
Hacia la unificación de la contratación privada. El comercio electrónico

PID_00267227

Francisco Oliva Blázquez

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas





Francisco Oliva Blázquez

Catedrático de Derecho civil en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segunda edición: septiembre 2019
© Francisco Oliva Blázquez
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. El sistema dualista en la contratación privada: la necesidad de caminar hacia un régimen uniforme del derecho de los contratos.....	7
2. La unificación en el ámbito de la contratación internacional y en los nuevos instrumentos del derecho uniforme.....	10
3. El fenómeno de la contratación electrónica.....	14
3.1. Los elementos de la contratación electrónica	15
3.2. Principios del derecho de la contratación electrónica	16
Resumen.....	19
Ejercicios de autoevaluación.....	21
Solucionario.....	22
Glosario.....	23
Bibliografía.....	24

Introducción

El ordenamiento jurídico español, por razones históricas que se remontan al momento de la codificación, distingue entre contratos civiles y contratos mercantiles. Los primeros están sometidos al Código civil, mientras que los segundos se regulan por el Código de comercio y la legislación especial que los desarrolla.

Resulta incuestionable el hecho de que determinados contratos son típicamente empresariales y en cuanto tales tienen que regularse por la legislación mercantil. Sin embargo, otros contratos, como la compraventa, el depósito o el préstamo, pueden ser tanto civiles como mercantiles, por lo que la bipartición normativa de nuestro sistema jurídico conduce inevitablemente a la existencia de una concurrencia de dos legislaciones diferentes sobre el mismo contrato. Esta situación introduce un grado de inseguridad y complejidad muy elevado en el tráfico jurídico, ya que, por de pronto, en muchas ocasiones resulta extremadamente complejo determinar cuándo un contrato es mercantil o civil.

Por todo ello, la doctrina jurídica más prestigiosa viene reclamando desde hace bastante tiempo la necesidad de unificar el derecho civil y mercantil en el ámbito concreto del derecho de los contratos. A mayor abundamiento, puede afirmarse que la superación de la dualidad de regímenes legales en materia de contratación se ha convertido en una necesidad imperiosa que ha entrado de lleno en la agenda de numerosos trabajos jurídicos y legislativos.

No obstante, en los manuales universitarios españoles siguen exponiéndose los contratos civiles y mercantiles de manera separada. Es nuestra intención superar este planteamiento –justificado, eso sí, por nuestra realidad legislativa– mediante los presentes materiales docentes, en los que se llevará a cabo una explicación única y global de todos los contratos privados, sin distinguir a priori entre los contratos civiles y mercantiles.

Por otro lado, los operadores jurídicos han contemplado, al principio con cierta sorpresa y escepticismo, la irrupción de la contratación electrónica en el mundo de los negocios y en la legislación contractual. Entendemos que el hecho de que los contratos se concluyan por medios electrónicos es un fenómeno de una importancia singular que debe ser en todo caso analizado y estudiado. Sin embargo, no debe perderse de vista el hecho de que el legislador tiene el deber de remover los obstáculos jurídicos que, de alguna forma, se opongan al desarrollo del comercio electrónico, no el de crear o construir una teoría general del derecho de la contratación electrónica de nuevo cuño.

Objetivos

Los objetivos que debéis alcanzar a partir del estudio de este módulo son los siguientes:

- 1.** Comprender el sistema dualista de la contratación privada.
- 2.** Conocer los argumentos que justifican la propuesta de unificar el derecho civil y mercantil de los contratos.
- 3.** Comprender el fenómeno de la unificación en el ámbito de la contratación internacional y en los nuevos instrumentos del derecho uniforme.
- 4.** Conocer los elementos básicos de la contratación electrónica.
- 5.** Saber cuáles son los principios que rigen en la contratación electrónica.

1. El sistema dualista en la contratación privada: la necesidad de caminar hacia un régimen uniforme del derecho de los contratos

Cuando se inició el proceso codificador en Europa se optó por crear un Código de comercio cuya finalidad era la de ofrecer un marco legislativo a la actividad mercantil, objetivo para el que no bastaba con la codificación civil, ya que ésta no había comercializado suficientemente los principios en los que se informa. En definitiva, la insuficiencia del derecho común obligó a mantener un derecho privado especial, algo que, como muy bien señala **Beltrán Sánchez**, en el fondo resultaba contrario al ideal revolucionario que se oponía al privilegio de un derecho especial de clase, por lo que, concluye el autor, la codificación mercantil traicionó en buena medida a la revolución al ponerse al servicio del orden posrevolucionario en el que se consolidan las libertades burguesas.

Como consecuencia de este planteamiento se acabó generando un derecho de la contratación privada duplicado. Efectivamente, numerosas instituciones aparecen reguladas por partida doble y se aprecia una concurrencia normativa muy acusada en la teoría general de la obligación civil y mercantil, en la teoría general del contrato civil y mercantil y en los contratos en particular. Así, el contrato de compraventa, el depósito o el préstamo son contratos regulados tanto en el Código civil como en el Código de comercio, y aspectos generales como la forma y prueba, la perfección del contrato, la cláusula penal o, entre otros, la interpretación del contrato, cuentan con una normativa duplicada.

Estos son los hechos, y ahora urge preguntarse: ¿tiene sentido en la actualidad seguir manteniendo tal bipartición del derecho privado?

La tesis de la unificación del derecho civil y mercantil arranca a mediados del siglo XIX, cuando **Endemann**, al que seguiría el gran pandectista **Dernburg**, con ocasión de la elaboración del Código de comercio alemán propuso un modelo unitario de codificación, alegando que el derecho mercantil no era más que un residuo histórico que obedecía a la inadaptación del legado civil romano, pero que era superable mediante una simple labor de actualización y reforma del derecho civil.

Posteriormente, el movimiento unificador ha estado vinculado a grandes nombres de la ciencia jurídica europea, como **Vivante** o **Laurent**. En España, desde los años cuarenta del siglo XX, en la doctrina jurídica se alzaron destacadísimas voces de prestigiosos mercantilistas que postulaban la unificación del derecho privado, como **Langle**, **Rubio** o **Garrigues** y, más recientemente, **Broseta**, **Bercovitz** y **Vicent**. Estos autores vienen a sostener el mantenimiento del Código de comercio como cuerpo legal en el que se regule, básicamente, el estatuto del empresario individual y social. El Código civil por su parte

Lectura complementaria

Emilio Beltrán Sánchez (1995). *La unificación del derecho privado* (pág. 27). Madrid: Colegios Notariales de España.

comprendería la regulación de las instituciones relativas a la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y los demás derechos reales. Finalmente, se abordaría la unificación de todo el derecho de las obligaciones y contratos, así como del derecho concursal.

En nuestra opinión, la opción de regular de forma unitaria al menos el derecho de los contratos debería ser aplaudida y bien recibida por la comunidad de los operadores jurídicos.

Ante todo, hay que empezar por destacar que la distinción entre contratos de carácter civil y mercantil es desconocida en otros sistemas jurídicos, como el *common law*, donde la unificación del derecho privado de las obligaciones y contratos se produjo mediante un proceso de unificación de las jurisdicciones civiles y comerciales en una única corte o tribunal de *common law*, acontecimiento que tuvo lugar a finales del siglo XVII.

Igualmente, hay que decir que existen ciertos Estados europeos donde se ha impuesto un sistema legal monista o unificado, como Italia, Holanda y Suiza.

Además, la delimitación de las áreas de cada una de las categorías en las legislaciones dualistas resulta muy confusa y dispar, ya que se han creado criterios o parámetros técnicos diferentes (subjetivos y objetivos), que pueden dar lugar a que un mismo contrato sea calificado como civil o mercantil en función del criterio empleado por la jurisdicción competente. Así, mientras en Alemania es la condición de comerciante (*Kaufmann*) la que determina la aplicación del Código de Comercio, en otros países, como España, se ha impuesto, por influencia francesa, el criterio que prescinde de la profesión del sujeto contratante y pasa a tener en cuenta únicamente la intención de dicho sujeto (el elemento intencional o ánimo de lucrarse con la reventa), sustituyéndose, tal y como indica Garrigues, el concepto de "compra profesional" por el concepto de "compra de especulación".

Y todo ello sin mencionar las interminables discusiones que sigue levantando en la doctrina jurídica la interpretación del artículo 325 del Código de comercio, que define qué se entiende por compraventa mercantil.

Por otro lado, la unificación es conveniente porque el derecho mercantil se ha extendido progresivamente, llegando a regular relaciones jurídicas no estrictamente comerciales

Además, el régimen contractual es sin lugar a dudas el más propicio a la unificación, por cuanto las diferencias existentes entre las soluciones legales que aportan el Código civil y el de Código de comercio son más bien escasas. Tal y como indica Beltrán Sánchez, si se observa con detenimiento el régimen de los contratos con una doble regulación extensa, se comprueba fácilmente que

Lectura complementaria

Francesco Galgano (2000). "Derecho civil y derecho mercantil". En: F. Galgano; F. Ferrari (coords.). *Atlas de derecho privado comparado* (págs. 83-98). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

Lectura complementaria

Joaquín Garrigues (1960). "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil". *Revista de Derecho Mercantil* (pág. 259).

"No sólo no hay obstáculos para la unificación, sino que la mayoría de las normas se inspiran en criterios similares, de modo que alcanzan soluciones parecidas."

E. Beltrán Sánchez, *op. cit.*, pág. 88

Finalmente, el argumento más poderoso reside en que la división es casi unánimemente considerada como artificiosa, contraproducente y generadora de graves problemas teóricos y prácticos que enturbian considerablemente la situación jurídica. En este sentido, no debe olvidarse que la regulación que ofrece el Código de comercio es fragmentaria e incompleta, por lo que tiene que acabar siendo complementada con lo establecido en la legislación civil, lo cual provoca cierta incertidumbre jurídica y eleva el grado de complejidad del ordenamiento jurídico (*vid.* art. 50 CCo).

En conclusión, entendemos que no tiene sentido en la actualidad seguir manteniendo un régimen jurídico aplicable a los contratos civiles y otro a los contratos mercantiles.

2. La unificación en el ámbito de la contratación internacional y en los nuevos instrumentos del derecho uniforme

En estos momentos estamos en condiciones de afirmar que se están produciendo una serie de acontecimientos que parecen indicar que la superación de la dualidad de regímenes legales en materia de contratación se ha convertido en una necesidad imperiosa que ha entrado de lleno en la agenda de numerosos trabajos jurídicos y legislativos. Citemos brevemente alguno de dichos acontecimientos.

La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG) es seguramente el texto legal más importante que se ha creado en el ámbito de la unificación material del derecho privado en las últimas décadas. Actualmente es la ley aplicable a la mayoría de las transacciones que se registran en el mundo y goza de una aplicación sin precedentes, como lo demuestran las innumerables sentencias que los jueces y tribunales emiten en todas las naciones. Pues bien, esta Convención, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el momento en que fue ratificada, establece en el tercer párrafo del artículo 1 que, a los efectos de determinar la aplicación de la Convención, no se tendrá en cuenta "el carácter civil o comercial de las partes o del contrato". Así pues, la CISG establece un régimen uniforme del contrato de compraventa internacional que desdeña e ignora la histórica dualidad civil-mercantil.

Por otro lado, la "Comisión del Derecho Europeo de Contratos", conocida como "Comisión Lando" en honor a su célebre presidente y fundador, ha redactado los "Principios de Derecho Europeo de los Contratos" (PECL), que, si bien carecen de rango de ley, están llamados a ejercer una influencia enorme en el futuro del derecho privado europeo. En los PECL tampoco puede encontrarse rastro alguno de la distinción entre contratos civiles y mercantiles.

En el preámbulo de los Principios UNIDROIT sobre la contratación mercantil internacional se establece que sus reglas serán aplicables "a los contratos mercantiles internacionales". No obstante, en el comentario al preámbulo se aclara que lo único que se pretende con tal expresión es excluir de su ámbito de aplicación a los negocios llevados a cabo por consumidores, ya que éstos se encuentran generalmente sometidos a leyes especiales que establecen principios de orden público con la intención de proteger a la parte más débil. Así pues, la calificación de un contrato como mercantil es independiente del posible *status* de comerciante (*commercants; Kaufleute*) o de la calificación del acto como de comercio (*actes de commerce; Handelsgeschäfte*).

El contrato comercial internacional

De hecho, **Fontaine**, en un artículo publicado con anterioridad a la redacción definitiva de los Principios, aclaraba que la mera referencia a la figura del contrato comercial internacional podía provocar problemas y dar lugar al viejo debate de las distinciones entre actos civiles y comerciales, por todo lo cual acababa proponiendo que se excluyeran de forma genérica las operaciones concluidas por los consumidores finales.

M. Fontaine (1991). "Les Principes pour les Contrats Commerciaux élaborés par UNIDROIT". *Revue de Droit International et de Droit Comparé* (págs. 31-32).

Igualmente, es necesario hacer alguna referencia al "Borrador del Marco Común de Referencia", publicado en el año 2009 bajo el nombre de *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Se trata de un texto de origen estrictamente académico, realizado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group) tras el encargo llevado a cabo por la Comisión Europea en el año 2005, que contiene los principios, definiciones y normas básicas del derecho privado europeo.

Pues bien, este borrador, que prácticamente contiene un régimen general de las obligaciones y contratos europeos, regula en el libro IV de forma unificada los principales contratos existentes (compraventa, servicios, mandato, donación, arrendamiento, contratos de distribución, etc.). En otras palabras, en ningún momento se distingue entre contratos civiles y contratos mercantiles, ni se establecen normas específicas destinadas a reconocer una pretendida especialidad de las relaciones contractuales comerciales frente a las estrictamente civiles en el seno de la Unión Europea. Aunque aún persisten muchas dudas sobre el alcance, finalidad y objetivos concretos del *DCFR*, puede decirse, siguiendo a **Leible**, que en un principio está destinado a ayudar al legislador comunitario a configurar de forma coherente las normas comunitarias de derecho contractual vigentes y también las futuras.

Lectura complementaria

Francisco José Infante Ruiz (2008). "Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo". *InDret* (núm. 2). <www.indret.com>

Lectura complementaria

Stefan Leible (2008, 30 de noviembre). "El futuro del derecho privado europeo". *La Ley* (núm. 7.085, año XXIX). (Consultado en su versión electrónica: <http://diariolaley.laley.es/>.)

Además, habrá de servir en un futuro para redactar un marco común de referencia de corte político, previsto por la propia Comisión Europea desde el Plan de Acción del 2003 ("Un derecho contractual más coherente"), sobre cuya base se podría a su vez crear un instrumento jurídico opcional.

En tercer lugar, hay que decir que uno de los códigos civiles más modernos de Europa occidental, el holandés, concluyó con el proceso de unificación del derecho privado que en su día propuso el afamado jurista **Molengraaff**. Igualmente, en Argentina está en vigor, desde el 1 de agosto de 2015, un nuevo Código civil y comercial de la nación que regula conjuntamente todos los contratos sin hacer distinción entre los de naturaleza civil o mercantil.

Finalmente, no hace mucho tiempo hemos podido asistir al primer evento consumado de la unificación del derecho privado en nuestro país: la regulación conjunta de todo el régimen jurídico del derecho concursal. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, señala en la exposición de motivos que el arcaísmo y la dispersión de las normas vigentes en esta materia son defectos que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de la dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Por eso, continúa el legislador, la superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevar a cabo obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación.

En nuestra opinión, todas las razones y acontecimientos esgrimidos justifican sobradamente la necesidad de que el legislador aborde cuanto antes la tarea de unificar tanto la teoría general de los contratos como los contratos especiales en los que existe concurrencia de la normativa civil y mercantil. Somos conscientes de que desde estas páginas en un principio no podemos hacer más que reivindicar el objetivo unificador. No obstante, el presente manual pretende coadyuvar a que el estudiante adquiera una visión global del derecho de la contratación privada y, para ello, afronta de forma conjunta y armonizada la exposición de todos los contratos privados que actualmente siguen estudiándose de forma separada.

El Anteproyecto de ley del Código mercantil

El Ministerio de Justicia y el de Economía y Competitividad publicaron en el año 2014 un Anteproyecto de ley del Código mercantil, basado en la propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación. Se trataba de un texto muy complejo y detallado, articulado en torno a 1.726 artículos divididos en siete libros, entre los cuales destacaba el libro IV, que abordaba el régimen jurídico de las obligaciones y de los contratos mercantiles, regulando cuestiones

Concurso

El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de "concurso", expresión clásica que describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común y que además sirve para significar el fenómeno unificador de los distintos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones.

típicas de la teoría general de los contratos y del derecho de obligaciones. Una parte muy importante de la doctrina *iusprivatista* se manifestó en contra del contenido de ese libro IV, por las razones que hemos esgrimido hasta este momento. Pues bien, en este sentido, tenemos que señalar que el Pleno del Consejo de Estado, en su dictamen de 29 de enero de 2015, relativo al citado Anteproyecto, declaró que había que «insistir en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada –lo más amplia posible– en el Código civil», alegando, entre otras razones, la «mejor coordinación con los textos europeos orientados a armonizar el derecho privado de la contratación». De esta manera, parece apostar por la necesidad de caminar hacia la unificación del derecho de obligaciones y contratos.

3. El fenómeno de la contratación electrónica

Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) han propiciado la aparición de un mercado virtual globalizado, carente de fronteras visibles, en el que las transacciones se realizan a un ritmo cada vez mayor gracias a la rapidez y facilidad que ofrecen las comunicaciones electrónicas realizadas por Internet. Cualquiera, ya sea consumidor o empresario, puede acceder fácilmente a los *e-marketplaces* y adquirir con inmediatez los productos que desee.

El comercio electrónico (*e-commerce*) consiste fundamentalmente en la realización de transacciones comerciales de diversa índole y con todo tipo de bienes que se articulan materialmente por medio de comunicaciones electrónicas y desde un punto de vista jurídico mediante contratos electrónicos.

Sin embargo, llegados a este punto es muy importante destacar que estos contratos electrónicos no deben ser percibidos o conceptualizados como una realidad completamente novedosa y autónoma. Al contrario, el comercio electrónico tiene lugar mediante los tradicionales modelos contractuales –principalmente contratos de compraventa o de prestación de servicios–, residiendo su única especialidad en la circunstancia de que se emplean las comunicaciones electrónicas en relación con su formación o cumplimiento. En la contratación electrónica simplemente se supera la tradicional celebración verbal o escrita del contrato y pasan a emplearse las nuevas tecnologías de la información. Evidentemente, el medio electrónico influye en aspectos importantes, como la determinación del momento y lugar de la perfección del contrato (art. 1262 CC), pero no llega a ser de tal trascendencia como para generar un nuevo tipo de contrato.

Lo dicho no obsta ni se contradice con la necesidad de que exista una reglamentación legal que resuelva las lagunas e incertidumbres jurídicas que el desarrollo de la contratación electrónica plantea. Actualmente, las transacciones electrónicas las regula en España la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, al comercio electrónico en el mercado interior (conocida como Directiva sobre el comercio electrónico). El ámbito de aplicación de la esta Ley es muy amplio, ya que bajo la expresión "servicios de la sociedad de la información" se incluye, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio, las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, a

la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, etc.

A escala internacional debemos destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (CUECIC), aprobada el 23 de noviembre del 2005 por la Asamblea General de Naciones Unidas. La finalidad de esta Convención, es la de eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas, aumentando la certidumbre jurídica e incrementando la previsibilidad comercial.

3.1. Los elementos de la contratación electrónica

Los sujetos protagonistas de la contratación electrónica, de acuerdo con la terminología general acuñada por la CUECIC, son el "iniciador" (*originator*) y el "destinatario" (*addressee*).

El iniciador es toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ése es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto (art. 4.d CUECIC).

Por su parte, el destinatario es la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto (art. 4.e).

Además, un elemento básico de la contratación electrónica es la existencia de un "sistema de información", entendido como todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna forma comunicaciones electrónicas (art. 4.f).

Los contratos electrónicos privados pueden adoptar dos formas principales:

- 1) Contratos electrónicos *business to business* (B2B) o contratos entre empresas.
- 2) Contratos electrónicos *business to consumer* (B2C), entendidos como contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos.

Esta segunda modalidad de contrato electrónico es objeto de atención por parte de nuestro legislador, el cual, con la intención de proteger al consumidor en cuanto parte débil, establece una serie de deberes precontractuales de información del empresario o profesional que ofrece sus productos o servicios vía electrónica (art. 27 LSSI).

3.2. Principios del derecho de la contratación electrónica

Siguiendo lo establecido por los profesores **Illescas Ortiz** y **Perales Viscasillas**, puede afirmarse que los principios que rigen el derecho de la contratación electrónica son los siguientes:

- Principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados

Este principio implica que el régimen jurídico aplicable a los contratos electrónicos no tiene por qué alterar, salvo contadas y justificadas excepciones, la regulación general recogida en el Código civil y en el Código de comercio relativa a las obligaciones y contratos. De este principio se deriva que los instrumentos legislativos que se creen no deben pretender regular de forma exhaustiva todos los problemas que plantea el comercio electrónico (*regulatory approach*) generando una especie de parte general del derecho de la contratación electrónica, sino simplemente eliminar las barreras que impiden el desarrollo del mismo, promulgando para ello las normas básicas o esenciales que coadyuven a la consecución de tal fin (*enabling approach*).

El artículo 23.2 LSSI consagra este principio al afirmar que los contratos electrónicos se regirán 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 los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. De igual modo, el artículo 24.1 LSSI establece que la prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. No obstante, la progresiva y pausada introducción de reglas que provocan modificaciones puntuales en el régimen general del derecho de obligaciones y contratos formulado ha llevado al profesor **Illescas** a hablar de la existencia de una "relativa fatiga" del principio de inalterabilidad del derecho preexistente.

- Principio de neutralidad tecnológica

Significa que no se excluye ninguna técnica de comunicación en el ámbito de la contratación electrónica. En este sentido, aunque los medios más habituales empleados para enviar y recibir comunicaciones electrónicas son el correo electrónico y el "intercambio electrónico de datos" (EDI), nada impide que pueda haber otros diferentes y más avanzados en un futuro inmediato. Por ello, la CUECIC introduce flexibilidad en su propio ámbito de aplicación con la referencia que hace al empleo de "medios similares", expresión cuya

Lectura complementaria

Rafael Illescas Ortiz; Pilar Perales Viscasillas (2003). *Derecho Mercantil Internacional: el Derecho uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III.

Lectura complementaria

Rafael Illescas Ortiz (2007). "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". En: A. Madrid Parra; M^a Jesús Guerrero Lebrón. *Derecho patrimonial y tecnología* (pág. 21 y sigs.). Madrid: Marcial Pons.

finalidad es la de dejar la puerta abierta a futuras técnicas de comunicación inéditas o aún no desarrolladas en aras del respeto al "principio de neutralidad tecnológica".

- Principio de equivalencia funcional (*functional equivalent approach*)

El "principio de equivalencia funcional" constituye una regla básica de la contratación electrónica, por cuanto permite eliminar uno de los principales obstáculos a los que se enfrenta el comercio electrónico: la exigencia legal de que la documentación figure en el tradicional formato de papel. Efectivamente, según dicho principio, la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa (o eventualmente oral) respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica mediante un mensaje de datos¹.

⁽¹⁾Ésta es la definición que aportan **Illescas Ortiz/Perales Viscasillas** (*op. cit.*, pág. 332).

Por lo tanto, se consagra una pauta general de no discriminación en virtud de la cual una comunicación electrónica puede y debe satisfacer las mismas funciones y propósitos que cualquier documento sobre papel, al igual que una firma electrónica ha de gozar de idéntico nivel de seguridad y fiabilidad que una firma manuscrita.

Este principio subyace en el artículo 23.1 LSSI, el cual establece que los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Es decir, para que un contrato electrónico tenga eficacia hace falta que se perfeccione y reúna las condiciones que se exigen con carácter general para cualquier contrato, siendo indiferente que el medio empleado sea el electrónico. Igualmente, el artículo 23.3 LSSI determina que, siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

- Principio general de no discriminación

La realización de una transacción en un *website* de una empresa o por medio del intercambio de correos electrónicos no es causa suficiente para declarar por sí sola su ineficacia o inejecutabilidad. Por ello, el soporte electrónico en el que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental (art. 24.2 LSSI).

- Principio de buena fe

Significa simplemente que la buena fe debe observarse en las relaciones contractuales realizadas mediante comunicaciones electrónicas.

Resumen

Son muchas las razones que aconsejan superar la dualidad de regulaciones legales que sigue existiendo en la actualidad en el derecho de la contratación: la distinción entre contratos de carácter civil y mercantil es desconocida en otros sistemas jurídicos, la delimitación de las áreas de cada una de las categorías en las legislaciones dualistas resulta muy confusa y dispar, el régimen contractual es, sin lugar a dudas, el más propicio a la unificación, etc. En definitiva, la división civil-mercantil es, en este ámbito concreto, artificiosa y generadora de graves problemas teóricos y prácticos que enturbian considerablemente la situación jurídica. Por todo ello, entendemos que no tiene sentido en la actualidad seguir manteniendo un régimen jurídico aplicable a los contratos civiles y otro a los contratos mercantiles.

Por otro lado, la contratación llevada a cabo mediante comunicaciones electrónicas es un fenómeno relativamente nuevo y en franca expansión que debe regirse por una serie de principios identificados por la doctrina jurídica: principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados; principio de neutralidad tecnológica; principio de equivalencia funcional; principio general de no discriminación; principio de buena fe. Al tratarse de una realidad no contemplada inicialmente por la legislación, resulta necesaria la intervención puntual y no generalizada del legislador. En este sentido, la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, establece el marco legal de la contratación electrónica en España, mientras que a escala internacional hay que tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Qué entendéis por "sistema dualista" de la contratación privada?
2. Citad al menos un argumento que justifique la unificación del derecho de los contratos privados.
3. ¿Exige la realidad del comercio electrónico la creación de un nuevo derecho de los contratos electrónicos?
4. ¿Es válida la compraventa realizada mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas en Internet?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Con esta expresión se hace referencia al hecho de que el derecho de la contratación aparece regulado por duplicado en el Código civil y en el Código de comercio. En otros términos, existe un régimen jurídico aplicable a los contratos civiles y otro a los contratos comerciales.
2. Entre otros, puede citarse la dificultad de establecer una diferencia segura y cierta entre los contratos civiles y mercantiles. Además, la dualidad genera inseguridad jurídica y problemas de aplicación e interpretación.
3. En ningún caso. Estos contratos deben someterse al régimen general de la contratación civil y mercantil, sin perjuicio de que el legislador pueda y deba abordar de manera puntual la resolución de ciertos problemas jurídicos específicos frente a los que se carece de respuesta en la tradicional legislación.
4. Por supuesto. Según el artículo 23.1 LSSI, los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Glosario

contrato electrónico Con esta expresión se hace referencia a los contratos que han sido concluidos mediante el empleo de comunicaciones electrónicas.

destinatario En la contratación electrónica, es la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto (art. 4.e CUECIC).

iniciador En la contratación electrónica, es toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto (art. 4.d CUECIC).

principio de equivalencia funcional Según dicho principio, la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa (o eventualmente oral) respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica mediante un mensaje de datos.

principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados Este principio implica que el régimen jurídico aplicable a los contratos electrónicos no tiene por qué alterar, salvo contadas y justificadas excepciones, la regulación general recogida en el Código civil y en el Código de comercio relativa a las obligaciones y contratos.

principio de neutralidad tecnológica Significa que no se excluye ninguna técnica de comunicación en el ámbito de la contratación electrónica.

principio de no discriminación El hecho de que se haya realizado una transacción empleando el medio electrónico no es causa suficiente para declarar por sí sola la ineficacia o inejecutabilidad del negocio jurídico llevado a cabo.

Bibliografía

- Barriuso Ruiz, C.** (2002). *La contratación electrónica* (2.ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Beltrán Sánchez, E.** (1995). *La unificación del derecho privado*. Madrid: Colegios Notariales de España.
- Bercovitz, A.** (1976). "En torno a la unificación del derecho privado". En: A. Cabanillas (coord.). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico De Castro* (vol. I, pág. 151 y sigs.). Madrid: Civitas.
- Broseta Pons, M.** (1965). *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- García Rubio, M. P.** (2014). "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil". *Revista de Derecho Civil* (vol. I, núm. 1, págs. 7-27).
- Garrigues, J.** (1960). "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil". *Revista de Derecho Mercantil* (pág. 259).
- Garrigues, J.** (1967). "Derecho mercantil y Derecho civil". *Anales de la Academia Matritense del Notariado* [AAMN] (tomo XV, pág. 435 y sigs.).
- Galgano, F.** (2000). "Derecho civil y derecho mercantil". En: F. Galgano; F. Ferrari (coords.). *Atlas de derecho privado comparado* (pág. 83 y sigs.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Illescas Ortiz, R.; Perales Viscasillas, P.** (2003). *Derecho Mercantil Internacional: el Derecho uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III.
- Madrid Parra, A.** (2007). "El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica". En: A. Madrid Parra; Mª J. Guerrero Lebrón (coords.). *Derecho patrimonial y tecnología* (pág. 39 y sigs.). Madrid: Marcial Pons.
- Martín Rodríguez, M.ª Á.** (2006). *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*. Madrid: Ramón Areces.
- Morales Moreno, A. M.** (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid: Thomson Civitas.
- Oliva Blázquez, F.** (2002). *Compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oliva Blázquez, F.** (2007). "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales". *Revista de Derecho Patrimonial* (núm. 19, págs. 45-88).
- Oliva Blázquez, F.** (2014). "El Anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos". *Revista de Derecho Civil* (vol. I, núm. 3, págs. 37-66).
- Valpuesta Gastemiza, E.** (2013). "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (vol. 5, núm. 1, págs. 199-216).
- Vicent Chuliá, F.** (1976). "El Derecho mercantil del neocapitalismo". *Revista de Derecho Mercantil* (pág. 7 y sigs.).
- Vicent Chuliá, F.** (1993). "La unificación del Derecho de obligaciones". En: *Congreso internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores, Zaragoza, 15-18 noviembre de 1993* (pág. 263 y sigs.). Zaragoza: Kronos.