

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla  
y doctor por la Universidad Rey Juan Carlos

Universidad Autónoma de Chile

NUEVAS COORDENADAS  
PARA EL DERECHO  
DE OBLIGACIONES  
  
LA AUTODISCIPLINA  
DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Prólogo de  
Ángel Serrano de Nicolás

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> ( <i>a cargo del Prof. Dr. D. Ángel Serrano de Nicolás</i> ) .....	7
<b>ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
<b>CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL RELATIVAS AL COMERCIO ELECTRÓNICO: «VINO NUEVO SOBRE ODRES VIEJOS»</b> .....	23
1. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	23
2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO.....	25
3. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUN- TAD EN EL ÁMBITO OBJETO DE EXAMEN .....	28
3.1. Libertad de contratar y libertad contractual.....	29
3.2. Limitaciones de la libertad contractual.....	40
3.3. Libertad contractual y principio de buena fe objetiva.....	44
4. BREVE APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL COMERCIO ELECTRÓ- NICO .....	48
5. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS POSIBLES SUJETOS DEL CONTRATO VIRTUAL .....	53
5.1. El destinatario de los servicios de la sociedad de la información.....	53
5.2. El prestador de servicios de la sociedad de la información .....	57
6. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN .....	58

	Pág.
6.1. Consideraciones terminológicas de carácter previo.....	60
6.2. Herramienta de protección de la parte más débil.....	61
6.3. Extensión en el ámbito del comercio electrónico.....	66
6.3.1. Identidad del prestador de servicios de la sociedad de la información.....	66
6.3.2. Información del producto.....	68
6.3.3. Información del procedimiento contractual.....	70
6.3.4. Información de las condiciones generales de la contratación ..	71
7. RELEVANCIA DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.....	75
8. EL PATRÓN DE LA DILIGENCIA EXIGIBLE EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES ASUMIDOS .....	80
<b>CAPÍTULO 2. LA ORDENACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: CONCEPTO, CARACTERES Y DIVERSAS OPCIONES REGULADORAS .....</b>	<b>83</b>
1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	83
2. LA AUTODISCIPLINA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO .....	86
2.1. Precisión terminológica.....	86
2.2. Origen.....	88
2.3. Delimitación conceptual.....	91
2.3.1. Derecho interno.....	93
2.3.2. Derecho comunitario.....	94
2.3.3. En otras disciplinas .....	97
2.4. Complemento o alternativa a la desregulación.....	98
3. POSIBLES ÁMBITOS DE INCIDENCIA: EL DERECHO PRIVADO CON CARÁCTER GENERAL.....	100
4. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.....	103
4.1. Repercusión sobre el fenómeno del comercio electrónico .....	104
4.2. A propósito de su eventual consideración como fuente del Derecho ...	108
5. DIVERSAS ALTERNATIVAS REGULADORAS.....	112
5.1. La pretendida autorregulación del comercio electrónico (remisión)..	112
5.2. La regulación normativa .....	112
5.3. La autorregulación mixta .....	118
5.4. La disciplina normativa de la autorregulación.....	120

	Pág.
<b>CAPÍTULO 3. LOS SISTEMAS DE AUTODISCIPLINA: PRESUPUESTOS PARA SU CONCURRENCIA</b> .....	127
1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	127
2. PRESUPUESTOS DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN.....	128
2.1. Acuerdo previo de los agentes participantes.....	128
2.1.1. La agrupación en virtud del Derecho de asociación.....	128
2.1.2. Tipología de sujetos susceptibles de agruparse.....	133
2.2. Documento de referencia vinculante.....	134
2.2.1. Código de conducta.....	134
2.2.1.1. Concepto.....	134
2.2.1.2. Modalidades.....	144
2.2.1.3. Naturaleza jurídica.....	146
a. Determinación y justificación de la misma.....	146
b. Notas predicables del contrato en beneficio de tercero.....	147
c. Caracteres propios del contrato normativo.....	152
d. Apreciación final: contrato normativo en beneficio de tercero.....	168
e. Valoración crítica de otras posturas doctrinales sobre el particular.....	169
2.2.1.4. Similitud funcional con los contratos de adhesión....	178
2.2.1.5. Alcance.....	180
2.2.1.6. Sujetos: funcionalidad.....	185
a. Unión Europea y Administraciones Públicas: fomento.....	186
b. Corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores: redacción y aplicación.....	199
c. Empresas adheridas y consumidores y usuarios potenciales o efectivos: cumplimiento y, en su caso, exigibilidad del contenido del articulado.....	206
2.2.1.7. Casuística.....	214
a. En el ámbito del consumo en general: el caso del Ayuntamiento de Madrid.....	214
b. En el ámbito del comercio electrónico.....	215
2.2.2. Reglamento de uso de la marca de garantía o certificación....	216
2.2.2.1. Concepto de marca de garantía.....	216

	Pág.
2.2.2.2. El Reglamento de uso .....	220
a. Concepto.....	220
b. Presupuestos.....	223
c. Eficacia.....	226
2.2.2.3. Casuística .....	228
2.2.3. Normas ISO y UNE.....	231
2.2.3.1. La normalización: entre el fenómeno de la autorregulación y la disciplina legal.....	232
2.2.3.2. Concepto y modalidades de normas técnicas.....	236
2.2.3.3. Naturaleza jurídica.....	239
2.2.3.4. Casuística.....	240
2.2.4. Código Tipo.....	242
2.2.4.1. Concepto.....	242
2.2.4.2. Contenido.....	246
2.2.4.3. Naturaleza jurídica.....	251
2.2.4.4. Casuística.....	252
2.3. El organismo de control imparcial e independiente: resolución extrajudicial de conflictos.....	253
2.3.1. Composición.....	262
2.3.2. Estructura.....	262
2.3.3. La mejor receta posible: la prevención de conflictos.....	263
2.3.4. Opciones para la resolución del conflicto en materia de comercio electrónico.....	264
2.3.4.1. La vía judicial.....	265
2.3.4.2. La vía extrajudicial.....	267
2.3.5. Las mejores prácticas empresariales como ventaja competitiva en beneficio del potencial consumidor y/o usuario.....	268
2.3.6. <i>Alternative Dispute Resolution</i> y <i>Online Dispute Resolution</i> : Situación imperante y líneas de futuro.....	274
2.3.7. Necesidad imperiosa de observar ciertos principios generales.....	279
2.3.8. Mecanismos de carácter informal.....	284
2.3.8.1. El servicio de atención al cliente.....	285
2.3.8.2. La negociación automatizada.....	291
2.3.8.3. La negociación asistida.....	292
2.3.8.4. La <i>Web 2.0</i> como novedoso soporte para editar reclamaciones.....	293
2.3.9. Mecanismos de carácter formal.....	295

	Pág.
2.3.9.1. Transacción .....	296
2.3.9.2. Conciliación .....	300
2.3.9.3. Mediación.....	302
2.3.9.4. Arbitraje .....	310
a. Arbitraje convencional .....	316
b. Arbitraje de consumo: especial consideración del realizado a través de plataformas virtuales.....	319
2.3.9.5. El Jurado de Autocontrol de la Publicidad.....	326
a. La consulta previa como sugerente procedimiento apto para evitar conflictos.....	326
b. La verificación a posteriori: concepto y caracte- res.....	328
2.4. Sello de confianza.....	333
2.4.1. Concepto .....	333
2.4.2. Similitud funcional con las marcas de garantía.....	335
<b>3. OTRAS MANIFESTACIONES DE LA AUTORREGULACIÓN QUE NO CONSTITUYEN UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN: EL CASO DE LOS TERCEROS DE CONFIANZA.....</b>	<b>336</b>
3.1. Concepto.....	336
3.2. No son fedatarios públicos.....	343
3.3. Relevancia, a efectos probatorios, de la labor desempeñada.....	347
3.4. Entidades españolas prestadoras del servicio .....	353
3.5. Enumeración de algunas de las similitudes y diferencias con otras figuras examinadas.....	355
 <b>CAPÍTULO 4. LA INOBSERVANCIA DE LOS COMPROMISOS VO- LUNTARIAMENTE ASUMIDOS EN VIRTUD DEL FENÓMENO DE LA AUTORREGULACIÓN .....</b>	<b>361</b>
1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	361
2. EFECTOS LEGALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DE BUENAS PRÁCTICAS A LOS QUE SE ESTÁ AD- HERIDO COMO PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL.....	361
3. ACCIONES FRENTE A EMPRESARIOS Y/O PROFESIONALES INTE- GRADOS EN UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN QUE INCUM- PLAN LOS COMPROMISOS VOLUNTARIAMENTE ASUMIDOS.....	373

	Pág.
<b>CAPÍTULO 5. LÍMITES CONCURRENTES EN EL ÁMBITO DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO</b> .....	379
1. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	379
2. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL: CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD FRENTE A TERCEROS NO ADHERIDOS .....	379
2.1. Legitimación activa .....	380
2.2. Legitimación pasiva .....	380
2.2.1. Pronunciación del Jurado de la Publicidad frente a empresas adheridas .....	381
2.2.2. Pronunciación del Jurado de la Publicidad frente a terceros no adheridos .....	382
2.3. El recurso a los Tribunales de Justicia ante la desobediencia de las decisiones vinculantes del Jurado de la Publicidad .....	388
3. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA .....	388

## PRÓLOGO

*Varias son las explicaciones que los prologuistas dan, y las acepciones que los diccionarios admiten, para justificar lo que acto seguido se va a decir de obra ajena, o para concretar en qué consiste el mismo, pues de que es lo último que se escribe aunque sea lo primero que puede leerse no hay discusión, sin faltar los que siendo harto conocida, por notoria, su autoridad científica, en esa y en otras muchas materias, no entiende cómo se les invita a ser ellos los que escriban o reflexionen en las primeras páginas de la obra prologada.*

*Sean los que quiera que sean los requisitos exigidos para ser prologuista, o en qué debe consistir un prólogo, en mi caso sólo hay un mérito que lo justifica y es la generosidad del autor en dejarme aparecer aquí, sin otro justificante que el recíproco aprecio y amistad, y, quizás, el haber formado parte del Tribunal que en su día juzgó la tesis, con la más alta calificación, que, por otra parte, con éste ya es el segundo fruto que da, ambos bien madurados, aunque las tapas sean verdes y el autor pleno de juventud.*

*Justificada mi presencia como prologuista, que es lo primero que procedía, tres son los aspectos de los que quiero dar cuenta, o sea, del autor, de la obra y de su circunstancia actual. Siempre con brevedad, pues, lo importante son las páginas que siguen, como tan pronto uno se adentre en la obra, o simplemente lea el índice, podrá comprobar.*

*A David LÓPEZ lo conocí, como quizás no podía ser de otra manera, dada la especialización de su obra, a través de un email, cuando todavía era licenciado, aunque hoy ya sea doblemente doctor, en Económicas (con mención europea) y en Derecho. He dicho conocí, y así fue, pues de ese primer email, como de los varios siguientes que nos cruzamos, hasta que hablamos por teléfono y nos pudimos saludar personalmente en Madrid, ya deduje su calidad personal y el ímpetu juvenil que atesoraba, que con*

*el discurrir del tiempo se ha ido acrecentando. No quiero hacer más reflexiones en lo personal, pues el único límite que siempre tendrá su obra es que nunca podrá alcanzar su calidad como persona, por mucho que sea lo que ya ha acreditado y lo que fácilmente se vislumbra que todavía está por venir.*

*De la obra lo primero que resalta, y que ya se trasluce de su propio título, es que no es una obra más al uso, frecuentes dado lo novedoso —aunque ya no tanto— del comercio electrónico, sino un propósito logrado de encuadrar los distintos conceptos y categorías, muchas procedentes del mundo anglosajón, dentro de nuestras tradicionales categorías del Derecho de obligaciones, o incluso del Derecho privado, en general. No puedo olvidar que al leer lo que fue la tesis, en más de una ocasión, uno quedaba sumergido en una pequeña monografía —dentro del cuerpo de la tesis— al tratar de la aplicación del contrato en beneficio de tercero o el contrato normativo, por la abundancia de bibliografía, citas y demás aparato propio de dicho trabajo académico, que, sin duda, contenía más información y material que algunas monografías al efecto. Y ésa es en general la tónica, buscar para cada categoría propia del comercio electrónico, que se realiza a través de contratos básicamente, su correspondiente encuadre dentro de lo que son las categorías consolidadas del Derecho de las obligaciones. Se abre con el Derecho del consumo, por ser el marco general en que se desarrolla esta actividad comercial electrónica.*

*Dentro de la imprescindible aplicación del Derecho del consumo a la contratación electrónica, se presta, en el primer capítulo, singular consideración a la libertad contractual y a la buena fe objetiva; pero, como los tratos preliminares «en persona» no se dan, no puede por menos que explayarse y reconsiderar; a la vista de los mecanismos utilizados para contratar, los deberes precontractuales de información, aquí elemento imprescindible de integración del contrato electrónico; la información sobre las condiciones generales de la contratación y la diligencia exigible, el patrón concreto, no una diligencia standard, por razón de los deberes contractuales asumidos.*

*Tras un segundo capítulo dedicado a la autorregulación y a las diversas alternativas posibles, con valoración de cada una, interesa especialmente, desde la óptica del Derecho de obligaciones tradicional, el capítulo tercero, cuyo nervio es la autorregulación, en qué forma, modo y medida pueden quedar obligados los prestadores, así trata la materia confrontándola y viendo en qué medida o cómo puede ser aplicable el contrato en beneficio de tercero, el contrato normativo o la similitud funcional con los contratos de adhesión. A lo que añade conceptos propios de esta forma de contratación, tales que el Reglamento de uso de la marca de garantía o certificación, las Normas ISO y UNE, el Código Tipo y, finalmente, como los pleitos o diferencias en el cumplimiento del contrato no son infrecuentes, trata de*

*las posibles soluciones extrajudiciales, dada la rapidez que se pretende para la solución del caso concreto, así considera las ADR y las Online Dispute Resolution. Para concluirlo con el Jurado de Autocontrol de la Publicidad y, singularmente interesante desde la óptica notarial, el sello de confianza, que como bien precisa, y argumenta, no son fedatarios públicos, al margen del valor probatorio que pueda tener, nunca el propio de un documento público.*

*Concluye la obra con otras dos capítulos relevantes también desde la óptica contractual, aunque en nuestros programas universitarios no se estudien en el Derecho de obligaciones; no obstante, propios del ámbito mercantil, su relevancia para integrar e interpretar el contrato son obvios, en la concepción contractual actual, y no sólo en este ámbito del comercio electrónico, sino en general en cualquier contrato en que su fase precontractual viene marcada por un gran influjo de la publicidad. Por tanto, no podía faltar una especial consideración al incumplimiento de las buenas prácticas, a las que voluntariamente se han adherido y las posibles acciones frente a los empresarios y/o profesionales.*

*Concluye la obra con una especial, y acertada, exposición de los límites derivados de la Competencia Desleal (con consideraciones expresas sobre los pronunciamientos del Jurado de Publicidad frente a terceros no adheridos) y de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.*

*De lo expuesto creo que resulta claro que no es útil únicamente en el ámbito del comercio electrónico, al que está básicamente referida, y al que encuadra perfectamente en el ámbito del Derecho de obligaciones y sus categorías típicas, sino también, en todo lo relativo a la integración del contrato con los cada vez más frecuentes, piénsese en la contratación bancaria, de las grandes superficies, etc., medios de publicidad precontractual, recursos a la información o publicidad para la inducción a la contratación, y, por tanto, las reglas sobre publicidad, competencia desleal y defensa de la competencia, aun siendo una especialidad, y muy concreta, del Derecho mercantil, están igualmente presentes en la contratación moderna, con tanta relevancia como las categorías clásicas que el autor también examina.*

*No parece aventurado afirmar que difícilmente se podrá escribir en lo sucesivo sin tomar como referencia y punto de apoyo, o en su caso contraste, la presente obra.*

*De su circunstancia actual quiero dejar constancia que, profesor de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Chile, forma parte de esa pléyade de jóvenes talentos españoles que, por culpas y no suyas, están abandonando nuestro país para echar raíces en el continente americano, o en la misma Europa, en todo caso, fuera de España. Hoy todavía con un pie aquí, con la cabeza seguramente, con certeza que algunos volverán, pero la distancia, no nos engañemos, es el olvido, y si, además, allí se*

*obtiene un magnífico trato, en todos los sentidos, posibilidad de investigar y, en suma, de hacer una carrera universitaria, sobra decir las consecuencias. Lo único cierto es que tenemos que felicitar a quienes han sabido recibirlos pues ellos serán los principales receptores de su saber y de su esfuerzo.*

*Concluyo, sin más, pues lo poco que tenía que decirle ya tuve ocasión de decírselo en el acto de defensa de su tesis y que sobradamente ha sido aquí recogido, agradeciéndole la deferencia de dejarme aparecer aquí, y, como tantas otras veces, felicitándole por los continuos frutos que viene recogiendo en su andadura investigadora, y que, sin duda, continuarán en su nueva vida académica en la Universidad Autónoma de Chile, dada mi certeza de que seguirá sin escatimar esfuerzos ni energías, sabedor, como es, que «la inspiración existe, pero tiene que encontrarte trabajando».*

Barcelona, verano del 2013.

Ángel SERRANO DE NICOLÁS

## INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de la Información y Comunicación —en adelante TIC— están incidiendo en numerosos aspectos de la vida social. No en vano resultan esenciales para la actual economía de la información, así como para la sociedad en general. Asimismo, cabe señalar que las mismas se han comparado con otros importantes inventos del pasado, como la electricidad. Aunque es demasiado pronto para demostrar su impacto histórico real, la relación entre las TIC y el crecimiento de los países desarrollados, está fuera de toda duda. El impacto de las TIC va más allá de lo puramente económico<sup>1</sup>, ya que han tenido un papel importante en el impulso de la innovación y la creatividad. Las TIC han transformado, entre otros aspectos, la manera de hacer transacciones de las personas. No cabe duda de que las TIC intervienen, cada vez en mayor medida, en un amplio elenco de interacciones<sup>2</sup>.

La evolución que las nuevas tecnologías están protagonizando en las últimas décadas es realmente apasionante. El ritmo al que éstas avanzan es imparable. Las interesantes novedades técnicas presentan la bondad de facilitarnos muchas de las actividades cotidianas que realizamos, pues esa es, precisamente, su razón de ser. Siendo tal afirmación, en mayor o menor medida, cierta, no es menos irrefutable que, como cualquier aspecto de la realidad social imperante, están sometidas al imperio de la ley. No debe olvidarse la virtualidad del conocido aforismo latino *ubi societas, ibi ius*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Que no, por ello, deja de ser relevante. La industria europea de las TIC obtuvo un volumen de negocio en 2007 de 670.000 millones de euros, por lo que supuso más del 5 por 100 del empleo total de la Unión Europea.

<sup>2</sup> PASCUZZI, G. (2006): *Il diritto dell'era digitale, Il Mulino Itinerari*, Bolonia, p. 39; DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2012): «Nuevos aires en protección de datos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4.

<sup>3</sup> Sobre este particular, LUHMANN, N. (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, p. 136; DORAL, A., y PASQUAU LIAÑO, M. (1982): «Unidad y pluralidad en el Derecho civil», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 22, p. 27; GIL, T. (1987-1990): «Derecho

—donde hay sociedad, hay Derecho—. Asimismo, es previsible, siendo un hecho que la práctica pone de relieve (más, si cabe, en el caso que se somete a examen), que la sociedad del mañana tenga necesidades, estructuras y funcionará con valores diversos de los de la presente.

El problema que, en este sentido, se plantea, viene determinado por la popular expresión de que el Derecho siempre va por detrás de la realidad social. Los hechos —y más, si cabe, en el ámbito que es objeto de examen<sup>4</sup>— van por delante del legislador<sup>5</sup>. El jurista sigue arrastrado por los hechos; «empujado», en el mejor de los casos, pero siempre detrás, en pos de las novedades, que, al tiempo que innovan la realidad social, envejecen al Derecho<sup>6</sup>.

Por decirlo con otras palabras, primero se suscitan ciertos avances que pueden ser merecedores de una determinada normativa legal, a lo que, en segundo término, el Derecho responde con toda la celeridad que, respetando los trámites procedimentales, está a su alcance. En todo caso, se plantea un desfase entre Derecho y realidad<sup>7</sup>. Esa distancia entre realidad social y Derecho es un problema relevante de la civilización actual. La delantera que toman las Ciencias en general, puede suponer un escape del progreso científico respecto del Derecho como regulador de conductas e instrumento de justicia. No se trata únicamente de la reacción del Derecho ante nuevos hechos, sino de las transformaciones profundas que éstos introducen en el Derecho mismo<sup>8</sup>.

---

y sociedad: toma de posición a partir de una teoría normativa postsubjetivista de la acción social», *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 10, p. 219; SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2004): *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, p. 30; LÓPEZ DÍAZ, E. (2006): *Iniciación al derecho*, Delta Publicaciones, Madrid, p. 3; GETE-ALONSO y CALERA, M. C. (2008): *Estudios sobre el contrato*, Atelier, Barcelona, p. 13.

<sup>4</sup> La extraordinaria celeridad del desarrollo tecnológico conlleva cierto retraso en el legislador para enfrentarse, con eficacia, a los desafíos que se derivan de tal desarrollo. Como la práctica pone de manifiesto, las normas de carácter legislativo no pueden, por sí mismas, suministrar soluciones a nuevas e imprevistas situaciones que cotidianamente surgen.

<sup>5</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (2001): «Presentación», en TATO PLAZA, A., y FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. (coords.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid; GONZÁLEZ MALAVÍA, S. (2004): *Tutela judicial del comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia; OLIVENCIA RUIZ, M. (2005): *Estudios Jurídicos*, vol. 4, Fundación El Monte, Sevilla, pp. 13-33.

<sup>6</sup> En este sentido, KIRCHMANN, J. H. V. (1848): «Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft», en *Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, decía, cargado de razón, hace más de ciento cincuenta años, que «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura», frase que resulta plenamente aplicable a la normativa que reglamenta las nuevas tecnologías en general y el comercio electrónico en particular.

<sup>7</sup> PEÑA-LÓPEZ, I. (2010): «Fundamentos tecnológicos del Derecho de la sociedad de la información», en PEGUERA POCH, M. (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Thomson Reuters, Navarra, pp. 63 y 64.

<sup>8</sup> En este sentido, OLIVENCIA RUIZ, M. (1999): *De nuevo, La lección 1.ª Sobre el concepto de la asignatura*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 53-56; OLIVENCIA RUIZ, M. (2005): «Líneas generales de la reforma del Derecho Mercantil. Conferencia inaugural de las XXV Jornadas de estudios de la Abogacía del Estado», en *El nuevo sistema Mercantil*, Ministerio de Justicia, Madrid.

Cuando la norma legal disciplina cuestiones vinculadas, directa o indirectamente, con las nuevas tecnologías no debe regular los supuestos ligados a las mismas con excesivo grado de casuismo (llegando, si se permite la expresión, a un carácter «reglamentario»), pues, en tal caso, podría quedar obsoleta, en un reducido plazo de tiempo, careciendo, de este modo, de la utilidad para la que ha sido concebida. No debe olvidarse que, como su propia denominación pone de manifiesto, las nuevas tecnologías, en cortos períodos de tiempo, se verán superadas por otras que podrán plantear problemas diversos a las que le precedieron. Superar el «mal de la obsolescencia» requerirá adoptar estructuras jurídicas adecuadas que incorporen el dinamismo como fenómeno inherente a la técnica.

Uno de los instrumentos establecidos por el legislador, para evitar la rápida inutilidad de la norma legal, pasa por el fomento de la autorregulación, por parte de los agentes que interactúan en determinados espacios de la vida social, entre los que destaca el vinculado con las Tecnologías de la Información y del Conocimiento (TIC), de las que cada vez hacen más uso empresas y consumidores<sup>9</sup>.

Las TIC son un conjunto de técnicas, desarrollos y dispositivos avanzados que integran funcionalidades de almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos. El espectro que aquéllas abarcan es ciertamente amplio, debiéndose entender que dentro de las mismas, entre otras muchas, se encuentra Internet en general y el comercio electrónico en particular.

En relación a este último, cabe determinar que constituye una actividad contractual en auge. El futuro que se vaticina sobre el particular es optimista<sup>10</sup>. Las cifras que tal medio de contratación está experimentando, a nivel mundial,

---

<sup>9</sup> En cuanto a la utilidad práctica de las normas derivadas de la autorregulación, puede verse AMBLARD, P. (2004): *Régulation de l'Internet, élaboration des règles de conduites par le dialogue internormatif*, Bruylant, Bruselas, p. 243.

<sup>10</sup> ILLERA, C. R., y GANCEDO PRIETO, A. (2001): *Aspectos estratégicos en la dirección de producción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 162; FERNÁNDEZ JURADO, M. Y. (2001): «El desarrollo del comercio electrónico en España», en MERA VÁZQUEZ, M. T., y GÓMEZ CAMACHO, F. (coords.), *De economía y pensamiento económico: Homenaje al Prof. Dr. Juan Velarde Fuertes*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p. 105; KOTLER, P., y ARMSTRONG, G. (2003): *Fundamentos de marketing*, 6.<sup>a</sup> ed., Pearson Educación, Madrid, p. 101; ALONSO CONDE, A. B. (2004): *Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, Dykinson, Madrid, p. 75; OELKERS, D. B. (2004): *Comercio electrónico*, Cengage Learning Editores, p. 49; FERNÁNDEZ FALERO, M. R. (2005): «El impacto de Internet en el comercio electrónico», en DURÁN MAÑES, M. A.; FERNÁNDEZ BELTRÁN, F. J., y LÓPEZ LITA, R. (eds.), *La comunicación local por Internet*, Universitat Jaume I de Castellón, Valencia, p. 223; NARANGAJAVANA, Y. (2006): *Capacidades directivas y nuevas tecnologías en el sector turístico*, Universitat Jaume I de Castellón, Valencia, p. 30; RÜDIGER, K. (2006): «Der Online-Handel in Deutschland und Spanien - empirische Befunde und rechtliche Rahmenbedingungen», *Arbeitsbericht des Instituts für Sicherheit im E-Business*, núm. 20; ALET, J. (2007): *Marketing directo e interactivo*, Esic, Madrid, p. 35; AECM-FECEMD (2009) *Libro blanco del comercio electrónico. Guía práctica de comercio electrónico para Pymes*, Aecem-Fecemd, p. 14; MARTÍNEZ LÓPEZ, L.; MATA MATA, F., y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, R. M. (2009): «Sistemas de pago seguro. Seguridad en el comercio electrónico», *Revista de Estudios Empresariales*, núm. 1, pp. 63 y 64.

así lo atestiguan<sup>11</sup>. Lamentablemente, cabe hacer dos apreciaciones que no resultan favorables para España. La primera, que el país ocupa, por lo que al recurso del comercio electrónico respecta, una posición inferior a la media de los Estados de la Unión Europea<sup>12</sup>, no surtiendo, sobre este particular, todos los efectos deseados algunas de las últimas medidas puestas en práctica<sup>13</sup>. La segunda se encuentra vinculada a la actual situación de crisis económica que, en la actualidad, vive. Aunque la misma presenta un alcance mundial, sus efectos se están notando con especial crudeza a nivel nacional, tanto que, el comercio electrónico en España, por primera vez, ha sufrido la primera caída de la historia<sup>14</sup>.

En todo caso, con independencia del contexto económico, existe un elenco de fenómenos (que, desde sus orígenes, han estado, en mayor o menor medida, presentes) que impiden su efectivo despegue y consolidación, dificultando, de este modo, que dicha forma de contratación se convierta en una alternativa tanto o más atractiva que la adquisición de carácter presencial de bienes o servicios. En efecto, existen numerosos y relevantes factores de carácter negativo —muy vinculados a la seguridad y privacidad electrónicas<sup>15</sup>—, que generan una cierta desconfianza por parte del potencial consumidor y/o usuario del comercio electrónico<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Aunque los informes elaborados por las consultoras más autorizadas en la materia (*Forrester Research, Andersen Consulting, Nielsen, OCDE, IDC, Computer Economic, Júpiter Communications*, etc.), ponen de manifiesto la importante evolución que el comercio electrónico está protagonizando, en el contexto mundial, ofreciendo datos muy precisos, cabe determinar que tales cifras no son, en modo alguno, las mismas para todos los países, ya que algunos ostentan en esta materia una clara ventaja frente a otros.

<sup>12</sup> Según la Fundación Orange, en el «Informe anual sobre el desarrollo de la Sociedad de la Información e España 2009» (<http://www.fundacionorange.es>), la actual situación de España, en relación con el comercio electrónico, está por debajo de la media de la Unión Europea. Además, la evolución del último año muestra que, aunque el volumen de negocio *online* crece en España, la penetración del comercio electrónico en la población se ha estancado. En el tercer trimestre de 2008 se interrumpió una tendencia de crecimiento sostenido de más de tres años, lo que refleja que este canal de venta no es ajeno a la situación de crisis.

<sup>13</sup> Tal valoración se desprende del último estudio de la Fundación COTEC, cuya rúbrica es «Tecnología e Innovación en España» —[www.cotec.es](http://www.cotec.es)—, hecho público en junio de 2009, que analiza los recursos destinados por el Plan Avanza a investigación, desarrollo e innovación tecnológica y sus efectos producidos hasta octubre de 2008. Tal informe, entre otros aspectos, pone de relieve que el citado Plan todavía no ha logrado producir los avances esperados en el desarrollo del comercio electrónico.

<sup>14</sup> Según la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones «Informe sobre comercio electrónico en España», [www.cmt.es](http://www.cmt.es), el comercio electrónico en España generó un volumen de negocio de 1.327 millones de euros entre julio y septiembre de 2008, lo que supone un descenso del 6 por 100 respecto al trimestre anterior, la primera caída intertrimestral de la historia.

<sup>15</sup> Las preferencias de consumo y las compras de los usuarios de Internet están expuestas a miradas «invisibles» a través de la Red. Las estafas y la «captura» de víctimas incautas constituyen un fenómeno habitual. El robo de dinero electrónico y códigos de tarjetas de crédito y el acceso a cuentas bancarias son algunos de los delitos más frecuentes en Internet.

<sup>16</sup> Este aspecto es destacado por la doctrina extranjera como, entre otros muchos, es el caso de GARY, G. L., y DEBRECENY, R. (1998): «New Assurance Service: The Electronic Frontier», *Journal of Accountancy*, vol. 185, pp. 32-38; MCKNIGHT, D. H.; KACMAR, C. J., y CHOUDHURY,

La contratación electrónica, como es sabido, se encuentra caracterizada por un alto grado de información asimétrica y un bajo nivel de interacción entre consumidores y comerciantes<sup>17</sup> que, evidentemente, influye tanto en las condiciones como en los términos en los que tienen lugar la transacción<sup>18</sup>.

Para resolver tal problema, durante la primera mitad de la década del siglo XXI<sup>19</sup>, Internet, en cierto sentido, propició la aparición de estructuras generadoras de confianza en el consumidor y/o usuario<sup>20</sup>. Estas últimas consisten en la presentación en los sitios *Web* de los denominados sellados de verificación<sup>21</sup> o de garantía de tercera parte otorgados por autoridades cer-

---

V. (2004): «Dispositional Trust and Distrust Distinctions in Predicting High— and Low-Risk Internet Expert Advice Site Perceptions», *E-Service Journal*, vol. 3, núm. 2, pp. 35-58; CHANG, H. H., y CHEN, S. W. (2008): «The impact of online store environment cues on purchase intention: Trust and perceived risk as a mediator», *Online Information Review*, vol. 32, núm. 6, pp. 818-841; DIMITRIADIS, S., y KYREZIS, N. (2008): «Does trust in the bank build trust in its technology-based channels?», *Journal of Financial Services Marketing*, vol. 13, núm. 1, pp. 28-38; GRABNER-KRÄUTER, S., y FAULLANT, R. (2008): «Consumer acceptance of internet banking: the influence of internet trust», *International Journal of Bank Marketing*, vol. 26, núm. 7, pp. 483-504; CALDWELL, C.; JAMES, B. D., y DEVINE, A. (2009): «Trust, Faith, and Betrayal: Insights from Management for the Wise Believer», *Journal of Business Ethics*, vol. 84, núm. 1, pp. 103-114.

<sup>17</sup> BERGEN, M.; DUTTA, S., y WALKER, O. C. (1992): «Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories», *Journal of Marketing*, vol. 56, julio, pp. 1-24; RAO, A. R., y MONROE, K. B. (1996): «Causes and Consequences of Price Premiums», *Journal of Business*, vol. 64, octubre, pp. 511-536; MISHRA, D. P.; HEIDE, J. B., y CORT, S. G. (1998): «Information Asymmetry and Levels of Agency Relationships: Theory and Empirical Evidence», *Journal of Marketing Research*, vol. 35, agosto, pp. 277-295; HOLTROP, T.; DÖPFNER, M., y WIRTZ, B. W. (2004): *Deutschland Online - Entwicklungsperspektiven der Medien und Internetmärkte*, 2.<sup>a</sup> ed., Wiesbaden; KIMERY, M. K., y MCCORD, M. (2006): «Signals of Trustworthiness in e-commerce: Consumer Understanding of Third Party Assurance Seals», *Journal of Electronic Commerce in Organizations*, vol. 4, núm. 4, pp. 52-74.

<sup>18</sup> BAGWELL, K., y RIORDAN, M. H. (1991): «High and Declining Prices Signal Product Quality», *American Economic Review*, vol. 81, marzo, pp. 224-239; BOULDING, W., y KIRMANI, A. (1993): «A Consumer-Side Experimental Examination of Signaling Theory: Do Consumers Perceive Warranties as Signals of Quality?», *Journal of Consumer Research*, vol. 20, junio, pp. 111-123; AIKEN, K. D., y BOUSCH, D. M. (2006): «Trustmarks, Objective-Source Ratings, and Implied Investments in Advertising: Investigating Online Trust and the Context-Specific Nature of Internet Signals», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 34, núm. 3, pp. 308-323.

<sup>19</sup> Así lo determinan SUMMA, H. A., y WESENER, T. A. (2001): «Gütesiegel - ein Zwischenfazit für die Internetwirtschaft», en KLIETMANN, M. (eds.), *Kunden im E-Commerce - Verbraucherprofile, Vertriebstechniken, Vertrauensmanagement*, Düsseldorf, pp. 161-172. Sobre los orígenes de los sellos de confianza en los Estados Unidos véase BELTRAMINI, R. F., y STRAFFORD, E. R. (1993): «Comprehension and Perceived Believability of Seals of Approval Information in Advertising», *Journal of Advertising*, vol. 22, núm. 3, pp. 3-13.

<sup>20</sup> HLADIK, J. (2002): «Qualität und Effektivität von Gütesiegeln - Eine Übersicht über nationale und internationale Angebote», *Datenschutz und Datensicherheit*, núm. 11, pp. 672-678.

<sup>21</sup> RIFON, N. J.; LA ROSE, R., y CHOIN, S. M. (2005): «Your privacy is sealed: Effects of Privacy Seals on Trust and Personal Disclosures», *Journal of Consumer Affairs*, vol. 39, núm. 2, pp. 337-360.

tificadoras<sup>22</sup> y el aval de terceras partes confiables<sup>23</sup>. Tales estructuras, en ocasiones, se integran en lo que puede denominarse un sistema de autorregulación. Para su existencia deberán necesariamente concurrir dos presupuestos. Se trata, por un lado, del documento de referencia<sup>24</sup> y, por otro, del organismo de control, imparcial e independiente, que se encargará de velar por su plena observancia<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SUBIRANA, B., y BAIN, M. (2005): *Legal Programming: Designing Legally Compliant RFID and Software Agent Architectures for Retail Processes and Beyond (Integrated Series in Information Systems) (Hardcover)*, Springer-Verlag TELOS, Santa Clara (California).

<sup>23</sup> SARKAR, M. B.; BUTLER, B., y STEINFELD, C. (1995): «Intermediaries and Cybermediaries: A Continuing Role for Mediating Players in the Electronic Marketplace», *Journal of Computer Mediated Communication*, vol. 1, núm. 3; SARKAR, M. B.; BUTLER, B., y STEINFELD, C. (1998): «Cybermediaries in Electronic Marketplace: Toward Theory Building», *Journal of Business Research*, vol. 41, núm. 3, pp. 215-221; YOUSAFZAI, S. Y.; PALLISTER, J. G., y FOXALL, G. R. (2005): «Strategies for building and communicating trust in electronic banking: A field experiment», *Psychology and Marketing*, vol. 22, núm. 2, pp. 181-201; MUÑOZ, F.; MONTORO, F. J., e IBÁÑEZ, J. A. (2007): «Experimental assessment of the determinants of Usefulness of b-Learning Platforms», *International Technology Education and Development Conference (INTED 2008)*, <http://www.iated.org/inted2008>; MUÑOZ, F.; MONTORO, F. J., e IBÁÑEZ, J. A. (2007): «An experimental study of the efficacy of trust-building seals and other determinants of usefulness in b-learning management systems», *Scottish Online Journal of e-Learning*, vol. 1, núm. 1, pp. 43-55.

<sup>24</sup> La denominación de las figuras derivadas de la autorregulación es radicalmente diversa a las que ostentan las fuentes jurídicas clásicas. Teniendo en consideración la multiplicidad de herramientas —con diferentes caracteres— y términos acuñados, cuando no proceda entrar en el casuismo propio del escenario que se comenta, en ocasiones, con carácter genérico, se hará alusión a la expresión documentos de referencia.

<sup>25</sup> Ahora bien, la nueva Ley de Competencia Desleal únicamente reconoce aquellos sistemas de autodisciplina que incluyan mecanismos de resolución extrajudicial de litigios que se fundamenten y hayan sido objeto de reconocimiento a tenor de lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 y que, como tales, hayan sido notificados a la Comisión Europea.

# CAPÍTULO 1

## CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL RELATIVAS AL COMERCIO ELECTRÓNICO: «VINO NUEVO SOBRE ODRES VIEJOS»

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El fenómeno del consumo, en general, viene siendo, desde hace varias décadas, un campo de estudio observado, desde diversas perspectivas, por numerosas áreas de conocimiento, caracterizado, en gran medida, por la nota de la interdisciplinariedad. Juristas, economistas, psicólogos y sociólogos centran su atención en una de las características esenciales del hombre actual, que no es sino su faceta de consumidor, además del análisis de su comportamiento como miembro de la denominada sociedad de consumo.

El consumo constituye, en la actualidad, uno de los sectores más dinámicos, complejos y productivos del Derecho y una realidad que centra cada vez más la atención de los economistas. Es, qué duda cabe, uno de esos campos que necesitan estar continuamente construyéndose, ya que está sometido a una continua expansión normativa que, en los últimos años resulta absolutamente desmedida, ya que, como es conocido por todos, la legislación especial en la materia es incesante. A ello se une el hecho de que el consumo es, más que una particular rama de lo jurídico —más vinculada, si cabe, al campo del Derecho privado<sup>1</sup> (civil y mercantil)—, un perfil finalista universal con el que pueden ser integradas e interpretadas cualesquiera materias jurídicas.

---

<sup>1</sup> Sobre esta materia, véase, con carácter general, GARCÍA AMIGO, M. (1985): «La defensa de los consumidores desde el Derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, pp. 397 y ss.