

LA AUTORREGULACIÓN, ENTRE LA QUIEBRA DE LA RELATIVIDAD Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

RAFAEL ILLESCAS

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad Carlos III

Mi amistad, nuestra amistad —la de Javier Salas y yo, entre otros muchos— ha sido una de esas amistades que se forjan en los años de crecimiento intelectual de los que se dispone con largueza para escribir una tesis doctoral. Años por tanto de concomitancias de ideas y pensamiento; de contrastes y recíprocas críticas también para los hallazgos —verdaderos y falsos— intelectuales, científicos y políticos de quienes se encuentran en tan feliz circunstancia de dedicación al ejercicio mental en libertad y con ánimo creativo. Cuando ello además se forja en la Bolognia de finales de los años sesenta del siglo pasado y en el contexto incomparable del Colegio de España —Real Colegio de San Clemente de los Españoles dicho sea en propiedad— de la ciudad y universidad italianas, el vínculo se hace inatacable.

Escribir ahora en su recuerdo y en homenaje a su estela humana e intelectual, aunque sea brevemente me resulta como saldar una deuda antigua. Lo lamentable es no poder discutir mi aportación con Javier; estoy casi seguro que hubiere encontrado en él un acendrado pero justo y equitativo crítico. Los temas de la «desjacobinización» del derecho y la política no le agradaban: fue siempre un administrativista de raíz y convicción.

Los tiempos, sin embargo, cambian: hace 35 años que leímos nuestras tesis boloñesas y el mundo vive hoy con un grado infinitamente menor de amenaza física de destrucción y sin embargo más aterrorizado. También vive con un grado mayor de incertezas: se ha hecho, aun cuando pueda resultar contradictorio, pequeño, un punto unipolar, abierto, interdependiente. Se mueve por la senda del mestizaje. Con la

pérdida de seguridad que ello comporta, con la paulatina superación de certidumbres individuales persistente a lo largo de dilatadas etapas históricas. Al Derecho —la ciencia jurídica— también le viene pasando algo similar.

El orden jurídico creado por la revolución francesa en el mundo continental europeo se ha venido basando en el Estado, en sus tres distintos poderes, y en el Código. El mundo anglosajón, desde mucho antes, se afianzó sobre la democracia parlamentaria y el respeto a la costumbre y precedentes judiciales prioritariamente. Y ambos mundos han vivido, más que convivido, durante casi tres siglos largos sin intercomunicaciones relevantes.

Ambas fórmulas han permitido durante dicho lapso de tiempo la aparición y el desenvolvimiento de sociedades extraordinariamente innovadoras y expansivas, competidoras entre sí y no siempre de modo pacífico. Aisladas, también: afianzadas en sus particulares fundamentos jurídico-políticos cada una de ellas. Ese aislamiento es lo que ha quebrado a partir de la II Guerra Mundial y, particularmente, tras la caída del muro de Berlín y el final del socialismo real.

La apertura universal, especialmente acentuada en el campo de las relaciones económicas y comerciales y cuya gran manifestación e instrumento jurídico está constituido por la Organización Mundial de Comercio y el Tratado de Marrakech de 1994 (1), supone el inicio del abandono de las propias convicciones jurídicas por parte de cada Estado y el inicio de un proceso de intercambio, innovación y en suma de mestizaje, como ya he dicho, mucho más allá de lo puramente empresarial.

En realidad, el orden global cerrado suponía, en el ámbito del sistema jurídico continental y sus fuentes normativas, un reduccionismo contractual y una elevación a la máxima altura de la norma estatal escrita. Incluso en el ámbito comercial, tradicionalmente necesitado de los impulsos iusprivatistas no estatales para conseguir sus objetivos de disciplina jurídica.

El artículo 2 del Código de comercio de 1885 establece con rotundidad el predominio de la ley comercial y del Derecho común —preferentemente escrito— en orden a disciplinar las relaciones mercantiles. Tal predominio parece como atenuado por la mención de los usos de comercio en cuanto que fuente intermedia y preferente al Derecho común. Es una verdad relativa y menos que a medias: basta remitirse al artícu-

(1) Tratado hecho en Marrakech el día 15 de abril de 1994, Instrumento de ratificación por el Reino de España en BOE nº 20 de 24 de enero de 1995, Suplemento.

lo 50 del propio Código de comercio, primero de los destinados a establecer «disposiciones generales sobre los contratos de comercio» para comprender lo nimio de la referencia normativa del uso de comercio. En efecto, en los más relevantes aspectos de la disciplina de los contratos mercantiles el Derecho común prevalece sobre el uso de comercio: así lo dispone, en contra de la regla general del artículo 2, el citado artículo 50 del Código de comercio, respecto de los «requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes». Derecho estatal escrito, especial primero y común después, así pues, componen la base de la normatividad mercantil. El Derecho consuetudinario, y por tanto de creación social —profesional mejor, dado que está compuesto por usos de «comercio» y «observados» en la plaza del contrato— se encuentra reducido desde la época de la codificación a un plano secundario, muy inferior al de la regla estatal.

El ámbito de efectividad normativa del contrato, a su vez, incluso resulta perfectamente ignorado por el Código de comercio. Confiaron sus redactores en un proyecto de Código Civil tantas veces frustrado para delimitarlo sin sentir mayor necesidad de especialidad en la materia. Cuando éste, cuatro años más tarde llega, satisface las necesidades comunes y especiales —ciertamente que escasas y menores— por la vía principalmente de tres disposiciones significativas: sus artículos 1.091, 1.257 y 1.278. A través de ellos se ha llegado a actuar lo que se denomina el principio de relatividad de los contratos, el cual ha venido con el paso del tiempo a tener ciertas manifestaciones explícitas en la ley mercantil más reciente. Así resulta ser el caso del artículo 7.1.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

El caso es que de conformidad con las reglas básicas del derecho codificado, la relatividad del contrato solo tiene un modo de ser superada sin la específica intervención del legislador o de los contratantes: su conversión en uso de comercio. Cuando el contrato o sus cláusulas en particular adquieren *opinio iuris seu necessitatis* —en un proceso de larga duración, difícilmente compatible con la intensidad y rapidez de innovación existente desde hace lustros en la mayor parte de las sociedades postindustriales contemporáneas— el principio de relatividad quiebra: el contenido habitual y reiterado del contrato se convierte en vinculante incluso para quienes no lo pactan expresamente. De este modo el las cláusulas contractuales se convierten en usos de comercio (2). Salvo, co-

(2) Siempre son dignas de recordar las páginas del Maestro GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 5ª ed., t. I Madrid, 1962, págs. 94 y sigtes. sobre el origen y formación de los usos de comercio

mo se ha dicho, la intervención contraria expresa del legislador o de las partes.

Esta suerte de compartimentación entre clausula, uso y ley parece como si en los años más recientes estuviera en vía de superación y la estanqueidad descrita en abandono, parcial y creciente. Así, figuras intermedias entre las unas y el otro han venido haciendo su aparición. Inicialmente en el campo del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (en adelante DUCI) para luego asentarse plenamente en el ámbito de los ordenamientos nacionales. Consecuencia probablemente de la influencia del sistema jurídico del derecho común sobre el continental así como fruto de la presión de la sociedad civil sobre la sociedad política.

En el ámbito de lo que académica y convencionalmente se denomina Derecho Mercantil (3), las manifestaciones españolas del fenómeno descrito se han hecho cada vez más frecuentes a lo largo de los últimos diez años más o menos. Con una terminología o denominación no siempre homogénea, hemos sido testigos en tiempos recientes de la aparición y difusión de la denominada autorregulación; igualmente los llamados códigos de conducta han hecho irrupción con cierta fuerza y, por último, hemos contemplado la formulación, *ex novo* y sin precedentes efectivos contractuales o consuetudinarios, de usos y prácticas a ser observados por concretos sectores de la realidad comercial y económica en orden a sus respectivas disciplinas. Todo ello —autorregulación, códigos de conducta y prácticas y usos— en detrimento de la norma escrita de origen estatal.

La importancia de estas recién llegadas reglas escritas no estatales varía según los sectores del Derecho Mercantil. En algunos de ellos son

(3) Me resisto a aludir en el texto a la definición legal del Derecho Mercantil. Dicha definición ha sido harto difícil de formular a lo largo de los últimos tres siglos a la vista de las imprecisiones e incluso contradicciones en las que las normas básicas del derecho codificado comercial incurrieron en España. Hoy día el asunto se ha agravado tras la reafirmación de la jurisdicción mercantil en nuestro país y la delimitación legal de las materias sometidas a dicha jurisdicción. Tales materias ciertamente que no incluyen a la totalidad de los actos de comercio comprendidos en el Código de comercio de 1885 como se infiere con claridad de la simple comparación entre el Índice de dicho Código y el nuevo artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial sancionado por vía del artículo 2.7 de la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio de 2003, para la Reforma Concursal (BOE nº 164 de 10 de julio de 2003). Conforme a la comparación sugerida podrá fácilmente concluirse que ni están todos los que son ni son todos los que están —efectuado sea tan castiza afirmación en relación con los contratos mercantiles más clásicos como, por ejemplo, los bancarios—. En estas condiciones prefiero, así pues, en el texto limitarme a la definición «académica y convencional» de la materia y no a su definición legal.

casi inexistentes o inexistentes de modo pleno; en otros se producen con gran abundancia. Así, proliferan en los ámbitos de la contratación electrónica, en la publicidad y actividades conexas, en el transporte, en la compraventa. Incluso proliferan en ámbitos en los que hasta el presente leyes imperativas —en parte cuanto menos— habían venido y siguen estableciendo el grueso de la disciplina aplicable a la institución. Tal sucede en el ámbito de las sociedades mercantiles de capital, especialmente aquellas cotizadas en bolsa, en el que por demás se ha producido una evolución acelerada: los códigos voluntarios han pasado en menos de sus cinco años de existencia a convertirse cuanto menos parcialmente en leyes votadas por el Parlamento y dotadas de naturaleza cogente para aquellas sociedades de las que la norma legal hace contemplación expresa (4).

Esta evolución incluso acelerada de una parte de la autorregulación hacia la legislación pone al observador en la vía apropiada para indagar acerca de elementos constitutivos elementales de la dicha autorregulación: sus orígenes, fundamentación y conceptualización principalmente.

ORÍGENES EMPÍRICOS

En lo que hace a sus orígenes ha de señalarse que principalmente estos pueden ser dobles: pura generación espontánea en unos casos; la propiciación legislativa en otros.

La generación espontánea suele ser más frecuente, por propia definición, en las reglas del DUCI, ámbito éste en el que los procedimientos legislativos —convenciones internacionales en definitiva— son lentos y de resultado incierto por lo general. Son los operadores —ofertantes y demandantes de determinados bienes o servicios en el comercio global

(4) Tal es el camino recorrido por las sociedades anónimas cotizadas desde la publicación en el año 1988 del célebre «Código de Buen Gobierno» de tales sociedades o simplemente «Código Olivencia» —una criatura elaborada por una comisión de académicos y prácticos designada por el gobierno y aplicable sobre base voluntaria por sus destinatarios, las dichas sociedades cotizadas en el mercado de valores— hasta la promulgación y vigencia de textos legales que dotan de rango legal y carácter imperativo a muchas de sus recomendaciones: la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de 2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Ley 26/2003, de 17 de julio de 2003, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

o cuanto menos transfronterizo— los que deciden dotarse de normas autorreguladoras iniciando y culminando un proceso de formulación *ad hoc* o mediante el recurso a las actividades facilitadoras al respecto de determinadas agencias formuladoras. La concreta denominación con la que designan el producto normativo resultante del evocado proceso de formulación variará según los casos e incluso pueden a tal fin llegar a utilizar de modo deliberadamente equívoco términos reconocidos en los ordenamientos —costumbres, usos y similares—: adoptando dicha terminología cualificada, en efecto, el formulador de turno consigue hacer a los tribunales nacionales más familiares con las nuevas reglas jurídica procedentes de fuente arcana. Ello sin embargo no redundará en modo alguno en la alteración de su naturaleza.

El caso descrito concuerda con algunos ejemplos concretos de normas no estatales integrantes del DUCI. Tales son los casos de las «Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios» desde su primera versión hasta la vigente de 1993 (5), su «Supplement to UCP 500 for Electronic Presentation eUCP» (6) y sus epígonos «Usos internacionales relativos a los créditos contingentes. ISP98. International Standby Practices» (7), todos ello total o parcialmente frutos de la actividad formuladora de la Cámara de Comercio Internacional.

En otros casos, más vinculados a la dimensión nacional que internacional de las actividades comerciales y a sus correlativas necesidades de gobernación, la ley nacional puede actuar como pieza fomentadora de la autorregulación. Resulta cada vez más frecuente en los tiempos actuales encontrar en el texto de leyes formales nacionales —españolas y no— invocaciones a la autorregulación y al código de conducta. Las convoca el legislador a modo de pieza reglamentaria, jurídico-privada obviamente; o de desarrollo legislativo en concretos aspectos de la realidad normativizada a cuyos detalles el propio legislador, por una u otra razón a las que se aludirá más adelante, renuncia a descender con una norma directa y específica.

Este segundo caso descrito concuerda con algunos ejemplos concretos de normas integrantes hoy día del ordenamiento jurídico español: Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en su artículo 18, por ejemplo,

(5) *Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios UCP 500*, CCI, París, 1993.

(6) *Supplement to UCP 500 for Electronic Presentation eUCP*, CCI, París, 2002.

(7) *Usos internacionales relativos a los créditos contingentes. ISP98. International Standby Practices*, Comité Español de la CCI, Barcelona, 1999

dicta una larga y minuciosa disposición que rotula como «Códigos de Conducta», disposición que de por sí ha merecido un capítulo propio en el texto legal. Esta norma sigue la estela marcada por el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, de Firma Electrónica a cuyo amparo los diversos prestadores de servicios de certificación han venido elaborando códigos o estatutos de prácticas de certificación de firma electrónica (8). En el campo de la publicidad igualmente, la autorregulación se encuentra sólidamente establecida a partir de escasas y limitadas bases legislativas —ampliamente desbordadas por la realidad prácticas— como pudiera ser el artículo 12 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad (9).

No obstante, la práctica española ofrece supuestos en los que al igual que en el DUCI, códigos de conductas amplios y precisos son fruto de la iniciativa y la tarea de asociaciones de empresarios y operadores. Tal es el caso, entre otros, del autodenominado «Código de buenas prácticas mercantiles en la contratación de mercancías por carretera» (10).

En la generalidad de los supuestos mencionados, no obstante, el legislador en cuanto que tal se mantiene al margen de la norma producida por la actividad formuladora de los operadores, con independencia de que éstos actúen de común acuerdo —desde el lado de la demanda y desde el de la oferta— o bien lo hagan de modo unilateral y

(8) Así el caso de Camerfirma en <http://www.camerfirma.com/camerfirma.CPS.htm>. Igualmente ACE, SA procedió a la redacción en 1999 de unas Prácticas de Certificación así como la notarial FESTE bajo la denominación de «política de Certificación». Con una dimensión más extensa que la mera certificación de firma electrónica, se han venido formulando en más reciente fecha otros códigos de conducta tal como el denominado «Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva» o, en breve, confianza on line accesible en <http://www.confianzaonline.org>. Sobre su significado y contenido cfr. PENDON MELENDEZ, M.A., *Nace confianza on line, código de conducta*, Revista de la Contratación Electrónica, n° 37, 2003, págs. 78 y sigtes.

(9) Me refiero a la muy amplia actividad autorreguladora de la española «Asociación de Autocontrol de la Publicidad» así como de sus réplicas extranjeras. Puede verse sobre el tema desde los trabajos pioneros de GOMEZ SEGADÉ, J.A., *Sistema de autorregulación publicitaria*, en Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, págs. 178 y sigtes. y GOMEZ SEGADÉ, J.A.-LEMA DEVESA, C., *La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español*, Actas de Derecho Industrial, 1981, págs. 31 y sigtes. Hasta el contemporáneo TATO PLAZA, A., *Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en Internet*, en GOMEZ SEGADÉ, J.A. (Director), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 225 y sigtes.

(10) Elaborado, según declara su propio texto, por el Comité Nacional de Transporte por Carretera y las Asociaciones representativas de empresas cargadoras AUE-TRANSMER y TRANSPRIME, su texto puede consultarse en www.aecoc.es/web/logistica.nsf/WPT. Igualmente en un segundo sitio, www.SoloTransporte.com.

sólo desde una de las dos mencionadas posiciones comerciales. En efecto, los órganos legislativos o las autoridades de regulación en los casos descritos en modo alguno intervienen de manera directa en el proceso de elaboración de las nuevas normas; a lo sumo lo incentivan, promueven o meramente ilustran las líneas básicas del contenido de aquellas (11).

FUNDAMENTOS

Me referiré acto seguido a las, en mi opinión, causas profundas de la eclosión contemporánea de la autorregulación y de figuras asimilables a ella.

Ya he aludido con anterioridad al proceso de larga duración, y difícilmente compatible con la intensidad y rapidez de innovación existente desde hace lustros en la mayor parte de las sociedades contemporáneas, a través del cual históricamente se han venido conformando los usos y costumbres comerciales. Este factor me parece el primero de entre los determinantes de la aparición de la autorregulación. Se trata, en efecto, de un proceso en la actualidad inviable: la innovación en cuanto que elemento básico de organización de la sociedad económica contemporánea es absolutamente incompatible con la formación de usos mercantiles, incluso lo es con la estabilidad de la norma legal. La *opinio iuris* requiere del paso sedimentado del tiempo, de la reiteración dilatada —no solo simultaneidad— de reglas contractuales y de su aceptación generalizada por parte de los operadores. Nada de ello es hoy po-

(11) Esta afirmación no es predicable respecto de normas que bajo la denominación de códigos de conducta y similares son establecidas por poderes públicos y cuya observancia se hace imprescindible para relacionarse con ellos o sus dependencias: la denominación en estos casos resulta irrelevante ante unas normas cuya fuerza de obligar estriba en el poder público y no en el consentimiento privado. así, el caso del «Código de conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al Servicio de la Administración de Justicia» establecido por la Instrucción 2/2003, de 26 de febrero de 2003, del Consejo General del Poder Judicial (BOE nº 59 de 10 de marzo de 2003). La denominación empleada no es sino una prueba del éxito de las nuevas fuentes de obligaciones y derechos incluso en el sector público.

(12) La Exposición de Motivos del Código de comercio de 1885 ya intuía esa innovación aun cuando no llegaba a conceptualizarla como desestabilizador del propio Código: entendió ingenuamente que la innovación como elemento de organización económica podría ser asimilada por el Código mediante la inclusión en su artículo 2.2 de la «naturaleza análoga» como factor de delimitación de su campo material de aplicación —reputación como actos de comercio de los contratos dotados de naturaleza análoga a los

sible: sencillamente no hay tiempo para que ello ocurra (12). Y sin embargo el tráfico requiere de normas cuando las conductas comienzan a tipificarse socialmente por vía de su reiteración: no se dicta la norma de rango legal ni los contratos son suficientes. La reacción del legislador suele ser lenta, salvo contadas excepciones y los contratos en muchas ocasiones presentan dificultades intrínsecas de adjudicación y formulación cuya superación no está al alcance de cualquiera. En tales circunstancias, la autorregulación ocupa un espacio intermedio haciéndolo rápidamente y con conocimiento de causa. Y lo ocupa con una flexibilidad ordinariamente vetada al derecho estatal escrito. No es ni siquiera el reglamento del Derecho público puesto que su posición intermedia entre ley y contrato no es sino meramente geográfica por así decir, sin llegar a serla sustancial. El reglamento al fin y al cabo no existe sin ley previa a la que reglamentar; la autorregulación, por el contrario sustituye en cantidad de ocasiones a una ley que ni existe ni va nunca a existir.

El segundo factor determinante de la eclosión autorregulatoria estriba en la complejidad creciente de muchas de las relaciones jurídica actuales así como de su instrumentación; ya lo he insinuado previamente. La complejidad mencionada no facilita la actuación rápida — ni certera— del legislador en muchas ocasiones. Vienen siendo frecuentes las modificaciones de textos legales en el mismo año de su promulgación: ello se produce con mayor frecuencia en aquellos ámbitos sociales y económicos en los que la complejidad es mayor. Así pueden mencionarse los ámbitos de la contratación entre ausentes y los de los servicios y mercados financieros. En unos y otros el impacto de la electronificación viene siendo sencillamente masivo desde que Internet existe. Y en materia de Derecho público el legislador puede pronunciarse y luego corregirse: los perjuicios derivados de una prohibición de acceso al mercado o una sanción por infracción administrativa suelen ser localizados y sanables. Por el contrario una inadecuada, o simplemente incierta, adjudicación legal de obligaciones o derechos en el campo de las relaciones privadas sencillamente hace que los operadores deslocalicen contratos y eludan someterse a la ju-

por él tipificados—. Ya es sobradamente conocido el estado actual del Código —entre lo esquelético y sus minusvalías— y lo insuficiente de la dicha analogía como instrumento de aplicabilidad permanente del texto. Lúcidas en cualquier caso las palabras de la aludida Exposición de Motivos cuando declara utilizar tal elemento integrador con el fin de no «cerrar la puerta a combinaciones, hoy desconocidas, pero que pueden fácilmente sugerir el interés individual y el progreso humano».

risdicción que yerra, con el subsiguiente empobrecimiento para la colectividad difícil de superar a medio plazo. Votar con los pies en suma resulta en la actualidad extraordinariamente fácil en el ámbito del mercado interior europeo e incluso en el mercado global. El acierto legislativo es pues una exigencia no solo de justicia sino de economía y conseguirlo no es fácil en un contexto de complejidad exigente y competitiva.

Conforme a lo descrito se han desenvuelto —están desenvolviéndose— acontecimientos en el presente 2003 en más de una ocasión. Por lo que hace al primero de los sectores antes mencionados —la contratación electrificada entre ausentes— cabe señalar la incerteza de dos intervenciones legislativas: una manifestada por vía de la derogación en curso del todavía vigente RDL 14/1999, de firma electrónica, mediante la inminente promulgación de una ley formal sobre la materia; la segunda representada por la modificación al año de vigencia del artículo 21 de la ya citada Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico para dar legalidad a ciertas ofertas electrónicas de contrato disminuyendo la dimensión legal de un concepto tan complejo y elusivo a su identificación jurídica como extraordinariamente utilizado en la práctica —el de *spam* o comunicación comercial electrónica no deseada, en la terminología legal— (13). En el ámbito, por su parte, de las operaciones financieras cabe señalarse la modificación —adición mejor— ya producida de la aún en período de *vatio legis* Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, Concursal en una materia de tan enorme sensibilidad respecto de la estabilidad e integridad del sistema financiero cual es el de los sistemas de pago y liquidación (Disposición Adicional Segunda): la modificación tiene por objetivo el dejar fuera de toda duda la inatacabilidad de dichos sistemas por parte de las administraciones concursales y los jueces del concurso (14).

Íntimamente vinculado al segundo elemento que acaba de exponerse en forma sumaria se encuentra un tercer factor de inadaptación

(13) La modificación es obra de la Disposición Final Primera.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre de 2003, General de Telecomunicaciones (BOE nº 264 de 4 de noviembre de 2003). Sobre los defectos de la formulación inicial del precepto puede verse mi trabajo ILLESCAS ORTIZ, *Comunicación comercial y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas*, Revista de la Contratación Electrónica, nº 40, julio-agosto, 2003, págs. 5 y sigtes.

(14) La modificación es obra de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre de 2003, de medidas de reforma económica (BOE nº 271 de 12 de noviembre de 2003).

legislativa a la realidad contemporánea y, por ende, determinante de autorregulación: la mutabilidad de las relaciones y de sus técnicas de instrumentación. No se trata ahora de considerar las innovaciones jurídica propiamente dichas sino las innovaciones materiales al servicio de las innovaciones jurídica. No es que existan, por ejemplo, diversas modalidades de financiar operaciones o saldar deudas de dinero sino que, además y por remitirme a la regla legal últimamente citada, esas modalidades comprenden entre otras las operaciones de los sistemas de pago y liquidación, las operaciones dobles, las operaciones con pacto de recompra y las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados. Y lo que es más, nuevas combinaciones se experimentan y el soporte tecnológico para cada una de ellas se perfecciona de modo periódico sin, por otra parte, llegar a ser único. Esta situación es un ejemplo significado, pero no el único, de lo que denomino mutabilidad de las relaciones comerciales y sus instrumentos.

Para hacer frente a tal mutabilidad sin duda que el principio de neutralidad tecnológica constituye un potente instrumento. No basta sin embargo. Tal principio actúa de modo satisfactorio en el campo de la contratación electrónica; fuera del mismo puede resultar insuficiente. Y la ley estatal, como ya se ha comprobado, no llega a poder superar sus propias limitaciones de formulación y operatividad. En tales circunstancias, la autorregulación es una vez más convocada por los operadores e incluso por el propio legislador.

Éstas, en mi opinión, componen las tres razones y fundamentos de fondo principales sobre los que se viene construyendo la nueva suerte de fuente de derecho —mejor dicho, de obligaciones— a la que se dedican estas líneas.

De manera conclusiva en la materia me atrevo a afirmar que las razones analizadas justifican un aserto conforme al cual en la actualidad se hace autorregulación para, precisamente, evitar hacer regulación: las dificultades de ésta y los errores en los que puede incidir dado el específico entorno variante en el que la norma ha de aplicarse hace mucho más aconsejable delegar facultades por el legislador en los propios operadores. A la par, y en la medida en que no hay tiempo para convertir cláusulas en usos, aquellas son objeto de directa formulación por los operadores y sus agencias. La claridad de este proceso no puede, sin embargo hacer olvidar, que el resultado es incompleto mientras que no se establezca la causa inmediata de obligar de la norma autorregulada. Junto con los factores de fondo expuestos determinantes de la eclosión de la autorregulación, así pues, habrá de mencionarse la causa nominal de su fuerza de obligar.

FUERZA DE OBLIGAR

La fuerza de obligar de la autorregulación, sencillamente, estriba en el consentimiento prestado por el autorregulado.

No existe en el ordenamiento jurídico —ni puede existir— ninguna otra fuerza de obligar de una regla de derecho: o el poder público la impone con su fuerza delegada o el ciudadano la acepta voluntariamente cuando aquella imposición no existe. En realidad y en última instancia, siempre es la voluntad de los ciudadanos el origen de la fuerza de las normas: cuando se trata de leyes, es en la suma de las voluntades individuales mayoritarias —expresadas en el marco del proceso democrático— en donde radica la mencionada fuerza. Cuando se trata de reglas no legales, es igualmente en la voluntad humana en donde estriba la razón de la obligación adquirida; solo que en este caso y a diferencia del anterior, la voluntad es individual siendo así igualmente la obligación contraída.

Este trasfondo es el que late en el casi parabólico artículo 1091 del Código Civil ya citado y conforme al cual

«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

La esencia de la parábola apuntada estriba en la asimilación del contrato a la ley así como en el idéntico juego atribuido por el Código tanto a la voluntad individual como a la suma de voluntades individuales expresadas en el marco de un proceso representativo en orden a atribuir fuerza de obligar a concretos actos humanos efectuados por sus protagonistas con la intención precisa de obligarse. El Código a su vez y como no puede ser menos, distingue entre ley y contrato: no lo hace, sin embargo, en lo que concierne a la fuerza de las obligaciones que una u otro imponen. Lo hace por el contrario en punto a la determinación de la extensión personal de las obligaciones —y correlativos derechos— generados por el consentimiento: mientras que la ley obliga en general dado el mecanismo representativo y democrático en el que actúa el consentimiento —los consentimientos *rectius*— que la respalda, el contrato solo lo hace respecto de aquellos individuos que de modo específico lo han consentido. En este último no se da ni colectividad, ni representación organizada ni proceso democrático; simplemente tienen lugar conformidad individualizada.

De ahí que el propio Código Civil, capítulos adelante, insista de una manera mucho más concreta y con olvido de toda parábola o comparación con la ley sobre el reducido ámbito de obligar de los contratos. así

lo efectúa en el inciso primero de su artículo 1.257.1 en el que el denominado principio de la relatividad de los contrato luce con todo su esplendor —incluso expandido, dada la mención de los herederos— en los siguientes términos:

«Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos;»

Con independencia, por otra parte, de la extensión personal de las obligaciones contractuales y su diferenciación con la extensión general de las legales, el Código Civil en tercer lugar establece en su artículo 1.278 que:

«Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

Esta disposición, a su vez, ha de completarse con la referencia al «consentimiento» de las partes que lleva a cabo el artículo 1.261 del propio Código Civil en cuanto que primer requisito esencial para la validez de los contratos. De esta manera culmina el codificador el círculo en el que quedan definitivamente entrelazados el consentimiento, el contrato y la eficacia relativa del mismo.

La fuerza de obligar de la autorregulación, los códigos de conductas y las reglas y usos no puede tener otro fundamento que este consentimiento y el entramado de obligaciones que el mismo genera para quien lo presta. La ley, a lo más y como ya ha quedado comprobado, se limita a promoverlos y promocionarlos, no a imponerlos. Los destinatarios de autorregulaciones y códigos de conducta, en suma, tienen que consentirlos para quedar obligados por los mismos. Y resultará irrelevante —reflexionando en términos generales— la forma de dicho consentimiento a la vista del plausible principio espiritualista consagrado en el reproducido artículo 1.278 del Código. En esta materia, por consiguiente, el texto autorregulador no opera de forma distinta a aquella en la que lo hace respecto del contrato en sentido estricto. Se obliga quien consiente; quien no consiente no queda obligado a menos que, como ya se indicó, se produzca una intervención legal (15).

(15) Esto sucede, por ejemplo, en el mecanismo legalmente creado de las denominadas Extensión de Norma en el sector agrícola y agroindustrial y en virtud del cual, mediando una intervención administrativa prevista en la ley, reglas de conducta de algunos operadores mayoritarios pueden ser impuestas a la totalidad de los operadores del sector aun en ausencia de su consentimiento explícito implícito. Al respecto puede cotejarse la Ley 38/1994, de 30 de diciembre de 1994, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias (BOE nº 313 de 31 de diciembre de 1994) y, en especial, su artículo 8.

El consentimiento, así pues, sigue estando en la base de las obligaciones generadas por los textos autorregulatorios: su asimilación al contrato en tal aspecto es pleno.

Por el contrario, allí donde la autorregulación potencialmente quiebra el esquema clásico codificado es en lo que concierne a la producción de ciertos efectos, no necesariamente obligacionales, respecto de los terceros, por así decir. Efectividad *erga omnes* y atenuación, cuando no eliminación, del principio de relatividad contractual componen los aspectos innovadores que genera la autorregulación en el campo del Derecho de contratos.

Esa atenuación de la relatividad no es nueva y en determinados aspectos ha sido reconocida su existencia desde hace tiempo. Así, la doctrina ha constatado la superación del límite relativo de los efectos contractuales esencialmente en aquellos casos en los que un concreto sujeto ostenta un derecho que se fundamenta en anteriores contratos preexistentes y de los que el ahora titular no fue parte (16). No siendo nueva la atenuación de la relatividad lo que llama la atención de la autorregulación es que potencialmente extingue la relatividad de los efectos contractuales y la sustituye por la generalización de los mismos. Así, cuando un determinado empresario u operador hace público un código de conducta y declara públicamente su conformidad con el mismo, la generalidad de sus clientes adquieren derechos frente al empresario conforme al código publicado, derechos que en muchas ocasiones ni siquiera se condicionan en su adquisición a la celebración de contrato alguno con el empresario conforme con su código de conducta (17). El código en cuanto que fundamentado en el consentimiento, al igual que el contrato, genera derechos para la generalidad a diferencia del contrato que sólo los genera para la contraparte.

(16) así, por todos, DIEZ PICAZO, L., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 435.

(17) Son bastante difundidos códigos en materia de información gratuita al cliente potencial —derecho a obtener sin costo un catálogo, por ejemplo— con independencia de que se compre o no mercancía catalogada alguna. Y suele ser no menos frecuente la hipótesis en la que el comprador en posesión y exhibición del catálogo ante el empresario editor codificado goza de un derecho a la obtención de un cierto descuento en el PVP de los productos catalogados. En este caso, el primero de los derechos no lo es del contratante mientras que el segundo, para ejercitarlo, requiere de la existencia de un contratante. Ambos derechos pueden formar parte de un código de conducta, poseyendo el mismo origen pero careciendo de la misma naturaleza: mientras que el primero no es estrictamente contractual y compone una manifestación *erga omnes* del código, el segundo es un derecho de ejercicio puramente contractual. Para ejercitarlo, en efecto, su titular ha de dejar de ser mero demandante para convertirse en comprador.

La estructura contractual de la autorregulación, no obstante, no parece fácilmente admisible ante la habitual ausencia de la mencionada contraparte y del subsiguiente concierto de voluntades. Pero aquella posee ciertamente en común con los contratos la necesidad del consentimiento del autorregulado para que de la autorregulación surjan o deriven derechos cuya titularidad han de ostentar otras personas. 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. Las obligaciones que el autorregulado contrae en su virtud, y los derechos que los terceros en general adquieren de acuerdo con los términos del código de conducta, son en principio subjetivamente ilimitados y tan sólo sometidos a las condiciones de adquisición y disfrute establecidas por las propias reglas autorreguladoras: cualquiera que satisfaga dichas condiciones procederá a la adquisición de los derechos y privilegios consentidos por el autorregulado.

Así las cosas no puede afirmarse que estemos ante un contrato ni siquiera unilateral —en el sentido propio de producir obligaciones para una sola de sus partes—: lo impedirían la carencia del doble o plural consentimiento así como la quiebra de su relatividad y la producción de efectos *erga omnes*. 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.

Bien sabido es que en el derecho patrimonial español la gran tradición doctrinal y el actual pensamiento civilista dominante excluyen a dicha voluntad unilateral de la teoría de las fuentes de las obligaciones. Se observa así coherencia con lo establecido —lo no establecido, mejor— en el Código Civil y se obtiene de tal modo un resultado en la materia distinto a lo que en otros ordenamientos jurídicos continentales acontece (18).

La frecuencia y amplitud con que los instrumentos aquí descritos se vienen produciendo en el ámbito del Derecho Mercantil suscita, no obs-

(18) Cfr., por todos y con abundante cita en texto de autores confirmadores de la exclusión ya mencionada de la voluntad unilateral DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, p'ag. 144 donde categoricamente se afirma que «el fenómeno químicamente puro de la declaración unilateral de voluntad no es suficiente para constituir una genuina declaración obligatoria, salvo en los casos expresamente tipificados por la ley, que son por ello, excepcionales».

tante, la cuestión acerca de si de nuevo nos encontramos, cuanto menos, en los inicios de una nueva peculiaridad de dicha rama especial frente al tronco común del Derecho Civil. No es fácil afirmarlo y ciertamente que un mayor esfuerzo de construcción conceptual de la autorregulación es necesario realizar, en particular a medida que los datos fácticos al respecto se vayan haciendo más homogéneos. Será imprescindible dicha construcción para proceder al exacto emplazamiento de la autorregulación en el tronco común o para concluir sin género de duda razonable acerca de su particularismo: por esa vía el trecho recorrido en estas páginas bien corto y escaso resulta. Existen, no obstante, elementos suficientes para excluir su encaje en el contrato ni siquiera unilateral; idénticos elementos permiten establecer el efecto general — ya que no relativo ni universal— de los códigos de conductas y autorregulaciones. Debiendo excluirse, por otra parte, su origen legal directo e inmediato, no le restan al intérprete muchos más recursos para atribuirles una ubicación apropiada en el sistema jurídico: la ya mencionada declaración de voluntad unilateral resulta ajustada a la realidad. Su inconveniente estriba en la falta de reconocimiento de dicho emplazamiento por el Derecho común.

No debe ello sin embargo de resultar un freno. La especialidad del Derecho mercantil y de las instituciones que a su alrededor surgen desgajándose del tronco común —en la consabida frase hecha— puede estar de nuevo cristalizando en punto a la calificación de las normas autorreguladoras y sus similares. Cuestión de mayor calado será el que podamos encontrarnos ante la definitiva compatibilidad con el Derecho especial de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Para el desenvolvimiento de tan ardua tarea y constatación no me encuentro especialmente capacitado y sin duda que habrá de permanecerse atento a la evolución por venir de la situación. Me limito así pues, a constatar el posible nacimiento de una especialidad nuevo de índole jurídico-comercial que puede llegar a trascender en el futuro su propio limitado con fin mercantil para afectar a todo el sistema del Derecho patrimonial privado.