable. Les acteurs privés peuvent produire des règles qui doivent servir de modèle à l’État. De manière plus ambitieuse encore, les acteurs privés peuvent tenter de s’autoréguler en produisant un corps de normas “autonomes” par rapport aux ordres jurídicos des États».

²² Véase ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique. Vol. 2: Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris 2003, p. 306:

ley reconoce el fenómeno y la expresión: por ejemplo el artículo 32.1 *in fine* de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) reconoce que los instrumentos de autorregulación son un medio adecuado para facilitar la solución extrajudicial de conflictos entre el prestador y el destinatario de los servicios de la sociedad de la información. El artículo 7.4.a) de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se refiere a la existencia de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, *de carácter público o privado* al prever el contenido de la información previa que el prestador debe proporcionar al consumidor²³.

1.2 Autorregulación e Internet: el *soft law* como instrumento de desarrollo del comercio electrónico

Sin duda Internet es un campo sujeto a regulación legal por razones de orden público y de seguridad. Siguiendo el vocabulario poco convencional que hemos adoptado al abordar este trabajo, diríamos que existe un sistema normativo «estático» imprescindible al funcionamiento del sistema. No obstante, si atendemos a actividades concretas (utilización de motores de búsqueda, contratación de productos o servicios específicos en línea) constatamos la normalización de políticas de privacidad, de buenas prácticas comerciales, la sujeción a códigos de conducta o la exhibición de certificados que atestiguan la idoneidad del sitio, no sólo conforme a la ley, sino también a parámetros de conducta o estándares de calidad voluntariamente asumidos y de reputación reconocida en la red²⁴. Sin dudar de la necesidad de una regulación de sector y de un

«Le droit comme ensemble prescriptif tend à comprendre, à côté de l'instrument étatique légitimement édicté par l'autorité représentative du corps des citoyens auquel il s'impose, des normes juridiques issues de modes de gestion négociée des relations sociales où interviennent les intéressés eux-mêmes dans leur propre contexte, et qui peuvent être regroupés sous le vocable de "gouvernance"».

²³ Para una aproximación a la normativa española que apela a los códigos de conducta, véase FERNÁNDEZ MAGARZO, María del Rosario: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», *Estudios sobre Consumo*, 84, 2008, pp. 77 ss.

²⁴ En relación con los requisitos necesarios para admitir el valor normativo empírico de estas normas, véase POULLET, Yves: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique», *Revue Ubiquité*, n.º 5, junio 2000, pp. 61-62, que enumera: el reconocimiento de la competencia de los autores de los códigos por sus destinatarios (así, la resultante de su evaluación por asociaciones de consumidores), la relación de conformidad del código con una norma superior (no puede contrariar una norma legal imperativa; deben mejorar las previsiones o habilitar un buen método de cumplimiento) y una relación de efectividad o eficacia disuasiva (una capacidad de imposición intrínseca, o a través de sistemas de resolución alternativa de conflictos).

marco normativo del comercio electrónico, nos proponemos incidir sobre estas modalidades de regulación alternativa²⁵.

Internet ilustra el mencionado cambio de los focos de producción de normatividad que, junto a los Estados, se sitúan también en los foros internacionales, las redes de especialistas, la industria, los actores y las comunidades de intereses donde se generan las tendencias²⁶. De nuevo, hallamos la autorregulación o la co-regulación, producción normativa al ras de las necesidades, resultante de la negociación o del diálogo colectivo, de procesos consultivos que incorporan a implicados y expertos, que cristaliza en la difusión de buenas prácticas, de protocolos de conducta. De hecho, los actores de Internet ordenan su conducta en consideración a una multitud de parámetros que se ordenan bajo la expresión *lex electrónica*, en claro paralelismo con la función que tuvo la *lex mercatoria*²⁷. Ordena Trudel las fuentes de la *lex electrónica* desde una doble perspectiva, ya deriven del orden jurídico, ya provengan de los grupos sociales. En este sentido, distingue entre normas institucionales, que desarrollan reglas jurídicas, y normas sustanciales (arquitectura técnica y prácticas contractuales y usos, capaces de generar reglas de conducta aceptadas por la comunidad de usuarios).

El nivel de complejidad de las normas de conducta sociales también varía. Cabe recordar el ejemplo de Netiquette²⁸ y, actualmente, la promoción de los códigos de conducta para el fomento de la confianza en línea, a iniciativa de instituciones privadas, pero

²⁵ Para una visión con el vértice en la autorregulación, consúltese AMBLARD, Philippe: *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue inter-normatif*, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 243. El autor considera que las normas estáticas, aun siendo imprescindibles, tienen carácter implícito y son difícilmente oponibles a los usuarios de la red, de forma que podrían crear inseguridad jurídica si no estuvieran desarrolladas por las normas autorreguladoras o normas de conducta: «élaborer des règles de conduite, c'est donc expliciter des règles étatiques ou primaires, ou plutôt tendent de remédier à leur incertitude, leur inefficacité, voire leur statisme».

²⁶ Véase TRUDEL: «L'influence d'internet sur la production normative», *Le droit international de l'internet* (dir. Georges Chatillon), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 97.

²⁷ Véase Pierre TRUDEL, que destaca cómo el ciberespacio, como nueva realidad, genera nuevas normas impulsadas por sus actores, como una metáfora de la *lex mercatoria* que regía las transacciones entre comerciantes («La *lex electronica*», <http://www.chair-elrwilson.ca/cours/drt3808/Lexelectronica-trudel.pdf>, 11): «On constate en effet que les divers contrôleurs privés de l'espace cybernétique, ainsi que les groupes de personnes s'y constituant, formulent effectivement des règles. Ces règles d'origine privée, plus ou moins formelles ou prenant la forme d'usages exprimés dans des clauses contractuelles, pourraient s'imposer dans les environnements électroniques en raison, d'une part, de la cohésion des communautés qu'elles pourraient régir et, d'autre part, en raison de la marginalisation de la norme étatique dans ces environnements définis sans égard aux juridictions territoriales».

²⁸ Neologismo resultante de la combinación entre las palabras «net» y «etiquette» y que indica el conjunto de reglas dirigidas a los actores de Internet, tal como explica TILMAN, Vincent: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», *Proceedings of the UNECE Forum on ODR*, 2003, <http://www.odr.info/unece2003>, p. 1.

también en desarrollo de un mandato legal²⁹. En efecto, el Estado ha asumido la responsabilidad de encauzar la autorregulación ejerciendo funciones de certificación u homologación de códigos de conducta (cfr. Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información, así como los requisitos y procedimiento de concesión).

1.3 La intervención del Estado: formas de correulación

Si la gobernanza se caracteriza por la gestión dialogada, no deben subestimarse las relaciones de poder y los desequilibrios entre los actores sociales que quiebran la igualdad tanto en la información disponible como en la capacidad de intervención en los procesos de decisión. La verificación de procesos realmente democráticos y equilibrados no deja de ser un resultado deseable aunque poco probable sin instrumentos de fomento o de control por parte del poder público³⁰. Se cae pues en «*l'incontournable question du gendarme*»³¹.

El Estado post-moderno asume un papel garantista. Una gobernanza alternativa al derecho no es viable sin un cuadro institucional y unos mecanismos de control y equilibrio³². El Estado, entonces, no sólo asume la efectividad de los principios de orden público, sino también un papel organizador, previendo y gestionando los riesgos del sistema, asegurando la pluralidad, la satisfacción de derechos y tutelando la posición de los elementos débiles, muy diversos, desde un punto de vista social o económico (consumidores, internautas, personas con riesgo de exclusión, discapacitados y dependientes, tercera edad, menores)³³. Vistas las insuficiencias de la autorregulación, debe convenirse en que es preciso corregir

²⁹ Para un análisis de la autorregulación en el comercio electrónico desde la perspectiva de la fiabilidad y la confianza, véase SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, cit., p. 103.

³⁰ Véase PECH, Laurent: «Droit & gouvernance..», cit., pp. 50 y 57.

³¹ Véase MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, cit., p. 116.

³² CHEVALLIER, Jacques: «La gouvernance et le droit», *Mélanges Paul Amselek*, dir. G. Cohen, Y. Gaudemet, R. Herzog, P. Wachsmann, J. Wahne, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 196.

³³ Véase CHEVALLIER, Jacques: «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», *Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation*, vol. 4, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 144, donde presenta al Estado como «instrumento de orden en un sistema organizado». No obstante matiza que el «Estado regulador» no es el «Estado intervencionista o dirigista», pues su finalidad es mantener el equilibrio de conjunto, trazar los principios, intervenir en tutela de los débiles (p. 146).

desviaciones y preservar el interés general³⁴. Así, puede asumir un control sobre la autorregulación disponiendo los principios sobre los que debe construirse e interviniendo en caso de ser necesario³⁵. En realidad, el poder público no hace dejación, sino que incorpora la autorregulación reconociéndole un valor complementario, interviniendo en su diseño y funcionamiento³⁶ o promoviendo su difusión (cfr. p.e. el citado artículo 44 de la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores, que obliga a los Estados miembros a promover el conocimiento de los códigos de conducta a los consumidores).

Revisemos algunos ejemplos de esta tendencia a la integración de la norma alternativa por el Estado.

1.3.1 PROMOCIÓN DE CÓDIGOS DE CONDUCTA

La promoción de códigos de conducta se dirige a poner en práctica y optimizar la aplicación de la ley, preservando su carácter voluntario, tal como indica el Cdo. 49 de la Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico en el mercado interior³⁷. El artículo 18 LSSICE impone a las Administraciones públicas la función de impulsar, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en dicha Ley. Esta actividad se caracteriza por el consenso y la participación de los actores implicados, en particular de los que pueden considerarse más vulnerables, como los consumidores y usuarios y las personas con discapacidades físicas

³⁴ Véase SCHULTZ, 119. Para MOREAU DEFARGES, Philippe: *La gouvernance*, cit., p. 27, importa más la fijación de reglas y su correcta aplicación, de forma que el papel del Estado se situaría al principio (fijación de reglas) y al final (control sobre su aplicación). No obstante aventura aún que este papel también puede diluirse, apareciendo el Estado como un actor más en colaboración con una sociedad que persigue y aplica la autorresponsabilidad.

³⁵ Véase POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...», cit., pp. 67-68: «le droit étatique se doit de fixer au moins les standards à partir desquels se décline l'autoréglementation et les autres techniques normatives et veiller à ce que les mécanismes de mise au point de ces techniques de réglementation et l'application du contenu de ces normes privées soient transparentes et prennent en compte l'intérêt des divers auteurs».

³⁶ Véase POULLET, Yves y BERLEUR, Jacques: «Quelles régulations pour l'Internet?», *Gouvernance de la société de l'information. Loi-Autoréglementation-Ethique*, dir. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Bruylant, Facultés Notre-Dame de la Paix de Namur, 2002, pp. 150-151.

³⁷ Véase el artículo 16 sobre códigos de conducta: «Les États membres et la Commission doivent encourager l'élaboration de codes de conduite. Cela ne porte atteinte au caractère volontaire de ces codes et à la possibilité, pour les parties intéressées, de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes».

o psíquicas, a través de las asociaciones y entidades representativas.

1.3.2 LA HOMOLOGACIÓN DE CÓDIGOS DE CONDUCTA

La homologación de los códigos representa un paso más al garantizar una supervisión y seguimiento públicos. Por ejemplo, la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos, contempla la elaboración por los sectores empresariales, las asociaciones de consumidores y la Administración, de códigos de buenas prácticas destinados a garantizar la seguridad general de los productos, sometidos a la aprobación final por los órganos administrativos competentes. Pone a cargo del Instituto Nacional del Consumo la elaboración y aprobación de códigos de ámbito estatal, previa consulta con la Comisión de Cooperación de Consumo³⁸.

También la Disp. final 8.^a LSSICE prevé la creación de un distintivo de adhesión a códigos de conducta con determinados niveles de garantía y en particular que incluyan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores. El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información articula los requisitos mínimos del distintivo público de confianza en línea (art. 4), que deberá mejorar o incrementar las garantías legales, prever un sistema de resolución extrajudicial de conflictos de conformidad con el propio Real Decreto y asumir compromisos específicos en relación con problemas concretos planteados a los consumidores y usuarios de un sector, correspondiente a las actividades del prestador de servicios. Se prevé, además, que el propio código integre procedimientos de evaluación independientes para comprobar el cumplimiento del código por los prestadores adherido así como un régimen sancionador adecuado, eficaz y disuasivo. No obstante, es

³⁸ Disposición Adicional 2.^a 3 del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos: «Estos códigos podrán precisar, entre otros aspectos, el alcance del seguimiento por parte de los productores de los productos puestas en el mercado, las actuaciones que deben emprender en caso de sospecha razonable de la existencia de un riesgo, sus pautas de comportamiento, los sistemas de compensación e indemnización a los consumidores, los procedimientos de diálogo y comunicación con las Administraciones públicas y los medios de notificación a productores y distribuidores.»

la Administración la que concede y retira el distintivo a las entidades promotoras (arts. 11 y 12)³⁹.

En materia de protección de datos personales, el artículo 32 LOPD también legitima a los actores sectoriales a promover códigos de conducta o códigos deontológicos o de buena práctica profesional, que deben inscribirse en el Registro General (o autonómicos) de Protección de Datos. No obstante, podrá denegarse la inscripción si se considera que el Código no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias, en cuyo caso el Director de la Agencia de Protección de Datos requerirá a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas. De nuevo, aparece una forma de control y en definitiva de homologación sobre los Códigos inscritos, que certifican la bondad del mismo y de los procederes de las entidades que los han promovido.

1.3.3 PROMOCIÓN INSTITUCIONAL DE CONTRATOS-TIPO

A veces la autoridad asume la promoción institucional de modelos normativos privados a través de contratos-tipo. Pueden consistir en una mera recomendación o en alternativas no excluyentes junto a otras opciones igualmente refrendables. Constituye un ejemplo de lo primero el Acuerdo Europeo relativo a un Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, negociado y adoptado por las Asociaciones europeas de consumidores y del sector del crédito que ofrecen créditos vivienda y destinado a ser aplicado por cualquier entidad que ofrezca créditos vivienda al consumidor⁴⁰. Asimismo, cabe poner de relieve el informe favorable que la Comisión de Cooperación de Consumo formuló en relación al Pliego de Condiciones Particulares o Contrato de Compraventa de Vivienda, su Anexo, las Condiciones Generales de dicho contrato y las Estipulaciones especiales en las Viviendas de Protección Oficial (VPO), consensuados por los diferentes agentes sociales implicados bajo el impulso de las autoridades de consumo, declarándolas ajustadas a la legislación de consumo⁴¹. Hallamos un ejemplo de lo segundo en la Circular 2/2000, de 30 de mayo,

³⁹ La Orden ECF/215/2007, de 30 de mayo, por la que se establece el procedimiento de otorgamiento y retirada del distintivo público de confianza en línea, así como el ejercicio de las funciones destinadas a velar para el mantenimiento de los requisitos que justifiquen su otorgamiento atribuye las competencias sobre las entidades promotoras domiciliadas en Cataluña a la Agencia Catalana del Consumo.

⁴⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement_es.pdf

⁴¹ <http://consumo-inc.es/informes/interior/informes/frame/documentos/vivienda.htm>

de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece un modelo normalizado de contrato-tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, de uso voluntario pero que se presenta como una contribución a la transparencia del mercado y a la protección del inversor, así como una simplificación de los trámites de verificación del contrato-tipo, de forma que las entidades pueden utilizarlo con la garantía de su adecuación, sin perjuicio de que la capacidad individual o colectiva (asociaciones de profesionales) de elaboración de los mismos⁴². Asimismo, la Ley 2/2000, de 7 enero, que regula los contratos tipo de productos agroalimentarios, y cuyo objeto es regular sus criterios y formas de homologación, define su contenido mínimo obligatorio, las funciones de las comisiones de seguimiento y el trámite e incidencias de la solicitud.

1.3.4 LOS CÓDIGOS COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN

A veces, es la autoridad la que se vale de la técnica del Código para regular una actividad, utilizando antecedentes debatidos en distintos foros, aunque con una voluntad inequívoca de pautar obligatoriamente la actividad por razones de orden público. Revelador es el título de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano⁴³. Volviendo a la regulación de las inversiones, el Real Decreto 629/1993, de 3 mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, regula el código general de conducta de las entidades que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores, elaborado sobre la base de directrices del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas. Establece la obligación de cumplir el código e impone a las entidades la obligación de elaborar reglamentos

⁴² El artículo 14 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, Normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, prevé los contratos-tipo obligatorios que, además de adecuarse a la legislación de protección de los consumidores y usuarios (actualmente Real Decreto 1/2007), deben contener los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores y que se someten a la verificación previa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁴³ También utiliza la técnica del contrato-tipo, como una forma de poner en práctica contratos normados, es decir, con un contenido obligatorio o fuertemente intervenido, con la finalidad de tutelar los destinatarios de los mismos, en particular los consumidores y usuarios: véase el artículo 108 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que prevé modelos de contrato-tipo relativos a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que estén sujetos a obligaciones de servicio público.

internos de conducta. Asimismo, la resolución de 30 de diciembre de 2002 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información pública el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, que tiene carácter vinculante y debe formar parte de los contratos tipo.

1.3.5 LA INCORPORACIÓN NORMATIVA DE LOS CÓDIGOS: LAS PRÁCTICAS DESLEALES

Recientemente, se observa una tendencia a integrar los códigos de conducta en la regulación las prácticas comerciales. Se reconoce pues la relevancia jurídica de la suscripción de un código con el fin de contribuir a la calificación jurídicamente una conducta. Así se observa en la Directiva 2002/59/CE sobre prácticas comerciales desleales^{43 bis}. De acuerdo con su Anexo I, son prácticas desleales en cualquier circunstancia, en la categoría de engañosas las que consistan en «afirmar el comerciante ser signatario de un código de conducta no siendo cierto», «exhibir un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente sin haber obtenido la necesaria autorización» y «afirmar que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o de otro tipo no siendo cierto». Asimismo, es una práctica engañosa la afirmación de que se dispone de una acreditación u autorización oficial (concretamente, que «un comerciante (incluidas sus prácticas comerciales) o un producto ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado cuando éste no sea el caso, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización»). De hecho, la Directiva 2002/59/CE ya anuncia en sus Considerandos que va a reconocer el papel de los códigos de conducta, no sólo para analizar las prácticas concretas de un comerciante, sino también para facilitar la aplicación de sus principios, admitiendo que los propios códigos pueden facilitar el control de las prácticas comerciales descargando las vías administrativas o judiciales (Cdo. 20). Para ello tiene que reconocer también el papel de los promotores del código, verdaderos redactores de normas conductuales, con competencias para modificarlas y controlar su aplicación. Así, el artículo 2. g) define el responsable del código como «cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración

^{43 bis} Transpuesto ya en fase de corrección de este trabajo, por Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. El art. 39 de la Ley 3/1991 de Competencia desleal prevé que las acciones de cesación y de rectificación, cuando la conducta desleal consista en el incumplimiento del compromiso asumido a través de un código de conducta, deben instarse previamente ante el órgano de control. Se institucionaliza así el sistema normativo completo basado en el compromiso voluntario.

y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo».

Ello no es obstáculo para atribuir al Estado una capacidad de control sobre los contenidos de los Códigos, estableciendo las sanciones legales que considere oportunas contra los promotores que infrinjan los derechos legales de los actores implicados, y sin perjuicio tampoco de la capacidad del juez para analizar las relaciones privadas a la luz de los pactos que se desprendan de la suscripción de los códigos y de la contratación amparada en ellos⁴⁴.

1.3.6 LA UTILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS NORMAS ALTERNATIVAS

Las normas alternativas también se han utilizado por la jurisprudencia a la hora de interpretar la ley⁴⁵. Por ejemplo, a falta de desarrollos normativos concretos y con anterioridad a la transposición de la Directiva 2007/64/CE de 13 de noviembre de 2007 sobre los servicios de pago en el mercado interior, las recomendaciones de la Comisión europea al respecto han sido referentes interpretativos y de integración de los clausulados⁴⁶ y han permitido utilizar criterios limitativos de la responsabilidad para el titular del medio de pago o para fijar el carácter abusivo de cláusulas de exclusión de responsabilidad en casos en que poco había podido intervenir el usuario, como la clonación de tarjetas⁴⁷.

⁴⁴ Artículo 11.1.2.b) Directiva 2002/59/CE. Corresponderá a cada Estado miembro decidir si los procedimientos que adopte para combatir las prácticas comerciales desleales «si podrán utilizarse contra el responsable de un código en caso de que el código en cuestión fomenta el incumplimiento de requisitos legales». El artículo 17 de la misma establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para informar a los consumidores de la ley nacional por la que se incorpora la presente Directiva a su ordenamiento interno, y, cuando proceda, alentarán a los comerciantes y a los responsables de códigos a informar a los consumidores de sus códigos de conducta.»

⁴⁵ Destaca esta función de la normatividad alternativa BENYEKHELF: *Une possible histoire de la norme*, cit., pp. 815-817.

⁴⁶ Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 (87/598/CEE), sobre el Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico; Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 (88/59/CEE), relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas; la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997 (97/489/CE), relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos.

⁴⁷ Pueden consultarse las STS núm. 1212/2001 (Sala de lo Civil), de 21 de diciembre (RJ 2001/10053); SAP Madrid núm. 15/2004 (Sección 13.ª), de 11 de mayo AC 2005/832; SAP de Asturias núm. 69/2005, de 15 de febrero (AC 2005/422); SAP de Zaragoza núm. 182/2005, de 12 de abril (JUR 2005/134564); SAP de Valencia núm. 200/2006, de 17 de mayo (AC 2006/1647); SAP Baleares núm. 160/2006 (Sección 3.ª), de 6 abril JUR 2006/144281; SAP Madrid núm. 256/2006 (Sección 14.ª), de 25 de abril AC 2006/873.

1.3.7 REDES DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA E INTEGRACIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA

La gestión delegada por el poder público a las entidades privadas constituye una manifestación ejecutiva, asentada en la previsión normativa de un sistema de responsabilidad pública pero de ejecución privada. Así ocurre en las redes sanitarias o las redes de servicios sociales. En este sistema de cogestión, la responsabilidad pública se manifiesta en la ordenación del sistema, asumiendo los poderes públicos una función rectora de los objetivos y recursos, así como de los estándares de los centros acreditados o integrados. De esta forma aprovecha el potencial del sector privado, mercantil o de iniciativa social (tercer sector), creando un entramado de colaboración entre lo público y lo privado, tal como evidencia el artículo 16 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

2. MANIFESTACIONES DE LA PRIVATIZACIÓN EN LA REGULACIÓN SECTORIAL: AUTORREGULACIÓN Y CORREGULACIÓN

La autorregulación representa el primer estadio de la elaboración de normas por los propios actores⁴⁸, sistema que se revela descentralizado, exento de jerarquía y dotado de una cierta capacidad de autoejecución o *self enforcement*⁴⁹. Es sabido que las manifestaciones originarias fueron empíricas y respondieron a una necesidad de gestión inmediata y reiterada que fue cuajando en una normatividad negociada⁵⁰, cada vez más compleja, horizontal, resultante de una internormatividad entre elementos legales, estatutarios, contractuales⁵¹.

⁴⁸ Véase TRUDEL, Pierre: «Les effets juridiques de l'autoréglementation», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1989, vol. 19, n.º 2, p. 251.

⁴⁹ Véase DU MARAIS, Bertrand: «Autorrégulation et co-régulation des réseaux», *Le droit international de l'internet* (dir. Georges Chatillon), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 295.

⁵⁰ Véase BELLEY, Jean-Guy: «Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique», *Droit négocié, Droit imposé?* dir. P. Gérard, F. Osy et M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 556, quien destaca la versatilidad del concepto, detectable en múltiples sectores sociales y económicos.

⁵¹ Véase BELLEY, «Le contrat comme phénomène d'internormativité», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LDGJ - Institut Canadien de Recherches Avancées Paris, 1996, pp.196-197, quien analiza multitud de ejemplos en torno a la casuística generada por la sociedad Alcan, productora de aluminio en Québec que creó un campo de actuación normativo con sus proveedores y clientes. Destaca el autor la creación de contratos-tipo donde la sociedad se presenta como entidad sometida al derecho general canadiense, que contrastan con contratos menos relevantes donde no se hace referencia al encuadre del derecho estatal. También pone de relieve cómo la sociedad dispuso sus propios reglamentos internos al amparo de la Ley canadiense de sociedades comerciales y generó clausulados propios y contratos normalizados impuestos a sus clientes en aras a la eficiencia de su gestión interna y rentabilidad (pp. 207 y 211).

Entre las cualidades de la autorregulación destaca su capacidad de contribuir a la construcción de sistemas sectoriales, cuando el propio sistema se demuestra apto para generar su regulación sin necesidad de intervención exterior (autoridad) y para adecuarla a nuevas necesidades. Los referentes clásicos de la autorregulación son el contrato y el arbitraje, ya aplique derecho autorregulado o no⁵².

El dato de la concurrencia de elementos normativos conduce al examen de la corregulación. La expresión puede tomarse en dos sentidos: como la implicación de todas las partes interesadas en un proceso normativo (así, la consulta de los distintos sectores sociales implicados previa a la toma de decisión)⁵³ o en el sentido más concreto de la promoción de este fenómeno por el poder público, que lideraría y se valdría de este instrumento en aras al interés general. Así, la corregulación designaría esta actividad estatal dirigida a encauzar, dirigir y facilitar el consenso, con el recurso diferencial de ser el titular del poder legítimo⁵⁴. Este procedimiento se estima adecuado para garantizar la pluralidad y desarrollar la confianza en el mercado, instrumentalizando la protección de los usuarios y del interés general y corrigiendo las desviaciones que puede provocar la iniciativa unilateral⁵⁵.

La autorregulación designa una multitud de nuevos espacios normativos⁵⁶: las normas alternativas presentan características muy variadas y una nomenclatura absolutamente extraña a las fuentes jurídicas clásicas: principios, políticas de privacidad, códigos de conducta o de buenas prácticas, recomendaciones, estándares técnicos⁵⁷. El derecho deviene un marco adaptable a circunstancias o sectores (de ahí la llamada descentralización de la producción normativa). Coexisten fórmulas flexi-

⁵² Véase FRISON-ROCHE, Marie-Anne: «Arbitrage et droit de la regulación», *Droit et économie de la regulación, Les risques de la regulación*, vol. 3, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 228.

⁵³ Véase MARTÍN GALICIA, Félix: «La regulación voluntaria y la defensa del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 72, enero 2005, p. 10; ROCHFELD, Judith «Les rapports entr ela regulación et le contrat renouvelés par l'Internet», *Droit et économie de la regulación, Les engagements dans les systèmes de regulation*, vol. 4, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 213.

⁵⁴ Véase DU MARAIS, Bertrand: «Autorrégulation et co-régulation des réseaux» cit., p. 296. SCHULTZ, habla de autorregulación reglamentada para clasificar la cooperación entre grupos sociales o entre instituciones públicas o privadas y el Estado, la delegación de competencias, el fomento de la participación y las consultas (*Réguler le commerce électronique*, cit., pp. 140-143).

⁵⁵ Véase ROCHFELD, Judith «Les rapports entr ela regulación et le contrat renouvelés par l'Internet», cit., p. 214.

⁵⁶ La expresión es de MOCKLE, Daniel: «Mondialisation et Etat de droit», *Mondialisation et Etat de droit* (dir. D. Mockle), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 68-69. El autor pone de relieve que los nuevos fenómenos asociados a la normalización no son exclusivos de Internet y se manifestaron previamente en los campos de la deontología o la publicidad.

⁵⁷ Véase TRUDEL, Pierre: *La lex electronica*, <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/Lexelectronica/trudel.pdf>, p. 10; BENYEKHEF: *Une possible histoire de la norme*, pp. 765 y 772; SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique*, p. 108.

bles, como las recomendaciones, las FAQs, las normas espontáneas (*netiquette*), que carecen de fuerza coercitiva, con reglas formalizadas, que se proponen estructurar comportamientos y regular la totalidad de una actividad, hasta vincular consecuencias a su inobservancia (códigos de conducta, procesos de normalización profesional)⁵⁸.

La idea de una normatividad técnica es desarrollada por autores que inciden en el carácter no neutro de los estándares técnicos. No se refieren sólo a las normas ISO y al cumplimiento de protocolos o modelos verificables, sino también al sometimiento de determinados ámbitos a las decisiones técnicas⁵⁹. La técnica no es neutra y condiciona el respeto de derechos y principios jurídicos: así, el anonimato en la red depende de las técnicas de gestión de la navegación en línea o el tipo de gestión de *cookies* que se adopte por defecto (así, si se parte de su almacenamiento y se deja al usuario la iniciativa de gestionarlos se incrementa enormemente la trazabilidad de la navegación). La *lex informatica* designa pues el conjunto de limitaciones o imposiciones que la técnica impone a las actividades en línea y en la que sin duda debe intervenir la autoridad pública para corregirlas si conculcan derechos fundamentales o el orden público⁶⁰. En este sentido, BENYEKHELF defiende la necesidad de que los juristas puedan intervenir en la llamada «regulación a través de la arquitectura» para que las opciones técnicas faciliten el ejercicio de los derechos⁶¹.

Muchos de estos recursos responden a una técnica contractual y proporcionan contenidos contractuales, de forma que devienen reconocibles por el derecho «estático», no como una norma en sentido clásico (es decir, con fuerza vinculante general), pero sí como *lex inter partes*⁶². La autorregulación se manifiesta ampliamente en técnicas de corte contractual (como los contratos tipo) o bien, de forma más elaborada, como normas comportamentales que pueden analizarse también desde el prisma obligacional (como los códigos

⁵⁸ Tomamos la clasificación de AMBLARD: *Régulation de l'Internet...* cit., pp. 106 y 109.

⁵⁹ Véase TRUDEL, Pierre: *La lex electronica*, cit., que desarrolla el concepto de norma técnica, intrínseca al ciberespacio, que está construido por la técnica misma. También REIDENBERG, Joël R., «La regulación d'Internet par la technique et la Lex informatica», *Droit et économie de la régulation, Les risques de la régulation*, vol. 3, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, pp. 81 ss.

⁶⁰ Véase REIDENBERG: «La regulación d'Internet par la technique et la Lex informatica» cit. p. 87 y p. 90 donde concluye: «les organisations publiques ont l'obligation vis-à-vis de leurs citoyens, de mettre la Lex informatica au service des valeurs publiques. Il leur faut rechercher la façon dont cette interdépendance entre les choix technologiques et la loi classique peut être gérée afin de protéger les citoyens et pour protéger les valeurs qui sont les valeurs démocratiques» (p. 91).

⁶¹ Véase BENYEKHELF, Karim: «Les systèmes intégrés d'information de justice au Canada et aus Etats-Unis», *L'Administration de justice au service des citoyens* (dir. Georges Chatillon et Bertrand du Marais), Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 193.

⁶² Véase POULLET, Yves y BERLEUR, Jacques: «Quelles régulations pour l'Internet?», cit., pp. 139-140.

de conducta) o como una norma informativa cuyo sello y régimen se ha aceptado previamente (*labels* de calidad)⁶³. Proliferación a la que se añaden pautas asumidas unilateralmente (políticas de la empresa o del sitio web) o bien aclaraciones sobre el significado de términos o procederes (preguntas frecuentes)

La autorregulación a veces encuentra herramientas o vehículos promovidos por organismos internacionales y entidades privadas. La finalidad es facilitar, canalizar o armonizar los tratos para lograr una mayor eficacia. Es el caso de los Principios Unidroit relativos a los contratos de comercio internacional, que se presentan como reglas generales aplicables cuando las partes hayan acordado regirse por las mismas y como elementos de interpretación e integración de instrumentos de leyes uniformes o leyes nacionales, así como modelos para los legisladores⁶⁴. Recientemente, el proceso de armonización del Derecho contractual europeo ha abierto un debate sobre el valor jurídico de los documentos resultantes de los trabajos de los grupos de académicos implicados, impulsado por la Unión Europea⁶⁵. En definitiva, el debate inicial, una vez reconocida la necesidad de solventar los problemas derivados del crecimiento sectorial del derecho de consumo europeo (y las consiguientes duplicidades, lagunas o incoherencias), se centraba en saber cómo se iba a usar el texto de derecho contractual armonizado, que podía valer como un improbable texto europeo vinculante o como un texto posibilista con funciones normalizadoras, un *tool box* o norma de referencia que inspirara a legisladores y prácticos del derecho en una labor lenta de armonización⁶⁶.

⁶³ Véase SUPIOT, Alain: «La loi dévorée par la convention?», *Droit négocié, Droit imposé?* (dir. P. Gérard, F. Ost y M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 631.

⁶⁴ <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>

⁶⁵ *Common Frame of Reference Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Online Edition* (prep. Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law -Acquis Group-, ed. Christian VON BAR, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE, Sellier european law publishers, Munich, 2008.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro* [Bruselas, 11.10.2004 COM(2004) 651 final], pp. 5-6. El documento señala entre las funciones posibles del CFR, su utilidad para los Estados a la hora de transponer las Directivas en materia de Derecho contractual o de inspirar legislación nacional en dicho marco para elaborar, su aplicabilidad en sede arbitral o su capacidad para inspirar cláusulas contractuales tipo voluntarias o para devenir un instrumento facultativo, aplicable voluntariamente o utilizable en vía interpretativa. Para un planteamiento inicial de la cuestión, véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción* [Bruselas, 12.2.2003 COM(2003) 68 final]. Téngase en cuenta asimismo, el *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, de la Comisión Europea [Bruselas, 25.7.2007 COM(2007) 447 final], pp. 11-12: «Según la idea inicial, se pretende que el MCR sea una “caja de herramientas” o un manual que la Comisión y el legislador de la UE utilizarán para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual (...). La Comisión considera que el MCR es un mejor instrumento regulador. Entiende que es un ejercicio a más largo plazo,

La amalgama de fuentes reguladoras genera una creciente inter-normatividad, un fenómeno de incorporación o de aceptación por un orden normativo, de reglas surgidas de otros órdenes, arrojando un modelo normativo más complejo que el simple modelo piramidal o jerarquizado⁶⁷. Usamos la expresión aludiendo, de momento, a *cualquier* orden normativo, prescindiendo de su grado de reconocimiento o capacidad de inserción en el orden jurídico producido e impuesto por el poder público.

Los mecanismos de autorregulación suelen incorporar sistemas de aplicación propios que les otorgan coherencia y los completan: atribución de distintivos o labels, sanciones previstas por el propio sistema, favorecimiento de sistemas alternativos de resolución de conflictos, incluso por medios electrónicos⁶⁸. La autorregulación es un terreno propicio para el desarrollo de modos alternativos por medios técnicos alternativos, si tenemos en cuenta que Internet es un ámbito especialmente apto para la implantación de la autorregulación⁶⁹. La expresión *On-line Dispute Resolution* (ODR) se ha normalizado, junto a la *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mostrándose adecuada para vehicular las formas de resolución de controversias ajenas a las instituciones judiciales, ya se trate de una negociación asistida, de una mediación o de un arbitraje, cuyas diferencias y modalidades se detallarán más adelante⁷⁰. De hecho, su éxito explica que se asista a un proceso de institucionalización, en una nueva manifestación de internormatividad. La institucionalización puede mejorar la previsibilidad procesal y el respeto de principios procesales básicos, aunque bien es cierto que las concepciones pueden llegar

cuyo objeto es garantizar la coherencia y calidad de la legislación de la CE en el ámbito del Derecho contractual. Podría utilizarse para establecer definiciones claras de los términos jurídicos, principios fundamentales y modernas normas coherentes de Derecho contractual al revisar la legislación sectorial en vigor o preparar legislación nueva, si se considera necesario. No tiene por objeto una armonización a gran escala del Derecho privado, ni establecer un Código Civil europeo». Consúltese, respectivamente: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com2004_es.pdf; http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_es.pdf; http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/COMM_PDF_COM_2007_0447_F_ES_ACTE.pdf

⁶⁷ Véase BENYEKHEF: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 832.

⁶⁸ Véase Poullet: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 58.

⁶⁹ Véase Mockle: «Mondialisation et État de Droit», cit., p. 69 y Trudel, Pierre et Abran, France, Benyekhef, Karim y Hein, Sophie: *Droit du cyberspace*, Université de Montréal & Editions Thémis, Montréal, 1997, capítulo 3, apartado 2.4.2.

⁷⁰ De hecho, las aproximaciones realizadas en España exploran claramente la vía del arbitraje electrónico, de su marco legal y de los retos de confidencialidad, privacidad y seguridad que plantea. Véase Paz Lloveras, Eduardo (coordinador): *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Ministerio de Ciencia y Tecnología; i+confianza, diciembre 2002, pp. 97 ss.

a ser extraordinariamente sistematizadoras, restando agilidad a la flexibilidad del sistema⁷¹

3. MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA AUTORREGULACIÓN: LOS INSTRUMENTOS DE RECEPCIÓN POR EL SISTEMA

3.1 **Códigos de conducta y *labels*: aproximación conceptual**

La Directiva 2002/59/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales define el código de conducta como aquel «acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos». Esta definición destaca su procedencia o iniciativa privada, su función normativa y el fundamento de su operatividad: el compromiso o voluntad de su destinatario. Quizá no incide específicamente sobre el aspecto de la elaboración voluntaria de la norma, pues el dato básico es la asunción voluntaria de la norma, ya proceda directamente del destinatario, ya de la adhesión a un código. En ambos casos, el código es –y debe ser– susceptible de modificación pues se caracteriza por su capacidad de adaptación y un elevado nivel de detalle de regulación.

El código de conducta tiene un primer objetivo que es regular el comportamiento de los propios actores que se lo adjudican y que son sus destinatarios inmediatos⁷². Pero al ponerse en práctica, no sólo regula el comportamiento de los actores que cooperan a su funcionamiento: adquiere trascendencia externa porque abarca sus relaciones con los terceros, ajenos al código pero que devienen contraparte contractual o son destinatarios de los productos que

⁷¹ Téngase en cuenta la complejidad y procedimentalización que implica el actual Sistema Arbitral de Consumo. Sobre los retos del arbitraje y su tendencia a la institucionalización, véase DELMAS-MARTY, Mireille : «Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits», *Réseau Européen Droit et Société*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/>

⁷² Véase una definición de los códigos de conducta en SEFFAR, Karim y BENYEKHLEF, Karim: «Commerce électronique et nomativités alternatives», *Revue de droit & technologie de l'Université d'Ottawa*, 3:2, 2006, p. 374, como «un ensemble de règles élaborées volontairement par les acteurs économiques d'un secteur d'activité particulier dans un sens progressif et révisable lorsque les circonstances l'exigent».

ponen en circulación quienes se sujetan al código⁷³. En efecto, el código prevé la totalidad de una actuación, ya se trate de la actividad interna de quienes se sujetan al mismo, ya de sus relaciones con terceros.

Esta globalidad que caracteriza el código de conducta requiere una mínima estructuración. De hecho, la mayoría presenta una sistematización normativa tradicional⁷⁴. Por lo general, especifican su ámbito de competencia o ámbito material al que se aplican (publicidad, proceso total de contratación, tratamiento de la información personal de la clientela) y su ámbito subjetivo (qué personas quedan sujetas, la forma de vincularse a él y la exteriorización de esta circunstancia). Asimismo, deben incorporar unos principios que definan sus objetivos y permitan una interpretación finalista de una determinada situación. El cuerpo principal del código aplicará estos objetivos a los supuestos concretos que los desarrollan. Sólo entrañan una actividad normativa total si prevén procesos de tramitación de quejas, es decir, si dan recursos a quienes crean haber sido tratados de forma contraria al código y permiten a los gestores del código imponer sanciones a los infractores (expulsión, retirada del logo, compromiso de arbitraje)⁷⁵. En el campo de los medios de pago, la perspectiva canadiense ofrece ejemplos que en Europa venían regidos por Recomendaciones y Comunicaciones de la Comisión y, finalmente, por una Directiva. Puede consultarse el *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*⁷⁶, que pauta la dinámica vinculada a la contratación, emisión y utilización de tarjetas de crédito (obligaciones de las partes, operaciones con las tarjetas, responsabilidad en caso de pérdida, procedimientos vinculados a operaciones no autorizadas, previsiones para la solución de conflictos e incluso anexos interpretativos). Constituye un ejemplo de previsión suscrito por numerosas asociaciones de entidades de crédito.

La certificación es un procedimiento por el que un tercero asegura que un producto o servicio se adecuan a unos estándares o exigencias preestablecidas, ya se trate de aspectos técnicos o de

⁷³ Véase POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...», cit., p. 63.

⁷⁴ Véase AMBLARD: *Régulation de l'Internet...* cit., p. 110.

⁷⁵ Tal como indican SEFFAR y BENYEKHLEF: «Commerce électronique et normativités alternatives», cit., p. 379: «les acteurs privés sont à l'origine d'une production normative dont le caractère normatif peut paraître affaibli au juriste». No obstante, destacan la adaptabilidad del «doit mou» que constituye el activo de una regla que no podría considerarse como tal en un marco positivista.

⁷⁶ http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/industrie/RefDocs/DebitCardCode/DebitCardCode_f.asp

normas de comportamiento⁷⁷. Las certificaciones de conformidad de un servicio o de un sitio web a determinados estándares de calidad son una técnica que, en principio, no es exclusiva de la autorregulación, pues también es factible certificar la adecuación a unos requisitos legales y esta declaración también exteriorizaría unas cualidades y cumpliría la función de avalar la bondad del producto, pero también el cumplimiento de un requisito legal. Tal como indica Pouillet, la certificación es una técnica, que puede utilizarse tanto con el derecho estático como con la autorregulación. No obstante, encuentra su función plena en esta última, en la medida que permite una coerción, entendida como una consecuencia fáctica aplicable al infractor, que no proviene del Estado⁷⁸.

La atribución o retirada de la certificación se exterioriza mediante un *label* que representa, así, un supuesto de autoejecución mediante la gestión de la reputación en línea⁷⁹. Los logos que evidencian un control externo sobre la actividad del prestador de servicios, en particular de servicios de la sociedad de la información, y su retirada puede constreñir al infractor⁸⁰. De ahí que el *label* también represente una marca de calidad y de marketing: tal como destaca Rubio Gimeno, el *label* puede analizarse como una marca y su uso debe basarse en el cumplimiento veraz de sus requisitos⁸¹, elemento imprescindible para generar la confianza que sustenta su valor⁸². Así, los sitios web se distinguirán por sus prácticas de regulación, como una forma más de marketing que acredita la confianza que merece el sitio o bien, que se echa en falta por

⁷⁷ Las normas de comportamiento rigen en el sector servicios mientras que los estándares técnicos son más propios de los productos: véase TRUDEL, Pierre, ABRAN, France, BENYEKHEF, Karim, y HEIN, Sophie: *Droit du cyberspace*, cit. El acceso a la web de la International Organisation for Standardization (ISO) permite una ejemplificación exhaustiva: <http://www.iso.org/iso/home.htm>.

⁷⁸ Véase POULLET, *loc. cit.* p. 59.

⁷⁹ Véase SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne...*, cit., pp. 353-355, quien pone de relieve la proximidad entre la labelización y otros recursos como la inclusión en listas negras, que lo complementan.

⁸⁰ Véase GAUTRAIS, Vincent: «La certification de qualité des sites Internet: un sésame voué à la sécurité du consommateur», *Revue Ubiquité*, n.º 3, noviembre 1999, pp. 91-92, que diferencia entre el logo y el substrato contractual sobre el que se basa la certificación.

⁸¹ RUBIO GIMENO, Gemma: «Autorregulación y marcas de calidad: códigos de conducta en la red», *Newsletter Electrónica 4/2002, Proyecto i+Confianza: Autorregulación y Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos para Plataformas de Comercio Electrónico: Estudio y Promoción del Uso* http://www.e-global.es/confianza/newsletter02_2002.htm

⁸² Véase TILMAN: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», cit., p. 5: «In everyday language, a label denotes any distinctive mark of quality of a product or service. This term originally applied in particular to agricultural products. For other products or services we normally speak of a “standard” or “quality certificate”. In the context of the Web, a label bears witness to the compliance of a site, a product or a service with pre-defined quality and safety requirements».

defecto, cuando un sitio carece de los *labels* considerados de confianza⁸³.

No todo procedimiento de verificación de calidad representa una certificación. Debe contar con un órgano gestor externo, con requisitos de calidad y legitimidad. Así, cabe diferenciar entre la labelización interna (protocolos de control organizados y gestionados por el propio interesado o externalizados) y la externa o labelización propiamente dicha, que se caracteriza por la intervención de un tercero independiente y unos controles periódicos⁸⁴.

3.2 La base voluntaria de la autorregulación

3.2.1 CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS Y ASUNCIÓN UNILATERAL DE CONTENIDOS

Si es cierto que las normas de autorregulación funcionan cotidianamente de forma autónoma, sin el concurso del poder público (observancia común de una conducta, funcionamiento de recursos internos de corrección), también lo es que los mecanismos de coerción pública pueden resultar convenientes. Aunque la autorregulación o *soft law* aparece desprovista de la imperatividad propia del derecho generado por el poder público, no hay duda de que la producción privada de normas puede articularse sobre técnicas contractuales⁸⁵. Tanto la adhesión del profesional al código, como los tratos y negocios tenidos con cualquier destinatario de su actividad o por quien se convierta en cliente, se prestan a la lectura jurídica.

Cabe analizar la situación desde el prisma de la adhesión y desde el prisma del tráfico del adherente con terceros. La asunción de una norma de autorregulación se produce a través de la adhesión al sistema ofrecido por la autoridad de certificación o gestora del código. Ésta determina a su vez una declaración unilateral del profesional en el sentido de asumir diversos contenidos o compromisos de com-

⁸³ Véase TRUDEL «L'influence d'internet...» cit., pp. 99-100, quien concluye que la regulación deviene competitiva, como un conjunto de reglas asociadas a un producto o servicio que se adquiere: el contrato se presenta en Internet más como un producto que como el enunciado de un consentimiento.

⁸⁴ Véase SEFFAR y BENYEKHLEF: «Commerce électronique et nomativité alternatives», cit., p. 376.

⁸⁵ Véase PECH: «Droit & gouvernance: vers une "privatisation" du droit», cit., pp. 130-131: «La gouvernance tendrait à privilégier un droit «mou», dont l'exemple type serait le code de conduite, plutôt qu'un droit «dur» dont l'exemple type serait la loi. Or, en devenant "mou", le droit perd son aspect unilatéral et contraignant, qualités essentielles du droit moderne. avènement d'un droit "non prescriptif", "déclaratoire", est indissociable du passage au droit négocié et, nous ajouterons, du phénomène de production privée des normes».

portamiento en su actuación en el mercado que generan obligaciones⁸⁶. Naturalmente, los contratos que celebre con sus clientes deberán ajustarse al código; pero sus relaciones potenciales, sus pautas de comercialización y los tratos no contractuales que mantengan con la generalidad también se sujetan al mismo. El comerciante abonado al sistema de certificación se presenta bajo un determinado perfil de conducta ante los usuarios, consumidores o destinatarios de productos o servicios⁸⁷. Así, tomando la posición del adherente analizaremos los instrumentos de autorregulación desde la perspectiva del compromiso de adhesión y desde la perspectiva del tráfico minorista, en particular con consumidores.

3.2.2 LA ADHESIÓN A UN CÓDIGO DE CONDUCTA O A UN SISTEMA DE CERTIFICACIÓN

La adhesión a un código de conducta entraña, para la empresa, la obligación de respetar la totalidad de sus normas y de actuar según unos parámetros o protocolos descritos (incluso interpretables según los principios que los inspiren: es frecuente que el código cuente con una exposición de motivos). Por lo general el código conllevará también el compromiso de prestarse a la mediación (asumida por la entidad que gestiona el código) y una adhesión al arbitraje para solucionar las controversias con sus clientes, que proviene directamente de la voluntad del adherente⁸⁸. Los códigos suelen incluir la obligación de informar sobre la adhesión al código mediante la exhibición del logo⁸⁹. La muestra del logo, aparte de ser

⁸⁶ Véase CHEVALLIER, Jacques: «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», *Droit et économie de la régulation, Les engagements dans les systèmes de régulation*, vol. 4, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, *loc. cit.*, pp. 206-207.

⁸⁷ Véase GAUTRAIS, Vincent, «La certificación de calidad des sites Internet: un sésame voué à la sécurité du consommateur», *Revue Ubiquité*, n.º 3, nov. 99, p. 91.

⁸⁸ Pone de relieve la generalización de los sistemas alternativos de solución de controversias a través de los códigos de conducta ARIAS POU, María: «Sistemas de autorregulación: Códigos de conducta. Sellos de calidad», *Manual Práctico de Comercio Electrónico, La Ley*, Madrid, 2006, p. 670. Véase la SAP de Madrid 19/2007, de 18 de enero (AC 2007/996), cuyo 4.º FJ, a la vez que considera que la resolución del Jurado implantado por el Código constatando la existencia de una práctica publicitaria prohibida según el mismo no entraña, de por sí, un perjuicio a la reputación de la entidad sancionada, pone de relieve que ésta se había sometido «previa, voluntaria y libremente a este régimen jurídico de control interno».

⁸⁹ Véase las condiciones de adhesión al Código Ético de Confianza Online (<http://www.confianzaonline.org/web2009/>): «Las empresas que manifiesten su adhesión a la Agencia de Calidad de Internet, por el solo hecho de su adhesión se comprometen a respetar las normas del “Código Ético de Confianza Online” en el ejercicio de sus actividades de publicidad y/o transacciones contractuales con consumidores realizadas a través de medios electrónicos de comunicación a distancia. Así mismo, las empresas adheridas se someten al sistema extrajudicial de resolución de controversias encarnado en el Jurado de la Publicidad para la resolución de las eventuales reclamaciones presentadas por presunta infracción de las normas de este Código en relación con las actividades publicitarias. Y se someten al

un medio de *marketing* y una obligación convencional derivada del propio código, puede constituir el objeto de una obligación legal de información previa, en las relaciones de consumo a cargo de los profesionales adheridos (cfr. art. 7.1.4 Ley 22/2007, artículos 9.d y 44 de la Propuesta de Directiva sobre protección de derechos de los consumidores) o de una obligación de documentar su existencia, con previsión de las consecuencias jurídicas de ambos incumplimientos (nulidad de los contratos, artículo 9.4 LCDSF). De esta forma, todos los instrumentos que el derecho pone al servicio de la transparencia efectiva y del consentimiento informado del consumidor, alcanzan a los contenidos de los códigos de conducta.

El contrato de adhesión, desde la lógica contractual, genera una obligación de hacer a cargo del adherente (arts. 1088, 1098 y 1099 CC), que puede ser de resultado (sería el caso de la obligación de documentar una determinada operación, de pedir un dictamen vinculante a la propia asociación⁹⁰) o de medios (así, hacer lo posible para detectar y eliminar contenidos ilícitos). Se trata de una obligación exigible por la propia entidad gestora, en la que habrá ingresado el adherente, como cualquier contenido obligacional derivado de un contrato (arts. 1091 y 1258 CC)⁹¹. En este caso, el contrato ha sido predispuesto por la entidad promotora y la adhesión se verifica de acuerdo con las condiciones establecidas por aquélla y de acuerdo con los requisitos legales de incorporación (arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación)⁹².

arbitraje de la Junta Arbitral Nacional de Consumo para la resolución de las controversias que surjan por presunta infracción de las normas del presente Código relativas a la contratación electrónica con consumidores, y para el caso de que no hubieran podido ser resueltas por la mediación de AECEM. En consecuencia, las empresas que manifiesten su adhesión a este sistema de autorregulación se comprometen a acatar y cumplir escrupulosamente y con carácter inmediato el contenido de los acuerdos de mediación, de las resoluciones que el Jurado de la Publicidad o la Junta Arbitral Nacional de Consumo –según proceda– puedan emitir para la resolución de las reclamaciones que les sean presentadas en relación a este Código. Las empresas adheridas, que se comprometen a promover este sistema de autorregulación, informarán sobre su adhesión al mismo por medios electrónicos de forma permanente, directa y de fácil acceso, para lo cual podrán insertar previa autorización del sistema de autorregulación, en sus páginas web, en lugar visible, el sello de confianza online, a través del que se podrá acceder a la página web de este sistema de autorregulación. La Agencia de Calidad de Internet hará pública una relación de las empresas adheridas.»

⁹⁰ Véase la SAN (sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de junio de 2006 (JUR 2006/246318) que considera lícita la obligación de obtener el dictamen favorable previo sobre la adecuación de determinada publicidad al Código (FJ 7.º), ya que «no aporta mayores o menores ventajas a las que ya produce el sistema de control posterior autorizado por la Resolución del TDC».

⁹¹ Destaca la fuerza de ley entre las partes del pacto de adhesión AMBLARD: *Régulation de l'Internet...*, cit., p. 293.

⁹² Naturalmente, no resultan de aplicación las normas de control de contenidos que determinan la nulidad de una cláusula abusiva cuando el contrato se celebra entre un profesional y un consumidor (art. 8.2 LCGC y arts. 82 ss. TRLCU).

La propia entidad promotora queda obligada a administrar y gestionar la utilización del código por los adheridos, mantener su accesibilidad de forma actualizada y evaluar periódicamente la eficacia del código en particular el grado de satisfacción de los consumidores y usuarios y el nivel de adecuación técnico y legal. Asimismo, debe cumplir con sus obligaciones informativas con el órgano administrativo competente (art. 9 RD 1163/2005).

Los códigos que obtengan el distintivo público de confianza en línea deben tener un carácter abierto y prever la posibilidad de adhesión de prestadores de servicios que no sean miembros de la entidad promotora y desarrollen una actividad propia de su ámbito (art. 4.3 RD 1163/2005). Así, se favorece la uniformización de las obligaciones de los prestadores a través del acogimiento voluntario a unas pautas de conducta comunes, poniendo de manifiesto que los códigos adquieren una función autorreguladora expansiva. Nótese que el Real Decreto 1163/2005 se adecua, a su vez, a las pautas tuitivas de las disposiciones de consumo, al prever la necesidad de claridad en los términos de los códigos y el contenido mínimo de los mismos [arts. 4.1 y 2 RD 1163/2005, cfr. art. 80.1.a) TRLCU].

Siguiendo las pautas del Real Decreto 1163/2005, se aprecia cómo deben contener garantías concretas que mejoren o complementen los derechos legales de los usuarios, un compromiso de disponer de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos y compromisos específicos en relación con problemas concretos planteados a los consumidores y usuarios de un sector específico (art. 4.2 RD 1163/2005). Además, este contenido mínimo debe predicarse de alguna de las áreas identificadas: las comunicaciones comerciales o la información precontractual, la contratación y los procedimientos de solución de quejas o reclamaciones cuando sean diferentes de las establecidas en el artículo 7 del Real Decreto (arbitraje de consumo o sistemas que figuren en la lista publicada por la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos). Existen además una serie de compromisos no obligatorios pero especialmente previstos y potenciados, sin perjuicio de la aplicación de normas imperativas contenidas en la legislación sectorial. Así, los códigos pueden contener previsiones específicas sobre accesibilidad de quienes tengan alguna discapacidad o edad avanzada y las medidas concretas adoptadas en materia de protección de menores y de respeto a la dignidad humana y a los valores y derechos constitucionales. Pueden informar de la adhesión a códigos de conducta sobre clasificación y etiquetaje de contenidos (*labels* adicionales que distingan los productos o servicios ofre-

cidos) o las instrucciones sobre los sistemas de filtraje de contenidos utilizables (art. 5.1 RD 1163/2005)⁹³.

3.2.3 AUTORREGULACIÓN Y CONTENIDO CONTRACTUAL: ENTRE EL CLAUSULADO Y LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

Desde el momento en que un proveedor adopta un código de conducta asume la obligación, siguiendo la expresión del artículo 2 Real Decreto 1163/2005, de regular sus relaciones con los consumidores y usuarios según lo que establezca. Se percibe pues que la asunción de un código repercute directamente sobre el contenido contractual y conforma las obligaciones del adherente⁹⁴. Por su forma de redacción o presentación, los códigos de conducta se asemejan a unas condiciones generales de la contratación. No obstante, debe valorarse que pueden acceder al contrato de diversa forma. Si se recogen en el clausulado firmado por el cliente, previa puesta a disposición de estos contenidos como tales condiciones generales (art. 80.1.b.1 TRLCU, art. 27.4 LSSICE y art. 9.1 LCDSF), deberán someterse a los requisitos de inclusión y al análisis de contenidos cuando el contrato se perfecciona con un consumidor, siendo nulo cualquier pacto o cláusula que pudiera calificarse de abusiva (art. 5 LCGC y arts. 80 y 82 TRLCU)⁹⁵. Si el contrato se ajusta un contrato tipo, aprobado por una norma, de los

⁹³ Con carácter informador, véase el artículo 18.2: «Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias. Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos». Asimismo, el artículo 14 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que obliga a las Administraciones Públicas a facilitar y apoyar el desarrollo y revisión de normativa técnica para asegurar la no discriminación en procesos, diseños y desarrollos de tecnologías, productos, servicios y bienes, en colaboración con las entidades y organizaciones de normalización y certificación y todos los agentes implicados. Véase el artículo 4.20 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información que añade los apartados tres, cuatro y cinco, a la disposición adicional 5.ª LSSICE. En particular los incumplimientos de las obligaciones de accesibilidad se someten al régimen de infracciones y sanciones vigente en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y somete las páginas de Internet de las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, a partir del 31 de diciembre de 2008, a la obligación de cumplir, como mínimo, el nivel medio de los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos (art. 2 de la Ley 56/2007), salvo, excepcionalmente, si la funcionalidad o servicio no disponen de solución tecnológica que permita su accesibilidad.

⁹⁴ Sin profundizar en el tema, pero recogiendo la obligatoriedad contractual de las reglas dimanantes del código de conducta, véanse las SAP de A Coruña 465/2007, de 15 de octubre, 2.º FD (JUR 2008/33816); SAP de Madrid 143/2007, de 28 de junio 2.º FD (JUR 2008/95640); SAP de Bizkaia 562/2006, de 22 de diciembre, 2.º FD (JUR 2007/98771).

⁹⁵ Véase ROCHFELD, Judith «Les rapports entre la regulació et le contrat renouvelés par l'Internet», cit., p. 212.

que conllevan la sumisión a un código, su contenido se entregará junto con el contrato y también se considerará incorporado al mismo⁹⁶.

Pero cuando un código se exhibe sólo a través de un logo o se facilita el acceso al mismo (así, un *link* en una página web), difícilmente puede considerarse un pliego de condiciones incorporado al contrato. Téngase en cuenta que el artículo 27.4 LSSICE obliga a documentar previamente las condiciones generales, que deben aceptarse antes de contratar, y que el artículo 18.3 LSSICE (modificado por la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información) contempla los códigos como una asunción potestativa y sólo obliga a los PSSI a hacerlos accesibles por vía electrónica (y a fomentar su traducción en las distintas lenguas oficiales del Estado y de la Unión Europea con el fin de proporcionarles la mayor difusión posible). Accesibilidad no equivale a documentación previa cuando deba formalizarse por escrito (la accesibilidad de las condiciones en los contratos que no deban formalizarse tiene que sujetarse al art. 5.2 LCGC). La documentación se predica de las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario (art. 63.1 TRLCU), mientras que el código de conducta alude a un conjunto de compromisos de comportamiento o a unas características del producto o servicio que, si no pueden considerarse incorporadas, deberán integrar el contrato (art. 61 TRLCU).

Así, la aproximación al código de conducta no se limita a la técnica contractual. Visto como promesa o declaración unilateral de comportamiento, el código se convierte en fuente voluntaria de obligaciones o en un factor de integración contractual (art. 65 TRLCU y art. 1258 CC) que arroja un contenido exigible (art. 1124 CC), de cuya existencia el proveedor está obligado a informar. Mediante la exteriorización del logo y la accesibilidad, el código de conducta cae en el ámbito de aplicación del artículo 61.2 TRLCU e integra el contenido de la oferta, promoción o publicidad, de los servicios o productos ofertados y conforma las condiciones jurídicas ofrecidas, que son exigibles aunque no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante.

Determinada la capacidad del código de conducta para integrar el contenido de las obligaciones asumidas por el proveedor de productos o servicios en las relaciones de consumo, debe traerse a colación otro dato: el código no impone necesariamente obliga-

⁹⁶ Véase la SAP de Madrid de 3 de febrero de 1998 (AC 1998/7080), que valora el incumplimiento del código de conducta incorporado al modelo de contrato-tipo aprobado por la Dirección General de Telecomunicaciones.

ciones al proveedor; también puede traer compromisos al consumidor o usuario (comportamiento ético, asunción de determinadas formas de proceder, etc.)⁹⁷. Realmente estos contenidos no pueden considerarse *ofrecidos* por el proveedor (arg. art. 61.1 TRLCU) ni podrían representar, para el usuario, una obligación contractual derivada de un contenido accesible pero no emergente (contratación electrónica) o no documentado (téngase en cuenta el valor tuitivo de la forma en los contratos de consumo). En este sentido, no podrían alterar el contenido contractual (cfr. art. 61.3 TRLCU) ni utilizarse para imponer contenidos abusivos a los consumidores y usuarios, sin perjuicio de que habrá casos en que sus contenidos sean filtrados previamente por el órgano público competente para autorizar el distintivo (cfr. art. 10 RD 1163/2005). La lectura del código deberá hacerse pues desde los criterios del control de contenidos que deriva de su necesaria adecuación a la ley imperativa⁹⁸.

Asimismo, el contenido de los códigos de conducta puede utilizarse como criterio de interpretación del contrato, sobre diversas bases legales. En efecto, entrañan en primer lugar unas pautas éticas y unos principios que deben utilizarse para averiguar la intención de los contratantes (art. 1281.2 CC), el sentido global de las cláusulas (arts. 1284 y 1285 CC) e incluso como uso o forma de actuar ordinaria en un determinado sector y con capacidad para ser utilizada en contextos ajenos a los contratos celebrados entre los proveedores ajenos al código y sus clientes, supliendo la omisión de cláusulas frecuentes (art. 1287 CC).

3.3 La modelación de los estándares de diligencia o de seguridad desde el *soft law*

3.3.1 LA CONTRIBUCIÓN DEL *SOFT LAW* A LA *LEX ARTIS*

La autorregulación, en la medida que genera parámetros de buenas prácticas, consideradas globalmente como una forma dili-

⁹⁷ Destaca POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 59, que la autorregulación conlleva un traspaso de la responsabilidad a las partes contractuales, pues el PSSI asume las buenas prácticas pero el usuario asume la responsabilidad de afinar o personalizar sus opciones, por ejemplo, de navegación o de contratación (particularmente visible en el ejercicio de la autodeterminación informativa: opciones de privacidad, gestión de cookies, uso comercial de los datos, anonimato, etc.). Inciden así en la responsabilidad del usuario que asume determinados comportamientos cuando utiliza ciertos sitios, siempre que estos compromisos –que como decimos son predispuestos por la otra parte– resistan un análisis de contenidos desde la perspectiva de la normativa de consumo.

⁹⁸ Véase POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 63.

gente de actuar, crea *standards* de conducta que pueden utilizarse para calificar cualquier actuación: la comercialización, inherente al proceso de contratación, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales o el nivel de seguridad de un producto o servicio. Contribuye a definir la diligencia exigible al comerciante o productor que actúa en el mercado y el nivel de corresponsabilidad que se traslada al usuario. El Cdo. 20 de la Directiva 2002/59/CE, sobre prácticas comerciales desleales, contiene un dato revelador al indicar que «en los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector». No especifica si estos requisitos son legales o voluntarios, aunque lo primero no sería necesario indicarlo. El artículo 6.2.b de la Directiva 2002/59 CE considera como una práctica comercial engañosa el incumplimiento de los compromisos contraídos por la adhesión a un código de conducta, si conduce al consumidor a tomar una decisión que no habría tomado⁹⁹.

Si se considera que las disposiciones del código constituyen reglas deontológicas que contribuyen a perfilar la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un profesional, superior a la propia del «buen padre de familia» (art. 1104 CC), deberá admitirse que el juez los tome en consideración al valorar los estándares profesionales de diligencia exigibles en el cumplimiento de una obligación¹⁰⁰ o en la realización de conductas dañosas. De este modo, se aprecia un primer nivel de la capacidad de extensión de las prácticas estandarizadas a ámbitos que se sitúan más allá de quienes las asumieron voluntariamente. Lógicamente, dependerá de la apreciación judicial, pero está claro que quienes no hayan adherido un código que pueda considerarse ampliamente implantado en un sector, deberán tener en cuenta su contenido si quieren evitar que su actuación pueda considerarse negligente a la vista de la forma de actuar esperable por un profesional del mismo¹⁰¹.

⁹⁹ Establece: «el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código».

¹⁰⁰ Véase OSMAN, Filali: «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 524; asimismo, POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 63.

¹⁰¹ Véase PRIEST, Margot: «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation», *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, n.º 29, 1997-1998, párr. 47: «The use of codes by the courts to define a due diligence defense, however, may have the

3.3.2 CONTRIBUCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD Y A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Los códigos también integran el cumplimiento de las obligaciones o en la obligación de seguridad aplicable a la fabricación o distribución de productos (art. 11.1 TRLCU; arts. 3.2.2, 3.3 y 4 de la Directiva 2001/95/CE, relativa a la seguridad general de los productos). En particular, el apartado *g*) del artículo 3.3 de la Directiva 2001/95/CE menciona a los códigos de buena conducta en materia de seguridad de los productos entre los criterios para evaluar la conformidad de un producto con la obligación general de seguridad que fija el propio artículo 3.1. El Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos consagra el valor de los códigos de buenas prácticas y en general, las especificaciones técnicas de carácter no obligatorio para completar las disposiciones legales y contribuir a establecer cuándo un producto es o no es seguro. El artículo 3.3 del Real Decreto 1801/2003, transponiendo la Directiva, apela a la autorregulación para evaluar la seguridad de los productos, a falta de disposiciones legales enumerando: *a*) las normas técnicas nacionales que sean transposición de normas europeas no armonizadas; *b*) las normas UNE; *c*) las recomendaciones de la Comisión Europea que establezcan directrices sobre la evaluación de la seguridad de los productos; *d*) los códigos de buenas prácticas en materia de seguridad de los productos en vigor en un sector, especialmente cuando en su elaboración y aprobación hayan participado los consumidores y la Administración pública, y *e*) el estado actual de los conocimientos y de la técnica de normas europeas no armonizadas. Asimismo, los códigos se presentan como un instrumento apto para cumplir la obligación de productores y distribuidores de informar (cfr. art. 5.1 *in fine* Directiva 2001/95/CE) o de actuar cuando se detecta un producto peligroso (art. 8.2).

De nuevo aparece el reconocimiento legal de los medios de autorregulación de la calidad y la seguridad, aunque sometidos a la aprobación de la Administración, a quien se confiere así una función supervisora¹⁰². Pero, además, en este contexto aparece clara-

effect of extending the contents of a code throughout an industry, even to those firms that do not formally adhere to the code».

¹⁰² La Disposición adicional segunda del Real Decreto 1801/2003 establece los requisitos que deberán cumplir los códigos de buenas prácticas en actuaciones destinadas a garantizar la seguridad general de los productos: «1. Los códigos de buenas prácticas en actuaciones destinadas a garantizar la seguridad general de los productos a los que se refiere este Real Decreto se podrán elaborar por los sectores empresariales correspondientes, las asociaciones de consumidores y los órganos administrativos competentes. 2. A los efectos de este Real Decreto, estos códigos están sometidos a una aprobación final por parte de

mente el alcance extracontractual de los instrumentos de autorregulación. Al menos en el ámbito de las obligaciones derivadas de la producción y distribución de productos no seguros (cfr. art. 12.4 RD 1801/2003) y de la responsabilidad por daños que puede generar (cfr. art. 12.5 RD 1801/2003), cabe afirmar que los códigos y otros medios de normalización y autorregulación exceden del ámbito restringido de los profesionales adheridos para alcanzar a todos los que integren un sector. Permitirán fundamentar una reclamación de indemnización por los daños y perjuicios causados por un producto defectuoso (art. 128.1 TRLCU), entendido como aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, siendo las normas técnicas voluntarias u homologadas unos criterios utilizables para determinar si se han seguido los procedimientos pautados para un sector en la producción o distribución del producto (art. 137.1 TRLCU). Sin duda la observancia de los instrumentos de regulación corroboran *prima facie* que el producto se elaboró según los parámetros de seguridad, elemento que se suma a la carga de la prueba que el artículo 139 TRLCU impone al perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados, sobre la existencia del defecto, del daño y de la relación de causalidad entre ambos. No obstante, la inadecuación a estos estándares también proporciona instrumentos al perjudicado para probar la existencia del defecto¹⁰³.

los órganos administrativos competentes en la que se valore su utilidad como instrumento al servicio de la seguridad general de los productos. 3. Estos códigos podrán precisar, entre otros aspectos, el alcance del seguimiento por parte de los productores de los productos puestos en el mercado, las actuaciones que deben emprender en caso de sospecha razonable de la existencia de un riesgo, sus pautas de comportamiento, los sistemas de compensación e indemnización a los consumidores, los procedimientos de diálogo y comunicación con las Administraciones Públicas y los medios de notificación a productores y distribuidores. 4. El Instituto Nacional del Consumo propiciará la elaboración y aprobará aquellos códigos de ámbito estatal, previa consulta con la Comisión de Cooperación de Consumo.»

¹⁰³ De nuevo PRIEST: «The Privatization of Regulation...» cit., párr. 47: «In most cases, breach of an industry code will not be an offence, although it may be used as evidence of an offence. Similarly, compliance with an industry code cannot generally be used as a defence to liability for an offence. Industry or firm codes of conduct may be used, however, to establish evidence of an adequate due diligence defence to a regulatory offence, or reduce penal sentences in the event of a conviction. Compliance or noncompliance with codes may also be important in determining the normal standards of an industry. For example, it may become increasingly common for a firm to argue that it had exercised due diligence because it has put in place ISO 14000 standards for environmental management. Internal conduct codes may thus be an important part of a firm's internal compliance system, although the actual workings of the internal compliance system will be the ultimate determinant of a successful due diligence defence». Véase el artículo 4:202 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), que invierte esta dinámica probatoria en el contexto de la responsabilidad de la empresa. Su párrafo primero hace responsable a todo empresario «a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible». Su párrafo 2 pone de relieve la relación entre el defecto y el incumplimiento de los estándares: «“Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios». Versión español-

En relación con los servicios, el artículo 147 TRLCU establece la responsabilidad de prestadores por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, «salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». La dinámica se hace pivotar directamente sobre el cumplimiento de estándares y se traslada al prestador la carga de demostrar que se ajustó a los mismos. Parece que la persona perjudicada se libere de la necesidad de probar el defecto (cfr. art. 139 TRLCU), pero el artículo 147 TRLCU está proporcionando al prestador una forma de acreditar que su conducta fue correcta, probando la sujeción a los estándares¹⁰⁴.

3.4 Más allá del principio de relatividad: en torno a una eficacia normativa general de la autorregulación

La doctrina ha apuntado la oponibilidad de los códigos de conducta a profesionales integrantes de un sector que no los hayan firmado, en función de su grado de implantación o normalización¹⁰⁵, sobrepasando así la perspectiva de la relativización contractual e incluso del *standard* profesional.

El principio de relatividad de los contratos excluye a los terceros que no se han adherido al código, para quienes es *res inter alios acta*¹⁰⁶ y tampoco puede considerarse ley con poder vincu-

la por Miquel MARTÍN (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*), Springer Wien New York, 2005.

¹⁰⁴ En el contexto de una relación mercantil, véase la SAP de Madrid 148/2005, de 16 de marzo (AC 2005/431) que aprecia la vulneración del código de conducta que regula la distribución de productos de telefonía para determinar la cesación de una conducta considerada de competencia desleal.

¹⁰⁵ Véase PECH: «Droit & gouvernance...», cit., p. 59: «Si la valeur de ces codes reste toutefois relative parce que ceux-ci sont dépourvus de force contraignante, le code de conduite, norme privilégiée du droit de la gouvernance, n'est donc pas condamné à une non-effectivité en raison de son caractère non contraignant. Le juge étatique a ici un rôle extrêmement positif à jouer en limitant les potentialités dangereuses de la privatisation de la production normative».

¹⁰⁶ Véase la SAP de Madrid 400/2004, de 24 de mayo (JUR 2004/227317) que desestima el recurso interpuesto contra una sentencia que declaraba ilícita la actuación de una entidad de autorregulación que había dictado una resolución que afectaba a un tercero no adherido al código de conducta en que basaba su actuación. Establece en su 3.º FD que «el cumplimiento y por ende el sometimiento a las resoluciones emanadas por la asociación a través del Jurado, como órgano decisorio de los referidos conflictos, vincula exclusivamente a los asociados (...). El problema se suscita en cuanto a la posibilidad de emitir resoluciones que afecten a terceros no asociados, que no se hayan sometido a dicho procedimiento o incluso, como en este caso, se hayan opuesto expresamente al mismo, que, naturalmente, tiene que rechazarse por esta Sala». La Sentencia pone de relieve el derecho de todo tercero (considerado como toda persona ajena al Código) de que sea la jurisdicción ordinaria o el sistema arbitral comúnmente elegido quienes se pronuncien sobre sus controversias (arts. 24 y 117 CE). Dejamos de lado el tema conexo relativo al valor de las resoluciones del jurado de la entidad gestora en este caso y, en particular, el

lante general, de forma que no están obligados a sujetar su conducta a sus disposiciones¹⁰⁷. Hemos puesto de relieve que en determinados ámbitos los códigos representan un *standard* de valoración de conductas de los profesionales de un sector. Chevallier destaca la validez del modelo contractual de regulación al considerar que el contrato crea obligaciones recíprocas, pero también promueve un cuadro formalizado y normalizado de interacción. La acumulación de formas de actuar convergentes generaría un orden colectivo espontáneo, nacido del acuerdo de los actores de un sector de actividad, hasta el punto de desdibujar la diferencia entre acto unilateral y contrato¹⁰⁸. El código se iría despojando de su perspectiva contractual para protagonizar un fenómeno de objetivización y adquirir el valor de «un instrumento normativo que impone un comportamiento estandarizado» que deja de ser particular de quienes se dotaron de él¹⁰⁹.

No cabe duda de que la adhesión a un código de conducta representa una asunción unilateral de comportamientos. En este sentido permite superar la relatividad de los contratos y puede afirmarse, siguiendo a Illescas, que las consecuencias jurídicas nacen de la declaración unilateral de voluntad sin necesidad de una aceptación contractual de un cliente, pues los destinatarios de la actuación del profesional son ilimitados, así los destinatarios potenciales de una oferta on-line, y no necesariamente una contraparte contractual, así los destinatarios de comunicaciones comerciales incontestadas¹¹⁰.

ámbito de sus destinatarios (4.º y 5.º FD). Véase FERNÁNDEZ MAGARZO, María del Rosario: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», cit. p. 80.

¹⁰⁷ Cabe pensar en un tercero destinatario de actividades no contractuales, como todo destinatario de una publicidad que infrinja un código, independientemente de que llegue a contratar con el infractor; o del destinatario de un producto que no cumple estándares de calidad derivados de un código, aunque no lo haya adquirido de quien no lo observó. POULLET se muestra escéptico sobre la aplicabilidad del código a estos terceros que denomina «externos», ajenos a la «lógica contractual» («Les diverses techniques de réglementation d'Internet», cit., p. 63). Del mismo modo, AMBLARD (*Régulation de l'Internet*, cit., pp. 297-298) aprecia una conexión con los terceros, cómplices o víctimas de la inejecución del Código.

¹⁰⁸ Véase CHEVALLIER: «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», cit., p. 143.

¹⁰⁹ Véase MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 374. AMBLARD (*Régulation de l'Internet*, cit., p. 263) considera que devienen usos contractuales por su inserción repetida.

¹¹⁰ Véase ILLESCAS, Rafael: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, p. 305: «La amplia, potencialmente ilimitada, cantidad de las personas para las que normas autorreguladoras y códigos de conductas constituyen fuentes de derecho es, no obstante, la otra gran diferencia que los separa del contrato: no hay relatividad en el código (...). Más bien las nuevas figuras –excluida plenamente la intervención de la ley en su fuerza de obligar– encajan en lo que habitualmente se conoce como declaración unilateral de voluntad en cuanto que fuente de obligaciones privadas».

Visto desde este punto de vista, la autorregulación abandona la perspectiva exclusivamente contractual para añadir a las ofertas al público, la asunción unilateral de comportamientos.

A partir de ahí, cabe plantearse si este orden, autoimpuesto de forma compartida, puede impulsar el paso de la voluntad (compromiso *erga omnes* previa adhesión al código) a la fuente del derecho (contenidos con fuerza general independientemente de una adhesión). Esta nueva perspectiva situaría a los códigos de conducta entre las fuentes del derecho (art. 1.3.2 CC), tal como propone Maluquer de Motes¹¹¹. Los usos, como es sabido, tienen valor interpretativo o normativo. En el primer caso, se desplazan al artículo 3.1 CC como un criterio para interpretar la ley según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Ciertamente, puede dudarse de la persistencia de los usos como fuente del derecho, ya que los rápidos y constantes cambios en los tratos, condicionados por la técnica y la economía, niegan la sedimentación que, se supone, reclama la formación de un uso jurídico¹¹². No obstante, está por ver si la consolidación de un uso depende únicamente de un lapso temporal, cuando la duración de las situaciones y de los ciclos es cada vez más breve en nuestra sociedad, o bien de una implantación masiva o globalizada que genere un consenso general sobre las buenas prácticas de un sector¹¹³. En las sociedades europeas, de corte reglamentista, esta transición parece más difícil pues los códigos se presentan como una buena práctica, que optimiza el marco legal pero penetra a través del mismo. En cambio, la capacidad de penetración de las fórmulas de gobernanza, más allá de su asunción voluntaria, puede ser más rápida en contextos menos normados¹¹⁴.

La normalización del mercado, técnica o conductual, desde el momento en que es jurídicamente calificable, encuentra vías de acceso al sistema que permiten aprovechar sus recursos, en par-

¹¹¹ Véase MALUQUER DE MOTES: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», cit., p. 372.

¹¹² En este sentido, ILLESCAS: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», cit., p. 293.

¹¹³ La compartimentación de las fuentes en los ordenamientos de privados no facilita este proceso, más fácil de encajar en el ámbito mercantil (art. 2.1 Cco) que entre las fuentes del derecho civil (art. 1.3.2 CC). Son «dificultades» lógicas si se tiene en cuenta que el fenómeno de la autorregulación es, por su propia naturaleza, ajeno a las categorías jurídicas y se desarrolla en ámbitos sectoriales y transversales. Determinar cuándo unas normas voluntarias alcanzan valor normativo general no es un cometido evidente y pasará por su alegación y la prueba de su aplicación general dentro de un sector más allá del núcleo de personas que las suscribieron. Además debe existir un vacío legal: no sólo una voluntad de no regular, sino una auténtica laguna (si no existe regulación sectorial, podría ser más evidente; si la ley desarrolla una institución la práctica probablemente tendrá valor interpretativo).

¹¹⁴ Véase AMBLARD: *Régulation de l'Internet*, cit., p. 326.

ricular el coactivo. Naturalmente, nos referimos a los códigos no dictados por el poder público en ejercicio de su competencia legal para actualizar los contenidos contractuales y con categoría normativa. La STSJ Comunidad de Madrid núm. 837/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 julio (RJCA 2007/393) se plantea la naturaleza jurídica del código de conducta para la prestación de servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional, para pronunciarse sobre una sanción impuesta a una empresa. Reconoce a la Administración la capacidad de intervenir en el «orden cambiante» o la regulación mutable del sector en aras de la calidad y buen orden del servicio de telefonía y afirma el valor normativo del código¹¹⁵.

4. AUTORREGULACIÓN Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. EN PARTICULAR, LAS *ON-LINE DISPUTE RESOLUTIONS*

4.1 Autorregulación y medios electrónicos

La autorregulación también tiene una manifestación final en la resolución de las diferencias. Representa el traslado de la idea de negociación y de gestión a la resolución de conflictos¹¹⁶ y su normalización incluso fuera del control directo de los poderes públicos, especialmente adecuados en la actividad sectorial¹¹⁷. En las técnicas alternativas de solución de diferencias aparecen como un elemento de buena regulación que permite la resolución de las consecuencias civiles de las relaciones.

¹¹⁵ El 3.º FD teoriza sobre la vinculación legal del código al contrato: «el hecho de unirse a los contratos y ratificarse en éstos, no es más que el reconocimiento de esa normativa cuando se hacen aquéllos, pero, como es obvio, si, de acuerdo con las normas establecidas se cambian tales Códigos, ello afecta a los contratos sometidos a los Códigos de Conducta del Sector. Esa es la razón de que se publiquen en el *BOE*, para que haya general conocimiento y, a partir de tal publicación, sepan todas las partes lo que se les puede exigir desde la entrada en vigor del nuevo Código de Conducta. No puede admitirse que la parte no conociera el nuevo Código de Conducta, cuando la publicación del mismo se hizo en el *BOE*».

¹¹⁶ Percibidos más como una diferencia a conciliar que como un conflicto: véase MOREAU DEFARGES: *La gouvernance*, cit., p. 51 quien pone en valor la negociación como técnica de resolución, preferible a la imposición.

¹¹⁷ Véase TILMAN: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», cit., p. 9: «Out-of-court settlement of disputes is a product of self-regulation, which enables the dispute to be handled outside of state control». Asimismo, FRISON-ROCHE, Marie-Anne «Arbitrage et droit de la regulación», *Droit et économie de la regulación, Les risques de la regulación*, vol. 3, dir. Marie-Anne FRISON-ROCHE, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 228, que destaca la convergencia entre arbitraje y regulación y afirma que el desarrollo del arbitraje fomenta la cultura del contrato (p. 236).

El acceso a los ODR siempre voluntario, puede realizarse también a través de los Códigos de conducta, reglas secundarias que han quedado más al margen de la institucionalización promovida por los poderes públicos (desde la regulación de «sistemas», como el sistema arbitral de consumo, hasta las homologaciones de códigos, al amparo por ejemplo del RD 1163/2005). Los códigos articulan sus propios sistemas alternativos de solución de conflictos, ya sean de negociación, mediación o arbitraje o bien canalizan el acceso sistemas de resolución externos a sus gestores¹¹⁸. El artículo 32 LSSICE diferencia el arbitraje y los procedimientos previstos en los códigos y otros instrumentos de autorregulación¹¹⁹. A tenor del código, la competencia para mediar corresponde normalmente a un órgano vinculado con la entidad gestora; también se puede reservar el arbitraje aunque, cuando se trata de una relación de consumo, deberá articular una adhesión al sistema arbitral de consumo u otros tribunales arbitrales específicos (art. 90.1 TRLCU).

Los sectores que comercializan sus productos o servicios online, aprovechan esta misma técnica para facilitar la resolución de conflictos y en definitiva, la ubicuidad del ciberespacio, de forma que de la *Alternative Dispute Resolution* (ADR) se pasa a la *On-line Dispute Resolution* (ODR). La Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo destacaba la utilidad de las aplicaciones electrónicas, en particular para resolver conflictos transfronterizos o sobre cuestiones de escaso valor (Cdos. 6 y 12). Las ODR se convierten en ciberlugares de negociación o de resolución, sometidas a una progresiva sofisticación técnica (del correo electrónico a las plataformas web)¹²⁰. Si bien la utilización de la electrónica en la resolución de conflictos puede suscitar reservas por carecer de la inmediatez que proporciona la presencia física¹²¹, sus ventajas se

¹¹⁸ Cfr. artículo 10 de la Directiva 2002/59/CE: «La presente Directiva no excluye el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas comerciales desleales por parte de los responsables de códigos, ni el recurso a tales organismos por parte de las personas u organizaciones a las que se hace referencia en el artículo 11, siempre y cuando el procedimiento ante tales organismos sea adicional al procedimiento administrativo o judicial mencionado en dicho artículo. El recurso a tales órganos de control nunca supondrá la renuncia a las acciones judiciales o administrativas a que se refiere el artículo 11».

¹¹⁹ Pueden consultarse los sistemas de autorregulación siguientes:
<http://www.confianzaonline.org/web2009/gestiona-tu-reclamacion/historico/resoluciones-comercio/>

http://www.fecemd.org/listas_robinson.html

¹²⁰ Véase SCHULTZ: Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, cit., p. 222.

¹²¹ Véase el detallado balance que realizan BENYEKHLEF, Karim y GÉLINAS, Fabien: «Online Dispute Resolution», *Lex Electronica*, vol.10 núm. 2 (Été/Summer 2005),

añaden a las de los medios de solución alternativa de conflictos en general. Las ODR son un factor que incrementa la confianza de los consumidores en las transacciones electrónicas y contribuye a la consolidación del sistema. Ofrecen la misma rapidez que el comercio electrónico y se adaptan a la distancia y a la deslocalización y la necesidad de abaratar y acelerar los costes de la negociación de las diferencias. Además los sistemas basados en la equidad o la adhesión a un código evitan los problemas derivados de la disparidad de las regulaciones nacionales y la ausencia de una regulación global de internet¹²². Todo ello revierte en un reforzamiento de la posición del consumidor que dispone de vías gratuitas, o de los contratantes en general dado el bajo coste que en cualquier caso representará la vía electrónica¹²³.

Como toda aplicación técnica, las ODR demandan unos requisitos: un software que automatice unos modelos de negociación, pautе los pasos del proceso y permita guardar y gestionar todas las evidencias, un soporte técnico on-line permanente gestionado por un PPSI y una red de terceras personas neutrales y expertas dispuestas a materializar las negociaciones¹²⁴. En esta dirección, el ODR se caracteriza por la presencia de una «cuarta parte»: la tecnología, que junto a las partes en conflicto y los mediadores o árbitros, juega un papel necesario para facilitar la comunicación entre las partes disponiendo de medios eficaces y seguros que articulen correctamente las distintas posibilidades de resolución alternativa de conflictos¹²⁵.

pp. 8 ss.. Destacan que la presencia física favorece la ritualización del proceso (los procesos «vistos» proporcionan una conexión entre quien imparte, pide y recibe justicia y la colectividad y mayor percepción de orden social) y las oportunidades de conciliación. Valoran también que el proceso on-line requiere un sitio web que plantea cuestiones de acceso y seguridad.

¹²² Véase VON HASE, Andrés Moncayo: «Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage: obstacles juridiques et enjeux», *Le droit international de l'internet*, dir. G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 597; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: «Online Dispute Resolution and its Significance for international Commercial Arbitration», *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner* (ed. G. Aksén, K. H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell), International Chamber of Commerce, Paris, 2005, p. 453.

¹²³ Véase FENOULHET, Timothy: «Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information», *Le droit international de l'internet*, dir. G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 592. Sobre la relación entre el user empowerment (capacidad de control del usuario) y la self-regulation (recurso de la industria o de una profesión), véase ZHAO, Yun: *Dispute Resolution in Electronic Commerce*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p.44.

¹²⁴ Véase BENYEKHLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 5.

¹²⁵ Véase KATSH Ethan y RIFKIN, Jane: *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, p. 123; RULE, Colin: *Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance and other Commercial Conflicts*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2002, p. 55.

Así, debe considerarse también la figura del proveedor de servicios de ODR, que debe cumplir las obligaciones propias de un prestador de servicios de la sociedad de la información (art. 10 LSSICE). Debe cumplir con los requisitos de información (identificarse mediante la dirección física y electrónica), explicar el proceso de resolución de conflictos en su conjunto (cual es su finalidad, si es un instrumento de negociación o si termina con un laudo de cumplimiento obligatorio, si existen las dos modalidades) y el significado de sus fases y sus consecuencias (si se van a utilizar herramientas de negociación ciega o guiada, si va a intervenir un mediador), detallar los requisitos de acceso, las condiciones técnicas que fueran necesarias.

También debe cumplir con estándares de seguridad y privacidad que garanticen el funcionamiento del sistema (protocolos SSL, firewall). El acceso debe realizarse al menos a través de passwords, gestionado y protegido por el proveedor del servicio, o bien a través de un sistema de firma electrónica reconocida (art. 3.3 LFE) y la seguridad también debe garantizarse en las comunicaciones internas que se generen a partir de la plataforma. El PSSI trata datos personales y genera ficheros, sometidos a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos personales y su Reglamento (RD 1720/2007, de 21 de diciembre). El tratamiento de datos debe adecuarse a los principios legales (proporcionalidad, destinación al fin de resolución de la controversia planteada), deben inscribirse los ficheros en el Registro de la Agencia Española de Protección de Datos Personales y adoptar los protocolos necesarios para cumplir con los niveles de seguridad correspondientes.

4.2 La necesidad de una plataforma: ECODIR

Hemos basado nuestro análisis de las plataformas de ODR en el sistema ECODIR (The Electronic CONsumer DISpute Resolution), proyecto impulsado por la Comisión Europea para mejorar el acceso de los consumidores a la justicia, desarrollando una herramienta de resolución de conflictos de fácil acceso y avanzar en el desarrollo de dichas técnicas on-line¹²⁶.

El uso de plataformas presenta las ventajas de un sistema pre-dispuesto o un diseño que evita trasladar la necesidad de acordar

¹²⁶ <http://www.ecodir.org/>. El proyecto ECODIR es una joint venture del *Centre de Recherches Informatique et Droit* (CRID) de la Universidad de Namur, el *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS), el *Centre de Recherche en Droit Public* (CRDP) de la Universidad de Montreal y el *University College* de la Facultad de Derecho de Dublín. Referencias extraídas de BENYEKHEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 100.

aspectos procedimentales (normal en un sistema de autorregulación y que abarcaría las reglas aplicables, la lengua, las formas de contacto, que se automatizan gracias al sistema de entrega on-line etc.), para centrar los esfuerzos en la solución del conflicto propiamente dicho.

Las plataformas están basadas en un sistema de gestión de documentos o conjunto de medios informáticos (equipamiento, software, métodos, procesos) usados para gestionar el ciclo de vida completo de un documento electrónico (texto, imagen, sonido) desde su creación a su destrucción (incluyendo cambios, publicación, distribución, archivo, localización) optimizando el acceso al documento y a la información que contiene¹²⁷. Siguiendo a Benyekhlef y Gélinas, la arquitectura de una ODR se construye sobre tres componentes. Debe tener en cuenta el componente «usuario» (la relación de los usuarios con la plataforma, que debe adaptarse a las necesidades generadas por cada caso, por ejemplo, facilitar reclamaciones individuales o colectivas), un factor «documentación» (debe permitir el envío y gestión de diversos formatos, es decir, una operatividad real y no excluyente) y un componente «proceso» (un sistema de gestión que permite controlar el desarrollo de cada caso, reconstruir el historial, fecharlo, obtener una cronología de los hechos, clasificar las intervenciones de las partes en conflicto).

La plataforma debe ofrecer un entorno seguro: protocolos de autenticación y de encriptación de las comunicaciones y una combinación de recursos para optimizar la seguridad. Hay dos tipos de tecnología que promueven y facilitan la comunicación entre las partes en disputa: las herramientas de comunicación sincrónica y asincrónica. Estas últimas son las más adecuadas al entorno on-line pues se basan en el uso de la plataforma que centraliza toda la negociación: la información no viaja entre las partes y el mediador, minimizando los riesgos y optimizando la gestión. Las partes no se comunican al mismo tiempo: los mensajes enviados no obtienen respuesta inmediata y la plataforma se convierte en el foro de discusión¹²⁸. En cambio, las herramientas sincrónicas permiten la comunicación en tiempo real (así, por videoconferencia) y cuentan con las ventajas del factor humano, aunque no son necesarias¹²⁹.

¹²⁷ Seguimos la descripción y observaciones de BENEKHELF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., pp. 126 ss.. Debemos agradecer, además, la demostración práctica que el Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) de la Universidad de Montreal tuvo la amabilidad de ofrecerme.

¹²⁸ RULE: *Online Dispute Resolution for Business*, cit., pp. 47-48.

¹²⁹ BENEKHELF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», p. 127.

El proceso debe desarrollarse de acuerdo con la dinámica correspondiente al sistema de resolución escogido y cumpliendo los principios procesales básicos¹³⁰. Debe garantizar el acceso a toda la información y al estado y evolución del proceso, en definitiva una combinación de automatismo y proactividad.

El primer acceso al sistema permitirá crear una cuenta personal con el detalle del nombre, dirección, correo electrónico del consumidor que generará un mensaje automático de confirmación con las instrucciones de activación y la asignación de un *password*. Aceptadas las condiciones de uso de la plataforma, se envía un formulario para describir el conflicto y proponer la solución que, según el consumidor, facilitaría el acuerdo (por ejemplo, devolución del dinero, resolución del contrato, rebaja del precio). El sistema puede facilitar casillas con soluciones estándar para facilitar el proceso, así como un espacio para poder indicar otras opciones (y permitir el cambio de las posiciones). A continuación el usuario debe acreditar los hechos que sostienen su reclamación, lo que técnicamente se traduce en la posibilidad de adjuntar documentos en diferentes formatos: la plataforma no debería ser impeditiva y facilitar todo tipo de *attachment* (rtf, txt, tiff, jpeg, gif), la capacidad de decidir quien puede acceder al documento (sólo el mediador, también el profesional) y de seguir añadiendo los documentos que se crean convenientes y de organizarlos. El sistema debe prever un momento en que el usuario considera totalmente expuesto el tema y lo confirma, momento en que se enviará un correo al comerciante.

El reclamado, a quien se explica las características del sistema de ODR, puede responder; es conveniente fijar un plazo que elimine la incertidumbre para el consumidor, que podrá optar por otras vías de solución de conflictos. Si no responde deberá interpretarse que rechaza negociar. El comerciante puede aceptar la propuesta o formular contrapropuestas y debe poder hacerlo sobre la misma parilla de opciones que haya rellenado el consumidor. Esta posición deberá notificarse al reclamante por correo electrónico, que accederá de nuevo a la plataforma y considerar la respuesta del comerciante, aceptándola o formulando una nueva contraoferta. Esta fase de negociación puede alargarse, pero de no llegarse a un acuerdo, el consumidor puede pedir el nombramiento de un mediador.

¹³⁰ La Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, enumera los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación. En relación con el Sistema Arbitral de consumo, cfr. artículo 41 RDSAC. Véase, asimismo, MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan. «La solución extrajudicial de conflictos: Códigos de conducta y arbitraje electrónico», en *La regulación del comercio electrónico*, cit., p. 124.

En esta fase avanzada, es importante fijar plazos que garanticen una progresión efectiva del procedimiento, pues, el hecho de estar basado en la voluntad podría hacer languidecer el proceso y crear una incertidumbre poco deseable. Transcurrido un plazo razonable, el prestador del servicio deberá proponer un mediador, quien puede requerir más información a las partes y debe proponer una o más soluciones, que las partes pueden aceptar, rechazar o modificar. De nuevo es conveniente el plazo: en el sistema ECODIR, su transcurso permite al mediador proponer una recomendación motivada que las partes pueden aceptar. En este caso, ambas partes deben clicar un icono de acuerdo. El secretariado del prestador del servicio aún mantiene una función de supervisión sobre el cumplimiento del acuerdo e indaga los motivos por los cuales se haya podido demorar. En cualquier caso, el valor del acuerdo es el de una transacción (art. 1809 CC), generador de obligaciones cuyo cumplimiento se puede pedir ante una instancia con competencia para generar una resolución ejecutiva.

4.3 Formas de resolución de conflictos en línea: Ombudsman, negociación, mediación y arbitraje

Diferenciamos cuatro modalidades de ODR: la atención unilateral de la queja (ombudsmen), la negociación, la mediación y el arbitraje, sin perjuicio de las posibilidades de combinación entre ellos¹³¹.

4.3.1 SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE Y OMBUDSMEN

En puridad, los sistemas de atención al cliente y la negociación canalizan tratos directos entre la empresa y el consumidor. La Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, los dejaba fuera de su ámbito de aplicación, que las concibe como una discusión habitual entre las partes previa al planteamiento del litigio, cuya resolución se encomienda precisamente a un órgano independiente o judicial (Cdo. 9). No obstante, tanto las quejas a través de sistemas de atención al cliente como la negociación asistida, se

¹³¹ Naturalmente, es posible (también extraordinariamente complejo) adaptar los procesos judiciales al procedimiento electrónico. Respecto a la cuestión, véase MONTERO, Etienne, y MOUGENOT, Dominique: *Phenix - Les Tribunaux à l'ère électronique*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007.

articulan a través de instrumentos técnicos objetivos predispuestos para facilitar la resolución del conflicto. En definitiva, representan superar la subjetividad, al menos con un mecanismo de gestión puesto a disposición de las partes (la manifestación más débil de este mecanismo serían los servicios de atención al cliente, que integrados en la entidad, pero con una separación organizativa que garantice su autonomía y evite los conflictos de intereses). Importa pues la idea de gestión, la existencia de un método de sistematización del conflicto, una racionalización del proceso, aunque no lo organice directamente un tercero¹³².

En España ha conocido un impulso normativo importante en el ámbito de los servicios financieros. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero creó los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, para la Defensa del Inversor y para la Defensa del asegurado y el Partícipe en Planes de Pensiones y previó los Departamentos de atención al cliente y el Defensor del Cliente¹³³. Son vías vinculadas a la empresa que representan el examen del conflicto por la propia entidad y por un tercero ajeno a la misma que como mucho es vinculante para la propia entidad. La ley prioriza las vías de reclamación generales (arbitral o judicial): si hay un procedimiento abierto los SACs, los Defensores o los Comisionados deben abstenerse y sus decisiones o informes finales no impiden la vía arbitral o judicial (art. 7.3 final Orden ECO/734/2004, arts. 5.1.3, 5.2 y art. 10.3 RD 303/2004). El usuario queda libre de iniciar una reclamación judicial, paralizando la reclamación frente al SAC, DC o Comisionado.

El sistema de gestión de reclamaciones vinculado, de forma más o menos cercana, a la empresa permite obtener una rectificación unilateral (SACs), una decisión vinculante para la empresa (defensor del cliente) o derivar la reclamación a los Comisionados respectivos tras haber agotado estas vías frente a la entidad o el defensor (arts. 8.1 y 7.2.d RD 303/2004). La entidad reclamada deberá pronunciarse sobre el informe del Comisionado, momento en que puede variar unilateralmente su criterio. Esta concatenación de vías debe matizarse: el Defensor puede emitir una declaración rectificadora vinculante para la entidad, pero el Comisionado no representa una segunda instancia ni permite obtener directamente

¹³² Véase MORIN, Jean, y LACHANCE, Martine: *Les modes alternatifs de résolution des litiges*, Wilson & Lafleur, Chambre des notaires du Québec, 2006, p. 3: «La systématisation du mode de résolution du conflit permet de rationaliser la démarche, la rendant de ce fait plus efficace et plus prévisible».

¹³³ Desarrollados, respectivamente, por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y los servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

una reparación, aunque su informe sería un instrumento muy valioso en un procedimiento judicial o arbitral.

Los servicios de atención al cliente son obligatorios («deberán»: art. 29.1 LMRSF, art. 4.1 Orden ECO/734/2004), no así el Defensor del cliente («podrán», art. 29.1 LMRSF y art. 4.2 Orden ECO/734/2004). El servicio de atención al cliente está integrado en la entidad, aunque debe contar con una separación organizativa que garantice su autonomía y evite los conflictos de intereses. En cambio, a través del defensor del cliente, la entidad se dota voluntariamente de un sistema de resolución de conflictos ajeno y acepta someterse a la decisión de un tercero imparcial (art. 7.3 Orden ECO/734/2004). Esta externidad explica que el defensor pueda ser común a un grupo de empresas (cfr arts. 4.1 y 2 y 7.1 Orden ECO/734/2004).

Los SACs o los defensores conocerán de las quejas o reclamaciones. Están obligados a resolver en un plazo máximo de dos meses (arts. 3 y 15), cuyo transcurso sin respuesta permite acudir al defensor o al Comisionado. La finalidad de la reclamación es la restitución de intereses o derechos lesionados por acciones u omisiones que representen un incumplimiento *contractual*, de la *normativa de transparencia y protección* de la clientela o de las *buenas prácticas y de los usos* financieros. El artículo 6.4 del Real Decreto 303/2004 define las buenas prácticas como las que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión, ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela. En cambio, los usos financieros constituyen prácticas efectivas y repetidas de una determinada conducta que se realizan con el convencimiento de respetar una norma de conducta en el tráfico mercantil.

Los Comisionados no tienen funciones ejecutivas (sus informes no son actos administrativos y no son susceptibles de recurso (arts. 5.1 y 12.3 RD 303/2004) ni jurisdiccionales, pues no otorgan derechos a los reclamantes ni indemnizaciones (art. 5.3 Reglamento) ni son vinculantes para la entidad (art. 5.4). Su virtualidad es indirecta para el cliente, pues su informe (motivado, con conclusiones claras sobre todas las cuestiones planteadas y con detalle del tipo de infracción y la norma o el uso vulnerados) se notifica a la entidad, que está obligada a manifestar si lo acepta, rectificando así su actuación (art. 13.1 Reglamento), rectificación que se puede producir en cualquier momento (allanamiento, art. 13.1 final)¹³⁴.

¹³⁴ Si el Comisionado aprecia indicios de incumplimiento o vulneración de las normas de transparencia y protección de la clientela, remitirá el expediente a las autoridades de supervisión (arts. 5.4, 13.2 y 15 Reglamento).

4.3.2 NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN

La negociación es la forma más simple de ODR, ya que designa un intercambio de puntos de vista y de propuestas, sin incorporar una tercera persona, a diferencia de la mediación y el arbitraje¹³⁵. Para facilitar el encuentro, las plataformas de negociación incluyen técnicas que facilitan la fijación de puntos de acuerdo. Las herramientas de negociación ciega (*blind binding tools*) a conducen a los litigantes a opciones intermedias que son libres de aceptar y que representan propuestas concretas, no formuladas por el contrario y por ello más objetivas¹³⁶. Permiten fijar una zona de acuerdo: un porcentaje, una cantidad en cuyo campo se podría cerrar un acuerdo y en el que se pueden cruzar ofertas y contraofertas, a través de una tabla dinámica (plataforma ECODIR), pudiendo el sistema limitar el número de ofertas propuestas por las partes en conflicto.

La mediación, modelo también negociado y consensual de gestión de conflictos, se caracteriza por la intervención de un tercero neutral que carece de poder para imponer decisiones pero que ayuda y guía el procedimiento en el cual las partes intentan voluntariamente alcanzar un acuerdo por sí mismas (téngase en cuenta la definición del art. 3.a de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)¹³⁷. Se trata pues de una negociación asistida e impulsada por el poder público¹³⁸. Descansa siempre sobre la autonomía (las partes pueden retirarse en cualquier momento y aceptar libremente las propuestas de acuerdo) pero también sobre la profesionalidad de quien dirige el proceso. La mediación representa una alternativa al sistema centralizado y formalista basado en la imposición de soluciones, y se caracteriza por funcionar por la delega-

¹³⁵ Véase BENYEKHFLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 44.

¹³⁶ KATSH y RIFKIN (*Online Dispute Resolution*, cit., pp. 60-61) destacan cómo en las técnicas de negociación ciega la aplicación informática deviene un tercero neutral capaz de aceptar las ofertas que se le hacen y de no revelar las ofertas a las otras partes: «the machine evaluates each offer to see whether it is within the 30 percent range. If so, the parties are informed that there is a settlement. If not, no information about the offers is revealed to the parties»; véase también KAUFMANN-KOHLER: «Online Dispute Resolution...» cit., p. 338.

¹³⁷ Para una aproximación doctrinal, véase BENYEKHFLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 45 ; SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, cit., p. 185. En el ámbito español y en el contexto de los conflictos de consumo, BUSTO LAGO, José Manuel; ÁLVAREZ LATA, Natalia, y PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 337.

¹³⁸ Véase RULE: *Online Dispute Resolution for Business*, cit., p. 38. La Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado extiende los ámbitos de actuación de la categoría profesional de «mediador» y constituye el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Se presenta como un instrumento para evitar la judicialización y hacer posible soluciones autogestionadas y eficaces.

ción a profesionales de la negociación. A través de ellos, la mediación permite a los protagonistas del conflicto reapropiarse de su gestión, facilitada por los mediadores cuya función es facilitar la comunicación entre ellos¹³⁹.

El acuerdo inicial de las partes consiste en someter su disputa a un tercero neutral, que usa métodos y técnicas para encauzar a las partes hacia un acuerdo extrajudicial. En cualquier caso, el mediador carece de poder para imponer una decisión. Esta voluntariedad que impregna la totalidad del proceso de mediación explica que el mediador pueda oír a las partes separadamente, contraviniendo los principios judiciales que, en cambio, viciarían de nulidad el arbitraje¹⁴⁰. El acuerdo propiciado entre las partes tendrá el valor jurídico de un contrato de transacción, obligatorio para las partes pero sin fuerza ejecutiva, a diferencia del laudo arbitral. Aunque el artículo 6.1 de la Directiva 2008/52/CE obliga a los Estados miembros a dar carácter ejecutivo al acuerdo, la expresión designa la capacidad de adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente (art. 6.2): su mero reconocimiento jurídico como transacción voluntaria alcanzada al amparo de la autonomía de la voluntad permite solicitar judicialmente su cumplimiento. La falta de acuerdo mantiene la libertad para acudir a un procedimiento arbitral o judicial, para lo cual son precisos instrumentos técnicos como la interrupción de la prescripción [cfr. art. 121.11.b) y c) del Código Civil de Cataluña, que ordena entre sus causas el inicio de un procedimiento arbitral, la interposición de demanda de formalización de arbitraje o la reclamación extrajudicial de la pretensión].

4.3.3 ARBITRAJE Y FÓRMULAS MIXTAS

Existen algunas técnicas, que se han designado como formas híbridas de arbitraje, que consisten en la combinación de modalidades de ADR¹⁴¹. El Med-arb combina la mediación y el arbitraje, fórmula normalizada en la práctica de algunos arbitrajes institucionales como el de consumo. En cualquier caso, las partes pueden acordar someter un conflicto a arbitraje pero intentar previamente la mediación o admitir que durante el procedimiento

¹³⁹ BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre: «La médiation: du droit imposé au droit négocié?», *Droit négocié, droit imposé?*, dir. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint_louis, Bruxelles, 1996, pp. 419-420.

¹⁴⁰ Véase BENYEKHEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 45.

¹⁴¹ Véase TWEEDDALE, Andrew, y TWEEDDALE, Keren: *Arbitration of commercial disputes. International an english law and practice*, University Press, Oxford, 2005, p. 24.

arbitral se llegue a un acuerdo voluntario. O, a la inversa, pueden decidir que si no se llega a un acuerdo a través de mediación, se pase al arbitraje. No se trata más que de una manifestación de la voluntad concurrente de las partes de priorizar el acuerdo autónomo sobre el arbitraje, cosa que siempre pueden hacer extinguiendo el proceso o condicionando el convenio arbitral a la mediación previa. El artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo incorpora la mediación en la dinámica habitual de este arbitraje y su resultado deberá constar en el procedimiento arbitral. El éxito de la mediación suele ser significativo y representa un ahorro de costes de organización pero también un beneficio para las relaciones futuras entre las partes en conflicto y para el funcionamiento de los sectores de actividad. En este sentido, Maluquer de Motes señala que la mediación y también el arbitraje son instrumentos de calidad¹⁴².

La intervención del tercero o los terceros en el arbitraje se caracteriza por su capacidad de imponer una solución, un laudo con fuerza ejecutiva¹⁴³. La utilización de medios electrónicos era una posibilidad admitida por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (arts. 5.a, 9.3 y 37.3 LA). Desde la perspectiva principal de este trabajo, centrado en las relaciones y conflictos entre profesionales y consumidores y usuarios, en particular en sus transacciones por medios electrónicos, vamos a detenernos en el arbitraje electrónico previsto en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, anunciado en el artículo 57.2 TRLCU. La calificación de arbitraje de consumo electrónico corresponde únicamente al que se sustancia íntegramente por medios electrónicos, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales (art. 51.1 RDSAC). En este caso, debe mantenerse el mecanismo de comunicación con la Administración y le serán aplicables las normas de procedimiento desarrolladas por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), y el propio Real

¹⁴² MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan: «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario», *El arbitraje de consumo* (ed. Carles E. Florensa Tomás), Tirant Monografías, Valencia, 2004, pp. 33-34. En relación con los códigos de conducta, del mismo autor: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho privado y Constitución*, cit., pp. 368-369.

¹⁴³ Se descarta toda gestión de conflictos que carezcan de fuerza ejecutiva; por ejemplo SCHULTZ utiliza la expresión «arbitraje» productora de un laudo, con un valor de simple propuesta, sin fuerza ejecutiva (*Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, cit., p. 187).

Decreto 231/2008. El artículo 51.1.2 RDSAC no ignora que las Juntas o los órganos arbitrales puedan utilizar medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o realizar actuaciones arbitrales concretas. Estas comunicaciones no se realizarían en el marco de la plataforma de arbitraje, como servicio de la sociedad de la información (art. 57.2 RDSAC) al que se adscribirá u organizará la Junta competente (arts. 8 y 52 RDSAC). No obstante, el Real Decreto 231/2008 reconoce en numerosos artículos la posibilidad de utilizar técnicas de comunicación electrónica, también, como una forma más de cumplir con las diferentes fases del procedimiento¹⁴⁴.

4.3.4 EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO

El Real Decreto 231/2008 enmarca, más que regula, el arbitraje electrónico de consumo. Remite su sustanciación a una aplicación electrónica, aborda la cuestión de la competencia y del lugar del arbitraje (arts. 53 y 55 RDSAC) y vincula la seguridad de las comunicaciones a la firma electrónica (sin perjuicio de otras técnicas que aseguren la autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente)¹⁴⁵. Por lo que respecta a la tramitación del arbitraje electrónico se contempla específicamente la realización de la prueba (art. 45.4 RDSAC) y la notificación y cómputo de los plazos (art. 54 RDSAC). No obstante, aunque puede ilustrarse con las referencias a los diversos trámites electrónicos que la norma precisa, que la aplicación electrónica también contemplará.

Por lo que respecta al desarrollo del procedimiento arbitral, la utilización de una plataforma facilita todos aquellos trámites cuyo cumplimiento requiere una solución técnica¹⁴⁶. Así, la digitalización del procedimiento, intrínseca al sometimiento del conflicto al arbitraje electrónico, y la utilización de documentos electrónicos canalizados a través de mensajería interna. De esta forma, es posible realizar un procedimiento desmaterializado, sin presencia física e incluso sin presencia sincrónica a través de videoconferencia, siempre que el contacto a través de la plataforma garantice los principios de contradicción y audiencia y se cierren los términos

¹⁴⁴ Así, la celebración del convenio por medios electrónicos (art. 24.1 RDSAC), la formulación o la denuncia de la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (arts. 25.1 y 91.1 RDSAC), la presentación de solicitudes de arbitraje y de firma electrónica de las mismas (arts. 34.1 princ. y 34.1.g RDSAC), la audiencia de las partes (art. 44.1 RDSAC), la presentación de pruebas (art. 45.1 RDSAC).

¹⁴⁵ Al no matizar entre las distintas modalidades de firma electrónica, parece que la referencia a «otras técnicas» alude a recursos futuros.

¹⁴⁶ Véase un análisis de estos aspectos por ZHAO: *Dispute Resolution*, cit., pp. 208 ss.

de la controversia, quedando el tema visto para laudo, cuando ambas partes hayan realizado todas aquellas aportaciones que consideren necesarias para la defensa de su derecho. Otro aspecto que permite resolver la plataforma es la autenticidad, integridad y no repudio de las comunicaciones. Todas ellas incorporarán un sistema de firma electrónica en las comunicaciones entre las partes y el sistema (art. 3 LFE).

El arbitraje electrónico de consumo se beneficia de la doble pauta de la regulación del proceso: la propia del sistema arbitral de consumo y de la regulación de la Administración electrónica. Al amparo de ambas normativas, las plataformas gestionadas por las Administraciones competentes para implantar el arbitraje de consumo deberán prever los aspectos siguientes¹⁴⁷:

a) La elección del medio electrónico corresponde al ciudadano, que ejerce su derecho a relacionarse con la Administración Pública utilizando medios electrónicos y a elegir el canal que prefiera entre los que se encuentren disponibles en cada momento (art. 6.1, 6.2.a y 27.4 LAE) entre las opciones disponibles¹⁴⁸. La aplicación debe poner a disposición del consumidor los formularios de solicitudes para presentar la reclamación (art. 34.4 RDSAC), con las consecuencias que prevé el artículo 37 RDSAC en cuanto a la iniciación del procedimiento. Su iniciación debe quedar al alcance del ciudadano mediante el acceso al modelo de reclamación que conlleva la iniciación del arbitraje cuando la empresa está adherida al sistema o el convenio se desprende de una cláusula incorporada al contrato (art. 24.1 y 2 RDSAC) o bien los trámites para saber si lo acepta (art. 24.4 RDSAC).

b) La identificación y autenticación de las comunicaciones (art. 53 RDSAC). Desde la implantación del DNI electrónico, se ha

¹⁴⁷ No abordamos una parte fundamental, previa, cual es la normalización del convenio on-line, ya sea *ad hoc*, ya a través de una cláusula contractual de adhesión inserta en los contratos perfeccionados on-line, ya provenga de la respuesta a una oferta pública de sometimiento al arbitraje. Respecto de la formalización del convenio, está clara la equivalencia de la forma escrita con el soporte electrónico firmado electrónicamente (art. 9.3 LA, art. 23.3 LSSICE y art. 3.6 Ley 59/2003, de firma electrónica). Al respecto consúltese GRAMUNT FOMBUENA, M.^a Dolores: «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2005, pp. 83-84.

¹⁴⁸ El artículo 6 LAE no obliga a utilizar los formularios electrónicos, aunque la Administración está obligada a disponer un sistema suficiente para que el ciudadano pueda ejercer el derecho a interactuar electrónicamente. En este sentido no cabría inadmitir una solicitud de mediación o de arbitraje por el hecho de no utilizar los canales telemáticos: véase COTINO HUESO, LORENZO: «Derechos del ciudadano», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (coords.), *La Ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 154-155. La opción no es vinculante para el ciudadano, que puede regresar a los sistemas no virtuales (arts. 27.1 y 2 y 28.4 LAE). No obstante, el artículo 27.6 LAE sí sienta la obligatoriedad del medio electrónico para las personas jurídicas, entre otros interlocutores.

generalizado el medio para agilizar las transacciones electrónicas pues incorpora la firma electrónica o certificado de autenticación reconocido (art. 16.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y arts. 1.4 y 12 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica). Los ciudadanos pueden utilizar la firma electrónica avanzada (art. 15 LAE) y otros sistemas de firma electrónica admitidos por la Administración (combinación de códigos y claves concertadas; art. 16 LAE). La Administración pública deberá admitir los certificados electrónicos reconocidos emitidos por prestadores de servicios de certificación y también incorporará la firma electrónica en su actuación administrativa automatizada. Deberá tener al menos una plataforma de verificación del estado de todos los certificados admitidos por las Administraciones Públicas (art. 21 LAE) y los funcionarios públicos podrán identificar y autenticar a los ciudadanos (art. 22 LAE). Las comunicaciones electrónicas deben dejar constancia de la transmisión y la recepción, de sus fechas, del contenido íntegro y deben identificar al remitente y al destinatario.

c) El registro de las comunicaciones y notificaciones. El Registro electrónico admite la presentación de solicitudes y de documentos electrónicos normalizados correspondientes a servicios y procedimientos (art. 24 LAE). Se regirá por una fecha y hora oficiales (cuyo cómputo establece el artículo 26.1 LAE, previendo los días inhábiles, cfr. art. 26.3 a 5 LAE) y emitirán un recibo automáticamente (copia autenticada del escrito, incluyendo día y hora de presentación y número de registro).

d) La dinámica de las notificaciones. El artículo 28 LAE establece la eficacia de la puesta a disposición de la notificación y las consecuencias de la falta de acceso a la misma (el transcurso de diez días naturales sin acceso se considera rechazo) y del acceso, en cuyo caso se entiende practicada la notificación (art. 28.5 LAE)¹⁴⁹. La cuestión es relevante a los efectos de la aplicación del artículo 5.a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que prevé la validez de las notificaciones realizadas por medios de comunicación electrónicos que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el intere-

¹⁴⁹ Con la salvedad de una imposibilidad técnica o material, cuya interpretación contempla, como mínimo, las circunstancias que puedan afectar al servidor del correo electrónico o al prestador de servicios de certificación: véase REGO BLANCO, M.^a Dolores: «Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (coords.), *La Ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 405.

sado. En particular, lo es para resolver los supuestos en que pueda considerarse recibida la notificación cuando, tras una indagación razonable, se considera recibida el día en que se ha entregado o se ha intentado la entrega en su dirección electrónica y dejando constancia de ello.

e) La gestión del expediente electrónico, entendido como el conjunto de documentos electrónicos correspondiente a un proceso administrativo que se archiva (art. 32 LAE). La completa gestión electrónica del procedimiento arbitral requiere prever su iniciación, instrucción y terminación (arts. 35, 36 y 38 LAE). Los documentos administrativos electrónicos (art. 29 ss LAE y art. 46 LRJAP y PAC) incorporarán la firma electrónica y una referencia temporal (son necesarios servicios de certificación electrónica de sellado del tiempo) y se irán incorporando al expediente, quedando accesibles a la secretaría de la Junta arbitral (para su gestión), de los árbitros (para su análisis y emisión del laudo) y de las partes (para formular las alegaciones en defensa de su derecho y ejercer su derecho a conocer el estado de la tramitación del procedimiento). La Administración tiene que estar en disposición de realizar copias electrónicas (art. 30 LAE), dotadas de un certificado que permita verificar la coincidencia con el original, para que el ciudadano pueda acreditar, por ejemplo, que una controversia está sujeta a arbitraje a los efectos de remover cautelarmente el registro de sus datos en un fichero de solvencia patrimonial. El artículo 18.2 RDSAC confiere al secretario del órgano arbitral la función de garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido, de documentar y formar los expedientes y realizar las notificaciones, entre otros, funciones que la aplicación debe facilitar y agilizar. La plataforma debe permitir aportar las copias digitalizadas de los documentos que acreditan su reclamación. La instrucción del expediente se someterá a los plazos y a las normas de desarrollo que rigen el procedimiento arbitral. Debe garantizarse el derecho del reclamante a participar en el mismo (luego, acceder al estado de tramitación, art. 37 LAE), a presentar alegaciones en cualquier momento anterior a la resolución y la práctica del trámite de audiencia: medios de comunicación *ex* arts. 27 y 28 LAE). La terminación del expediente se produce con la emisión del laudo (art. 38 LAE), que incorporará la firma de los árbitros e identificará el órgano administrativo que lo expide. Su comunicación y la emisión de copias se ajustarán a los estándares de seguridad (firma electrónica).

BIBLIOGRAFÍA

- AMBLARD, Philippe: *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2004.
- ARIAS POU, María: «Sistemas de autoregulación. Códigos de conducta. Sellos de calidad», *Manual Práctico de Comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006.
- ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981.
- BELLEY, Jean-Guy: «Le contrat comme phénomène d'internormativité», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LGDJ, Paris, 1996.
- «Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique», *Droit négocié, droit imposé?*, dirs. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint_louis, Bruxelles, 1996.
- BENYEKHLIF, Karim: «Les systèmes intégrés d'information de justice au Canada et aus États-Unis», *L'Administration de justice au service des citoyens* (dirs. Georges Chatillon et Bertrand DU MARAIS), Bruylant, Bruxelles, 2003.
- *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2008.
- BENYEKHLIF, Karim, y GÉLINAS, Fabien: «Online Dispute Resolution», *Lex Electronica*, vol. 10 núm. 2 (Été/Summer 2005).
- BERLEUR, Jacques, y EWBANK DE WESPIN, Tanguy: «Gouvernance de l'Internet: réglementation, autorégulation, corégulation?» *Gouvernance de la société de l'information*, dir. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Cahiers du CRID, n.º 22, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2002.
- BERLEUR, Jacques, y POULLET, Yves: «Quelles régulations pour l'Internet», *Gouvernance de la société de l'information*, dir. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Cahiers du CRID, n.º 22, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2002.
- BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre: «La médiation: du droit imposé au droit négocié?», *Droit négocié, droit imposé?*, dirs. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint_louis, Bruxelles, 1996.
- BUSTO LAGO, José Manuel; ÁLVAREZ LATA, Natalia, y PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques: «La régulation juridique en question», *Droit et Société* 49-2001.
- «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», *Droit et économie de la régulation, Les risques de régulation*, vol. 4, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- «La gouvernance et le droit», *Mélanges Paul Amserek*, dirs. G. Cohen, Y. Gaudemet, R. Herzog, P. Wachsmann, J. Wahne, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- COIPEL, Michel: «Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale», *Gouvernance de la société de l'information*, dirs. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Cahiers du CRID, n.º 22, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2002.
- COTINO HUESO, Lorenzo: «Derechos del ciudadano», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (coords.), *La Ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

- DELMAS-MARTY, Mireille : «Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits», *Réseau Européen Droit et Société*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/>
- DU MARIAS, Bertrand: «Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux», *Le droit international de l'internet*, dir. G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- FELDTMANN, Birgit; VON FREYHOLD, Hanno, y VIAL, Enzo L.: *The Cost of Legal Obstacles to the Disadvantage of Consumers in the Single Market*, Report for the European Commission DG XXIV, Consumer Policy and Consumer Health Protection 1998.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: «El Tribunal de Justicia Europeo estrena Código de Conducta», *Derecho de los Negocios*, núm. 213, 2008.
- FENOULHET, Timothy: «Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen», *Le droit international de l'internet*, dir. G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- FERNÁNDEZ MAGARZO, María del Rosario: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», *Estudios sobre Consumo*, 84, 2008.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne: «Arbitrage et droit de la régulation», *Droit et économie de la régulation, Les risques de régulation*, vol. 3, dir. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- GAUDIN, Jean-Pierre: *Pourquoi la gouvernance?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002.
- GAUTRAIS, Vincent: «La certification de qualité des sites Internet: un sésame voué à la sécurité du consommateur», *Revue Ubiquité*, n.º 3, noviembre 1999.
- GRAMUNT FOMBUENA, M.ª Dolores: «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2005.
- GREEN, Andrew, y HRAB, Roy: «Self-regulation and the protection of the public interest», *Paper Prepared for the Panel on the Role of Government*, junio 2003, www.law-lib.utoronto.ca/investing/reports/rp26.pdf
- HAMEL, Pierre, y JOUVE, Bernard: *Un modèle québécois? Gouvernance et participation dans la gestion publique*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2006.
- ILLESCAS, Rafael: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.
- KATSH, Ethan, y RIFKIN, Jane: *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: «Online Dispute Resolution and its Significance for international Commercial Arbitration», *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner* (eds. G. Aksen, K. H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell), International Chamber of Commerce, Paris, 2005.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena, e IRÁKULIS ARREGI, Nerea: «La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE», *Aranzadi Civil* núm. 12/2007.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 571, 2003.
- MACDONALD, Roderick A.: «Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LGDJ, Paris, 1996.

- MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan. «La solución extrajudicial de conflictos: Códigos de conducta y arbitraje electrónico en *La regulación del comercio electrónico* (coord. I. Barral), Dykinson, Madrid, 2003.
- «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003.
- «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario», *El arbitraje de consumo* (ed. Carles E. Florensa Tomás), Tirant Monografías, Valencia, 2004.
- MARTÍN GALICIA, Félix: «La regulación voluntaria y la defensa del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 72, Enero 2005.
- MOCKLE, Daniel: «Mondialisation et État de Droit», *Mondialisation et État de Droit*, dir. D. Mockle, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- MONTERO, Etienne, y MOUGENOT, Dominique: *Phenix - Les Tribunaux à l'ère électronique*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- MOREAU DEFARGES, Philippe: *La gouvernance, Que sais-je?*, PUF, Paris, 2003.
- MORIN, Jean, y LACHANCE, Martine: *Les modes alternatifs de résolution des litiges*, Wilson & Lafleur, Chambre des notaires du Québec, 2006.
- OSMAN, Filali: «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995.
- OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel: *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.
- *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.
- PAZ LLOVERAS, Eduardo (coordinador): *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Ministerio de Ciencia y Tecnología, diciembre 2002.
- PECH, Laurent: «Droit & gouvernance: vers une "privatisation" du droit», *Document de travail de la Chaire MCD*, <http://www.chaire-mcd.ca/>, mars 2004.
- POULLET, Yves: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique», *Revue Ubiquité*, n° 5, junio 2000.
- POULLET, Yves, y BERLEUR, Jacques: «Quelles régulations pour l'Internet?», *Gouvernance de la société de l'information. Loi-Autorégulation-Ethique*, dirs. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Bruylant, Facultés Notre-Dame de la Paix de Namur, 2002.
- PRIEST, Margot: «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation», *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, n.º 29, 1997-1998.
- REIDENBERG, Joël R.: «La réglementation d'Internet par la technique et la Lex informativa», *Droit et économie de la réglementation, Les risques de réglementation*, vol. 3, dir. Frison-Roche, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- REGO BLANCO, M.^a Dolores: «Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (Coords.). *La Ley de la administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.
- ROCHFELD, Judith: «Les rapports entre la réglementation et le contrat renouvelés par l'Internet», *Droit et économie de la réglementation, Les risques de réglementation*, vol. 4, dir. Frison-Roche, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.

- RUBIO GIMENO, Gemma: «Autorregulación y marcas de calidad: códigos de conducta en la red», Newsletter Electrónica 4/2002, *Proyecto i+Confianza: Autoregulación y Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos para Plataformas de Comercio Electrónico: Estudio y Promoción del Uso*. http://www.e-global.es/confianza/newsletter02_2002.htm
- RULE, Colin: *Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance and other Commercial Conflicts*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2002.
- SHELLEKENS, M.H.M.: «Les collèges d'arbitrages et le commerce électronique», *Le droit international de l'internet*, dir. G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- SCHULTZ, Thomas: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- SEFFAR, Karim, y BENYKHLEF, Karim: «Commerce électronique et normativités alternatives», *Revue de droit & technologie de l'Université d'Ottawa*, 3:2, 2006.
- SUPIOT, Alain: «La loi dévorée par la convention?», *Droit négocié, droit imposé?*, dir. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint_louis, Bruxelles, 1996.
- TILMAN, Vincent: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», *Proceedings of the UNECE Forum on ODR*, 2003, <http://www.odr.info/unece2003>
- TRUDEL, Pierre: *Droit du cyberspace*, Université de Montréal & Editions Thémis, Montréal, 1997.
- *La lex electronica*, en Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Éditions Bruylant, collection Droit international, Bruxelles, 2001, p. 221-268. <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/Lexelectronica/trudel.pdf>
- TWEEDDALE, Andrew, y TWEEDDALE, Keren: *Arbitration of commercial disputes. International an english law and practice*, University Press, Oxford, 2005.
- ZHAO, Yun: *Dispute Resolution in Electronic Commerce*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.