

Los logotipos de calidad en el ámbito digital: una sugerente aproximación desde el derecho español*

David López Jiménez**

Recibido: febrero 4 de 2014 - Aprobado: junio 4 de 2014

Resumen

Al igual que en el plano tradicional o físico, en la actualidad, en el mundo virtual se efectúan numerosas transacciones contractuales. Es muy posible que en el futuro la forma habitual de contratación sea la digital, siendo minoritaria la que ostente carácter presencial. Para incentivar el comercio electrónico, el legislador fomenta que, con base en la autonomía privada, los agentes, que en este escenario interactúan, aprueben ciertas figuras con tal fin, entre ellas, los denominados sellos de confianza. Ahora bien, en el derecho español, muchos de los documentos en los que estos logotipos se fundamentan son menos garantistas que la propia normativa legal. Puede considerarse, en este sentido, que representan una práctica comercial desleal.

Palabras clave: comercio electrónico, competencia desleal, Derecho privado, marcas de certificación, propiedad intelectual.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación en curso CONICYT/FONDECYT N.º 11130188, del que el autor es investigador principal. El autor desea manifestar su más sincero agradecimiento a los evaluadores anónimos del presente artículo.

** Licenciado en Derecho con distinción máxima. Doctor (con mención especial europea) por la Universidad de Sevilla (España). También es doctor por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España). Ambas tesis fueron calificadas con sobresaliente cum laude por unanimidad del tribunal calificador (máximo posible). Es Premio Extraordinario de Doctorado (mejor tesis doctoral en el ámbito de las Ciencias Jurídicas). Ha realizado diferentes postgrados universitarios en varias universidades españolas –tres maestrías y tres cursos de experto universitario–. Posesión de dos diplomas de estudios avanzados con nota media de sobresaliente (equivalente a Máster). Es profesor titular de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: dlopezjimenez@gmail.com; david.lopez@uautonoma.cl

Quality Logotypes on the Digital Environment: A Suggesting Approach from the Spanish Law

Abstract

Just as it happens in the traditional or physical context, virtual world today is used to perform a number of contractual transactions. It is very possible that in a future the digital procedure will become the customary manner of contracting and personal contracting will be a not very frequently used method. In order to encourage the electronic commerce, the legal system promotes that, based on the private autonomy, agents interacting within this world approve certain figures for such a purpose, such as the ones called trust marks. In the Spanish law many documents on which these logotypes are grounded are not as guarantors as the legal norms. In this way, it can be considered that they represent an unfair commercial practice.

Key words: Electronic commerce; unfair competition; private law; certification marks; intellectual property.

Introducción

El comercio electrónico, como ponen de manifiesto los hechos, es imparable. En efecto, la contratación de bienes y/o servicios a través de las nuevas redes informáticas y telemáticas ofrece nuevas fuentes de negocios, y pone a disposición del mercado un importante elenco de bienes y/o servicios (De Miguel, 2011; Albeledo, 2012; Nova, 2012; Asensi, 2013; Fernández, 2013). Aun cuando, hoy día, la actividad contractual por excelencia es aquella que ostenta carácter presencial o también catalogable como tradicional, la modalidad de negocios a través de la red avanza con extraordinaria velocidad y está llamada a ser la regla habitual en un futuro cercano.

Tal actividad no solo englobará la compra y venta de bienes, información y servicios, sino también las actividades anteriores o posteriores a la propia transacción comercial (como, por ejemplo, es el caso de la publicidad, el intercambio de información entre las partes, la venta y posterior distribución, así como el pago a través de medios digitales). Podemos, en esta línea, considerar que seguiremos una concepción amplia del comercio electrónico. En este sentido, el comercio electrónico se erige en un nuevo medio apto para el intercambio de bienes y servicios para la actividad comercial, así como para la organización de la producción y la distribución.

Para fomentar y consolidar tal modalidad contractual, el legislador español, a impulsos, sobre todo, del legislador europeo, fomenta, con base en el principio de la autonomía privada¹, que los agentes, que interactúan en este escenario, elaboren diferentes herramientas, como los códigos de conducta, para alcanzar elevados niveles de confianza.

¹ Todo ello sobre la base del artículo 1255 del Código Civil español que dispone que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

En este orden se advierte, en la práctica, una proliferación desmedida de los referidos logotipos de confianza en el ámbito del comercio electrónico, en múltiples ámbitos territoriales del plano internacional. En el caso español, estos distintivos resultan, en ocasiones, menos garantistas que las normas legales imperativas. En dichos supuestos, y en otros que veremos, tales actuaciones podrían ser reputadas prácticas comerciales desleales.

Para llegar a estos resultados se examinó la normativa comunitaria y española que fomentan los instrumentos derivados de la autorregulación en materia de comercio electrónico. Por otro lado, se estudió del contenido de los documentos en los que se sustentan los logotipos de calidad. Ello nos ha permitido tomar conciencia del hecho de que algunos de ellos resultan menos garantistas que la norma aprobada y aplicable por el legislador, por lo que la supuesta ventaja que pareciese aportar no lo es.

En este orden analizaremos, en primer término, el concepto de contrato electrónico, así como las notas inherentes al mismo, al tenor de la legislación española, para acometer su necesaria distinción de otras figuras diversas. En segundo lugar, veremos las partes que, con carácter general, intervienen en el contrato virtual.

A continuación, destacaremos la relevancia que ostenta el principio de la autonomía de la voluntad en la presente era tecnológica. Por otra parte, y previo a las conclusiones finales, estudiaremos la delimitación conceptual de los logotipos digitales que imperan en la red, su creación desmesurada –en el nivel global–, su posible encuadre jurídico y la exposición de motivos por los que podrían estimarse como una práctica comercial desleal.

1. Breves notas en torno al contrato electrónico

A continuación definiremos, de la forma más precisa, los conceptos contratación electrónica

y comercio electrónico, y sus principales características y diferencias. Hemos de señalar que, para objeto del presente estudio, el concepto de contratación electrónica está incluido dentro del comercio electrónico si consideramos tal actividad en un sentido amplio (Plaza, 2008).

1.1 *Delimitación conceptual y caracteres*

Un sector de la doctrina (Moreno, 1999) coincide en afirmar que por contratación electrónica ha de entenderse aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene, o puede tener, una incidencia, real y directa, sobre la formación de la voluntad o el desarrollo e interpretación futura del contrato². Es decir, se trataría de aquellos contratos³ que, con independencia de su naturaleza jurídica -compraventa, arrendamiento, comisión, etc.- e irrelevancia de su objeto -bienes o derechos-, se celebran sustituyendo el lenguaje, oral y escrito, que preside la contratación tradicional⁴, por el lenguaje electrónico esencial para instrumentar las declaraciones de voluntad contractual⁵.

La Directiva comunitaria 2000/31/CE, de 8 de junio -DCE- establece una serie de principios, con la finalidad de definir un marco común para la celebración de contratos electrónicos en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, aunque carece de una definición de contrato electrónico.

De acuerdo con lo establecido en el considerando 34 de la Directiva 2000/31/CE, los Estados de la Unión Europea deberán adaptar sus legislaciones y evitar aquellos requisitos que pudieran entorpecer la contratación electrónica. La obligación de eliminar los obstáculos que impidan la celebración de los contratos electrónicos se refiere únicamente a aquellos derivados del régimen jurídico, pero no a los que procedan de la imposibilidad práctica de emplear los medios electrónicos en determinados casos.

En este particular, la letra "h" del anexo de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -LSSI-CE- definió el contrato electrónico, como: "todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones". La conjunción copulativa "y" no ofrece lugar a dudas: solo podrán ser calificados como contratos electrónicos aquellos en los que tanto la oferta como la aceptación se transmitan electrónicamente. En todo caso, la consensualidad continúa siendo la nota característica de tales contratos, ya que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de una determinada formalidad.

Por su parte, la doctrina (Sartor, 2002; Pennasilico, 2004; Bravo, 2007) define el contrato electrónico como el acuerdo de voluntades⁶, emitido por medios electrónicos⁷, en virtud del cual las partes se obligan a dar alguna cosa y/o prestar algún servicio. Nótese que no resulta esencial que la ejecución del contrato no tenga lugar por vía electrónica, ya que lo determinante, para que estemos ante un contrato electrónico, es que la

² En la contratación electrónica no hay ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia, tan auténtica, tan inmediata y tan instantánea, y, a menudo, mucho más libre y espontánea, que la presencia personal, física o material.

³ Un contrato es, en definitiva, una promesa aceptada y vinculante. La idea del contrato y la obligatoriedad del mismo, como ha puesto de relieve Díez-Picazo (1993) encuentran su fundamento en la idea de persona, así como en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida.

⁴ No ha de olvidarse, en este sentido, el papel del Estado en una era digital. Si bien no se abordará en el presente estudio, en modo alguno, ha de obviarse.

⁵ El comercio electrónico supone, en cierta medida, la desaparición de la palabra verbal y escrita de corte tradicional -a la que tan históricamente, ha estado vinculada la actividad comercial- que se ve sustituida por sus equivalentes electrónicos.

⁶ La validez de cualquier declaración de voluntad es independiente del medio a través del que se emite.

⁷ A tenor del artículo 1261 del Código civil español (Cc), no hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. En la actualidad, no existe un consentimiento electrónico, sino una forma electrónica de consentir.

perfección del contrato, es decir, la concurrencia de la oferta y de la aceptación tengan lugar por vía electrónica.

La contratación electrónica no implica, en absoluto, el nacimiento de una nueva categoría jurídica de contrato⁸, sino de una novedosa modalidad de contratación que representa cambios en determinados presupuestos y efectos del negocio jurídico, pero que, insistimos, no estructura una institución jurídica, sino una nueva forma de contratación.

Asimismo, una parte de la doctrina (Vega, 2005) destaca que el contrato electrónico constituye una especie dentro del género de los contratos celebrados a distancia⁹. En este sentido, el artículo 92 del Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –TRLGDCU– define los contratos a distancia como aquellos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y la aceptación se realicen, de manera exclusiva, a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario.

A pesar de que la Directiva europea de comercio electrónico no aborda la problemática de la perfección del contrato electrónico, la LSSI-CE,

acertadamente, afronta la cuestión. A través de la Disposición Adicional Cuarta de la LSSI-CE se modifican los artículos 1262 del Cc y 54 del Código de Comercio español –Cco–, por lo que solventa el problema general de la perfección del contrato en la contratación a distancia. En la actualidad, ambos preceptos presentan la misma redacción¹⁰. Con la reforma operada, desaparece la disparidad de criterios que anteriormente existía en materia de contratación a distancia. El Código Civil español optaba por el criterio de la recepción de la aceptación¹¹ y el Código de Comercio –del mismo Estado– por el criterio de la emisión de la aceptación¹².

1.2 *Necesaria distinción respecto a otras figuras eventualmente afines*

Los contratos electrónicos deben distinguirse, por un lado, de los negocios realizados a través de correo electrónico¹³, así como, por otro

⁸ Repárese en que el contrato es, precisamente, el medio o instrumento jurídico que permite al consumidor participar en el mercado como tal, contratando, de esta manera, bienes y/o servicios sin ánimo de integrarlos en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional.

⁹ En este sentido, consideramos que estamos ante contratos celebrados entre personas distantes (y no entre ausentes). En efecto, como disponen Rovira y Palomar (1958) el término ausentes goza de un sentido jurídico concreto y definido, no referido a la perfección del contrato, sino a la situación de ausencia legal –arts. 181 a 198 del Cc– por lo que, en consecuencia, tales autores se muestran a favor de emplear la expresión “entre personas distantes” para designar los supuestos en los que las partes están alejadas entre sí.

¹⁰ Tras la citada reforma, tanto el artículo 1262 del CC, párrafos segundo y tercero, como el artículo 54 del Cco determinan que “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

¹¹ El artículo 1262 del CC, en su redacción originaria (antes de 2002), señalaba que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. En otros términos, para que pudiera haber concurso de voluntades, era preciso que el oferente conociera la aceptación de la otra parte.

¹² En su redacción originaria, el artículo 54 del CCo determinaba que “los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con ésta fuere modificada”. A tenor de esta teoría o doctrina, el contrato se entiende perfeccionado desde que el aceptante emite su declaración de voluntad.

¹³ Respecto a la contratación electrónica celebrada a través de correo electrónico, la DCE señala, en su considerando 18, que el uso del correo electrónico o de sistemas de comunicación por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un Servicio de la Sociedad de la Información –no resultando, por consiguiente, de aplicación la normativa de comercio electrónico sobre prestación de Servicios de la Sociedad de la Información–. No obstante, el contrato celebrado mediante intercambio de correo entre particulares sí que está sometido al régimen jurídico de

lado, de negocios jurídicos cuya particularidad estriba en que tienen como objeto contractual materiales o aplicaciones informáticas¹⁴ (contratos informáticos). Ambos contratos presentan, como característica o nota común, la singularidad de quedar fuera de la normativa prevista en la LSSI-CE para el contrato electrónico.

2. Las partes del contrato virtual

Tanto la Directiva de comercio electrónico como la LSSI-CE determinan que los sujetos de la relación negocial en los servicios de la sociedad de la información son el destinatario y el prestador del servicio. No obstante, cierto sector de la doctrina (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2008) critica la imprecisión de ambas denominaciones¹⁵.

Ambos sujetos son esenciales en el caso de los sellos de confianza. En efecto, los destinatarios de los servicios (consumidores y/o usuarios) serán, en gran medida, los principales sujetos a los que van dirigidos los instrumentos apuntados. Por su parte, los prestadores de servicios (empresarios) serán aquellos que efectúen la adhesión a un código de conducta. Seguidamente, aludiremos, de manera individualizada, a cada uno de ellos.

perfección del contrato del artículo C1262 CC.

¹⁴ Mientras que en la contratación informática los bienes y servicios informáticos son objeto del contrato, en la contratación electrónica la informática es objeto de utilización instrumental, pues representa el medio de contratación utilizado.

¹⁵ En efecto, según el autor referenciado, en primer lugar, con carácter general, la palabra destinatario hace alusión a la persona a la que se dirige un envío o mercancía. Ahora bien, en la normativa española (LSSI-CE), bajo el vocablo destinatario, se indica el sujeto que contrata a través de medios electrónicos, pero también a la que se dirige información o comunicación por medios digitales. Hubiera sido más acertado que el legislador hubiese empleado la palabra consumidor. En segundo lugar, en el caso del prestador de servicios, también parece incluirse en cierta imprecisión. Bajo este término, pueden incluirse dos acepciones. Por un lado, aquellos que contratan en virtud de las redes informáticas en el ejercicio de una determinada actividad económica. Y, por otro, aquellos sujetos cuya actividad consiste en facilitar a otros el acceso y el uso adecuado de las redes informáticas. Habida cuenta de que el servicio de la sociedad de la información debe ser una actividad económica para el prestador, lo habitual es que el prestador de servicios tenga la condición de empresario o profesional.

2.1 El destinatario de los servicios de la sociedad de la información

En primer término, en el supuesto del término "destinatario", si bien la propia Ley –apartado d) de la LSSI-CE– reputa "*destinatario del servicio*" o simplemente "*destinatario*" a la persona, física o jurídica, que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información¹⁶, debe considerarse que la misma es imprecisa, pudiendo inducir a error. Todo cuanto planteamos podría haberse evitado a través de dos vías. Así, por un lado, si el legislador español hubiera optado por diversificar la denominación para dichas personas a tenor del objeto negocial. Y, por otro, si se hubiera referido a consumidores y/o usuarios.

Igualmente, en determinados supuestos, a tenor del artículo 22.1 de la LSSI-CE, podría haber recurrido a la expresión "cliente" u otra similar. En cualquier caso, el destinatario al que alude la norma, puede o no ostentar la condición de consumidor, concepto para cuya precisión la LSSI-CE se remite a la legislación en materia de consumidores y usuarios.

Esta última alusión, en la actualidad, debería considerarse realizada al artículo 3 del TRLGD-CU. De igual manera, debemos precisar que en la LSSI-CE está presente el principio de protección de los intereses de los destinatarios de servicios¹⁷ y el más tradicional principio de salvaguarda de los intereses de los consumido-

¹⁶ La Ley entiende por servicio de la sociedad de la información todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. En definitiva, son servicios de la sociedad de la información todas las actividades que se acometan por vía electrónica que tengan un significado económico, porque para su prestador sean el objeto de una actividad económica, con independencia de que sean servicios no remunerados por sus destinatarios como portales de búsqueda o publicidad en una página Web.

¹⁷ La protección de los destinatarios constituye una preocupación que, con carácter precedente, manifestó el Consejo de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en la Resolución de enero de 1999, así como en la Decisión 283/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero, que finalmente se plasmó en la Directiva de comercio electrónico, objeto de transposición en la LSSI-CE.

res (destinatario-consumidor). En cuanto a la diferencia concurrente entre ambos principios, cabe poner de manifiesto que en el ámbito del derecho comunitario, el primero de los principios se aplica tanto a las personas físicas como a las jurídicas, mientras que el segundo de ellos únicamente alude a las personas físicas. Interesa reseñar que la LSSI-CE recoge ambos principios¹⁸.

En segundo término, por lo que se refiere al término "prestador de servicios", objeto de definición en el apartado c) del anexo de la LSSI-CE, como la persona física o jurídica, que proporciona un servicio de la sociedad de la información, la norma enunciada también parece incurrir en cierta imprecisión. En efecto, dentro de tal acepción tendrían, a su vez, cabida dos actividades. Por un lado, aquellos que contratan a través de las redes electrónicas en el ejercicio de una actividad económica a distancia. Y, por otro, aquellas personas cuya actividad es facilitar a otros el acceso y la operatividad en las redes informáticas.

Habida cuenta de que el servicio de la sociedad de la información debe constituir una actividad económica para el prestador, según establece la letra a) del anexo de la LSSI-CE, lo habitual es que el prestador de servicios sea un empresario o profesional. Resulta complejo que un particular que no tenga la condición de operador económico pueda actuar en la prestación de estos servicios a título oneroso que constituye un presupuesto demandado en el apartado a) del anexo mencionado.

Por lo que se refiere a la noción de consumidor, el artículo 3 del TRLGDCU abandona la noción

¹⁸ En efecto, la LSSI-CE alude a la figura del destinatario del servicio, que no siempre es la contraparte del prestador de servicios en el comercio B2B o B2C, sino que también puede ser el simple usuario o visitante de la red que recibe un determinado servicio. Como decimos, con carácter complementario, la LSSI-CE se refiere al usuario no como equivalente integral a la expresión consumidor y/o usuario como mero internauta que emplea los servicios de la red sin involucrarse en operaciones de comercio electrónico.

basada en el criterio de destinatario final que se encontraba en la normativa pretérita, y decide por considerar consumidores y/o usuarios a las personas, físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional¹⁹.

En este orden, podemos entender por consumidor y usuario el que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa o indirectamente en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Dicho de otra forma, para la consideración de consumidor o usuario, resulta necesario que, con la adquisición del bien o contratación del servicio, se traten de satisfacer necesidades de carácter privado o doméstico. Aunque esto, en principio, podría resultar propio de las personas físicas, no debemos desconocer la existencia de personas jurídicas de derecho privado que efectúan actividades extraprofesionales que merecen ser conceptualizadas como consumidores o usuarios en determinadas relaciones jurídicas, siempre que reúnan los elementos que ha de tener tal calificación.

Con la noción por la que finalmente opta el legislador español en el mencionado precepto, se amplía el ámbito de tutela, dado que identifica al consumidor con el cliente de productos y/o servicios y como una de las partes de la relación de consumo. Debemos, asimismo, apuntar que dentro de esta definición se incluye tanto el concepto de consumidor jurídico como de consumidor material²⁰. Como es sabido, el término

¹⁹ Procede, al menos, destacar, en línea con las manifestaciones efectuadas por el Consejo de Estado español –en el dictamen de, 25 de octubre de 2007, al Proyecto de Real Decreto Legislativo español por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– que la nueva definición operada acerca del concepto de consumidor o usuario excede de la labor puramente armonizadora.

²⁰ Consumidor jurídico es aquel que contrata la adquisición del bien y/o servicio, mientras que consumidor material será aquél que, sin haber efectuado dicho contrato, puede utilizar el bien y/o servicio. La tutela debe ser la misma para ambas modalidades de consumidores. De hecho, la misma se fundamentará en la realización del acto de consumo, entendido como acto

“usuario” es similar al de consumidor, solo que el mismo se encuentra referido al sujeto que es beneficiario de un determinado servicio. El apartado e) del anexo de la LSSI-CE, relativo a definiciones, remite al concepto de consumidor, en la actualidad contenido en el artículo 3 del TRLGDCU.

En definitiva, la LSSI-CE refuerza el principio de protección de los intereses de los destinatarios de los servicios de la información, sin olvidar, como sugerimos, el tradicional principio de tutela de los intereses de los consumidores. La diferencia entre ambos conceptos, insistimos, queda patente en el derecho comunitario, donde el primero se aplica tanto a las personas físicas como a las jurídicas, y el segundo únicamente a las personas físicas.

El concepto de destinatario de servicio continúa siendo en el ordenamiento jurídico español más amplio que el de simple consumidor, ya que es aplicable a cualquier destinatario, sea o no consumidor, referido en los términos legales antes expuestos.

Como comentamos, la LSSI-CE incluye los dos principios enunciados, si bien la normativa sobre comercio electrónico presta una mayor atención a los intereses de los consumidores. En efecto, las normas que amparan los derechos en el comercio electrónico se promulgan, de forma prioritaria, en defensa de los consumidores – examinar artículos 27.2 y 28.3 de la LSSI-CE–.

En relación con la noción de consumidor, procede efectuar una doble precisión, aunque la primera de ellas podría deducirse de las consideraciones ya formuladas, la amplitud de la tutela, en el derecho interno (español) en comparación con el derecho comunitario, este último no extiende la protección como consumidores a personas jurídicas. La segunda

jurídico que posibilita al consumidor estar en posesión de un servicio o como acto material consistente en utilizar el bien y/o servicio.

obedece al hecho de que no existe una noción legal omnicomprendiva de consumidor²¹. La norma protectora delimita su ámbito de aplicación respecto del sujeto y la relación producto y/o servicio al que pretende extender sus reglas tuitivas como acto de consumo.

De la noción legal de destinatario podemos deducir que este término puede integrar tanto a consumidores, en sentido estricto, como a otros destinatarios de servicios de la información. Por consiguiente, puede afirmarse que el consumidor es siempre destinatario del servicio, pero no todo destinatario tiene que ser consumidor. No obstante, cuando en el destinatario concurre la condición de consumidor, la ley le otorga una tutela especial.

| | |
|--------------|--|
| Destinatario | Consumidor en sentido estricto |
| | Otros destinatarios de servicios de la información |

Asimismo, debemos poner de relieve que la protección que dispensa la LSSI-CE al destinatario de bienes y/o servicios es ciertamente más amplia que la tutela general otorgada por el ordenamiento jurídico²². En el concepto que comentamos, quedarían englobadas todas las personas, físicas y jurídicas, sin necesidad de que actúen fuera del ámbito de la actividad empresarial o profesional. Por tanto, podemos concluir que el empresario que opera en redes telemáticas se encuentra más protegido que el que lo hace en el comercio de carácter tradicional.

²¹ No existe una única y unánime definición al respecto, sino que depende de la norma que incorpore esa noción, lo cual podrá resultar ciertamente problemático. precisamente, por el hecho de la existencia de una pluralidad de nociones de consumidor que, a su vez, sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las diversas disposiciones legales.

²² Observamos que la LSSI-CE determina que podrán ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, a diferencia de la DCE que solo entiende por consumidora la persona física. Desde el punto de vista subjetivo, en consecuencia, resulta mayor el alcance protector que la ley española brinda a efectos de consumo.

El artículo 23 de la LSSI-CE dispone que "los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial²³". Interesa destacar que el régimen de protección establecido en la LSSI-CE se proyecta sobre el destinatario del servicio de la sociedad de la información, sea o no consumidor. Dicho régimen se refiere al reconocimiento inderogable de ciertos derechos a favor del destinatario.

2.2 El prestador de servicios de la sociedad de la información

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información efectúan su actividad comercial, promoción y contratación a través de la Internet. El anexo de la LSSI-CE los define como "la persona física o jurídica que proporciona un servicio a la sociedad de la información". El servicio de la sociedad de la información es todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, incluyéndose en su concepción todos los servicios no remunerados por sus destinatarios cuando constituyan una actividad económica para el prestador de los mismos.

La LSSI-CE es de aplicación a los prestadores establecidos en España, cuya residencia o domicilio social se encuentre en territorio español, siempre que coincidan con el lugar en que efectivamente esté centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

²³ Tal precepto no delimita, en modo alguno, de manera pormenorizada, las normas aplicables a la contratación electrónica. Quizá la ausencia de la enumeración de toda la legislación aplicable obedece a que el citado artículo 23 podría ser una suerte de respuesta normativa al principio de inalteración por el derecho del comercio electrónico del preexistente derecho de obligaciones y contratos privados.

Asimismo, será de aplicación a los residentes o domiciliados en otro Estado, respecto a aquellos servicios de la Sociedad de la Información que se ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España. En cualquier caso, se presume el establecimiento en España si se ha inscrito el prestador de servicios o alguna de sus sucursales en el Registro Mercantil.

3. Relevancia del principio de la autonomía de la voluntad en la nueva era tecnológica: una mirada a la red

El empleo progresivamente de la tecnología digital ha propiciado notorias transformaciones en múltiples ámbitos. Su incidencia sobre las relaciones sociales, las formas de organización económica, el modo de obtención, disfrute y transmisión de los bienes y las maneras de establecer la comunicación interpersonal en todas sus facetas reclama, inevitablemente, la atención de los juristas.

El espacio en que se desarrollan las comunicaciones electrónicas es un universo de relaciones jurídicas que deben ser analizadas por y desde el derecho (Pendón, 2009).

Pero la importancia capital del fenómeno que examinamos no queda reducida a la novedad, pues no se limita a las nuevas tecnologías sino que alcanza, fundamentalmente, a la innovación, que es algo más que novedad. Innovar significa mejorar, en el sentido de efectuar una determinada modificación en algo distinto (Olivencia, 2007).

Una de las consecuencias de los avances tecnológicos reside en introducir la novedad en las cuestiones sobre las que versan. Aquellas que no reciben este último valor –la novedad– se convierten en obsoletas, en otros términos, anticuadas e inadecuadas a las exigencias actuales (Olivencia, 2007).

Los postulados precedentes resultan completamente aplicables al comercio electrónico que, de acuerdo con la doctrina (Finocchiaro, 2000 y 2002; Santangelo & Natri, 2002), no es que introduzca una novedad desconocida por el derecho, sino que altera tradicionales planteamientos de temas jurídicos capitales. La cibernética ha creado un nuevo espacio que podemos denominar "ciberespacio", que supera todos los clásicos conceptos de territorialidad, soberanías separadas por fronteras y normas de conflicto. En otras palabras, modifica paradigmas.

Destaca la plena vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de los agentes que, en materia de comercio electrónico, interactúan. Cuanto planteamos entronca con una cuestión de fondo realmente interesante: ¿cuál es la opción jurídica más adecuada para regular el comercio electrónico? Dentro de todo el catálogo de opciones posibles caben: la autorregulación, la heterorregulación, la corregulación o autorregulación mixta. En esta última, que será la que en la práctica se imponga, coexiste la normativa legal aprobada por el legislador –heterorregulación– con los acuerdos, fruto de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, alcanzados por los agentes –autorregulación– que en el complejo escenario que planteamos interactúan. Asimismo, cabe la posibilidad de que las reglas derivadas de la autorregulación se vean, a su vez, disciplinadas por ciertas normas legales que tratan de encauzarlas por ciertos contornos. Tal aspecto da lugar al fenómeno de la autorregulación normativizada.

La autodisciplina del comercio electrónico es posible en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Tal principio es objeto de regulación por el artículo 1255 del CC español que determina que "*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente*²⁴, siempre que no sean contrarios a las leyes, a

²⁴ Expresión legal que, a juicio de Díez-Picazo (1991), presenta carácter literario y, en cierto sentido, redundante.

la moral, ni al orden público". Las leyes restrictivas del arbitrio de las partes son las imperativas que esencialmente se refieren a la esfera de la perfección del contrato o a sus requisitos y, en su caso, a las excepciones que sancionan con la nulidad su transgresión. Las demás reglas tendrían carácter dispositivo. Podría, en cierto sentido, afirmarse, de acuerdo con un sector de la doctrina (De Castro, 1997), que estas leyes –las de carácter dispositivo– están presentes en los códigos, ya que son las reglas que generalmente se siguen en la práctica de los negocios. Por ello, podría colegirse que en el supuesto de silencio de los contratantes, serían también aceptadas o recibidas con beneplácito por estos. No tendrían más valor que el de meras reglas supletorias, por lo que quedaría al libre arbitrio de los contratantes regular cuál debe ser el contenido de los contratos.

Debe repararse en que las reglas dispositivas en general no han sido, en modo alguno, recogidas en las leyes como simple modelo o ejemplo cuya observancia depende del mero arbitrio de los contratantes. En absoluto. De hecho, tal modalidad de normas ha sido recogida como consecuencia natural, o pudiéramos decir, típicas de cada modalidad de contrato. Podría, a este respecto, manifestarse que responden a lo que tradicionalmente se ha considerado normal, según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones.

La confianza, a nuestro entender, podría consistir en esperar de una persona, física o jurídica, un determinado comportamiento a partir de una relación en la que no existiría vínculo especial alguno²⁵. Son, qué duda cabe, muchas las refe-

²⁵ Tal concepto debe ser netamente distinguido, sin perjuicio de ostentar cierta relación, de la lealtad. Esta última, a juicio de Calsamiglia (2000) es la que hace posible el carácter permanente del pacto. Se trata no sólo de un concepto de relación, sino también normativo, pues viene a designar un vínculo que, además de generar obligaciones, se manifiesta en una especial consideración para los intereses de la otra persona.

rencias que en el nivel jurídico podrían vincularse con la confianza que, a pesar de no constituir un valor jurídico por definición, es muy valorada en las todas las actividades contractuales y, por tanto, reguladas por el derecho²⁶. De hecho, cabría preguntarse: ¿qué hubiera sido del derecho de obligaciones y contratos si una de las partes no hubiera o no tuviera motivo alguno para confiar en la otra parte. La confianza, en el campo de la contratación²⁷, es esencial para el buen funcionamiento del tráfico jurídico y, por tanto, para el desarrollo económico y social.

El legislador español, consciente de todo ello, decidió adoptar numerosas medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes para generar una cierta sensación de confianza en las mismas que cotidianamente deciden contratar.

En cuanto a las estructuras que tratan de fomentarse a través de la normativa nacional española aprobada para generar un clima de confianza relativamente aceptable en materia de contratación electrónica, ocupan una destacada posición los instrumentos de autorregulación, entre los que se encuentran los sellos de confianza, objeto central del presente estudio, acreditativos, en determinados casos, de la adhesión a un código de conducta.

Aunque la regulación legislativa de tales figuras existe, es parca, por lo que el principio de la autonomía de la voluntad desempeña un papel trascendental. Tal principio se encuentra naturalmente sometido a los límites señalados en el artículo 1255 del CC español que son la ley, la moral y el orden público.

²⁶ Es un valor –la confianza– que resulta muy recomendable en la esfera social. De hecho, sin la misma poco éxito podrían llegar a alcanzar las llamadas o fomento de la autorregulación realizadas por los legisladores europeo, nacional y autonómico.

²⁷ La confianza representa un soporte muy notable de cualquier vínculo obligacional que pueda regir la conducta humana. Desde los inicios de las mismas negociaciones, de conformidad con el tráfico normal, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en una actuación leal y correcta.

Especialmente relevante es la limitación impuesta por la legislación, por lo que se refiere a los acuerdos –celebrados entre los prestadores de servicios y las entidades promotoras de las estructuras de confianza (en las que se incluyen los códigos de conducta)– en virtud de los cuales se convendrá la vigencia, en las operaciones contractuales celebradas, de ciertas prerrogativas –incluidas en los códigos de conducta– a favor de los potenciales consumidores y/o usuarios. En todo caso, los convenios alcanzados entre las partes contratantes –empresario y responsable de la estructura de confianza– deberán resultar garantistas de la normativa imperativa o semi-imperativa²⁸ (cuya finalidad es la protección del contratante débil que es el consumidor y/o usuario²⁹) vigente que pueda resultar de aplicación.

4. Incidencia de los denominados sellos de confianza exhibidos en la red

Vistas las consideraciones generales relativas a la contratación electrónica, aludiremos a los sellos de calidad. Aunque, *a priori*, son concebidos con una finalidad de incrementar el comercio electrónico, con base en una mejora de la normativa legal imperante, en ciertos casos, la realidad es otra; en efecto, en ocasiones resultan menos garantistas que la normativa legal, incluso pudiendo generar la ocurrencia de prácticas comerciales desleales.

4.1 Concepto

Los logotipos de confianza que tienen origen privado, a pesar de ser fomentados por el sector

²⁸ Sobre esta cuestión pueden verse las consideraciones de García (2005).

²⁹ La noción de consumidor ha tomado entidad, en gran parte, en los últimos años. La idea de su salvaguarda, generalizada en el derecho moderno deriva de la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales. Estos últimos, como es sabido, tienen una superioridad muy relevante en las relaciones contractuales. La necesidad de protección de la parte contratante más débil, se traduce en el hecho de garantizar al particular –consumidor y/o usuario–, a través de la norma legal, un mínimo de exigencias. Tanto en el Código civil español como en las leyes especiales en materia de consumo se ha pretendido proteger al contratante débil.

público, surgen a finales del siglo XX. Podríamos dar diversas definiciones al respecto. Así, podríamos señalar que son señales visuales para los compradores que muestran que un empresario se ha comprometido a respetar determinadas reglas de calidad. Estas señales son exhibidas para generar ciertos efectos en las creencias o actitudes del destinatario. Existen numerosos ejemplos al respecto, aunque únicamente mostraremos, de manera gráfica, algunos de los más representativos (Confianza Online -España-, AMIPCI -México-, Optima Web -España-, y Agace -España-).

Los sistemas de autorregulación de Internet configuran el distintivo de calidad que comentamos como un icono interactivo, cuya pulsación electrónica enlaza, por imperativo legal -artículo 10.1.g) de la LSSI-CE-, con la *Web* de la empresa responsable o, dicho de otro modo, con el propio organismo autorregulador. De esta manera, el consumidor y/o usuario podrá, entre otros aspectos, conocer con detalle las reglas contenidas en el documento de buenas prácticas³⁰, el órgano extrajudicial de controversias establecido³¹, así como, en su caso, el resultado de las reclamaciones sobre las que el mismo haya conocido. Asimismo, podrá accederse a la relación de empresas adheridas al sistema de autorregulación e, incluso, si lo desea, cuando el sistema así lo posibilite, presentar una reclamación por vía telemática.

La presencia de una etiqueta de confianza en un sitio *Web*, representativo de la adhesión a un

determinado código de conducta, supone que el empresario que lo ostenta se compromete a cumplir, en todas sus actividades, el articulado presente en el documento de buenas prácticas al que el sello de confianza corresponde³².

La exhibición del distintivo, además de infundir confianza en el público destinatario, surtirá un doble efecto. Por un lado, publicitará, de manera directa, sin contraprestación alguna, el sistema de autodisciplina en materia de comercio electrónico al que el signo pertenezca, pues, mediante la pulsación en el sello en cuestión, se accederá a un hipervínculo que proporcionará de forma directa las condiciones del servicio. De forma indirecta, las empresas que exponen el sello, reiteran y contribuyen al prestigio o reconocimiento social del sistema de autorregulación.

4.2 El incesante y desmesurado crecimiento en el plano nacional, comunitario e internacional

Resultan muy significativas las constantes llamadas de atención que, en el nivel europeo se efectúan en beneficio de la necesaria confianza del comercio electrónico; una de ellas viene motivada, precisamente, por fomentar³³ y, consecuentemente, consolidar el recurso a la autorregulación en general y a los códigos de conducta, en materia de comercio electrónico, en particular. Ahora bien, al haberse interpretado -semejante proposición- de manera errónea, se han creado, a escala española, europea e internacional, un innumerable elenco de docu-

³⁰ El artículo 6, apartado 1, letra n), y el artículo 26 de la Directiva europea 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, relativa a los derechos de los consumidores, reiteran tal obligación del comerciante.

³¹ En esta línea, el artículo 6, apartado 1, letra t), así como el artículo 8 de la Directiva comunitaria 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, relativa a los derechos de los consumidores establecen, para los contratos celebrados con los consumidores a distancia o fuera del establecimiento, que el comerciante debe informar al consumidor sobre la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo, antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato.

³² Ahora bien, existen sellos de confianza que no tienen el respaldo de un código de conducta. De hecho, muchos de ellos no solo no se fundamentan en un código de conducta, sino que tampoco existe un organismo de control encargado de velar por el cumplimiento de las buenas prácticas inicialmente asumidas por el prestador de servicios de la sociedad de la información.

³³ En este sentido, debe precisarse que la Unión Europea pasa de un modelo que podríamos calificar de mera autorización de la autorregulación presente, entre otras normas, en la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa -artículo 5-, a una política que abiertamente incentiva la misma. En este último sentido, por ejemplo, podemos citar, entre otras, la Directiva europea sobre protección de datos personales, la Directiva europea de comercio electrónico y la Directiva europea sobre prácticas comerciales desleales.

mentos (derivados, como decimos, del fenómeno de la autorregulación) cuyos contenidos resultan ciertamente divergentes.

Debemos efectuar una precisión: reiterar que los sistemas de autorregulación del comercio electrónico han de cumplir diversos requisitos dentro de los que están el código de conducta y el organismo de control (que esencialmente se ocupará de la observancia, por parte de los prestadores de servicios voluntariamente adheridos, de los compromisos establecidos en el articulado del mismo). Sin embargo, existen casos en los que agentes de carácter privado han optado por crear únicamente un sello de confianza, sin la totalidad de elementos necesarios para configurar un sistema de autorregulación estandarizado en un documento de referencia -generalmente un código de conducta- y ejecutado por un organismo de control, imparcial e independiente de verificación.

Podría plantearse la duda de si lo que, en origen, pretendió la Unión Europea fue la creación de un sin fin de sellos de calidad en materia de comercio electrónico. La respuesta es claramente negativa por dos motivos:

El primero viene determinado por el hecho de que la proliferación imparable de tales figuras, a pesar de, en principio, crearse para causar confianza en el potencial consumidor y/o usuario, producen el efecto contrario, pues, lejos de generar un escenario proclive a la instauración de un clima de manifiesta tranquilidad en la sociedad, el elevado número que de los mismos existe, despierta una gran inseguridad, por numerosos factores, entre los que se destacan: la falta de transparencia de los criterios necesarios para la concesión del sello de confianza a la empresa signataria; la omisión del texto sobre el que se fundamenta en el que, entre otros, se detallarán las obligaciones y derechos del empresario adherido como del consumidor y/o usuario electrónico, tanto en materia de comercio electrónico como de otras cuestiones

conexas; la falta de un instrumento óptimo que resuelva, con suficientes garantías de eficacia e imparcialidad las controversias que puedan surgir.

El segundo motivo que sustenta la afirmación anteriormente suscrita pasa por las recomendaciones que desde mediados de 2007 efectuó el Parlamento Europeo en pro de armonizar -que no es lo mismo que igualdad absoluta- los sistemas de autorregulación existentes ante la hiperinflación³⁴ presente en la zona comunitaria.

4.3 Similitud, a efectos funcionales, respecto a determinadas figuras paradigmáticas en el derecho mercantil

En atención a la función que las marcas de garantía desempeñan en España, puede colegirse una cierta identidad funcional con los sellos electrónicos de calidad o confianza. En efecto, el sello de calidad puede, de alguna manera, identificarse con el signo representativo de la marca de garantía, mientras que el documento de referencia -típicamente un código de conducta- lo sería con respecto al reglamento de uso. Puede afirmarse que, tanto las marcas de garantía como los sellos de calidad, tienen como fin informar al consumidor sobre determinados estándares de calidad previamente fijados en el reglamento de uso -en el caso de las marcas de garantía- y en el código de conducta -en el supuesto de los sellos de calidad-, cuya presencia, en cierto modo, garantizan.

En principio, no existen óbices de carácter legal que imposibiliten el registro del sello de calidad como marca de garantía. Sin embargo, entendemos que para la asociación u organización que gestiona el documento de buenas prácticas asociado al sello puede resultar más interesante registrarlo como marca individual y operar, posteriormente, con base en licencias o autorizaciones de uso. De esta manera, el

³⁴ Algo similar, en definitiva, a lo que acontece -sin llegar a ser completamente equiparable- a la explosión de normas que acontece en la actualidad.

procedimiento de registro del documento de referencia, así como su contenido y reglas, quedan al margen del examen de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que sí podría entrar en la valoración del reglamento de uso, si se solicitara una marca de garantía.

Asimismo, en el caso de la marca de garantía, el titular estaría obligado a autorizar su uso a todo aquel que cumpla el reglamento, pues, en caso contrario, se extinguiría la marca. En el caso de que el sello esté registrado como marca individual –a pesar de que existe el compromiso de autorizar el uso del sello a todos los adheridos al código de conducta–, el margen de maniobra del titular de la misma es notablemente mayor.

En definitiva, los órganos y naturaleza jurídica de cada uno obedece a dos ramas distintas: una se regula por normas de orden público, y la otra por normas de ámbito privado.

4.4 Los logotipos (autodenominados) de buenas prácticas menos garantistas que la norma legal imperativa: posible consideración como práctica comercial desleal

Lamentablemente, no todos los códigos de conducta –cuya adhesión, repárese, se acredita, por parte de los prestadores de servicios, en virtud de la exhibición de un logotipo digital– que por el momento se han aprobado, en el ámbito del comercio electrónico operan una mejora realmente significativa de la normativa legal. De hecho, es sintomático que algunos de ellos son incluso menos garantistas que esta última.

Dado que la mayor parte de tales reglas contenidas en los códigos de conducta reproducen, en perjuicio del consumidor, normas semi-imperativas, la rebaja incluida en tales preceptos no perjudicará al consumidor, pues la ley únicamente admite mejoras a favor del consumidor, pero no rebajas. En otras palabras, cuando la norma legal sea semi-imperativa, no se podrá excluir su contenido en perjuicio de la parte a la que la ley quiso proteger. Podría, en cierta

medida, afirmarse que un importante número de códigos de conducta, más que una labor de mejora real de derechos del potencial consumidor y/o usuario, han sido concebidos como un instrumento de puro marketing. De esta manera, en lugar de servir a los fines para los que han sido diseñados –ser un útil complemento de la ley–, generan nuevos problemas, siendo estériles los esfuerzos realizados para lograr efectos reales del fomento de la autorregulación.

En todo caso, aunque el articulado del código de conducta –como es el caso que señalamos– no prevea derechos que la normativa legal imperativa reconoce al consumidor y/o usuario, este último podría –y, en todo caso, debería– reclamar su cumplimiento al propio prestador de servicios adherido al código de conducta con el que, en su caso, el consumidor puede haber perfeccionado electrónicamente algún contrato. En otras palabras, el código de conducta regiría, en toda su extensión, en las mejoras operadas –en el plano estrictamente legal, así como en el ético– con respecto al potencial consumidor y/o usuario, pero no en las rebajas realizadas sobre la legislación protectora del consumidor que, no debe olvidarse, ostenta carácter semi-imperativo.

Frente a lo establecido en el artículo 6.2 del CC –que, como es sabido, preceptúa que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”–, el artículo 10 del TRLGDCU incluye la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores y, además, atribuye a la renuncia, no precisamente cualquier grado de invalidez, sino la nulidad de pleno derecho. Tratándose de un derecho tuitivo de la parte débil, que es el consumidor, frente al empresario, que podría, de manera sencilla, imponer sus condiciones, la irrenunciabilidad de derechos representa una regla necesaria para su efectividad real. De hecho, numerosas reglas similares a la del artículo 10

del TRLGDCU figuran en otras muchas normas –comunitarias, estatales y autonómicas– de protección de los consumidores. Finalmente, también hemos de advertir que, aunque el artículo 10 del TRLGDCU alude a los derechos que esta norma reconoce, tal término debe ser interpretado en un sentido amplio. Así, debería entenderse incluido en el mismo, de manera complementaria, la renuncia de cualquier facultad o la renuncia de acciones para la protección de tales derechos, así como de cualquier interés legítimo tutelado por el TRLGDCU.

Como no podía ser de otro modo, el artículo 107.3 del TRLGDCU salva las cláusulas más beneficiosas para el consumidor. La nulidad de la renuncia que planteamos no debe comportar, a nuestro entender, la del resto del contrato en el que se integre. A los efectos que en nuestro caso, interesan, parece que podría aplicarse bien directamente bien por analogía, lo establecido para el evento de cláusulas abusivas en el artículo 83 del TRLGDCU, de forma que reconociendo al consumidor el derecho eventualmente renunciado –presentes en las reglas de algunos autodenominados código de buenas prácticas– puedan, de manera excepcional, moderarse los demás derechos y obligaciones del prestador de servicios adheridos al código de conducta y del consumidor que contrate con este último. Solo como última solución procedería declarar la ineficacia total del negocio, cuando ni tan siquiera tal moderación pudiera restablecer una situación equitativa.

A este último respecto, no en vano –y haciéndose eco de las prácticas cada vez más frecuentes que en este sentido se suscitan– la Directiva comunitaria 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior –transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la 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– dispone que debe reputarse como práctica engañosa el hecho de que el empresario o profesional presente, como si fueran una característica distintiva de la oferta, los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios.

Por consiguiente, podríamos afirmar que el prestador de servicios incurriría en tal práctica si exhibe un sello de confianza acreditativo de la adhesión a un código de conducta que reprodujera, sin más, la propia normativa legal. A mayor abundamiento, también incidiría en tal supuesto de hecho que comentamos si el articulado del código de conducta se presentara como distintivo –y, aparentemente, por tanto, como cierta mejora legal– una rebaja normativa sensible respecto al potencial consumidor y/o usuario. En ambos supuestos, estaríamos tanto ante publicidad engañosa como ante una práctica comercial desleal.

5. Conclusiones

Aunque, a fecha de hoy, la actividad contractual por excelencia es aquella que ostenta carácter presencial hasta el punto que puede catalogarse de tradicional, la virtual, que está avanzando a una extraordinaria velocidad, en el futuro, está llamada a ser la habitual. Para ello, será fundamental haber superado los *handicap* que, directa o indirectamente, impidan su efectiva consolidación. Entre los mismos, sin ánimo agotador, se encuentra la situación de desconfianza que los consumidores y/o usuarios experimentan frente a la red. Precisamente, para hacer frente a la misma, el legislador español –muchas veces a impulsos de su homónimo europeo– ha elaborado una pléyade de medidas, dentro de las cuales cabe referirse al fomento de los denominados sellos de confianza (acreditativos de la adhesión a un código de conducta).

En realidad, como la propia práctica pone de manifiesto, el consumidor confía en ciertos ins-

trumentos, como los códigos de buenas prácticas, que en ocasiones, puede no haber leído con detalle. En vista de ello, podría colegirse que en lo que parece confiar es en la apariencia de fiabilidad que la exhibición de un determinado sello de confianza o la mención de la adhesión a un código de conducta puede conllevar.

Ahora bien, los consumidores pueden no conocer ni comprender muchas de las cláusulas o normas contenidas en el código de conducta, ni, en consecuencia, lo que el sello de confianza pretende acreditar.

Ante la hiperinflación de sellos de confianza reina, en un gran número de casos, el desconocimiento de lo que cada uno de ellos supone, lo que, lamentablemente, origina desconfianza. Además, algunos de ellos, en ciertas reglas contenidas en su articulado, resultan incluso menos garantistas que la propia norma legal. Estos últimos podrían ser reputados engañosos. En otras palabras, bajo la apariencia de una notable protección del consumidor, son, en realidad, mucho menos garantistas que la tutela que, con carácter general, dispensa el legislador al contratante débil. Ante esta situación el legislador, que no ha de permanecer impasible, reputa que tales actuaciones merecen ser consideradas como prácticas comerciales desleales.

Referencias bibliográficas

- Albeledo, M. A. (2012). *Todo lo que hay que saber de Aspectos legales de los negocios online*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Asensi, (2013). *Régimen jurídico de las subastas electrónicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2008). *Apuntes de derecho mercantil*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Bravo, F. (2007). *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*. Milán: Giuffrè.
- Calsamiglia, A. (2000). *Cuestiones de lealtad*. Barcelona: Paidós.
- De Castro, F. (1997). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. En: *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro* (pp. 1251-1338). Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- De Miguel, P. A. (2011). *Derecho privado de Internet*. Navarra: Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L. (1991). Artículo 1255. En: C. Paz-Ares (Dir.). *Comentario del Código Civil* (pp. 422-477). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid: Civitas.
- Fernández, R. (2013). *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*. Barcelona: Bosch.
- Finocchiaro, G. (2002). Firma digitale e firma elettroniche. Il quadro normativo italiano dopo il d. legisl. *Contratto e Impresa*, (2), pp. 1-20.
- Finocchiaro, G. (2000). La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici. En: F. Galgano (Ed.). *Le nuovi leggi civili commentate* (pp. 635-645). Bologna: Zanichelli Il Foro.
- García, M. (2005). Idea del contrato: Cincuenta años después (Consideraciones previas a una definición del contrato). *Foro. Nueva Época*, (2), pp. 11-46.
- Moreno, M. A. (1999). *Contratos electrónicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Nova, A. J. (2012). *Manual jurídico de comercio electrónico y marketing on-line para la Empresa 2.0*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Olivencia, M. (2007). Prólogo. En: A. Madrid (Dir.) & M. J. Guerrero (Coord.). *Derecho patrimonial y tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica*

- con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (pp.11-18). Madrid: Marcial Pons.
- Pendón, M. A. (2009). *La perfección del contrato en derecho privado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pennasilico, M. T. (2004). La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione. En: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* (pp. 805-834). Milán: Giuffré.
- Plaza, J. (2008). Marco general de la protección del consumidor en la contratación electrónica. En: L. Cotino (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (pp. 53-68). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rovira, A. & Palomar, A. (1958). Problemas de contratación entre personas distantes. *Anuario de Derecho Civil*, (11), pp. 177-223.
- Santangelo, E. & Nastri, M. (2002). Firme elettroniche e sigilli informatici. *Vita Notarile*, (2), pp. 1118-1142.
- Sartor, G. (2002). Gli agenti software: nuovi soggetti del cyberdiritto?. En: F. Galgano (Dir.). *Contratto e impresa* (pp. 466-498). Padova: Cedam.
- Vega, J. A. (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid: Reus.