

---

# Envers la unificació de la contractació privada. El comerç electrònic

---

PID\_00267226

Francisco Oliva Blázquez

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 2 hores





**Francisco Oliva Blázquez**

Catedràtic de Dret civil a la Universitat Pablo de Olavide de Sevilla.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada pel professor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segona edició: setembre 2019  
© Francisco Oliva Blázquez  
Tots els drets reservats  
© d'aquesta edició, FUOC, 2019  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Realització editorial: FUOC

*Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.*

# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. El sistema dualista en la contractació privada: la necessitat de caminar envers un règim uniforme del dret dels contractes</b> .....	7
<b>2. La unificació en l'àmbit de la contractació internacional i dels nous instruments del dret uniforme</b> .....	10
<b>3. El fenomen de la contractació electrònica</b> .....	13
3.1. Els elements de la contractació electrònica .....	14
3.2. Principis del dret de la contractació electrònica .....	15
<b>Resum</b> .....	17
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	19
<b>Solucionari</b> .....	20
<b>Glossari</b> .....	21
<b>Bibliografia</b> .....	22



## Introducció

L'ordenament jurídic espanyol, per raons històriques que es remunten al moment de la codificació, distingeix entre contractes civils i contractes mercantils. Els primers estan sotmesos al Codi civil, mentre que els segons es regulen pel Codi de comerç i la legislació especial que els desenvolupa.

Resulta inqüestionable el fet que determinats contractes són típicament empresarials i com a tals s'han de regular amb la legislació mercantil. Tanmateix, altres contractes, com la compravenda, el dipòsit o el préstec, poden ser tant civils com mercantils, per la qual cosa la bipartició normativa del nostre sistema jurídic condueix inevitablement a l'existència d'una concurrència de dues legislacions diferents sobre el mateix contracte. Aquesta situació introdueix un grau d'inseguretat i complexitat molt elevat en el trànsit jurídic, ja que, per començar, moltes vegades resulta extremadament complex determinar quan un contracte és mercantil o civil.

Per tot això, la doctrina jurídica més prestigiosa reclama des de fa bastant temps la necessitat d'unificar el dret civil i mercantil en l'àmbit concret del dret dels contractes. Ultra això, es pot afirmar que la superació de la dualitat de règims legals en matèria de contractació s'ha convertit en una necessitat imperiosa que ha entrat de ple a l'agenda de nombrosos treballs jurídics i legislatius.

No obstant això, en els manuals universitaris espanyols es continuen exposant els contractes civils i mercantils de manera separada. És intenció nostra superar aquest plantejament –justificat, això sí, per la nostra realitat legislativa– mitjançant els materials docents presents, en els quals es durà a terme una explicació única i global de tots els contractes privats, sense distingir *a priori* entre els contractes civils i mercantils.

D'altra banda, els operadors jurídics han vist, al principi amb certa sorpresa i escepticisme, la irrupció de la contractació electrònica al món dels negocis i en la legislació contractual. Entenem que el fet que els contractes es concloguin per mitjans electrònics és un fenomen d'una importància singular que ha de ser en tot cas analitzat i estudiat. Tanmateix, no s'ha de perdre de vista el fet que el legislador ha d'esborrar els obstacles jurídics que, d'alguna manera, s'oposin al desenvolupament del comerç electrònic, no crear o construir una teoria general del dret de la contractació electrònica d'encuny nou.

## Objectius

Els objectius que heu d'assolir a partir de l'estudi d'aquest mòdul són els següents:

1. Comprendre el sistema dualista de la contractació privada.
2. Conèixer els arguments que justifiquen la proposta d'unificar el dret civil i mercantil dels contractes.
3. Comprendre el fenomen de la unificació en l'àmbit de la contractació internacional i en els nous instruments del dret uniforme.
4. Conèixer els elements bàsics de la contractació electrònica.
5. Saber quins són els principis que regeixen en la contractació electrònica.

## 1. El sistema dualista en la contractació privada: la necessitat de caminar envers un règim uniforme del dret dels contractes

Quan es va iniciar el procés codificador a Europa es va optar per crear un Codi de comerç la finalitat del qual era la d'oferir un marc legislatiu a l'activitat mercantil, objectiu per al qual no n'hi havia prou amb la codificació civil, ja que aquesta no havia comercialitzat prou els principis en els quals s'informa. En definitiva, la insuficiència del dret comú va obligar a mantenir un dret privat especial, una cosa que, com molt bé assenyala **Beltrán Sánchez**, en el fons resultava contrària a l'ideal revolucionari que s'oposava al privilegi d'un dret especial de classe, per la qual cosa, conclou l'autor, la codificació mercantil va traïr en bona mesura la revolució en posar-se al servei de l'ordre postrevolucionari en el qual es consoliden les llibertats burgeses.

Com a conseqüència d'aquest plantejament es va acabar generant un dret de la contractació privada duplicat. Efectivament, nombroses institucions apareixen regulades per partida doble i s'aprecia una concurrència normativa molt acusada en la teoria general de l'obligació civil i mercantil, en la teoria general del contracte civil i mercantil i en els contractes en particular. Així, el contracte de compravenda, el dipòsit o el préstec són contractes regulats tant en el Codi civil com en el Codi de comerç, i aspectes generals com la forma i prova, la perfecció del contracte, la clàusula penal o, entre altres, la interpretació del contracte, compten amb una normativa duplicada.

Aquests són els fets, i ara cal preguntar-nos: té sentit actualment continuar mantenint tal bipartició del dret privat?

La tesi de la unificació del dret civil i mercantil arrenca a mitjan segle XIX, quan **Endemann**, que seguiria el gran pandectista **Dernburg**, en ocasió de l'elaboració del Codi de comerç alemany va proposar un model unitari de codificació, al·legant que el dret mercantil no era més que un residu històric que obeïa a la inadaptació del llegat civil romà, però que era superable mitjançant una simple tasca d'actualització i reforma del dret civil.

Posteriorment, el moviment unificador ha estat vinculat a grans noms de la ciència jurídica europea, com **Vivante** o **Laurent**. A Espanya, des dels anys quaranta del segle XX, en la doctrina jurídica es van alçar destacadíssimes veus de prestigiosos mercantilistes que postulaven la unificació del dret privat, com **Langle**, **Rubios** o **Garrigues** i, més recentment, **Broseta**, **Bercovitz** i **Vicent**. Aquests autors sostenen el manteniment del Codi de comerç com a cos legal en el qual es reguli, bàsicament, l'estatut de l'empresari individual i social. El Codi civil, per la seva part, comprendria la regulació de les institucions

### Lectura complementària

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

relatives a la persona, la família, les successions, la propietat i els altres drets reals. Finalment, s'abordaria la unificació de tot el dret de les obligacions i contractes, i també del dret concursal.

Segons la nostra opinió, l'opció de regular de manera unitària almenys el dret dels contractes hauria de ser aplaudida i ser ben rebuda per la comunitat dels operadors jurídics.

Abans que res, cal començar per destacar que la distinció entre contractes de caràcter civil i mercantil és desconeguda en altres sistemes jurídics, com el *common law*, en què la unificació del dret privat de les obligacions i contractes es va produir mitjançant un procés d'unificació de les jurisdiccions civils i comercials en una única cort o tribunal de *common law*, esdeveniment que va tenir lloc al final del segle XVII.

Igualment, cal dir que hi ha certs estats europeus on s'ha imposat un sistema legal monista o ha estat unificat, com Itàlia, Holanda i Suïssa.

A més, la delimitació de les àrees de cada una de les categories en les legislacions dualistes resulta molt confusa i dispar, ja que s'han creat criteris o paràmetres tècnics diferents (subjectius i objectius), que poden donar lloc que un mateix contracte sigui qualificat com a civil o mercantil en funció del criteri emprat per la jurisdicció competent. Així, mentre que a Alemanya és la condició de comerciant (*Kaufmann*) la que determina l'aplicació del Codi de comerç, en altres països, com Espanya, s'ha imposat, per influència francesa, el criteri que prescindeix de la professió del subjecte contractant i passa a tenir en compte únicament la intenció del subjecte esmentat (l'element intencional o ànim de lucrar-se amb la revenda), i se substitueix, tal com indica **Garrigues**, el concepte de "compra professional" pel concepte de "compra d'especulació".

I tot això sense esmentar les interminables discussions que continua aixecant en la doctrina jurídica la interpretació de l'article 325 del Codi de comerç, que defineix què s'entén per compravenda mercantil.

D'altra banda, la unificació és convenient perquè el dret mercantil s'ha estès progressivament, i ha arribat a regular relacions jurídiques no estrictament comercials

A més, el règim contractual és sens cap dubte el més propici a la unificació, per tal com les diferències existents entre les solucions legals que aporten el Codi civil i el de Codi de comerç són més aviat escasses. Tal com indica **Beltrán Sánchez**, si s'observa amb deteniment el règim dels contractes amb una doble regulació extensa, es comprova fàcilment que

#### Lectura complementària

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

#### Lectura complementària

**Joaquín Garrigues** (1960). "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil". *Revista de Derecho Mercantil* (pàg. 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.*, pàg. 88

Finalment, l'argument més poderós és que la divisió és gairebé unànimement considerada com a artificiosa, contraproductiva i generadora de greus problemes teòrics i pràctics que enterboleixen considerablement la situació jurídica. En aquest sentit, no s'ha d'oblidar que la regulació que ofereix el Codi de comerç és fragmentària i incompleta, per la qual cosa ha d'acabar essent complementada amb el que s'estableix en la legislació civil, cosa que provoca certa incertesa jurídica i eleva el grau de complexitat de l'ordenament jurídic (*vid.* art. 50 Cco).

En conclusió, entenem que no té sentit actualment continuar mantenint un règim jurídic aplicable als contractes civils i un altre als contractes mercantils.

## 2. La unificació en l'àmbit de la contractació internacional i dels nous instruments del dret uniforme

En aquests moments estem en condicions d'afirmar que s'estan produint una sèrie d'esdeveniments que sembla que indiquen que la superació de la dualitat de règims legals en matèria de contractació s'ha convertit en una necessitat imperiosa que ha entrat de ple a l'agenda de nombrosos treballs jurídics i legislatius. Esmentem breument algun d'aquests esdeveniments.

La Convenció de Viena de 1980 sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies (CISG) és segurament el text legal més important que s'ha creat en l'àmbit de la unificació material del dret privat en les últimes dècades. Actualment és la llei aplicable a la majoria de les transaccions que es registren al món i gaudeix d'una aplicació sense precedents, com ho demostren les innumbrables sentències que els jutges i tribunals emeten a totes les nacions. Doncs bé, aquesta Convenció, que forma part del nostre ordenament jurídic des del moment en què va ser ratificada, estableix en el tercer paràgraf de l'article 1 que, als efectes de determinar l'aplicació de la Convenció, no es tindrà en compte "el caràcter civil o comercial de les parts o del contracte". Així doncs, la CISG estableix un règim uniforme del contracte de compravenda internacional que desdenya i ignora la històrica dualitat civil-mercantil.

D'altra banda, la Comissió del Dret Europeu de Contractes, coneguda com "Comissió Lando" en honor al seu cèlebre president i fundador, ha redactat els Principis de dret europeu dels contractes (PECL), que, si bé manquen de rang de llei, estan cridats a exercir una influència enorme en el futur del dret privat europeu. En els PECL tampoc no es troba cap rastre de la distinció entre contractes civils i mercantils.

En el preàmbul dels Principis UNIDROIT sobre la contractació mercantil internacional s'estableix que les seves regles seran aplicables "als contractes mercantils internacionals". No obstant això, en el comentari al preàmbul s'aclareix que l'únic que es pretén amb tal expressió és excloure del seu àmbit d'aplicació als negocis duts a terme per consumidors, ja que aquests es troben generalment sotmesos a lleis especials que estableixen principis d'ordre públic amb la intenció de protegir la part més dèbil. Així doncs, la qualificació d'un contracte com a mercantil és independent del possible estatus de comerciant (*commerçants; Kaufleute*) o de la qualificació de l'acte com de comerç (*actes de commerce; Handelsgeschäfte*).

## El contracte comercial internacional

De fet, **Fontaine**, en un article publicat anteriorment a la redacció definitiva dels Principis, aclaria que la mera referència a la figura del contracte comercial internacional podia provocar problemes i que donava lloc al vell debat de les distincions entre actes civils i comercials, i per tot això acabava proposant que s'exclouessin de manera genèrica les operacions concloues pels consumidors finals.

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

Igualment, és necessari fer alguna referència a l'"Esborrany del marc comú de referència", publicat l'any 2009 sota el nom de "Principles, definitions and model rules of european private law. Draft common frame of reference" (DCFR). Es tracta d'un text d'origen estrictament acadèmic, elaborat per l'Study Group on a European Civil Code i el Research Group on EC Private Law (Acquis Group) després de l'encàrrec dut a terme per la Comissió Europea l'any 2005, que conté els principis, definicions i normes bàsiques del dret privat europeu.

Doncs bé, aquest esborrany, que pràcticament conté un règim general de les obligacions i contractes europeus, regula en el llibre IV de manera unificada els principals contractes existents (compravenda, serveis, mandat, donació, arrendament, contractes de distribució, etc.). En altres paraules, en cap moment no es distingeix entre contractes civils i contractes mercantils, ni s'estableixen normes específiques destinades a reconèixer una pretesa especialitat de les relacions contractuals comercials davant les estrictament civils al si de la Unió Europea. Malgrat que encara persisteixen molts dubtes sobre l'abast, finalitat i objectius concrets del DCFR, es pot dir, seguint **Leible**, que al principi està destinat a ajudar el legislador comunitari a configurar de manera coherent les normes comunitàries de dret contractual vigents i també les futures.

A més, haurà de servir en un futur per a redactar un marc comú de referència de caire polític, previst per la Comissió Europea mateixa des del Pla d'acció del 2003 ("Un dret contractual més coherent"), sobre la base del qual es podria crear al seu torn un instrument jurídic opcional.

En tercer lloc, cal dir que un dels codis civils més moderns d'Europa occidental, l'holandès, va concloure amb el procés d'unificació del dret privat que al seu dia va proposar el jurista de renom **Molengraaff**. Igualment, a Argentina hi ha en vigor, des de l'1 d'agost de 2015, un nou *Codi civil i comercial de la nació* que regula conjuntament tots els contractes sense fer distinció entre els de naturalesa civil o mercantil.

Finalment, no fa molt temps hem pogut assistir al primer esdeveniment consumat de la unificació del dret privat al nostre país: la regulació conjunta de tot el règim jurídic del dret concursal. La Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, assenyala en l'exposició de motius que l'arcaisme i la dispersió de les normes vigents en aquesta matèria són defectes que deriven de la codificació espanyola del segle XIX, estructurada sobre la base de la dualitat de codis de dret privat, civil i de comerç, i de la regulació separada de la matèria processal respecte de la substantiva, en una Llei d'enjudiciament civil. Per això, conti-

### Lectura complementària

**Francisco José Infante Ruiz** (2008). "Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo". *INDRET* (núm. 2).

### Lectura complementària

**Stefan Leible** (2008). "El futuro del derecho privado europeo". *La Ley* (núm. 7.085, any XXIX, 30 de novembre). [Versió en línia: [http://diariolaley.laley.es/.](http://diariolaley.laley.es/)]

nua el legislador, la superació de la diversitat d'institucions concursals per a comerciants i no comerciants és una fórmula que, a més d'estar justificada per la desaparició del caràcter repressiu de la insolvència mercantil, està determinada per la tendència a simplificar-ne el procediment, sense que això impliqui ignorar determinades especialitats del concurs dels empresaris sotmesos a un estatut propi (portar obligatòriament la comptabilitat, inscripció en el Registre Mercantil) i de l'existència de la massa activa d'unitats productives de béns o de serveis, especialitats que són tingudes en compte al llarg de la regulació del concurs, des de la sol·licitud fins a la solució mitjançant conveni o liquidació.

### **Concurs**

El nom elegit per a denominar el procediment únic és el de *conkurs*, expressió clàssica que descriu la concurrència dels creditors sobre el patrimoni del deutor comú i que a més serveix per a significar el fenomen unificador dels diferents procediments d'insolvència i identificar així gràficament el procediment únic, com ha ocorregut en altres legislacions.

Segons la nostra opinió, totes les raons i esdeveniments esgrimits justifiquen àmpliament la necessitat que el legislador abordi com més aviat millor la tasca d'unificar tant la teoria general dels contractes com els contractes especials en els quals hi ha concurrència de la normativa civil i mercantil. Som conscients que des d'aquestes pàgines al principi no podem fer més que reivindicar l'objectiu unificador. No obstant això, el manual present pretén coadjuvar que l'estudiant adquireixi una visió global del dret de la contractació privada i, per a això, afronta de manera conjunta i harmonitzada l'exposició de tots els contractes privats que actualment continuen estudiant-se de manera separada.

### **L'avantprojecte de llei del Codi mercantil**

El Ministeri de Justícia i el d'Economia i Competitivitat van publicar l'any 2014 un avantprojecte de llei del Codi mercantil, basat en la proposta del Codi mercantil elaborada per la Secció segona, de Dret Mercantil, de la Comissió General de Codificació. Es tractava d'un text molt complex i detallat, articulad entorn de 1.726 articles dividits en set llibres, entre els quals destacava el Llibre IV, que abordava el règim jurídic de les obligacions i dels contractes mercantils, regulant qüestions típiques de la teoria general dels contractes i del dret d'obligacions. Una part molt important de la doctrina *iusprivatista* es va manifestar en contra del contingut d'aquest llibre, per les raons que hem esgrimit fins a aquest moment. Doncs bé, en aquest sentit, hem d'assenyalar que el Ple del Consell d'Estat, en el seu dictamen de 29 de gener de 2015, relatiu al citat avantprojecte, va declarar que calia "insistir en la necessitat de mantenir una regulació general comuna de la contractació privada –el més àmplia possible– en el Codi civil", al·legant, entre altres raons, la "millor coordinació amb els textos europeus orientats a harmonitzar el dret privat de la contractació". D'aquesta manera, sembla apostar per la necessitat de caminar cap a la unificació del dret d'obligacions i contractes.

### 3. El fenomen de la contractació electrònica

Les tecnologies de la informació i comunicació (TIC) han propiciat l'aparició d'un mercat virtual globalitzat, mancat de fronteres visibles, en el qual les transaccions es fan a un ritme com més va més gran gràcies a la rapidesa i facilitat que ofereixen les comunicacions electròniques fetes per Internet. Qualsevol, ja sigui consumidor o empresari, pot accedir fàcilment als mercats web i adquirir amb immediatesa els productes que vulgui.

El comerç electrònic (*e-commerce*) consisteix fonamentalment en la realització de transaccions comercials de caire divers i amb tot tipus de béns que s'articulen materialment per mitjà de comunicacions electròniques i des d'un punt de vista jurídic mitjançant contractes electrònics.

Tanmateix, arribats a aquest punt és molt important destacar que aquests contractes electrònics no han de ser percebuts o conceptualitzats com una realitat completament nova i autònoma. Al contrari, el comerç electrònic té lloc mitjançant els models contractuals tradicionals –principalment contractes de compravenda o de prestació de serveis–, que tenen com a única especialitat la circumstància que empren per a la formació o compliment les comunicacions electròniques. En la contractació electrònica simplement se supera la tradicional subscripció verbal o escrita del contracte i es passen a emprar les noves tecnologies de la informació. Evidentment, el mitjà electrònic influeix en aspectes importants, com la determinació del moment i lloc de la perfecció del contracte (art. 1262 Cc), però no arriba a ser de tal transcendència per a generar un nou tipus de contracte.

El que s'ha esmentat no obsta (ni s'hi contradia) la necessitat que hi hagi una reglamentació legal que resolgui les llacunes i incerteses jurídiques que planteja el desenvolupament de la contractació electrònica. Actualment, les transaccions electròniques les regula a Espanya la Llei 34/2002, d'11 juliol, de serveis de la societat de la informació, que va incorporar a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2000/31/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny, relativa a determinats aspectes dels serveis de la societat de la informació, en particular, al comerç electrònic al mercat interior (coneguda com a Directiva sobre el comerç electrònic). L'àmbit d'aplicació d'aquesta llei és molt ampli, ja que sota l'expressió "serveis de la societat de la informació" s'inclou, a més de la contractació de béns i serveis per via electrònica, el subministrament d'informació per aquest mitjà, les activitats d'intermediació relatives a la provisió d'accés a la Xarxa, a la transmissió de dades per xarxes de telecomunicacions, a la realització de còpia temporal de les pàgines d'Internet sol·licitades pels usuaris, a l'allotjament als servidors d'informació mateixos, etc.

A escala internacional hem de destacar la Convenció de les Nacions Unides sobre la utilització de les comunicacions electròniques en els contractes internacionals (CUECIC), aprovada el 23 de novembre del 2005 per l'Assemblea General de les Nacions Unides. La finalitat d'aquesta Convenció, és la d'eliminar els obstacles que s'oposen a l'ús de les comunicacions electròniques, augmentar la certesa jurídica i incrementar la previsibilitat comercial.

### 3.1. Els elements de la contractació electrònica

Els subjectes protagonistes de la contractació electrònica, d'acord amb la terminologia general encunyada per la CUECIC, són l'"iniciador" (*originator*) i el "destinatari" (*addressee*).

L'iniciador és qualsevol part que hagi actuat pel seu compte o en el nom del qual s'hagi actuat per a enviar o generar una comunicació electrònica abans de ser arxivada, si aquest és el cas, però que no hagi actuat a títol de mediador pel que fa a això (art. 4.d CUECIC).

Per la seva part, el destinatari és la part designada per l'iniciador per a rebre-la, però que no estigui actuant a títol de mediador pel que fa a això (art. 4.e).

A més, un element bàsic de la contractació electrònica és l'existència d'un "sistema d'informació", entès com tot sistema que serveixi per a generar, enviar, rebre, arxivar o processar d'alguna manera comunicacions electròniques (art. 4.f).

Els contractes electrònics privats poden adoptar dues formes principals:

- 1) Contractes electrònics *business to business* (B2B) o contractes entre empreses.
- 2) Contractes electrònics *business to consumer* (B2C), entesos com a contractes conclusos amb finalitats personals, familiars o domèstiques.

Aquesta segona modalitat de contracte electrònic és objecte d'atenció per part del nostre legislador, el qual, amb la intenció de protegir el consumidor com a part dèbil, estableix una sèrie de deures precontractuals d'informació de l'empresari o professional que ofereix els seus productes o serveis per via electrònica (art. 27 LSSI).

### 3.2. Principis del dret de la contractació electrònica

Seguint el que estableixen els professors Illescas Ortiz i Perales Viscasillas, es pot afirmar que els principis que regeixen el dret de la contractació electrònica són els següents:

- Principi d'inalterabilitat del dret preexistent d'obligacions i contractes privats

Aquest principi implica que el règim jurídic aplicable als contractes electrònics no ha d'alterar necessàriament, llevat d'excepcions comptades i justificades, la regulació general recollida en el Codi civil i en el Codi de comerç relativa a les obligacions i contractes. D'aquest principi es deriva que els instruments legislatius que es creïn no han de pretendre regular de manera exhaustiva tots els problemes que planteja el comerç electrònic (*regulatory approach*) generant una espècie de part general del dret de la contractació electrònica, sinó simplement eliminar les barreres que n'impedeixen el desenvolupament, promulgant per a això les normes bàsiques o essencials que coadjuvin a la consecució d'aquesta finalitat (*enabling approach*).

L'article 23.2 LSSI consagra aquest principi en afirmar que els contractes electrònics es regiran pel que es disposa en aquest títol, pels Codis civil i de comerç i per les normes civils o mercantils restants sobre contractes, en especial les normes de protecció dels consumidors i usuaris i d'ordenació de l'activitat comercial. De la mateixa manera, l'article 24.1 LSSI estableix que la prova de la subscripció d'un contracte per via electrònica i la de les obligacions que en tenen l'origen se subjectarà en les regles generals de l'ordenament jurídic. No obstant això, la introducció progressiva i pausada de regles que provoquen modificacions puntuals en el règim general del dret d'obligacions i contractes formulat ha portat el professor Illescas a parlar de l'existència d'una "relativa fatiga" del principi d'inalterabilitat del dret preexistent.

- Principi de neutralitat tecnològica

Significa que no s'exclou cap tècnica de comunicació en l'àmbit de la contractació electrònica. En aquest sentit, encara que els mitjans més habituals emprats per a enviar i rebre comunicacions electròniques són el correu electrònic i l'"intercanvi electrònic de dades" (EDI), res no impedeix que n'hi pugui haver altres de diferents i més avançats en un futur immediat. Per això la CUECIC introdueix flexibilitat en el seu àmbit d'aplicació propi amb la referència que fa a l'ús de "mitjans similars", expressió la finalitat de la qual és deixar la porta oberta a futures tècniques de comunicació inèdites o encara no desenvolupades en nom del respecte al "principi de neutralitat tecnològica".

- Principi d'equivalència funcional (*functional equivalent approach*)

#### Lectura complementària

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

#### Lectura complementària

Rafael Illescas Ortiz (2007). "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". A: A. Madrid Parra; M. J. Guerrero Lebrón. *Derecho patrimonial y tecnología* (pàg. 21 seg.). Madrid: Marcial Pons.

El "principi d'equivalència funcional" constitueix una regla bàsica de la contractació electrònica, per tal com permet eliminar un dels principals obstacles a què s'enfronta el comerç electrònic: l'exigència legal que la documentació figuri en el format de paper tradicional. Efectivament, segons el principi esmentat, la funció jurídica que en tota la seva extensió compleix la instrumentació escrita i autògrafa (o eventualment oral) respecte de qualsevol acte jurídic la compleix igualment la seva instrumentació electrònica mitjançant un missatge de dades<sup>1</sup>.

<sup>(1)</sup>Aquesta és la definició que aporten **Illescas Ortiz i Perales Viscasillas** (*op. cit.*, pàg. 332).

Per tant, es consagra una pauta general de no-discriminació en virtut de la qual una comunicació electrònica pot i ha de satisfer les mateixes funcions i propòsits que qualsevol document sobre paper, igual com una signatura electrònica ha de tenir un nivell de seguretat i fiabilitat idèntics al d'una firma manuscrita.

Aquest principi subjeu a l'article 23.1 LSSI, el qual estableix que els contractes subscrits per via electrònica produiran tots els efectes previstos per l'ordenament jurídic quan concorrin el consentiment i els altres requisits necessaris per a la seva validesa. És a dir, perquè un contracte electrònic tingui eficàcia cal que es perfeccioni i es compleixin les condicions que s'exigeixen amb caràcter general per a qualsevol contracte, indiferentment que el mitjà emprat sigui l'electrònic. Igualment, l'article 23.3 LSSI determina que, sempre que la Llei exigeixi que el contracte o qualsevol informació relacionada amb aquest consti per escrit, aquest requisit es considerarà satisfet si el contracte o la informació es conté en un suport electrònic.

- Principi general de no-discriminació

La realització d'una transacció en un lloc web d'una empresa o per mitjà de l'intercanvi de correu electrònic no és causa suficient per a declarar per si sola la seva ineficàcia o inexecutabilitat. Per això el suport electrònic en el qual consti un contracte subscrit per via electrònica serà admissible en judici com a prova documental (art. 24.2 LSSI).

- Principi de bona fe

Significa simplement que la bona fe s'ha d'observar en les relacions contractuals efectuades mitjançant comunicacions electròniques.



## Resum

Són moltes les raons que aconsellen superar la dualitat de regulacions legals que hi continua havent actualment en el dret de la contractació: la distinció entre contractes de caràcter civil i mercantil és desconeguda en altres sistemes jurídics, la delimitació de les àrees de cada una de les categories en les legislacions dualistes resulta molt confusa i dispar, el règim contractual és, sens cap dubte, el més propici a la unificació, etc. En definitiva, la divisió civil-mercantil és, en aquest àmbit concret, artificiosa i generadora de greus problemes teòrics i pràctics que enterboleixen considerablement la situació jurídica. Per tot això, entenem que no té sentit actualment continuar mantenint un règim jurídic aplicable als contractes civils i un altre als contractes mercantils.

D'altra banda, la contractació duta a terme mitjançant comunicacions electròniques és un fenomen relativament nou i en franca expansió que s'ha de regir per una sèrie de principis identificats per la doctrina jurídica: principi d'inalterabilitat del dret preexistent d'obligacions i contractes privats; principi de neutralitat tecnològica; principi d'equivalència funcional; principi general de no-discriminació; principi de bona fe. En tractar-se d'una realitat no prevista inicialment per la legislació, resulta necessària la intervenció puntual i no generalitzada del legislador. En aquest sentit, la Llei 34/2002, d'11 juliol, de serveis de la societat de la informació, estableix el marc legal de la contractació electrònica a Espanya, mentre que a escala internacional cal tenir en compte la Convenció de les Nacions Unides sobre la utilització de les comunicacions electròniques en els contractes internacionals.



## **Exercicis d'autoavaluació**

1. Què enteneu per *sistema dualista* de la contractació privada?
2. Esmenteu almenys un argument que justifiqui la unificació del dret dels contractes privats.
3. Exigeix la realitat del comerç electrònic la creació d'un nou dret dels contractes electrònics?
4. És vàlida la compravenda efectuada mitjançant l'intercanvi de comunicacions electròniques en Internet?

## Solucionari

### Exercicis d'autoavaluació

1. Amb aquesta expressió es fa referència al fet que el dret de la contractació apareix regulat per duplicat en el Codi civil i en el Codi de comerç. En altres termes, hi ha un règim jurídic aplicable als contractes civils i un altre als contractes comercials.
2. Entre d'altres, es pot esmentar la dificultat d'establir una diferència segura i certa entre els contractes civils i mercantils. A més, la dualitat genera inseguretat jurídica i problemes d'aplicació i interpretació.
3. En cap cas. Aquests contractes s'han de sotmetre al règim general de la contractació civil i mercantil, sense perjudici que el legislador pugui i hagi d'abordar de manera puntual la resolució de certs problemes jurídics específics davant els quals es manca de resposta en la legislació tradicional.
4. Sens dubte. Segons l'article 23.1 LSSI, els contractes subscrits per via electrònica produiran tots els efectes previstos per l'ordenament jurídic quan concorrin el consentiment i els altres requisits necessaris per a la validesa.

## Glossari

**contracte electrònic** *m* Amb aquesta expressió es fa referència als contractes que han estat subscrits mitjançant l'ús de comunicacions electròniques.

**destinatari** *m* En la contractació electrònica, és la part designada per l'iniciador per a rebre-la, però que no estigui actuant com a mediador pel que fa a això (art. 4.e CUECIC).

**iniciador** *m* En la contractació electrònica, és tota part que hagi actuat pel seu compte o en el nom de la qual s'hagi actuat per a enviar o generar una comunicació electrònica abans de ser arxivada, si aquest és el cas, però que no hagi actuat com a mediador pel que fa a això (art. 4.d CUECIC).

**principi de neutralitat tecnològica** *m* Significa que no s'exclou cap tècnica de comunicació en l'àmbit de la contractació electrònica.

**principi de no-discriminació** *m* El fet que s'hagi fet una transacció emprant el mitjà electrònic no és causa suficient per a declarar per si sola la ineficàcia o inexecutabilitat del negoci jurídic dut a terme.

**principi d'equivalència funcional** *m* Segons el principi esmentat, la funció jurídica que compleix en tota la seva extensió la instrumentació escrita i autògrafa (o eventualment oral) respecte de qualsevol acte jurídic, la compleix igualment la instrumentació electrònica mitjançant un missatge de dades.

**principi d'inalterabilitat del dret preexistent d'obligacions i contractes privats** *m* Aquest principi implica que el règim jurídic aplicable als contractes electrònics no ha d'alterar necessàriament, llevat d'excepcions comptades i justificades, la regulació general recollida en el Codi civil i en el Codi de comerç relativa a les obligacions i contractes.

## Bibliografia

- Barriuso Ruiz, C.** (2002). *La contratación electrónica* (2a. 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". A: A. Cabanillas (coord.). *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico De Castro* (vol. I, pàg. 151 seg.). Madrid: Civitas.
- Broseta Pons, M.** (1965). *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- Garrigues, J.** (1960). "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil". *Revista de Derecho Mercantil* (pàg. 259).
- Garrigues, J.** (1967). "Derecho mercantil y Derecho civil". *Anales de la Academia Matritense del Notariado* [AAMN] (vol. XV, pàg. 435 seg.).
- Galgano, F.** (2000). "Derecho civil y derecho mercantil". A: F. Galgano; F. Ferrari (coords.). *Atlas de derecho privado comparado* (pàg. 83 seg.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- 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, pàg. 7-27).
- 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". A: A. Madrid Parra; M. J. Guerrero Lebrón (coords.). *Derecho patrimonial y tecnología* (pàg. 39 seg.). Madrid: Marcial Pons.
- Martín Rodríguez, M. 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*. València: 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, pàg. 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, pàg. 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, pàg. 199-216).
- Vicent Chuliá, F.** (1976). "El Derecho mercantil del neocapitalismo". *Revista de Derecho Mercantil* (pàg. 7 ss).
- Vicent Chuliá, F.** (1993). "La unificación del Derecho de obligaciones". A: *Congreso internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores, Saragossa, 15-18 de noviembre de 1993* (pàg. 263 seg.). Saragossa: Kronos.