

# «Nuevos contratos y viejo Derecho»

Luis Manuel Piloñeta Alonso

## 1. Los contratos, la Física y el Derecho

Si la propiedad y los derechos reales son al Derecho como los cuerpos sólidos a la física, los contratos representan, por su «vis expansiva», a los gases. Los contratos son la parte más viva del Derecho y la primera consecuencia de los nuevos hechos sociales y económicos. Por eso el Derecho de contratos constituye también el sector más abierto y dinámico del Derecho mercantil.

El contrato es la primera manifestación jurídica y, a la vez, el núcleo de la actividad empresarial; hasta el punto de que si tuviéramos que resumir en una sola idea la razón de ser del Derecho mercantil podríamos afirmar que es la de preservar y garantizar el cumplimiento efectivo de los contratos. En esto reside el objetivo último de la mayor parte de sus normas y también la clave para entender muchas de las instituciones mercantiles.

En una economía de libre mercado, los contratos son el producto de la libertad y de la iniciativa de las personas, que podrán venir limitadas o restringidas por las leyes pero, en ningún caso, quedar enteramente coartadas por ellas. La autonomía de la voluntad constituye, además, la manifestación más patente de la libertad de empresa que proclaman la Constitución y los Tratados de la Unión Europea, que no se circunscribe al ámbito de la competencia para penetrar también en el contenido de las relaciones contractuales, a través de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Los contratos son –antes que nada– lo que las partes quieren que sean. Esta circunstancia incide profundamente en su configuración jurídica y hace de ellos un instrumento fundamental al servicio del tráfico económico. Así entendidos, los contratos constituyen la primera fuente material de derechos y de obligaciones, cuyo contenido último no depende de los dictados del legislador sino que deriva de las estipulaciones adoptadas por los contratantes, hayan sido o no objeto de negociación. Los contratos no son leyes, pero vinculan a las partes como si lo fueran (art. 1091 del Código Civil). A la hora de contratar, el principio de legalidad opera de un modo diametralmente opuesto a como lo hace en otros ámbitos del Estado de Derecho y todo lo que

no está prohibido es válido y está permitido, porque sólo las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción en juicio (art. 53 CCom).

Por ello mismo, los contratos no han sido nunca una creación prístina de las normas de Derecho objetivo y han resultado vanos históricamente los intentos de los legisladores de aprehenderlos en Códigos o de tipificarlos en leyes (de carácter fundamentalmente dispositivo). Nacen de la práctica y son el producto de la voluntad de quienes los celebran. En el ámbito mercantil, su vitalidad corre pareja a la libertad de empresa y a la iniciativa de los empresarios. Una vez salvada la legalidad, la eficacia de los contratos no precisa de leyes ni de reglamentos previos, porque cada contrato se basta a sí mismo y no requiere más apoyo para su validez jurídica que la voluntad acorde de las partes, tanto si es el resultado del pacto y la negociación como si se ajusta a los esquemas de contratación predispuestos por alguna de ellas.

Por todo ello, los contratos mercantiles han sido siempre más una cosa de comerciantes y de empresarios, que de letrados...

De todo el universo de contratos vivos, hemos querido fijarnos en determinadas figuras sin más criterio que su radiante actualidad, con el objetivo de llevar a cabo un primer análisis de su contenido jurídico-negocial y poner de manifiesto el extraordinario vigor de la contratación de nuestro tiempo.

## **2. Nuevas y renovadas formas de contratación en el sector de la energía: los «contratos de rendimiento energético»**

La energía ha sido objeto tradicionalmente de una intensa actividad económica. Por su extraordinaria importancia y carácter estratégico, los Estados han prestado siempre especial atención a las fuentes de energía, sometiendo el ejercicio de muchas actividades energéticas a normas de ordenación, llegando incluso a negar el funcionamiento del mercado mediante la implantación de verdaderos monopolios legales.

La realidad nos demuestra que los recursos energéticos son escasos y que el modo en que producimos y empleamos la energía puede repercutir negativamente en el medio ambiente, cuyo desarrollo sostenible constituye, hoy más que nunca, una necesidad y nos impele a poner en marcha conductas responsables, evitando los abusos en materia energética. En este marco, la Unión Europea ha dictado normas dirigidas a imponer a los Estados miembros la adopción de medidas dirigidas a fomentar el uso eficiente de la energía y a promover su ahorro, contenidas fundamentalmente en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2010/31/UE, de 17

de mayo de 2010, en materia de eficiencia energética de los edificios, y 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre eficiencia energética; modificadas recientemente por la Directiva (UE) 2018/844, también del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018.

Ahora bien, es un error pensar que la consecución de estos u otros objetivos depende exclusivamente de la imposición de normas de conducta en materia energética por parte de los poderes públicos. El mercado puede constituir también un poderoso aliado y su funcionamiento contribuir a una asignación más eficiente de los recursos, en particular mediante la celebración de contratos dirigidos precisamente a mejorar el rendimiento energético de las instalaciones, con el consiguiente ahorro de costes.

El Real Decreto 56/2016, siguiendo los dictados de la Directiva 2012/27/UE, describe (art. 1.2 letra f>) –más que define– los denominados contratos de rendimiento energético como los celebrados entre «el beneficiario y el proveedor de una medida de mejora de la eficiencia energética, verificada y supervisada durante la vigencia del contrato, en el que las inversiones (obras, suministros o servicios) en dicha medida se abonan como resultado de un nivel de mejora de la eficiencia energética acordado contractualmente o de otro criterio de rendimiento energético acordado, como, por ejemplo, el ahorro financiero o la garantía de ahorros contractuales».

La celebración de este tipo de contratos se halla, además, en consonancia con las nuevas políticas de preservación del medio ambiente, que propugnan el abandono de las energías consideradas contaminantes y la apuesta decidida por las fuentes de energía renovables.

Los contratos de rendimiento energético tienen por objeto el estudio, la planificación y la ejecución de medidas dirigidas al ahorro de energía y a la mejora de la eficiencia energética de los edificios. En ellos se combinan un conglomerado de prestaciones de índole diversa, agrupadas en torno a una prestación global de resultado. Los contratos de rendimiento energético pueden afectar a todo tipo de edificios, con independencia de la utilidad o destino de los mismos, que puede ser residencial, industrial, comercial, administrativo, cultural, deportivo, de ocio, etc.

El objetivo fundamental de estos contratos es la mejora del rendimiento energético de los edificios, mediante la puesta en práctica de medidas o prestaciones de contenido diverso, cuyo coste deberá quedar cubierto por los beneficios que su implementación reportará al consumidor de energía. De modo que, al celebrarlos, el compromiso esencial asumido por la empresa contratista es mejorar el rendimiento energético de las instalaciones de su cliente. Por consiguiente, participan de la naturaleza jurídica de los contratos de obra y constituyen una modalidad especial de éstos, aun cuando puedan dar lugar a la combinación de un abanico –

más o menos amplio– de prestaciones de hacer y de dar o incluso de garantizar, en la medida en que su finalidad última es propiciar el ahorro y la eficiencia en el consumo de energía, con la consiguiente reducción de costes.

El cálculo de esta reducción de costes se llevará a cabo comparando su importe en el momento inicial del contrato con el que habrá de asumir el cliente tras la ejecución de las obras y la prestación de los servicios energéticos por la empresa. A partir de ahí, existen múltiples variables y los contratos de rendimiento energético pueden adoptar en la práctica contenidos muy diversos, atendiendo al tipo de medidas de ahorro energético (MAEs) objeto de implantación. Este esquema de contratación favorece la renovación tecnológica, al tiempo que propicia la mejora del rendimiento energético de las instalaciones y hace posible la adopción de soluciones energéticas más avanzadas y respetuosas con el medio ambiente. De ahí que venga acompañado muchas veces de ayudas públicas, otorgadas por las Administraciones en el marco de sus políticas activas en materia energética.

El resultado supondrá una rebaja de la factura energética que, en el caso de los empresarios, comportará también en una reducción de costes de producción y una mejora de su competitividad.

Por su propia naturaleza, los contratos de rendimiento energético son contratos de tracto sucesivo, cuya vigencia se prolonga a lo largo de periodos más o menos extensos de tiempo; aun cuando la ejecución de sus prestaciones tenga lugar de forma escalonada o sucesiva. Comienza, normalmente, con el análisis pormenorizado de los procesos energéticos del cliente (auditoría energética), como paso necesario para la identificación de las medidas de ahorro energético que se precisan y la proyección técnica de las obras encaminadas a su ejecución.

Acto seguido, se procederá por el contratista a la realización de las prestaciones y trabajos de obra dirigidos a la ejecución efectiva de aquellas medidas de ahorro energético que, en cada caso, hayan podido ser objeto de contratación. Esto incluye por lo general la realización de obras en las instalaciones energéticas del cliente, con aportación de los correspondientes materiales y equipos. Nada obsta a que la dicha aportación corra a cargo –en todo o en parte– del propio cliente, en tanto que comitente de las obras. Existe, además, la posibilidad de que los equipos destinados a la instalación energética no sean adquiridos en propiedad por el titular del edificio sino cedidos temporalmente en uso, con o sin opción de compra. La mejora del rendimiento energético de los edificios puede requerir también la ejecución de obras de más calado sobre la propia envolvente de los edificios (suelos, techos, paredes y carpintería exterior).

Un capítulo importante de las obras energéticas es el de su financiación. El coste de ejecución de las obras puede ser asumido por el propio cliente o bien ser financiado inicialmente por la empresa de servicios energéticos y abonado a plazos por aquél. También cabe la posibilidad de recurrir a los servicios de una entidad financiera. En caso de financiación, la garantía puede recaer sobre los propios equipos y articularse en forma de reserva de dominio, constituida en el marco general de la legislación de venta a plazos. Esto no se requiere cuando los equipos son cedidos únicamente en uso al cliente y el financiador o la empresa de servicios energéticos mantienen en todo momento la propiedad de los mismos, en virtud de «leasing» o de «renting». Dependiendo del régimen de propiedad –individual u horizontal– del edificio, las entidades financieras pueden acceder o rechazar la dación en uso de los equipos destinados a la instalación. La negativa a hacerlo se solventa con la intermediación de la empresa de servicios energéticos, que se constituye en arrendataria financiera de los equipos frente a la financiadora, para cederlos a continuación en arriendo al cliente, bajo su responsabilidad.

El compromiso de la empresa de servicios energéticos no concluye con la ejecución de los trabajos de obra y la entrega (en propiedad o en uso) de los equipos al cliente, sino que alcanza normalmente a la puesta en funcionamiento de la instalación, pudiendo llegar a configurarse la relación, en este sentido, como un auténtico «llave en mano». Además, es bastante frecuente que la relación contractual continúe tras la terminación de las obras, porque la empresa asuma frente al cliente el mantenimiento de la instalación, durante un periodo más o menos extenso de tiempo.

La empresa de servicios energéticos puede asumir la prestación tanto servicios de mantenimiento preventivo como correctivo, en los términos y condiciones estipulados en el contrato. El mantenimiento preventivo consistirá básicamente en la realización de trabajos encaminados a preservar el buen funcionamiento de los equipos y componentes de la instalación energética del edificio, previniendo posibles averías y disponiendo las medidas adecuadas para optimizar su rendimiento. A menudo su prestación efectiva viene referida al cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en la normativa relativa al tipo de instalaciones objeto de mantenimiento. El contenido concreto y la frecuencia de estos servicios suelen aparecer especificados en un programa de mantenimientos aprobado por las partes.

Por su parte, el mantenimiento correctivo comprenderá las prestaciones necesarias para garantizar el funcionamiento de los diferentes equipos y elementos de la instalación, abarcando tanto la mano de obra como la reparación de las averías producidas, el suministro de piezas de recambio y la reposición de todos o parte de los componentes de dicha instalación. De

conformidad todo ello con lo estipulado por las partes en el contrato. Entendido en sentido amplio y durante el correspondiente periodo, el mantenimiento correctivo se solapa con la prestación de garantía de buen funcionamiento de la instalación que pueda haber asumido la empresa de servicios energéticos frente al cliente. Existe también la posibilidad de que el contrato de rendimiento energético incluya solo las condiciones en que la empresa oferta al cliente la prestación de tales servicios de mantenimiento correctivo.

La empresa de servicios energéticos asume también, junto con los servicios de mantenimiento, el encargo de ocuparse del funcionamiento de la instalación y se obliga a proporcionar al cliente el suministro de la energía útil generada por la misma. Las condiciones de bienestar y confort del edificio podrán venir determinadas por remisión a lo establecido en el vigente Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios (RITE), aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio y sus modificaciones sucesivas.

De igual modo, puede ocurrir que la empresa de servicios energéticos se haya encargado de suministrar al cliente la energía primaria que precisa la instalación para su funcionamiento, lo que requerirá su previa adquisición en el mercado de una empresa comercializadora, para su posterior reventa al cliente. Otras veces, el contrato obliga a aquella únicamente a gestionar la adquisición de dicha energía, por cuenta y en interés del cliente, aprovechando las ventajas de la economía de escala derivadas de los volúmenes de negocio que maneja.

Los avances en el campo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones permiten incluir en los contratos de eficiencia energética la prestación de servicios de control y medición de consumos, especialmente útiles en relación a edificios de uso múltiple. Este servicio permitirá al cliente conocer y consultar los datos relativos a sus consumos específicos y proporcionará a los administradores de los edificios en régimen de copropiedad horizontal un sistema de medición de consumos individuales, salvando en todo caso las restricciones que pudieran derivarse de su carácter de datos personales. Los equipos empleados para medir podrán ser cedidos por la empresa en propiedad o en alquiler.

La principal característica de la contraprestación a percibir por una empresa de servicios energéticos en el marco de un contrato de rendimiento energético es el condicionamiento de su importe, por los diferentes conceptos, a la existencia de un ahorro real por parte del cliente, como consecuencia de las diversas prestaciones llevadas a cabo por la misma. En la práctica, lo normal es que la determinación de dicha remuneración parta del coste energético previo que soporta el cliente, como consumidor de la energía. Lo que permite acreditar el ahorro y consiguiente rebaja

de costes. Aunque para su total determinación deberán tenerse en cuenta también los costes de ejecución de las medidas de ahorro energético, cuya amortización se medirá en años.

Siendo los de rendimiento energético contratos de resultado, deviene esencial para verificar su grado cumplimiento el establecimiento de métodos certeros de cálculo y demostración del ahorro energético, acreditando al cliente la utilidad real de las medidas previstas en el contrato. No es tarea fácil y su realización requiere contar con un plan de medición y verificación (M&V) adecuado, cuya aplicación «objetiva» debería estar a cargo de un segundo empresario, contratado a tal efecto. Aunque no es infrecuente que la comprobación se deje en manos de la propia empresa de servicios energéticos.

Por su complejidad y el diverso contenido de las prestaciones que concurren en ellos, el cumplimiento de los contratos de rendimiento energético está llamado a generar múltiples situaciones de riesgo. Para la cobertura de estos riesgos existen en el mercado pólizas específicas de seguro, ofertadas por varias entidades aseguradoras.

No puedo terminar sin hacer una mención expresa a la aprobación, hace poco más de dos meses, del Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo en España, dictado en desarrollo del Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores. La norma potencia el autoconsumo, dando pie a una línea de aprovechamiento y mejora del rendimiento energético de los edificios. Su aplicación, a pesar de las incertidumbres que está generando, contribuirá a reforzar la actividad de las empresas de servicios energéticos.

Más allá de todo lo escrito, los contratos de rendimiento energético no dejan de constituir un modelo empresarial de negocio extrapolable a otros sectores de la actividad económica, basado en un mejor aprovechamiento de los beneficios de la renovación tecnológica.

### **3. Nuevas fórmulas de contratación en el ámbito de los transportes por carretera. El denominado «carpooling» o coche compartido.**

En los últimos años, ha venido cobrando fuerza un nuevo sistema de transporte de viajeros promovido por empresas que operan en el ámbito de la sociedad de la información y las telecomunicaciones, cuya actividad consiste fundamentalmente en promover aplicaciones informáticas, accesibles a través de Internet, destinadas a poner en contacto a ofertantes y

demandantes de este tipo de operaciones, en los términos y condiciones propuestos por tales empresas.

La actividad se presenta habitualmente como otra manifestación de lo que se ha dado en denominar economía colaborativa o «sharing economy», entendida como un nuevo modo de plantear las relaciones económicas, basado en el intercambio directo de bienes y de servicios entre consumidores, llevada a cabo a través de plataformas digitales, cuya finalidad es procurar a los mismos un mejor aprovechamiento de los recursos (compartir para ahorrar).

El «transporte colaborativo» se basa en la idea de «compartir vehículo» y, en su virtud, varias personas se ponen de acuerdo para hacer uso conjuntamente de un mismo medio de transporte y se supone que también para repartir entre ellas los gastos derivados de esa utilización. Quedan por ello fuera de este análisis aquellos operadores de mercado que han sido considerados explícitamente por los tribunales como empresarios de transporte y cuya actividad viene sometida al régimen propio de éstos.

Los datos disponibles contribuyen a poner de manifiesto que el transporte realizado en automóviles particulares, con la mediación de empresas de servicios de la sociedad de la información, no constituye una actividad menor y alcanza, a día de hoy, volúmenes elevados de negocio que, además, van en aumento. Su impacto empieza a ser notable en el sector y para cerciorarse de ello basta con la simple consulta a las Webs de las principales empresas dedicadas a promover su contratación.

El transporte de personas en vehículos de uso compartido se nos presenta como una alternativa no sólo al transporte en vehículo propio sino como una actividad económica que compite abiertamente ya con la desarrollada por las empresas dedicadas al transporte público de viajeros, especialmente en el ámbito terrestre; y que alcanza también, aunque en menor medida, a otros sectores.

Ante esta nueva realidad, se suscita la cuestión «capital» de determinar la posición jurídica de las personas que toman parte en este tipo de operaciones y establecer el régimen aplicable a las relaciones jurídicas que surgen entre ellas. Nuestra atención se centrará, en este momento, en lo que constituye el núcleo fundamental de estas operaciones. A saber: el transporte.

La actividad de compartir vehículo es la consecuencia de un acuerdo entre el conductor y el pasajero, alcanzado con la mediación de la empresa de servicios de la sociedad de la información que pone en conexión a las partes. Como consecuencia del mismo, el conductor se compromete a transportar al pasajero y este a abonarle una determinada cantidad. No estamos



pues ante un simple transporte amigable o de cortesía. Transportar a otro en su vehículo no es para el conductor un acto de favor y gratuito, sino la prestación que le da derecho a percibir la suma estipulada en concepto de contraprestación. Si recurre a los servicios de la empresa mediadora es justamente para poder ofertar a terceros la posibilidad de utilizar su vehículo con fines de transporte. De igual modo, el pasajero paga por ocupar una plaza en el vehículo y ello le da derecho a ser transportado. Con independencia de su alcance, el pago dicha suma es una condición necesaria para la admisión del pasajero. Esto no se puede negar.

La primera conclusión que cabe extraer de ello es que el acuerdo entre conductor y pasajero constituye un verdadero contrato de transporte, por el que el primero se obliga a trasladar indemne al segundo hasta el punto de destino mediante el pago de una contraprestación. Su celebración da lugar al nacimiento de un vínculo jurídico-negocial entre ambos, del que se derivan derechos y obligaciones recíprocos. Si el monto de la contraprestación a satisfacer por el pasajero cubre únicamente los gastos del conductor o va más allá y le proporciona un beneficio es un asunto distinto, que tendrá sus implicaciones en el plano fiscal. Pero, desde el punto de vista contractual, es evidente que estamos ante un contrato bilateral perfecto y oneroso.

La posición del conductor que comparte su vehículo con el pasajero que, onerosamente, le proporciona una empresa de servicios de la sociedad de la información y percibe de él una contraprestación no es la misma que la aquel conductor que invita a subir a su vehículo a un autoestopista y le transporta gratuitamente a otro punto. Para el primero, el transporte es un acto debido; mientras que, para el segundo, se trata de un simple acto de favor.

El contrato de transporte concertado por el conductor y el pasajero por medio de una empresa de «carpooling» se formaliza a través de la aplicación informática de esta última; y su contenido vendrá determinado por lo establecido en las condiciones generales predispuestas por dicha empresa.

Las empresas de servicios de la sociedad de la información mantienen que las sumas abonables por los pasajeros no constituyen una retribución sino simples compensaciones de gastos. Pero la decisión acerca de si la contraprestación a cargo del pasajero (de la que esas empresas detraen su remuneración) reporta o no un beneficio al conductor no puede hacerse depender de los cálculos o la decisión –interesada– de las mismas. En lo tocante al tema, resulta sintomático que las tarifas publicadas en la Web, por las empresas dedicadas a promover la contratación de estas operaciones, no tengan en cuenta la variable del número de pasajeros y la pretendida contribución a los gastos de la operación no sufre ninguna alteración si el conductor

comparte su vehículo con un único pasajero o con varios. A mi juicio, ello constituye un claro indicio de que la suma dineraria percibida por ese conductor entraña una remuneración por el servicio y no una simple compensación de gastos.

Lo que tampoco cabe negar es el hecho cierto de que las empresas de «carpooling», haciendo uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, han logrado que la contratación de transportes entre particulares haya dejado de constituir una actividad aislada, para convertirla en una operación que se demanda y se oferta públicamente en el mercado.

La actividad de «compartir vehículo» se configura jurídicamente como un contrato de transporte, por cuya virtud el conductor o transportista se compromete a trasladar de lugar, sin daño ni menoscabo, al viajero; y este último a abonar a aquél una suma de dinero en concepto de contraprestación económica. Este dato permite, como ya se ha dicho, distinguir estos transportes de los meramente amigables o de cortesía, en los que no hay verdadera obligación de traslado por parte del conductor ni tampoco existe un deber de contraprestación a cargo del viajero.

La condición de transportista recaerá, en principio, sobre el conductor del vehículo; y si se tratara de una persona dedicada habitual o profesionalmente a la contratación de este tipo de operaciones (de transporte por carretera), su posición no sería distinta de la de cualquier otro empresario del sector y vendría sometido a su mismo estatuto jurídico. En otro caso, no teniendo la condición de empresario, el transportista será un particular que, eventualmente, lleva a cabo este tipo de operaciones mediante la celebración, también esporádica, de los correspondientes contratos.

Por su parte, el viajero será quien, normalmente, contrate con el transportista su propio traslado y, por ende, la persona que se comprometa a abonar el precio o contraprestación estipulados por el servicio.

La empresa de «carpooling» parte de la idea de que, cuando contratan el transporte, tanto el conductor como el viajero actúan «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», de manera que ninguno de ellos tendría la condición de empresario. Por ello mismo y en la medida en que la legislación de consumo tiene por objeto la regulación de las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 59.1 Real Decreto Legislativo 1/2007), no resultará de aplicación en estos casos, privando a los pasajeros de la protección de sus preceptos.

El cumplimiento de la obligación de transportar a cargo del conductor cuenta con la garantía que supone la vigencia y aplicación de la póliza de seguro obligatorio del automóvil, que cubre la responsabilidad civil en que pudiera ocurrir el conductor del vehículo por daños causados a sus ocupantes. Lo que incluye también a la persona o personas que transporta como pasajeros en el ejercicio de la actividad de «carpooling». Así y todo es evidente que la reiteración de este tipo de conductas mediante la celebración de los correspondientes contratos constituye una circunstancia agravante del riesgo que las entidades aseguradoras preguntan en los cuestionarios que someten a sus clientes y que dará lugar al correspondiente incremento de primas o, llegado el caso, al planteamiento frente al asegurado de la pertinente excepción.

Esta circunstancia en ningún caso aprovechara a las empresas –que sí lo son– de «carpooling», cuyas relaciones con sus clientes consumidores vendrán sometidas a la legislación de consumo. La cuestión de si son realmente empresarios de mediación o de transporte debe resolverse en cada caso tomando en consideración el verdadero objeto de su actividad y el grado de protagonismo que adquieren en la contratación de este tipo de operaciones.

En el plano de la legislación de ordenación de los transportes por carretera, nos encontramos ante actividades que cabría catalogar como alegales, al no haber sido tomadas en consideración por la normativa positiva. Esta ausencia de regulación no permite hablar de ventajas competitivas ni acusar a quienes llevan a cabo estas actividades de competencia desleal.

#### **4. En torno a la nueva generación de contratos de «comercialización» a través de la Internet**

El fin último de las mercancías y de los servicios ofertados por los empresarios es su efectiva contratación en el mercado. Así entendida, la labor comercializadora se nos presenta como una faceta esencial de cualquier actividad empresarial, cuyo objetivo no es otro que es propiciar el encuentro económico de la oferta y la demanda.

Las dificultades de comercialización en el mercado de sus productos y servicios han llevado tradicionalmente a los empresarios a implicar en ella a colaboradores mediante el establecimiento de relaciones tendentes a la combinación de esfuerzos y al reparto de riesgos. Los contratos de comercialización son un tipo cualificado de contratos de colaboración interempresarial dirigidos a propiciar la contratación en el mercado de productos y servicios, con un alto componente fiduciario o de confianza.

El recurso a estas formas de colaboración se ha incrementado en los últimos tiempos, debido a la intensificación de la competencia y la creciente complejidad de los mercados. Ello no solo ha supuesto un mayor desarrollo de los antiguos canales de distribución sino que ha dado lugar también al nacimiento de otros nuevos, auspiciados por la aplicación comercial de las últimas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Estos cambios han afectado directamente al formato jurídico de las relaciones empresariales de distribución y con ello al contenido de los contratos de colaboración comercial. En los últimos años, la evolución de la comercialización ha estado marcada por la aparición de mercados electrónicos globalizados unida al crecimiento exponencial experimentado por el comercio a través de Internet, que puede decirse ha supuesto una auténtica revolución en la configuración tradicional de la contratación a distancia.

La labor comercializadora ha experimentado un giro «copernicano» merced al recurso a las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y a la implantación de técnicas de comunicación a distancia. Tales fórmulas están siendo empleadas por empresarios que se encargan no sólo de promover la contratación «in absentia» de los productos o servicios de otros, sino también de organizar sistemas de contratación basados en el correo postal, el teléfono o el fax; y, sobre todo, Internet.

En efecto, el creciente desarrollo experimentado por el comercio electrónico o «e-commerce» ha venido acompañado del establecimiento de plataformas empresariales dirigidas a promover la contratación a través de Internet de todo tipo de productos o servicios. Algunas se han convertido en verdaderos casos de éxito de nuestro tiempo.

La Ley 34/2002 considera un tipo de «servicios de la sociedad de la información», aquellos servicios de carácter oneroso, prestados a distancia por vía electrónica y a petición individual del destinatario que, constituyendo una actividad económica, se dirigen a la organización y gestión de mercados y centros comerciales virtuales. Actividades todas ellas mencionadas en las definiciones incluidas en su Anexo.

Los destinatarios de los productos o servicios ofertados por este medio pueden ser tanto empresarios como consumidores, de modo que la labor comercializadora desarrollada por estos empresarios de la sociedad de la información podrá ir dirigida a promover la contratación entre empresarios (B2B) o la contratación entre empresarios y consumidores (B2C); aunque en ocasiones también se desenvuelve en el ámbito de las relaciones entre consumidores, sirviendo de soporte al denominado «consumo colaborativo» (C2C).

El Real Decreto Legislativo 1/2007, al ocuparse de los «servicios de intermediación en los contratos a distancia», se refiere a los «operadores de las técnicas de comunicación a distancia» empleadas por los empresarios en su tráfico, para imponerles el deber de velar, «en la medida de sus posibilidades», por el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los empresarios que ofertan de este modo sus productos o servicios; así como por el respeto de los derechos legalmente reconocidos a los consumidores y usuarios. Sin embargo, acaba remitiéndose a la aplicación de la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico por lo que respecta a los «prestadores de servicios de intermediación» que desarrollan su actividad en el marco de la sociedad de la información. Cfr. su art. 95.

La Ley 34/2002 dedica un capítulo (el II de su Título II) a las obligaciones y el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, aunque su normativa es muy sesgada y se limita, básicamente, a ciertos aspectos relacionados con la información y la imposición a aquéllos de deberes de colaboración con la autoridad «competente». En lo tocante a la responsabilidad de estos empresarios, la Ley declara la sujeción de los mismos a la «responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico»; al tiempo que establece las pautas que les permiten eximirse de responsabilidad por los datos y contenidos introducidos por los usuarios de sus servicios.

Ahora bien, es evidente que los grandes comercializadores de Internet no son en modo alguno ajenos a los contratos relativos a los productos o servicios que se celebran ante ellos, desde el momento en que proporcionan a los futuros contratantes sus plataformas informáticas de contratación a distancia y los contratos se llevan a cabo con arreglo a los clausulados o condicionados generales predispuestos por los mismos para regular su cumplimiento.

En la práctica, la posición de preeminencia de los empresarios dedicados a la explotación de este tipo de portales de Internet ha terminado por desdibujar el contenido y los perfiles propios de las relaciones contractuales que concurren en las operaciones mercantiles promovidas por los mismos. De modo que la cuestión jurídica fundamental estriba en determinar el grado cierto de implicación y la posición de estos comercializadores en los contratos que otros celebran en sus plataformas informáticas.

Por lo común, la posición nuclear que estos empresarios de la sociedad de la información desempeñan en las operaciones va mucho más allá de la función de un simple mediador o de un representante directo, y puede dar pie a su consideración como parte contratante. Lo que comportará también su eventual responsabilidad en caso de incumplimiento de los contratos

celebrados a través de sus plataformas de comercialización. Sobre todo, frente a los destinatarios de los productos o servicios que merezcan la consideración jurídica de contratantes de buena fe. Esta afirmación resulta difícilmente cuestionable cuando esos mismos prestadores de servicios de la sociedad de la información colaboren activamente con los proveedores en los procesos de ejecución de los contratos, proporcionándoles infraestructura empresarial y apoyo logístico para la entrega de los productos a sus clientes; o poniendo a su disposición sistemas de pago y de cobro.

## **5. La contratación de servicios de asesoramiento jurídico y su promoción. A vueltas con el nuevo Código Deontológico de la Abogacía Española.**

El contrato de asesoramiento técnico puede tener por objeto la prestación de servicios de asesoramiento jurídico. La «jurisconsultoría» es una actividad tradicional, tan antigua como el propio Derecho. El conocimiento, la interpretación y la aplicación de las reglas jurídicas requieren, a menudo, la consulta de expertos, a cuyo dictamen suelen recurrir los interesados para resolver las diversas cuestiones.

La actividad de consultoría jurídica ha experimentado, por supuesto, su mayor grado de desarrollo con el advenimiento del Estado de Derecho. La proliferación de normas jurídicas y la creciente complejidad técnica de su contenido, unidas a la «vis expansiva» propia del Derecho como sistema de ordenación, han dado lugar, además, a un proceso decidido de especialización del conocimiento jurídico.

Sin embargo y contrariamente a lo que pudiera parecer, la prestación en el mercado de servicios de consultoría o asesoramiento en Derecho es libre y no está reservada a ningún grupo o profesión jurídica, con una importante excepción: la defensa en juicio de intereses ajenos que legalmente se atribuye a los abogados en ejercicio.

La postulación ante los tribunales de justicia adquiere en la actualidad una dimensión esencial, por su conexión –directa– con el derecho a la tutela judicial efectiva, que las constituciones democráticas reconocen a los justiciables. Se trata, por lo demás, de la prestación característica del contrato por el que un abogado asume la dirección y defensa en juicio de las pretensiones jurídicas de un cliente, a cambio del pago de una remuneración (honorarios).

La Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial ha consagrado dicha función, al imponer (art. 546) a los poderes públicos la obligación de «garantizar la defensa y la asistencia de abogado [...] en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes».

La misma Ley atribuye (art. 542) en exclusiva la denominación y función de «abogado» al licenciado –hoy también graduado– en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. Al propio tiempo, determina que, «en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes»; y que deben sujetarse «al principio de buena fe», gozando de «los derechos inherentes a la dignidad de su función» y quedando amparados «por aquéllos en su libertad de expresión y defensa». También les impone el deber de «guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional», sin que puedan ser obligados a «declarar sobre los mismos».

En colaboración con los abogados, desarrollan su actividad los procuradores, a quienes la Ley confiere (art. 543), asimismo en exclusiva, la función de representar a las partes en todo tipo de procesos, así como la de llevar a cabo aquellos actos de comunicación procesal para los que estuvieran legalmente autorizados, bajo el mismo deber de secreto.

En sentido más amplio, el Estatuto General de la Abogacía Española (aprobado por Real Decreto 658/2001) define la abogacía (art. 1) como «una profesión libre e independiente» dedicada a la prestación de un servicio «en interés público», que se ejerce en «régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia».

El contrato de asesoramiento jurídico en general, al igual que el más específico de defensa y asistencia en juicio (postulación), no requieren para su perfección ninguna forma jurídica; aunque no es infrecuente que se documenten por escrito, mediante la emisión de las denominadas «hojas de encargo», en las que, tras la identificación de los contratantes, se lleva a cabo una descripción básica de los servicios jurídicos asumidos por el abogado, se fija el importe de sus honorarios y se estipulan las condiciones de pago de los mismos.

El abogado está sujeto, en el ejercicio de su actividad profesional, además de a la normativa legal y reglamentaria que pueda resultar de aplicación en cada caso, a los preceptos del Estatuto General de la Abogacía Española, así como al fiel cumplimiento de sus normas deontológicas, cuya infracción se halla sometida al régimen disciplinario colegial. Aun cuando se trata de normas propiamente de ordenación, sus dictados pueden servir para integrar y dotar de contenido a las obligaciones de servicio asumidas por los abogados.

Esto no rige, sin embargo, para aquellas normas estatutarias o deontológicas de carácter restrictivo, contrarias a la libre competencia que ha de presidir el ejercicio de la profesión de

abogado y la prestación en el mercado de servicios de asesoramiento jurídico. Es el caso, por ejemplo, de buena parte de las limitaciones impuesta al ejercicio colectivo (mediante la constitución de sociedades) de la abogacía y también de las que impiden a los abogados disponer libremente de sus honorarios. En el mismo sentido, cabe decir que el nuevo Código Deontológico de la Abogacía Española (aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019), contiene normas de más que dudosa legalidad, como la que prohíbe expresamente al abogado «compartir honorarios con persona ajena a la profesión», salvo que se haga en el marco –estricto– de los convenios de colaboración celebrados conforme a los dictados del Estatuto General de la Abogacía Española; o «que se informe al cliente de esta circunstancia» (art. 14.3). Resulta difícil de justificar la validez en Derecho de cualquier medida impositiva dirigida a restringir o coartar la libertad de un abogado de aplicar sus ingresos a la cobertura de los gastos de explotación que puedan derivarse del ejercicio de su actividad profesional. De igual modo, tampoco tiene cabida en una economía de mercado tratar de impedir (art. 18) al abogado «pagar», «exigir» o «aceptar» a terceros «comisiones o cualquier otro tipo de compensación» por enviarle un cliente o recomendarle a posible clientes, «salvo que se informe al cliente de esta circunstancia». Promover la contratación de servicios de asesoramiento es una actividad perfectamente lícita en un mercado basado en la libre competencia y responde a la prestación de un servicio de mediación susceptible de ser contratado por cualquier operador económico. Otra cosa distinta es que, al hacerlo, el mediador que sea incumpla las obligaciones de lealtad o confianza frente al cliente. En cualquier caso, resulta contradictorio proclamar primero la libertad del abogado de recurrir a la publicidad (art. 6) y considerar después contraria a la ética de su profesión la celebración por el mismo abogado de contratos de mediación con fines promocionales.

Oviedo, julio de 2019