

DERECHO MERCANTIL



Economía colaborativa y plataformas digitales

Pablo Jarne Muñoz

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza*

*Prólogo de
Ángel Luis Monge Gil*

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón*

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL

TÍTULOS PUBLICADOS

Conflicto de intereses y comisión mercantil, *Elena Leiñena Mendizábal* (2009).

El acceso a la condición de socio en la sociedad cooperativa de trabajo asociado,
Pedro J. Lassalleta García (2010).

El contrato de permuta comercial (BARTER), *José Antonio Vega Vega* (2011).

Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias, *Eduardo Estrada Alonso, Raúl I. Rodríguez Magdaleno, Ignacio Fernández Chacón* (2011).

Sociedades Anónimas Deportivas. Régimen jurídico actual, *Isabel Ramos Herranz* (2012).

Derecho Mercantil Electrónico, *José Antonio Vega Vega* (2015).

El contrato de obra por empresa, *Antonio Tapia Hermida* (2016).

Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada, *Pablo Jarne Muñoz* (2016).

Régimen jurídico de los autónomos. Aspectos mercantiles, administrativos laborales y fiscales, *José Antonio Vega Vega (Dir.)* (2018).

Economía colaborativa y plataformas digitales, *Pablo Jarne Muñoz* (2019).

COLECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL

Director

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA

Catedrático de Derecho mercantil

Universidad de Extremadura

ECONOMÍA COLABORATIVA Y PLATAFORMAS DIGITALES

Pablo Jarne Muñoz

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza*

Prólogo de

Ángel Luis Monge Gil

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón*

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2137-0
Depósito Legal: M 14910-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*Al Profesor Monge Gil,
Maestro y consumidor informado*

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
C. Com.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
GPS	Global Positioning System
LAU	Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos
LCD	Ley 3/1991, de Competencia Desleal
LDC	Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal
LOTT	Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres
ROTT	Real Decreto 1211/1990, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
S	Sentencia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
VTC	Vehículo de Transporte con Conductor

PRÓLOGO

«Pues si vemos lo presente cómo en un punto se es ido y acabado. Si juzgamos sabiamente, daremos lo no venido por pasado...». (Jorge Manrique)

Escribir el prólogo de un libro es una gran responsabilidad. Máxime si se trata de un magnífico libro escrito, más que por un discípulo, por un amigo. Presentamos la segunda monografía de Pablo Jarne: «Economía colaborativa y plataformas digitales». Pablo Jarne es, desde fechas recientes, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza. No quiero dedicar ni una sola línea a manifestar lo difícil que está resultando «hacer carrera universitaria» hoy a un brillante docente e investigador. Como dijera un conocido periodista hace unos años, recibiendo un consejo de su padre: «Hijo mío: no cuentes a nadie tus problemas. Que los divierta su padre».

Simplemente decir que el profesor Jarne tiene un currículum lo suficientemente extenso y brillante para, en épocas no demasiado lejanas, ser ya profesor titular de universidad. Pero eso es otra historia.

El tema elegido por Pablo resulta ser de rabiosa actualidad: la economía colaborativa y las plataformas digitales. El autor, me atrevo a calificarlo, es un auténtico especialista en la materia. Jarne es conferenciante habitual a lo largo de la geografía española de este tema. Además, ha escrito ya algún trabajo relacionado con estas cuestiones en varias revistas de nuestra disciplina. El autor aborda la presente monografía de una manera didáctica, exhaustiva y, me atrevería a decir, provocadora. Además el libro resulta ser de muy fácil lectura. Pablo, entre otras características que lo adornan, escribe muy bien. Y eso, en estos tiempos es de agradecer. Junto a tanto trabajo hoy «informativo», Jarne es

crítico, incisivo y apunta siempre con honradez intelectual su opinión. Y se compartan o no sus conclusiones, su trabajo resulta ser de indudable interés para los lectores que se acercan a esta materia. El libro se divide en cuatro capítulos.

El Capítulo primero lleva por título, *La economía colaborativa. Origen y presupuestos*. El capítulo segundo, *las Plataformas colaborativas como vehículo de la economía colaborativa*. El Capítulo tercero, *prosumidores y consumidores*. Terminando, capítulo cuarto, con unas consideraciones sectoriales, dedicadas al transporte colaborativo y a las viviendas de uso turístico.

Por mí parte, querría poner el acento, de forma muy breve, en tres cuestiones.

En primer lugar, el propio concepto de Consumo Colaborativo tiene unos perfiles complicados de establecer. Piénsese en toda la polémica que está levantando esta cuestión en sectores, como por ejemplo, el transporte de personas. Una cuestión me parece clara. Solo cabe hablar de consumo colaborativo si no existe ningún tipo de ánimo de lucro por parte del prestador del servicio. La habitualidad, unida al criterio de profesionalidad, desvirtúa toda posibilidad de calificar un transporte como de «colaborativo». Se empleen o no plataformas digitales o cualquier otro medio tecnológico moderno.

En segundo lugar. Resulta difícilmente justificable defender normas jurídicas que restrinjan sin motivos razonables el juego de la libre competencia en el sector. Desde mi actual posición de Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, he tenido la oportunidad de pronunciarme sobre el conflicto del sector del taxi con el de prestadores de servicio de transporte de viajeros efectuados por otro tipo de empresas. Pueden existir razones políticas que aconsejen unas determinadas soluciones. Pero desde el punto de vista jurídico resulta complicado alterar el juego de la libre competencia. Menos en sectores que no se pueden calificar como de servicio público.

Y, por último. Me resulta muy triste asistir a las técnicas legislativas con las que nuestros legisladores «pretenden» resolver los nuevos problemas que está planteando la realidad social. Es cierto que ésta va muy por delante de determinadas categorías jurídicas llamemos clásicas. Pero regular todo por Decreto-ley, como si todo lo que pasa en España en los últimos años fuese de «urgente necesidad», me parece un disparate. Falta reflexión, falta más parlamento, falta más sentido común y sobra política barata y chalaneo. Si tengo un problema social, decreto-ley y que lo resuelvan otros. Así no se hacen las cosas.

Bueno. No me resta más que felicitar al autor de la obra, recomendar su lectura y animarle a continuar por el camino de honradez intelectual que ha emprendido.

Ángel Luis Monge Gil
Profesor de Derecho Mercantil Universidad de Zaragoza

INTRODUCCIÓN

La economía colaborativa está de moda. Basta leer los periódicos, ver los anuncios que las plataformas cuelgan en cadenas de máxima audiencia o seguir los proyectos normativos que las autoridades de los diversos Estados elaboran a lo largo y ancho del globo para darse cuenta de que se trata de un fenómeno que goza de plena forma y que ha venido para quedarse.

Esta creciente importancia que lo colaborativo ha venido demostrando tiene igualmente su reflejo en el ámbito doctrinal. En los últimos años un porcentaje significativo de la literatura jurídica aborda de un modo u otro las implicaciones que la economía colaborativa ofrece con las más diversas temáticas.

En cualquier caso, su impacto no se limita al mundo del Derecho. Las disciplinas de perfil económico, sociológico o técnico han demostrado igualmente un interés creciente en las posibilidades que ofrece el ideal colaborativo, dando un tratamiento integral y profundo al fenómeno y posibilitando que poco a poco conozcamos más y mejor la realidad que se esconde tras estos nuevos modelos económicos.

En mi caso, son ya cuatro los años que he dedicado al estudio del movimiento colaborativo. Habiendo abordado diversos aspectos del fenómeno, esta obra surge como un intento de construir de modo sistemático un estudio que de cuenta de las principales cuestiones que a nivel jurídico plantean las plataformas de consumo colaborativo, tratando de aportar algo de luz a los interrogantes que aun hoy encontramos cuando analizamos este fenómeno.

La labor, como puede intuirse, no resulta sencilla. En primer lugar, por el hecho de que a pesar de su difusión y protagonismo actual, se trata de un fenómeno en estado embrionario. Nótese que el recorrido que ha

tenido, si bien ha sido vertiginoso, es todavía desde luego corto, motivo por el cual la doctrina, el legislador y los propios operadores no han tenido tiempo todavía para ordenar adecuadamente los intereses en presencia.

En segundo lugar, por lo disruptivo de los planteamientos colaborativos. Los modelos *peer to peer* resultan en buena medida ajenos a los postulados en torno a los que se ha desarrollado la economía y el consumo en las últimas décadas, abriendo interrogantes de difícil solución en numerosos frentes, fundamentalmente asociados a la vertiente subjetiva de la actividad.

En relación con los sujetos implicados en estas relaciones, surge en primer lugar en toda su complejidad el prosumidor como figura ecléctica que aúna las condiciones de productor y consumidor o, dicho de otro modo, de prestador del servicio y de destinatario final del mismo. Será necesario en el corto plazo dar respuestas a cuestiones tales como la hipotética necesidad de autorizaciones para el ejercicio de la actividad o el tratamiento fiscal que resulte aplicable a estos sujetos.

Las dudas se acrecientan todavía cuando abordamos el papel que las plataformas digitales desarrollan en estos nuevos modelos. Y esto por cuanto estas estructuras rediseñan por completo el modo en el que se cruza la oferta y la demanda en los mercados en línea, desarrollando una actividad de intermediación cualificada cuyos contornos no terminan de venir definidos en la normativa que en este tiempo ha venido tratando de acotar su actividad.

Finalmente, el fenómeno colaborativo plantea si cabe mayores dificultades en nuestro país por las peculiaridades derivadas del Estado de las autonomías. Esto puede apreciarse sin dificultad cuando se analiza la cuestión de las Viviendas de Uso Turístico. Ostentando las Comunidades Autónomas la competencia para reglamentar estos temas resulta difícil llegar a clarificar la situación y unificar las diversas normas de producción autonómica.

A tratar de solucionar estas cuestiones se orientan las páginas de esta obra, realizada en el seno del Proyecto de Investigación DER2016-76936-R Hacia un régimen jurídico integrado en el transporte de personas y de carga (Plataformas Logísticas) y del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_17R). La sistemática seguida es la siguiente. En un primer momento se aborda la economía colaborativa como fenómeno contemporáneo, analizando las circunstancias que han contribuido a su desarrollo y tratando de extraer sus notas características. Una vez delimitado, resulta preciso determinar cuál es su influencia en los mercados, abordando la incidencia del Derecho de defensa de la competencia

y de la competencia desleal, para finalizar con una reflexión acerca de la necesidad de proceder a elaborar una normativa en la materia.

El segundo capítulo se centra en las plataformas en línea como instrumento a través del cual se desarrolla la economía colaborativa y como presupuesto necesario para que puedan producirse las relaciones entre pares, objetivo primario y principal de los modelos colaborativos considerados «propios» o puros. La determinación de la concreta configuración de la actividad de intermediación de las plataformas y su incidencia en la hipotética responsabilidad en que incurra en su ejercicio genera todavía hoy importantes dudas, motivo por el cual es crucial su análisis exhaustivo.

El capítulo tercero aborda el estudio de los otros dos sujetos que completan la relación triangular característica de los modelos colaborativos, esto es, los prestadores finales del servicio subyacente y los consumidores que los reciben. El estatus que se atribuya al consumidor y, en consecuencia, las obligaciones que le resulten de aplicación, resultará clave en la evolución del fenómeno colaborativo. Del mismo modo, reviste importancia el modo en el que se tutelan los intereses de los consumidores en el ámbito colaborativo, pudiendo encontrar iniciativas de gran interés asociadas a las propias plataformas.

Este trabajo se cierra con un capítulo enfocado a dar cuenta de las peculiaridades sectoriales que se asocian con el transporte y el alojamiento colaborativo, que constituyen los dos buques insignia del movimiento y en torno a los cuales se ha venido desarrollando y perfilando el régimen jurídico aplicable al fenómeno colaborativo.

Evidentemente, son muchos los sectores que han visto su existencia alterada o condicionada por la irrupción de las plataformas de la economía colaborativa. Siendo esto innegable, su análisis particularizado restaría coherencia y uniformidad a este trabajo, motivo por el cual concentró el análisis en los dos sectores mencionados, que son sin duda los que tendrán una influencia más determinante en el devenir del movimiento colaborativo.

CAPÍTULO 1

LA ECONOMÍA COLABORATIVA. ORIGEN Y PRESUPUESTOS

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Vivimos en una época en la que el consumo está presente en todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana. La economía de la abundancia en la que nuestra sociedad se inscribe provoca que la oferta de bienes y servicios sea ingente, y que los límites al comercio vengan únicamente limitados por las posibilidades adquisitivas de la población.

El individuo moderno consume para satisfacer sus necesidades cotidianas. Pero esto no significa que ambas variables sean proporcionales. Por el contrario, el consumidor en nuestros días se deja llevar generalmente por un afán adquisitivo creciente, que la publicidad y el marketing no hacen sino acrecentar. Del mismo modo, cabe apreciar una cierta voluntad de reafirmación social en los hábitos de consumo de las personas, ya que estos hábitos constituyen en cierto modo una radiografía de la situación del individuo, sea a nivel social, económico o político.

La economía colaborativa busca romper con esta situación, y supone en este sentido una reordenación del modo en el que los consumidores buscan satisfacer sus necesidades. Este importante salto derivado de la irrupción en diferentes mercados de operadores que funcionan en régimen colaborativo supone un reto para las autoridades, que observan cómo el fenómeno de la economía colaborativa crece a un ritmo vertiginoso y lo hace en una situación de vacío normativo que provoca que este movimiento se rodee de un cierto halo de incertidumbre.

Explicar el origen del movimiento colaborativo implica adentrarse en un cúmulo de circunstancias, de diversa índole, que han derivado en la

eclosión de este nuevo modelo económico que amenaza con desplazar a los sistemas tradicionales de prestación de servicios. Los postulados del movimiento no son, en absoluto, nuevos. De hecho, debemos reconocer que en cierta forma la economía colaborativa implica una vuelta al pasado, a los modos originarios de satisfacción de las necesidades humanas.

De este modo, se considera frecuentemente que el trueque se esconde detrás del origen del movimiento colaborativo, puesto que en cierto modo el fin último de ambas actividades no deja de ser común. En palabras del Comité Económico y Social, el consumo colaborativo *«no es ninguna idea nueva, sino más bien el rescate de una práctica que se beneficia de la tecnología actual para que el servicio sea mucho más eficiente y escalable*¹».

En cualquier caso, a pesar de reconocer que la economía colaborativa ha bebido de los sistemas primitivos de satisfacción de las necesidades humanas, es necesario tener presente que, en su actual configuración, las plataformas de base colaborativa presentan unos contornos y unos fundamentos tan diferentes de aquellos que difícilmente podemos sostener paralelismos entre ambos, más allá de su finalidad.

En primer lugar, para entender el movimiento colaborativo hemos de partir de la influencia que las nuevas tecnologías derivadas de la sociedad de la información despliegan en la actualidad. Y es que sería difícil, si no imposible, imaginar un escenario como el actual sin internet y sin recurrir a las plataformas en línea. Las posibilidades de comunicación y de interacción que estas ofrecen resultan claves en la organización de la actividad.

Desde el momento en el que se oferta el servicio, hasta la conclusión del mismo y en su caso la formalización del pago, la totalidad del proceso se gestiona en línea, y es este hecho el que otorga a la economía colaborativa una flexibilidad y una rapidez extraordinarias.

Del mismo modo, no podemos obviar el hecho de que la economía colaborativa se ha desarrollado en un clima económico muy determinado. La fuerte crisis que hemos venido arrastrando desde finales de la década pasada ha jugado un papel importante en el éxito rotundo de las plataformas de prestación de servicios vinculadas al movimiento colaborativo².

¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01), pág. 3.

² En la misma línea ORTIZ VIDAL, M^a D., «La economía colaborativa en la Unión Europea: Un fenómeno tan popular como controvertido», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 91, quien apunta igualmente a la importancia que ha tenido en el desarrollo de la economía

Y es que, por un lado, el hecho de que el servicio se gestione sin recurrir a un sujeto profesional posibilita que este se preste a un precio significativamente menor que aquel que ofrece un operador clásico, teniendo en cuenta que se evitan una serie de gastos fijos nada desdeñables. La variable precio, en una economía dañada como la nuestra, adquiere una importancia fundamental. No quiere esto decir que la economía colaborativa no hubiera surgido en un contexto económico favorable, pero probablemente la crisis ha servido de catalizador en este caso, acelerando e impulsando el crecimiento de este tipo de plataformas.

Paralelamente, la alta tasa de paro registrada en los últimos tiempos ha provocado que ciertos individuos hayan venido haciendo un uso impropio de estas plataformas, que se aleja de la dinámica colaborativa para aproximarse peligrosamente a una actividad profesional encubierta. A pesar de que nos ocuparemos en profundidad de esta cuestión, baste decir que la delimitación de cuándo nos encontramos ante un uso propio y cuándo ante un uso impropio de las plataformas colaborativas constituye uno de los principales retos en la actualidad³.

A la justificación puramente crematística y a la influencia de las nuevas tecnologías cabría añadir en mi opinión una tercera pata a la economía colaborativa. Y es que esta ha venido vinculada desde un inicio a una cierta conciencia medioambiental, inscribiéndose de este modo el movimiento colaborativo dentro de otro más amplio, que defiende una utilización más racional de los recursos y trata de alejarse del excesivo consumismo en el que la sociedad moderna se encuentra inmersa⁴.

Es este argumento de orden ecológico el que de modo más frecuente esgrimen las empresas colaborativas para distanciarse de los operadores

colaborativa la crisis de valores y de confianza de los ciudadanos hacia las instituciones *tradicionales* de la sociedad.

³ V., en este sentido, el Apartado 25 del Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones, que declara que el Comité «considera especialmente útil determinar “umbrales” de acceso, “cualitativos” y “cuantitativos”, con el fin de determinar quién está sujeto a los requisitos de acceso al mercado, así como para evitar la propagación de actividades que, con el pretexto de la economía colaborativa, puedan eludir las disposiciones legales y reglamentarias».

⁴ Hay que tener presente que esta conciencia medioambiental no es exclusiva de la economía colaborativa habiendo conocido en los últimos tiempos numerosos movimientos orientados a la racionalización de los recursos entre los que destaca, sin duda, la denominada economía circular. V., en relación con este movimiento, GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «¿Del consumo sostenible a una economía circular?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 17, 2016, págs. 179-191.

clásicos, y para defender la conveniencia de que las autoridades desarrolleen un régimen privilegiado para el sector. El consumo parece integrarse de este modo en los discursos sociales y políticos modernos, concediéndose paulatinamente una mayor importancia a la necesidad de defender un modelo de consumo sostenible y responsable⁵.

A pesar de todo, y sin poder obviar la influencia que el medio ambiente tuvo en la eclosión de muchas plataformas colaborativas, el debate no ha de verse excesivamente condicionado en mi opinión por esta variable, puesto que la mercantilización creciente que este tipo de plataformas han venido experimentando desplaza el foco de atención de los usuarios hacia la variable precio, sin duda crucial para entender la dimensión que en los últimos tiempos ha alcanzado este nuevo modelo económico⁶.

Ahora bien, atendidos estos presupuestos, ¿qué debemos entender por economía colaborativa? La respuesta no es sencilla ni inmediata. De hecho, no nos encontramos ante un sector particularmente definido sino más propiamente ante un modo peculiar de concebir las relaciones económicas. Así, en primer lugar la economía colaborativa evita la idea de propiedad para centrarse en aquella otra de acceso, entendido en el sentido de posesión.

Los partidarios de este movimiento son conscientes de que para satisfacer un porcentaje importante de nuestras necesidades personales no necesitamos tener en propiedad los bienes. Por el contrario, será suficiente con que tengamos la posibilidad de utilizarlos o acceder a los mismos en aquellos momentos puntuales en los que realmente los necesitemos. Frecuentemente, se alude al taladro como paradigma de bien susceptible de una utilización colaborativa, si tenemos en cuenta que la utilización media por una familia de este tipo de instrumentos apenas asciende a unos minutos a lo largo del año⁷.

⁵ GAIGHER B. CAMPELLO, L./ RIBEIRO SANTIAGO, M., «El desarrollo del trueque, un instrumento de consumo colaborativo y sostenible», *Derecho y cambio social*, año 11, nº 38, 2014, pág. 11.

⁶ Este hecho explica que en la economía colaborativa podamos ver una cierta correlación entre el recurso a las plataformas colaborativas y el nivel adquisitivo de los consumidores, siendo aquel mayor conforme menor es este último. V. MÉNDEZ PICAZO, M.T. / CASTAÑO MARTÍNEZ, M.S., «Claves de la economía colaborativa y políticas públicas», *Economía industrial*, nº 402 (ejemplar dedicado a: Economía colaborativa), 2016, pág. 14.

⁷ Así, entre otros, BÖCKER, L. / MEELEN, T., «Sharing for people, planet or profit? Analysing motivations for intended sharing economy participation», *Environmental Innovation and Societal Transitions*, nº 23 2017, pág. 31.

Pero no es necesario que vayamos a casos tan extremos. Pensemos en los vehículos particulares, que restan inutilizados un elevado porcentaje del día, o igualmente en las plazas de garaje en las que estos se aparcen, que podrían ser utilizadas mientras sus titulares se encuentran en el trabajo o en época vacacional. La idea de eficiencia se percibe aquí en toda su dimensión, ya que no siempre necesitaremos aumentar los recursos al incrementar las necesidades, puesto que en muchas situaciones será suficiente con que consigamos realizar una asignación más eficiente de los recursos ya existentes.

En definitiva, la economía colaborativa defiende una utilización más racional de los recursos a nuestra disposición, que posibilite que los miembros de una comunidad puedan satisfacer sus necesidades puntualmente sin por ello verse obligados a adquirir la titularidad de estos bienes. Y es que hay que tener presente que la propiedad con frecuencia trae consigo una serie de costes que pueden llegar a ser importantes (en el caso de un vehículo pensemos en los seguros, permisos de circulación, revisiones periódicas, etc.).

Pero más allá del interés que pueda tener una definición de la economía colaborativa parece que lo decisivo será llevar a cabo una caracterización de la misma, para de este modo poder identificar cuándo nos encontramos ante un servicio propiamente colaborativo y cuándo ante una utilización más o menos interesada del ideal colaborativo por parte de empresas privadas. A pesar de que abordaremos la cuestión posteriormente con mayor detalle, apuntar que a juicio del Comité Económico y social, las notas que han de concurrir en una actividad para ser considerada como colaborativa son las siguientes⁸:

- *el hecho de que esta práctica no conduce a la propiedad de bienes ni a su copropiedad, sino a un uso o utilización compartidos.*

Como hemos indicado la idea de propiedad va a ser sustituida en el fenómeno colaborativo por la de acceso o posesión. Esto permite, además de acceder a bienes y servicios a un precio enormemente menor, evitar la infrautilización característica de la economía de la abundancia, al tiempo que evita los importantes costes asociados a la propiedad de ciertos tipos de bienes.

⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05), pág. 1.

- *la intermediación de una plataforma que pone en contacto, en particular por medios electrónicos, a una pluralidad de predisponentes de bienes o servicios y una pluralidad de usuarios.*

Si bien podemos decir que siempre han existido prácticas más o menos cercanas al ideal colaborativo, la configuración actual de estos modelos no se podría explicar sin tener en cuenta las plataformas digitales. Estas estructuras, que permiten un contacto continuo entre oferentes y demandantes, conceden una nueva dimensión al fenómeno, otorgándole unas características muy particulares como veremos con posterioridad.

- *el objetivo común de aprovechar mejor los bienes y servicios de que se trate mediante su uso compartido.*

En la economía colaborativa que en esta obra denominaremos propia ha de apreciarse una cierta conciencia de revertir la dinámica consumista en la que nuestra sociedad se ha instalado. El fenómeno colaborativo es consciente de que los recursos son limitados y de que es necesario que planteemos una utilización racional de los mismos, teniendo en este sentido este modelo económico un cierto rasgo ideológico vinculado con la sostenibilidad y el correcto aprovechamiento de los recursos.

- *el hecho de que las partes finales en estos negocios de estructura triangular compleja sean primordialmente «pares» (P2P) y nunca relaciones contractuales (B2C).*

Finalmente, la economía colaborativa se caracteriza por el hecho de que las relaciones a que da lugar son relaciones P2P o relaciones entre iguales, esto es, relaciones que se desarrollan entre dos sujetos que se encuentran en similar posición. Dicho de otro modo, la economía colaborativa se desvía de los sistemas clásicos de prestación de servicios en los que la relación se venía articulando en torno a un prestador de servicios profesional o empresario y un receptor de los mismos que tenía la consideración de consumidor o usuario.

II. LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES PEER-TO-PEER

Hemos puesto de manifiesto al dar cuenta de la aparición del fenómeno colaborativo un buen número de factores que, de un modo más o menos directo, han contribuido a que actualmente sea una realidad tangible. Procede a continuación abordar la vertiente más personal de la dinámica distributiva, atendiendo a los diversos sujetos implicados en la relación.

Para ello, es obligado situar las relaciones colaborativas dentro de una dinámica que conocemos habitualmente como relaciones *peer-to-peer* (P2P). La economía tradicional estaba fuertemente cimentada en dos tipos básicos de relación. Por un lado, las relaciones entre profesionales (B2B) y, en segundo lugar, las relaciones que ponen en contacto a un profesional y a un consumidor (B2C). Las primeras se asociaban al ámbito de los negocios mientras que las segundas han sido consideradas el paradigma del consumo a lo largo de los años⁹.

Pues bien, esta aparente dicotomía se ha visto alterada en los últimos tiempos con la irrupción de un nuevo modelo de relación, en la que tanto el prestador del servicio como el usuario del mismo son particulares o, si se prefiere, no gozan de un estatuto profesional¹⁰. Este nuevo paradigma de relación, que se conoce generalmente como relaciones *peer-to-peer* (P2P) o *consumer-to-consumer* (C2C) ha supuesto una revolución en nuestro Derecho de consumo, pues choca frontalmente con varios de los postulados clásicos en torno a los cuales se ha desarrollado esta disciplina.

La evolución de la contratación y de los mercados fue llevando paulatinamente hacia un escenario en el que la brecha existente entre las empresas y los consumidores era cada vez más acusada. De este modo, a partir de los años sesenta se puede apreciar una preocupación creciente de la doctrina por tratar de reequilibrar esta relación, concediendo una cierta protección al consumidor, considerado parte débil de la misma¹¹.

⁹ El hecho de que este fuera el esquema tradicional no implica en absoluto que estos tipos de relación hayan quedado relegados a un puesto menor. Antes al contrario, estos modelos han sabido igualmente adaptarse a los nuevos tiempos, creciendo y accediendo a nuevos canales que les proporcionan un nivel de competitividad y de cercanía con el consumidor cada vez mayores. El comercio móvil es un gran ejemplo de esta tendencia. V., en relación con esta cuestión, LÓPEZ CATALÁN, B. / SAN MARTÍN GUTIÉRREZ, S. / JIMÉNEZ TORRES, N.H., «El éxito del comercio móvil B2C: Factores de adopción y propuestas de valor de las empresas», *Cuadernos de estudios empresariales*, nº 26 2016, págs. 61-78.

¹⁰ El hecho de que oferente y prestador del servicio sean particulares conduce, como señalan VICENTE BUENDÍA, A. / PARRA MEROÑO, M.C. / FLORES ASENJO, M.P., «Economía colaborativa: ¿Una versión 2.0 de la economía social?», *Sphera publica: revista de ciencias sociales y de la comunicación*, vol. 1 nº. 17, 2017, pág. 73, al surgimiento de «nuevos modelos relaciones, en los que la oferta y demanda de bienes y servicios se emiten desde posiciones de igualdad comercial».

¹¹ Resulta arriesgado a pesar de todo considerar que el consumidor es siempre y en todo caso parte débil de la relación, ya que esta conclusión deriva de un buen número de variables que determinarán cómo de necesario es para el consumidor proceder a la celebración del contrato. Una de las más relevantes es, como puede intuirse, la mayor o menor competencia que encontramos en el mercado. Como indica DE LA PUENTE Y

Se vino a instaurar así, de modo progresivo, un cierto intervencionismo moderno en la contratación empresario-consumidor, en la idea de que resulta necesario conceder al consumidor ciertos derechos para que pueda desenvolverse en el tráfico moderno sin sufrir situaciones de abuso y desigualdad derivadas de la situación de preeminencia de que disfruta la empresa en nuestros tiempos¹².

Ahora bien, no podemos caer en el error de considerar que la tradicional relación bilateral empresario-consumidor se ha visto modificada por otra relación igualmente bilateral entre el prosumidor prestador del servicio y el consumidor o usuario del mismo. Este planteamiento excesivamente simplista de ningún modo se puede aceptar, pues supone desconocer la dinámica de la contratación asociada al movimiento colaborativo.

Estos modelos implican, como señala el Comité Económico y Social, una triangulación contractual compleja. Y es que, en primer lugar, existe una relación entre el prestador del servicio y la plataforma colaborativa que aloja el mismo. Del mismo modo, una relación entre dicha plataforma y el usuario final del servicio, que se encarga de gestionar habitualmente el cobro de la operación. Por último, encontramos la relación entre el

LALVALLE, M., «Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor», *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 31 1995 (ejemplar dedicado a: Derecho de la Empresa), pág. 17, «*el consumidor que puede satisfacer su necesidad de cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino que puede recurrir indistintamente a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual*».

¹² Protección que se concentra, como recoge el art. 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en el reconocimiento de los siguientes derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) *La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*
- b) *La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.*
- c) *La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*
- d) *La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*
- e) *La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*
- f) *La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.*

prestador y el usuario final, que aborda la ejecución del servicio en cuestión y que habitualmente se desarrolla entre particulares¹³ (*peer-to-peer*).

Así, podemos afirmar que esta nueva configuración de las relaciones vinculadas al consumo colaborativo provoca en consecuencia una superación del modelo de contrato de consumo clásico y da carta de naturaleza a nuevos operadores económicos, desconocidos hasta hace apenas unos años, que van a protagonizar la vida económica al menos en el corto y medio plazo¹⁴.

A esta excepción, tendente a reconocer el papel destacado que las plataformas digitales despliegan en las actividades colaborativas, es necesario añadir otra puntualización. Y es que, a pesar de que la economía colaborativa surgió y se desarrolló en un primer momento como expresión de una interacción entre particulares (modelo *peer-to-peer*), esto no significa no obstante que siempre y en todo caso aquellos que realizan una actividad en el marco de una plataforma colaborativa sean particulares.

Con el desarrollo de este tipo de plataformas hemos asistido a una progresiva utilización de las mismas por sujetos profesionales, tuvieran estos tal condición con anterioridad a ejercer la actividad en la plataforma o bien hayan comenzado a ejercer la actividad de manera profesionalizada a raíz de su incorporación a esta estructura¹⁵. Esta evolución puede compararse, guardando las distancias, con la que han experimentado las propias plataformas, que han pasado de ser gestores gratuitos en su mayor parte a percibir tasas cada vez más significativas, en lo que no podemos sino considerar un proceso de mercantilización creciente.

Las autoridades europeas se han mostrado desde un inicio plenamente conscientes de la coexistencia de particulares y de sujetos profesionales o profesionalizados en el seno de las plataformas colaborativas. De entre

¹³ V, en este sentido, el gráfico del Apartado 4.6 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05). 19 de agosto de 2016.

¹⁴ Nótese que la gestión masiva de datos en la que se apoyan las plataformas colaborativas es un sector que viene creciendo a niveles cercanos al 40% anual como apunta la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa en su página 16.

¹⁵ Esto explica que el Comité Europeo de las Regiones, en el Apartado 25 de su Dictamen sobre Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones, considere «especialmente útil determinar “umbrales” de acceso, “cualitativos” y “cuantitativos”, con el fin de determinar quién está sujeto a los requisitos de acceso al mercado, así como para evitar la propagación de actividades que, con el pretexto de la economía colaborativa, puedan eludir las disposiciones legales y reglamentarias».

las diversas opciones a disposición de las autoridades encargadas de velar por la competencia, se ha decidido desde un inicio aceptar esta dualidad, lo que no significa forzosamente dar idéntico tratamiento a ambos tipo de operadores, desde el momento en el que presentan una finalidad marcadamente diferente.

Así, a pesar de que el espíritu colaborativo o participativo no concurre en quien desarrolla la actividad profesionalmente con ánimo de lucro, las autoridades pronto se dieron cuenta de que incluso en estos casos la actividad de estos operadores redundaba en un incremento de la competencia en el mercado, resultando en consecuencia conveniente tolerar su presencia.

De hecho, se ha defendido que los operadores propiamente colaborativos y aquellos otros profesionales satisfacen intereses colectivos diferentes pero igualmente positivos, puesto que la economía colaborativa, *«por una parte, puede cubrir las necesidades sociales en casos de enfoque no comercial, y por otra, contribuir como actividad con ánimo de lucro, a generar empleo, cumpliendo con las normas fiscales, normas de seguridad, responsabilidad, protección del consumidor y demás normas imperativas¹⁶»*.

Ahora bien, hechas estas precisiones orientadas a dar cuenta de utilizaciones desviadas respecto al enfoque original y no comercial del movimiento colaborativo, sería absurdo obviar el cambio de paradigma que estos modelos proporcionan. Y es que el consumidor ha venido adquiriendo un rol absolutamente central en el escenario económico moderno.

Así, en primer lugar el consumidor se ha convertido en objeto de tutela específica con el desarrollo progresivo de los instrumentos asociados al Derecho de consumo. Este hecho ha provocado que la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba haya dado lugar a una concepción mucho más segura y activa de su papel económico y social, cambiando significativamente sus posibilidades de actuación¹⁷.

¹⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01), pág. 1.

¹⁷ Resulta forzoso aludir en este sentido al cambio que se ha experimentado en unas décadas en la relación entre la oferta y la demanda. Si tradicionalmente era la oferta existente en los mercados la que marcaba la pauta, posibilitando al consumidor optar por las diversas opciones disponibles, cada vez más asistimos a un escenario en el que es el consumidor quien determina qué productos han de ofertarse y quien exige a las marcas un esfuerzo continuo de adaptación a sus gustos y demandas. Nuevamente encontramos la influencia de la gestión masiva de datos en esta evolución, ya que es precisamente el *big data* quien permite a las empresas conocer cada vez más a sus consumidores potenciales y anticiparse a sus necesidades.

Este proceso, a través del cual el consumidor adquiere día a día un rol más activo, dio lugar en un primer momento a una cierta inversión en el modelo de oferta y demanda tradicional. Los consumidores ya no se limitan a elegir entre los diferentes bienes que se les ofertan, sino que pasan a ser conscientes de que son ellos en buena medida los encargados de generar la demanda del bien en cuestión, debiendo los empresarios adaptarse a dicha demanda para tratar de satisfacer su apetito. El consumidor es progresivamente consciente del poder de su posición, convirtiéndose en el sujeto en torno al cual gira la dinámica de producción y comercialización moderna.

Creo que es necesario tener presente este giro conceptual para entender correctamente el auge del consumo colaborativo en la sociedad moderna. Y esto debido a que, en cierto modo, la dinámica colaborativa no hace sino llevar un paso más allá este argumento. Y es que, teniendo en cuenta que son los consumidores quienes marcan la demanda con sus necesidades, ¿no podrían tratar de gestionarse estas sin necesidad de recurrir a un sujeto profesional, que ve su actividad por definición mucho más limitada en variables tales como precios, horarios o flexibilidad?

La era colaborativa viene marcada de este modo por el hecho de que el profesional ve su papel progresivamente difuminado, al tiempo que se asiste a una clara preeminencia de la figura del consumidor. Este ya no es considerado únicamente como parte pasiva de las relaciones de consumo, esto es, como consumidor del servicio, sino que recibe un cierto papel ambivalente, al erigirse a menudo igualmente en sujeto activo de la relación, esto es, en prestador del servicio¹⁸.

La infrautilización de los bienes característica de nuestro tiempo lleva a los consumidores a tratar de aprovechar los mismos. Ya se trate de un trayecto en coche, de una habitación vacía en casa o de un garaje inutilizado, estas situaciones se perciben cada vez más como una oportunidad para sacar rentabilidad a estos bienes, que suelen presentar unos gastos de adquisición y mantenimiento elevados.

En consecuencia, sistematizando todo lo expuesto hasta el momento, la relación bilateral tradicional profesional-consumidor no sirve para

¹⁸ Este cambio de paradigma ha tratado de reflejarse en el concepto de prosumidor, como sujeto que se encuentra a ambos lados del ciclo productivo, ya que sería por un lado oferente de un servicio del que él mismo se beneficiará, como sucede en el supuesto del conductor que oferta las plazas sobrantes de su coche a la hora de realizar un trayecto. La figura del prosumidor será analizada posteriormente en profundidad en el tercer capítulo de esta obra.

explicar las relaciones derivadas del movimiento colaborativo. A nivel contractual, el contrato bilateral va a verse sustituido por un entramado contractual triangular que pone en contacto al proveedor del servicio, a la plataforma digital que lo gestiona y al consumidor final que lo disfruta.

Por lo que respecta a la ejecución del servicio, el contacto profesional-consumidor no va a producirse generalmente, salvo en aquellos casos en los que un sujeto profesional opere a través de una plataforma de consumo colaborativo, con las peculiaridades que como veremos esto conlleva en cuanto al régimen aplicable. Por el contrario, serán los consumidores quienes se relacionen directamente entre sí, y no necesariamente en clave bilateral.

Y es que, además del de consumidor, un nuevo concepto va a surgir con fuerza en el movimiento colaborativo, y no es otro que el de comunidad. La comunidad concebida como grupo, como elemento aglutinador de todos aquellos consumidores interesados en satisfacer un determinado servicio, que se nutre del intenso contacto que las plataformas digitales posibilitan entre sus miembros.

III. ¿QUÉ ES ECONOMÍA COLABORATIVA Y QUÉ NO? BÉNEFICIOS DEL MOVIMIENTO COLABORATIVO

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta la economía colaborativa en la actualidad es probablemente el de su propia delimitación. Tratándose de un fenómeno relativamente reciente y en fase embrionaria no resulta extraño que surjan dudas en torno a la figura. Este hecho se ve acentuado por la utilización que muchas empresas han venido haciendo del ideal colaborativo para tratar de dotar a sus servicios de una cierta apariencia sostenible o verde.

Hay que tener en cuenta, en este sentido, que no todo lo que se trata de vender como economía colaborativa es realmente economía colaborativa¹⁹. Ahora bien, identificar cuándo nos encontramos ante una actividad colaborativa pura y cuándo ante una utilización impropia del movimiento no siempre resulta sencillo, y esto por varias razones.

¹⁹ Esta circunstancia nos llevará a distinguir posteriormente entre economía colaborativa propia e impropia, en atención a su nivel de adecuación a los ideales que esta propugna. La consideración de un modelo como propio o impropio tendrá, o debería tener, una importancia decisiva en cuestiones tales como la fiscalidad de la actividad o la necesidad de autorizaciones habilitantes.

Existen muchos motivos por los que un individuo puede recurrir a los servicios ofrecidos por una plataforma colaborativa. En muchas ocasiones se verá atraído por el bajo precio al que se ofertan los servicios. Otras veces, buscará aprovechar la gran flexibilidad que estas permiten o quizás, incluso, prefiera disfrutar del contacto personal que estas relaciones aportan, en contraposición con la prestación de servicios profesional, sin duda de carácter más impersonal.

Todas estas motivaciones son por supuesto legítimas y no deben alterar la caracterización de un servicio como colaborativo. De hecho, de considerar que únicamente tienen el carácter de colaborativas aquellas actividades en las que concurre una verdadera conciencia medioambiental y en las que prima la búsqueda de una utilización racional de los recursos la economía colaborativa se vería reducida a una ínfima parte de lo que es a día de hoy.

Dicho esto, no se puede caer en el error de aceptar que una actividad es colaborativa por el mero hecho de que se le trate de poner esa etiqueta. Piénsese, sin ir más lejos, en el caso de Uber, plataforma emblema del transporte de proximidad que como analizaremos posteriormente se enfrenta a dos causas abiertas en nuestro país. Y es que, a pesar de que desde un primer momento la empresa ha defendido que se inspira en una dinámica colaborativa, un análisis atento de su modelo de negocio parece negar tal posibilidad, ofreciendo un auténtico servicio paralelo al taxi.

Para tratar de determinar cuándo nos encontramos ante un modelo de negocio basado en presupuestos lícitos debemos acudir a una serie de indicadores que nos pondrán sobre la pista de cuándo nos encontramos ante una genuina actividad colaborativa²⁰. Los dos indicadores sin duda más importantes son el ánimo de lucro y la regularidad del servicio.

La existencia de ánimo de lucro en el operador prestador del servicio aleja su actividad de la esfera colaborativa o participativa y la aproxima irremediablemente al dominio de la prestación profesional de servicios.

²⁰ Como señala la Comunicación de la Comisión Europea sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa la normativa europea no indica cuándo uno de estos pares pasa a convertirse en profesionales. En este sentido, se reconoce que «*los Estados miembros utilizan criterios diferentes para distinguir entre servicios profesionales y servicios entre pares. Algunos Estados miembros definen los servicios profesionales como servicios prestados a cambio de una remuneración, en comparación con los servicios entre pares, que tienen por objeto compensar los gastos realizados por el prestador de servicios. Otros Estados miembros han establecido una diferencia utilizando umbrales. Estos umbrales se elaboran a menudo sobre una base sectorial teniendo en cuenta el nivel de los ingresos generados o la regularidad con la que se presta el servicio*

El ánimo de lucro, a pesar de ser un concepto clave, no resulta en el caso concreto fácil de delimitar. Así, cuando un particular pone su coche a disposición de la comunidad a la hora de realizar un trayecto que resulta común a varias personas (actividad conocida habitualmente como *carpooling*), ¿dónde comienza el ánimo de lucro?

Expliquémonos. Es evidente que la compartición de un trayecto en coche conlleva una serie de gastos que habrán de ser debidamente repartidos entre los viajeros. En primer lugar la gasolina necesaria para completar el recorrido, a lo que habrá que sumar ciertos gastos adicionales en el caso de que por ejemplo haya que pagar peajes a lo largo del mismo. Ahora bien, el mantenimiento de un vehículo implica asumir una serie de gastos complementarios. Resulta lícito en este sentido que el dueño del turismo, que generalmente ejerce de conductor, repercuta gastos tales como los de mantenimiento del vehículo, los relativos a los seguros preceptivos, o los derivados del abono del impuesto de circulación, por citar algunos bien conocidos por todos?

Como puede apreciarse, el propio concepto de ánimo de lucro no resulta sencillo de delimitar. Este hecho se complica si tenemos en cuenta que, incluso en aquellos casos en los que una norma clarifique suficientemente este punto, su control *a posteriori* será extraordinariamente complicado. Si pensamos en el ejemplo del *carpooling*, cada prestador de servicio es libre de ofertar el número de plazas que estime conveniente, así como de fijar su precio. Teniendo en cuenta que cada vehículo tendrá un consumo de combustible específico y que existen una serie de gastos accesorios (piénsese en la existencia de peajes) que pueden concurrir o no, determinar la existencia de ánimo de lucro en un trayecto exigiría una aproximación caso por caso extraordinariamente compleja²¹.

Nótese que la posible concurrencia de ánimo de lucro en el ejercicio de la actividad tendrá importancia a la hora de considerar que nos encontramos ante una dinámica colaborativa propia o ante una utilización desviada del modelo. No obstante, hay que tener en cuenta que tanto

²¹ Por ello, las Autoridades han venido señalando en reiteradas ocasiones la necesidad de que las plataformas colaborativas colaboren con la Administración para tratar de controlar a aquellos individuos que realizan una actividad lucrativa con sus servicios, alejándose de este modo del ámbito de las actividades colaborativas. A pesar de todo, las plataformas han venido mostrándose muy reticentes a facilitar este flujo de información a las entidades públicas. Personalmente, considero que esta colaboración constituye una de las principales exigencias que habrá que imponer a las plataformas, toda vez que resulta necesaria para garantizar un cierto control de la actividad de los prestadores-prosumidores en todos los niveles.

estas conductas propias como las impropias son igualmente toleradas por las autoridades y coexisten en este tipo de plataformas. A pesar de todo, considerar que nos encontramos ante una relación entre pares o ante un servicio profesional tendrá su importancia (o al menos debería tenerla) en cuestiones tales como la fiscalidad a la que se someta el prestador del servicio.

Junto al precio la otra variable clave a la hora de analizar la existencia de ánimo de lucro en un individuo que opera en el marco de la economía colaborativa es la frecuencia con la que este oferta un determinado servicio. Y es que, por definición, la economía colaborativa se concibe como una actividad ocasional, en la que se trata de evitar la infrautilización de determinados bienes, ofertando por ejemplo las plazas vacías al realizar un trayecto en coche o poniendo una habitación a disposición de la comunidad en aquellos días en los que el inquilino no la ocupe efectivamente.

En este tipo de situaciones, la regularidad en el servicio resultará apta para confirmar una actividad profesional, en aquellos casos en los que este servicio proporcione un beneficio económico²² (sería absurdo considerar que una actividad de hospedaje se realiza de modo profesional en aquellos casos en los que esta se lleve a cabo sin ánimo de lucro, como en el caso de *couchsurfing*, por el simple hecho de que se lleve a cabo de manera regular).

Tratándose la regularidad de un concepto marcadamente subjetivo, muchos países han optado por implementar tablas o baremos, que traten de delimitar de algún modo la frontera entre las actividades a título particular de aquellas otras ejercidas de manera profesional. Estos baremos han tenido especial éxito, como veremos al ocuparnos de este sector,

²² Una notable regularidad en los servicios prestados pondrá generalmente sobre la pista de una actividad profesional. Hay que tener en cuenta que esta regularidad podrá explicarse por diversas razones, entre las cuales señalaré una que experimenté personalmente. En un trayecto que efectué hace apenas un par de años con una plataforma de *carpooling* contacté con un conductor-prestador del servicio de transporte que tenía un número francamente elevado de valoraciones de trayectos previos (más de 500). Extrañado por el número, le pregunté a qué se dedicaba y el motivo de ese número tan destacado de desplazamientos. Tras un momento de duda, me confesó que era comercial, y que aprovechaba todos los desplazamientos diarios que tenía que realizar entre las diversas ciudades para ofrecer las plazas sobrantes (todas menos la que él mismo ocupaba) en la plataforma. Este tipo de comportamientos, que con toda seguridad no será aislado, son los que en mi opinión ha de tratarse de disociar del fenómeno colaborativo, teniendo en cuenta que nada tienen que ver con sus postulados a excepción de la obvia circunstancia de que evita la infrautilización de los bienes productivos.

en el ámbito del alojamiento colaborativo, lo que deja en nuestros países en manos de las Comunidades Autónomas su determinación, atendido el reparto competencial en este ámbito²³.

Los indicadores analizados, y algunos otros que iremos apuntando cuando abordemos la configuración que el movimiento colaborativo despliega en los diferentes sectores, nos pondrán sobre la pista a la hora de determinar cuándo nos encontramos ante una actividad susceptible de ser considerada economía colaborativa y cuándo, traspasados ciertos límites, ante una actividad profesional. Hay que tener presente, en este sentido, que es la configuración de la actividad y no el sector o el ámbito en el que esta se desarrolle lo que le conferirá el estatus de actividad colaborativa.

Y es que el movimiento colaborativo despliega su influencia sobre un número creciente de sectores, no pudiendo excluir a priori ninguno de ellos del radio de acción de esta dinámica participativa. El Comité Económico y Social dio cuenta de esta gran variedad de sectores en los que podemos encontrar propuestas colaborativas en su Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», que a día de hoy podemos considerar plenamente vigente, entre los que destacamos los siguientes²⁴:

— **La movilidad:** La movilidad es probablemente el sector en el que la dinámica colaborativa es más diversa y rica. Así, contamos con modelos de *carsharing* en el que podemos poner a disposición de los usuarios nuestros vehículos en aquellos momentos (de media más del 90% del día) en los que no lo utilicemos, de *carpooling* (a través de los que podremos efectuar trayectos compartidos con otras personas que tengan un destino común con nosotros), o modelos que fomentan la compartición de plazas de aparcamiento,

²³ V, en este sentido, el Dictamen de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia E/CNMC/003/18. Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España, pág. 44 y ss. Como indica el regulador existen fundamentalmente dos tipos de umbrales en este punto, los de carácter temporal y los de carácter cuantitativo. En relación con los primeros, el criterio utilizado se vincula con la duración de la estancia (si la estancia supera un determinado número de días al año se considera que el operador es profesional). En cuanto a los cuantitativos, atienden al número de viviendas propiedad de un mismo titular en un inmueble. En el caso de que sea titular de una o dos viviendas se le considera un micro operador; cuando supera ese número se presumirá que nos encontramos ante un operador turístico profesional.

²⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01), págs. 6-7.

tratando de fomentar la ocupación de estas por parte de usuarios de la plataforma cuando el propietario no la utilice de manera efectiva.

— **La habitabilidad:** El alojamiento colaborativo ha sido otro de los grandes exponentes de los modelos económicos fundados en una cierta idea de colaboración. Las plataformas que ofrecen alojamiento colaborativo son numerosas, encontrando nuevamente un buen número de modelos, no entrando todos ellos dentro de la noción de consumo colaborativo propio. La problemática del alojamiento colaborativo es en buena medida diversa de aquella otra que se plantea en el sector del transporte, puesto que, a diferencia de este, el alojamiento turístico es un sector liberalizado por lo que respecta al acceso al ejercicio de la actividad. Es evidente que la posibilidad de intercambiar alojamientos no es nueva, pero las nuevas tecnologías le han dotado de una dimensión y de unas características marcadamente diferentes²⁵.

El *couchsurfing* permite a cualquier persona registrada alojarse en viviendas de otros usuarios de modo gratuito, fomentando el intercambio de experiencias y posibilitando una forma de viajar diferente y económica. Del mismo modo, a lo largo de los años se han desarrollado diversas plataformas de intercambios de casas que, fundadas en un cierto *do ut des* (doy para que me des), permiten a sus titulares hacer turismo sin salir de la comodidad que supone un hogar. Es evidente que, en mayor o menor medida, todas estas plataformas parten de un enfoque colaborativo del turismo. El problema es que, de modo prácticamente generalizado, el crecimiento y el desarrollo de estas plataformas se ha acompañado de una creciente mercantilización de las mismas, que han visto en el sector una importante oportunidad de negocio (como analizaremos en el último capítulo en relación con AirBnb).

— **Los negocios:** La multitud de gastos a los que debe hacer frente quien decide montar un negocio se encuentra detrás de la tendencia que encontramos, en la actualidad, de crear espacios compartidos de trabajo en los que coexisten profesionales de diferentes sectores. Nos movemos nuevamente en el ámbito del arrendamiento de espacios, pero en esta ocasión asociado a una utilización profesional

²⁵ JEFFERSON-JONES, J., «Airbnb and the Housing Segment of the Modern Sharing Economy: Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking?», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 42, no 3, pág. 558.

de estos, desligándose esta práctica del alojamiento colaborativo precedentemente analizado. Dicho esto, limitar el contenido de un contrato de *coworking* a un contrato de arrendamiento, incluso a un arrendamiento para uso distinto de vivienda, parece un planteamiento sin duda reduccionista²⁶.

Y es que, como señala la doctrina especializada, el *coworking* se plantearía como un contrato de prestación de servicios, en el que se incluirían, en función del caso, diversas prestaciones, entre las que frecuentemente encontramos la puesta a disposición de un espacio de trabajo compartido, conexión a internet, zonas comunes tales como salas de reuniones o aseos y, en definitiva, todas aquellas utilidades de interés para un aprovechamiento profesional del espacio en común²⁷. Hay que tener en cuenta, del mismo modo, que el auge de los espacios de trabajo compartido no se explica únicamente por el ahorro que supone en términos de compartición de los diversos elementos asociados al despacho profesional. Por el contrario, la proximidad y el contacto diario entre estos profesionales contribuyen a crear sinergias significativas, que suponen un incentivo importante a la hora de recurrir a este tipo de organización.

— ***El trabajo y las microtareas:*** A pesar de que como veremos en el capítulo tercero su consideración de modelo colaborativo es sumamente dudosa, en los últimos tiempos han sufrido una evolución exponencial los modelos fundados en los recados o las microtareas. La idea es simple, de manera cada vez más evidente preferimos abonar pequeñas comisiones a terceros que realizar tareas simples que nos supongan una pérdida más o menos importante de tiempo. Pasar a recoger la comida que hemos encargado o la ropa de la tintorería son acciones que otros pueden realizar por nosotros a golpe de click. A pesar de todo, estos modelos han venido planteando numerosos problemas, especialmente desde la óptica del Derecho laboral, al defender las plataformas que quienes realizan

²⁶ Arrendamiento que la Ley de Arrendamientos Urbanos define como «*aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior*», precisando, en el epígrafe siguiente, que «*En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren*».

²⁷ CASADO ROMÁN, J., «Elementos esenciales del contrato de *coworking*», *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre 2014.

estos encargos son trabajadores autónomos sin dependencia por tanto respecto a ellas, valoración que no se adecúa a la realidad de las cosas:

— **Las finanzas:** El sector de la financiación no ha sido ajeno al desarrollo de plataformas colaborativas, que vendrían en este ámbito a fomentar una actividad de moderno mecenazgo al permitir que los particulares contribuyan a financiar proyectos de diversa índole²⁸. De este modo, se invierte en cierto modo el orden de los acontecimientos. Si tradicionalmente, la obtención de financiación era condición previa al desarrollo de cualquier proyecto, el *crowdfunding* permite evitar esta inconveniencia, presentando a los potenciales inversores una idea de proyecto desarrollada y dándoles la oportunidad de contribuir a llevarla a término.

El *crowdfunding* ha adquirido una trascendencia notable en un momento marcado por la dificultad que los operadores vienen experimentando para acceder a la financiación tradicional. En este escenario, la financiación participativa viene a suplir las carencias que el sistema bancario ha conocido en estos últimos tiempos. A pesar de todo, el *crowdfunding* no es una noción unívoca, pudiendo encontrar diferentes configuraciones de las plataformas, por lo que respecta, sin ir más lejos, al modo en el que recolectan los fondos²⁹. El *crowdfunding* o, dicho de otro modo, las plataformas de financiación participativa, fueron abordadas por el legislador nacional en el Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que lo concibe como «*un novedoso mecanismo de desintermediación financiera desarrollado sobre la base de las nuevas tecnologías*³⁰». A pesar de todo, la norma renuncia a efectuar un tratamiento integral del fenómeno, limitando su ámbito de aplicación a aquellas plataformas en las que prime el componente financiero, dejando fuera, en consecuencia, los mecanismos de financiación que se instrumentan por la vía de donaciones.

²⁸ BENITO MUNDET, H./ MALDONADO GUTIÉREZ, D., «La financiación colectiva y su papel en el mundo de la empresa», *Análisis financiero*, no 129, 2015, pág. 68.

²⁹ V., en esta línea, SÁNCHEZ ROGER, M., «Crowdfunding y la economía de internet», *Análisis financiero*, no 127, 2015, pág. 5.

³⁰ Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

— **La cultura, el turismo o la gastronomía:** A pesar de que son muy numerosos los sectores en los que la economía colaborativa ha irrumpido, finalizo esta breve aproximación con una serie de modelos que se relacionan de un modo u otro con el ocio. Desde una perspectiva cultural, hemos conocido iniciativas de gran interés como el *bookcrossing*, a través de la cual los individuos dejan los libros que ya han leído en lugares públicos (plazas, parques, etc.) para que sean recogidos por otras personas, fomentando un intercambio desinteresado de bienes.

Del mismo modo, el interés por la diversidad ha fomentado el surgimiento de plataformas que posibilitan la realización de visitas guiadas gratuitas por parte de personas autóctonas para turistas interesados o las experiencias gastronómicas en los domicilios de personas que buscan compartir sus intereses culinarios mientras interactúan con otras personas y amplían su círculo de contactos.

Finalmente, a pesar de que algunos de ellos han sido apuntados ya en las páginas precedentes, hay que apuntar los beneficios que la denominada economía colaborativa ha venido aportando y con toda seguridad continuará aportará en el futuro. En primer lugar, el desarrollo de las plataformas colaborativas abre un nuevo escenario marcado por el incremento de la competencia, hecho que ha de considerarse necesariamente positivo.

A pesar de los problemas que han venido generándose entre las plataformas colaborativas y los operadores tradicionales de los sectores afectados, una vez se calmen las aguas considero que la irrupción de estos nuevos operadores implicará sin duda un deseable incremento de la competencia en los servicios «clásicos» al igual que la apertura de nuevos nichos de mercado que no estaban cubiertos o al menos no estaban siendo adecuadamente explotados por los operadores tradicionales.

Pero además la economía colaborativa tiene la virtualidad de facilitar una cierta redistribución de la riqueza. Y es que, como apuntan los defensores de este modelo, las plataformas colaborativas no son las únicas que se benefician de las cifras de facturación obtenidas. Y es que existe un importante número de pequeños prestatarios ocasionales de servicios que ven su situación económica favorecida por estos ingresos puntuales.

La economía colaborativa se beneficiaría de este modo de la reducción de los costes de transacción que las plataformas digitales posibilitan. Y es que las plataformas ofrecen como veremos la posibilidad de

que la oferta y la demanda se amplíe considerablemente. A los canales tradicionales se añadirán de este modo estas centrales en las que oferta y demanda se encuentran sin que resulte necesaria la participación de sujetos profesionales.

Como ha señalado la Comisión, «*La economía colaborativa crea nuevas oportunidades para consumidores y emprendedores. La Comisión considera que puede, por lo tanto, contribuir de manera importante al empleo y el crecimiento en la Unión Europea si se fomenta y desarrolla de manera responsable*³¹». El debate no ha de centrarse, en consecuencia, en si los modelos derivados de las plataformas colaborativas han de ser o no prohibidos, sino en decidir cuál es el enfoque más adecuado para que estos modelos coexistan con los ya existentes, en beneficio de todos los sujetos afectados.

Esta flexibilidad que los modelos colaborativos ofrecen benefician de este modo a prestadores y consumidores, que gozan de este modo de una mayor libertad para organizar y demandar los servicios. Así, si pensamos en el transporte colaborativo el acuerdo de voluntades no solamente se extenderá a la prestación del servicio sino que, según el caso, podrá extenderse a cuestiones tales como el horario de salida o el punto de recogida, con las evidentes ventajas asociadas a este hecho.

En definitiva, las posibilidades que ofrece la economía colaborativa son ricas y variadas, habiéndose señalado cómo complementa igualmente a otras políticas e instrumentos existentes con anterioridad a escala europea, contribuyendo de este modo a posibilitar «*un uso más eficaz de los recursos, que pueden contribuir a la agenda de sostenibilidad de la UE y a la transición a la economía circular*³²».

Estos argumentos no solamente hay que atribuirlos a las Autoridades de competencia, que suelen hacer gala de planteamientos sin duda pro liberalización de los mercados, sino que igualmente han calado en nuestros Tribunales. Así, el Magistrado Sánchez Magro, en Sentencia nº 30/2017 del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Madrid (Caso Blablacar) declaró, en relación con la citada plataforma, que:

«*(...) no solo no se está vulnerando el interés público, sino que dicho interés se ve beneficiado por el desarrollo de estas nuevas tecnologías que permiten la proliferación de nuevos mercados más competitivos. Así, estos*

³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, 2 de junio de 2016, pág. 1.

³² *Idem*, pág. 1.

mercados más productivos permiten reducir el precio y garantizar una mayor elección y calidad de los servicios. Lo que redundar en beneficio de los consumidores y usuarios y por tanto de la economía en general».

Hay que decir en cualquier caso que esta exposición de las posibilidades que trae consigo la economía colaborativa no están exentas de contrapartidas ni de dudas. Sería ingenuo considerar que el fenómeno colaborativo pueda reordenar un gran número de sectores claves sin generar dudas o controversias a su paso. Es evidente que existen dudas acerca de la incidencia que estos modelos desplegarán en cuestiones tales como la protección de los consumidores o el control de la actividad de los prestadores y de las plataformas.

Pero estas dudas no han de llevarnos a mi juicio hacia un escenario de prohibición. Y es que como la realidad se ha venido encargando de demostrar, los tribunales y las autoridades encargadas de velar por la competencia han venido precisando con claridad los límites a los que estos modelos han de someterse, habiendo igualmente conocido iniciativas de gran interés de las propias plataformas por ofrecer soluciones a las dudas que plantean (piénsese sin ir más lejos en los sistemas de valoración y reputación en línea implementados para reforzar la seguridad y la protección de los usuarios de este tipo de servicios.

Finalmente, es necesario señalar que la economía colaborativa abre nuevas oportunidades de control en el ámbito fiscal. A pesar de que desde un inicio estas actividades han sido acusadas de engrosar las cifras de la denominada economía sumergida, un adecuado tratamiento de la cuestión impositiva no solamente podrá erradicar esta circunstancia, sino que proporcionará herramientas para un control más intenso de las operaciones comerciales desarrolladas.

Este hecho se explica por la intensa utilización que las actividades colaborativas realizan de las plataformas digitales y, de modo más amplio, de las nuevas tecnologías. En definitiva, como señala la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia *«el hecho de que los intercambios económicos colaborativos estén digitalizados permite una trazabilidad y mayor transparencia de las transacciones económicas, que debe ser aprovechada por las Administraciones³³».*

³³ Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 166.

IV. ECONOMÍA COLABORATIVA Y COMPETENCIA

A. La economía colaborativa y los mercados

La economía colaborativa ha experimentado un auge espectacular en el transcurso de poco tiempo. Una de las cuestiones que más debate genera en relación con este nuevo sistema de prestación de servicios es sin duda la relativa a los efectos que su irrupción genera en los diferentes mercados en los que la economía colaborativa despliega su influencia.

Las plataformas de base colaborativa parten de unos presupuestos y se organizan en torno a unos parámetros que difieren fuertemente de aquellos otros en atención a los que han venido desarrollando su actividad los operadores clásicos. Por ello, no ha de sorprender que la coexistencia de ambos sistemas en el mercado origine fricciones y litigios puesto que las plataformas vinculadas a la economía colaborativa han venido ampliando su cuota de mercado a costa de los operadores tradicionales, que ven cómo estos nuevos modelos de prestación de servicios les comen terreno, ahondando en una situación ya de por sí desfavorable debido a la crisis económica de la última década³⁴.

El impacto que la economía colaborativa despliega en la competencia ha de analizarse, al menos, desde un doble punto de vista. El primero, vinculado a la defensa de la competencia, debe centrarse en determinar las consecuencias que la aparición de operadores asociados a la economía colaborativa tiene en los diferentes mercados. Así, cuestiones como la posible existencia de barreras a la entrada para estos operadores o de nuevos nichos de mercado hasta ahora sin explotar revisten particular interés.

Pero no puede perderse de vista, sobre todo a la vista de la actividad de nuestros Tribunales, la incidencia que la economía colaborativa viene demostrando en el Derecho de la competencia desleal. La hipotética deslealtad en la que incurren los prestadores de servicios en régimen colaborativo ha sido puesta de manifiesto con particular ahínco por el sector

³⁴ La cuestión de la influencia que las plataformas colaborativas hayan podido desplegar en las malas cifras de los sectores como el taxi o el autobús en los últimos tiempos ha dado lugar a muchos informes y dudas. De hecho en el pleito que enfrentó a Blablacar con la patronal Confebus esta discusión se planteó en toda su dimensión, al alegar la plataforma en la contestación a la demanda que «*BLABLACAR no es la causa del descenso de la actividad de CONFEBUS, consignando determinados datos sobre estadísticas del INE que así lo acreditarían, que más bien quizás pueda ser el tren, el AVE o el avión con los bajos costes los que puedan ser los causantes de su disminución*». V. Antecedente de Hecho Segundo de la Sentencia del caso Blablacar (30/2017 del Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid).

del taxi, circunstancia que se explica sin duda por el hecho de que se trata de un sector regulado y que presenta unos requisitos administrativos cuya satisfacción acarrea un elevado coste económico.

B. Economía colaborativa y defensa de la competencia

Un nivel adecuado de competencia en el mercado constituye en nuestros días un presupuesto imprescindible para lograr un crecimiento económico sostenido. Y es que, inspirándose nuestro país en un sistema de economía de mercado, se presupone que una situación en la que los mercados actúen en un escenario de libre competencia es el punto de partida idóneo para que se produzca una adecuada asignación de recursos³⁵.

Pudiera parecer que los empresarios son los primeros interesados en competir, pues de ello dependerá la buena marcha de sus negocios. Pues bien, la situación en la práctica no es exactamente así. Y esto por cuanto la competencia presupone un continuo proceso de adaptación y mejora de los operadores o, dicho de otra manera, una situación de incertidumbre permanente. Es por esto que, en ocasiones, estos operadores se ven en la tentación de no competir, haciendo así más tranquila su existencia.

Existen muchos modos de restringir la competencia. Los operadores del mercado pueden ponerse de acuerdo en los precios a los que venderán los productos, pueden generar barreras a la entrada de nuevos competidores o pueden repartirse los mercados, todo ello con el mencionado propósito de disminuir la competencia y mantener un control más intenso de su actividad en el mercado.

No ha de pensarse, no obstante, que estas conductas tendrán en todo caso un carácter ilegítimo. Antes al contrario, algunos de los sectores en los que la economía colaborativa ha arraigado con más fuerza son precisamente sectores en los que encontramos fuertes barreras a la entrada. El transporte, sin ir más lejos, ha constituido tradicionalmente uno de los paradigmas de los mercados regulados.

De este modo, encontramos fuertes restricciones para acceder al mercado del taxi, o del mismo modo para obtener una licencia VTC, cuyo número se ha fijado tradicionalmente por referencia al de aquellas. En consecuencia, ¿cómo casan estos nuevos modelos con el régimen concurrencial clásico? ¿Son lícitas y proporcionadas las barreras a la entrada a las que aludimos o por el contrario constituyen un freno injustificado al

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 290.

desarrollo de modelos económicos más eficientes? La respuesta a estas cuestiones no ha demostrado ser, desgraciadamente, sencilla.

En línea de principio, las autoridades encargadas de velar por la competencia tanto de ámbito nacional como europeo se muestran partidarias de limitar al máximo las prohibiciones absolutas, mostrando una clara inclinación por la adopción de medidas proporcionadas y limitando las primeras a aquellas situaciones en las que «*no puedan utilizarse medidas menos restrictivas para alcanzar un objetivo de interés público legítimo*³⁶».

Las Autoridades europeas mostraron un interés temprano por estas nuevas formas de gestión de los intereses de los consumidores. De este modo, el Comité Económico y Social Europeo aprobó en su sesión del 21 de enero de 2014 un dictamen que bajo el título «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI³⁷» trata de elaborar un documento que sirva de referencia a la Comisión a la hora de abordar el fenómeno. Dicho informe se muestra en general receptivo a las posibilidades que ofrece el consumo colaborativo, que se estima «*representa la complementación ventajosa desde el punto de vista innovador, económico y ecológico de la economía de la producción por la economía del consumo*».

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) abordó en un inicio la cuestión de manera un tanto informal en su blog, concretamente en un artículo de 16 de julio de 2014 titulado «Economía colaborativa y regulación³⁸». En dicho artículo la CNMC comienza con lo que podemos considerar su posición de principio, afirmando por lo que respecta a una posible regulación en la materia que «una regulación innecesaria o desproporcionada perjudicaría a los consumidores y al interés general, además de suponer un obstáculo a la competencia efectiva».

La CNMC valora «muy positivamente» los efectos procompetitivos que puede traer la economía colaborativa, reconociendo al tiempo que presenta ventajas importantes en cuestiones tales como la asignación de recursos, la reducción de los costes de transacción y de asimetría informativa, la generación de una cierta conciencia medioambiental y de modo general una oferta superior para el consumidor.

³⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, pág. 5.

³⁷ El texto completo del dictamen puede consultarse en la página web <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=ES>.

³⁸ Dicho informe puede consultarse en la dirección siguiente: <http://cnmcblog.es/2014/07/16/economia-colaborativa-y-regulacion/>.

Respecto a las recomendaciones que la CNMC se permite llevar a cabo, cabe apreciar que dicho organismo se posiciona claramente a favor de evitar o, en cualquier caso, de limitar la actividad regulatoria ante el fenómeno, señalando que, en algunos casos, la ausencia de regulación constituye la solución óptima. Dicho enfoque coincide plenamente con las declaraciones que, en los últimos tiempos, hemos podido escuchar de boca de su presidente, José María Marín Quemada, abogando por la proporcionalidad de las soluciones a adoptar y pidiendo reflexión ante la tentación que sin duda supone regular el transporte y, más en general, la economía colaborativa³⁹.

El siguiente paso pasa por dar cuenta de los resultados de la Consulta Pública sobre Economía Colaborativa, que la propia CNMC decidió promover en reunión de 15 de octubre de 2014, en ejecución de las facultades de realizar estudios y trabajos de investigación en el ámbito de la competencia que le atribuye la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El mencionado estudio se justificó por la extraordinaria relevancia que está desarrollando este nuevo modelo de consumo, como expresamente se concibe la economía colaborativa⁴⁰. La Comisión cifraba en 3.500 millones de dólares el dinero que movió este fenómeno únicamente en el año 2013, datos que sin duda están destinados a multiplicarse como indica el crecimiento del 25 por 100 que dicha cifra experimentó respecto al año anterior.

En este nuevo escenario, y a pesar del reconocimiento del potencial pro competitivo de los modelos de transporte colaborativo, la Comisión estimaba pertinente elaborar un análisis sobre la cuestión, que habría de incidir de modo especial en el marco jurídico a aplicar, desde el momento en que el fenómeno colaborativo plantea numerosas incógnitas en lo relativo a la adecuación de la normativa actual a los efectos que este produce.

³⁹ *Vid.* las declaraciones que en el blog precitado se recogen de la participación del presidente de la CNMC en el seminario titulado «La Europa que deja la crisis», organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

⁴⁰ Señalan GIRONA CASCALES, I. / PÉREZ RIQUELME, A., «La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 250 cómo se trata del primer estudio que la CNMC realiza dando participación a la sociedad antes de su final aprobación, hecho que se explica por el potencial transformador de la sociedad que el movimiento colaborativo ha venido demostrando.

El estudio en cuestión se centra de modo especial en los dos ámbitos en los que la economía colaborativa está incidiendo con mayor agresividad, a saber, el sector del transporte urbano e interurbano de viajeros por carretera y el sector del alojamiento vacacional. La vía elegida para llevar a cabo esta aproximación ha sido la elaboración de un conjunto de recomendaciones, orientadas al fomento de *«un desarrollo regulatoriamente eficiente de los nuevos modelos económicos»*.

La fase de consulta pública, que finalizó el 13 de enero de 2015, trató de recoger las opiniones de las diversas partes implicadas, y venía articulada en tres fases, que se corresponden básicamente con el análisis de los fines que se pretende alcanzar con una hipotética regulación en la materia, para pasar a continuación a analizar los efectos de la economía colaborativa sobre el mercado y, por último, estudiar la aptitud de la regulación existente para tener en cuenta la nueva realidad que supone la economía colaborativa y, consecuentemente, decidir sobre el mejor modo de adecuar dicha regulación al nuevo contexto.

La Consulta en ningún caso pudo calificarse como un éxito, habiendo recibido únicamente 260 aportaciones sumando todos los agentes que intervenían en la consulta⁴¹. A pesar de todo, la información obtenida con la consulta fue tenida en cuenta a la hora de elaborar un estudio que la Comisión planteó llevar a cabo con una serie de recomendaciones encaminadas a mejorar la competencia en los sectores considerados, recomendaciones que, como la propia CNMC se encargaba de establecer, en ningún caso tendrían carácter vinculante.

Este texto, que se denominó Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa constituye aún a día de hoy el principal texto con el que contamos a nivel interno en nuestro país. A pesar de que ha recibido fuertes críticas, fundamentalmente provenientes de los sectores afectados, considero que se trata de un documento sólido y con numerosas virtudes.

Así, hay que destacar el esfuerzo que el regulador ha llevado a cabo por ofrecer una caracterización de la economía colaborativa, objetivo extremadamente complicado por lo difuso de los contornos del fenómeno. Del mismo modo, aborda con gran minuciosidad la situación en la que

⁴¹ La distribución de participantes en la Consulta fue la que sigue:

Primera fase (160 aportaciones): Empresas: 14, Asociaciones: 18, Taxistas y asociaciones de taxi: 47, Administraciones: 8, Universidades: 1, Particulares: 73.

Segunda fase (100 aportaciones): Empresas: 13, Asociaciones: 18, Taxistas y asociaciones de taxi: 30, Administraciones: 3, Particulares: 36.

se encuentran el sector del transporte y el sector del alojamiento tras la irrupción de los modelos colaborativos.

Por lo que respecta a las cuestiones concurrenceales, y siguiendo la posición de principio de la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha hecho en este sentido gala de un planteamiento fuertemente liberalizador. Y es que, mostrándose consciente de que la falta de adecuación de la regulación horizontal y sectorial puede actuar como barrera de entrada y ejercicio en diversos mercados, declara que *«la remoción de todas aquellas barreras que no se fundamenten en los principios de necesidad y proporcionalidad está alineada con la promoción de la competencia y la eficiencia económica, incrementando el bienestar social»*⁴².

Estas barreras a la entrada a las que se hace alusión son a su juicio numerosas y variadas en los sectores del transporte de viajeros y del alojamiento, no terminando de apreciarse en su mayor parte la necesidad de que continúen vigentes. De hecho, la Comisión defiende cómo en aquellos países en los que se han liberalizado estos sectores removiendo los obstáculos injustificados de acceso al mercado se han visto mejoradas las condiciones de estos servicios, contribuyendo a un incremento de la innovación en los mismos.

C. Economía colaborativa, corrección en el tráfico y competencia desleal

Hemos apuntado en el epígrafe anterior cómo, en una sistema de economía de mercado como el nuestro, resulta vital garantizar un nivel de competencia adecuado entre los operadores del mercado, que asigne eficientemente los recursos y proporcione estabilidad económica. Siendo esto indudable debemos señalar que la existencia de un nivel elevado de competencia, por sí mismo, no es suficiente para garantizar un funcionamiento correcto del mercado.

Pronto se impuso la necesidad de proteger o tutelar los intereses de los operadores frente a los actos o comportamientos desleales de los competidores⁴³. Dicho de otro modo, dándole la vuelta al razonamiento fue

⁴² Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), págs. 161-162.

⁴³ Hay que señalar que este objetivo originario se ha visto fuertemente ampliado con el tiempo. Como declara la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, «*la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional*

calando poco a poco la necesidad de imponer a los sujetos implicados una cierta obligación de corrección en el tráfico, impidiéndoles llevar a cabo actos contrarios a la buena fe que perjudicaran a sus homólogos. A alcanzar este objetivo se orienta precisamente el Derecho de la competencia desleal⁴⁴.

Defensa de la competencia y competencia desleal constituyen de este modo un binomio con características diversas pero con objetivos confluentes, garantizar una competencia efectiva y leal en el tráfico económico. A pesar de lo que en un primer momento pudiera parecer, las dos disciplinas no son compartimentos estancos y se relacionan de un modo ciertamente curioso, como indica sin ir más lejos la existencia de la figura del falseamiento de la libre competencia por actos desleales⁴⁵.

Ciñéndonos ya al ámbito de lo colaborativo hay que señalar que, si bien la defensa de la competencia ha venido jugando un papel importante por lo que respecta a la hipotética existencia de barreras a la entrada en los sectores afectados por la economía colaborativa, el principal debate y desde luego el grueso de los litigios han venido relacionados con la disciplina de la competencia desleal.

Notorios han sido los enfrentamientos entre las plataformas de transporte colaborativo y los sectores afectados, especialmente el que ha venido enfrentando a Uber y al sector del taxi. A pesar de que nos ocuparemos en detalle de la cuestión posteriormente, cabe anticipar que en el fondo la cuestión se circunscribe a determinar si la actividad de estos nuevos prestadores de servicios constituye competencia desleal en relación con

del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. (...) Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo».

⁴⁴ Apunta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pág. 348, cómo, a pesar de que la regulación contra la competencia desleal cabe retrotraerla al siglo XIX y al auge del liberalismo económico, se vio enormemente influenciada por la recepción en Europa del Derecho *antitrust* norteamericano.

⁴⁵ Figura regulada en el art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. V, por todos, ALONSO SOTO, R.J., «El falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. DÍEZ-PICAZO, L.) Vol. 1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 269-281.

los operadores afectados, habiendo surgido un debate de sumo interés en los últimos tiempos a este respecto.

Lo mismo sucede en el ámbito del alojamiento. De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas se desprende que «*en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal*».

A pesar de que se hace alusión de un modo genérico a que podríamos encontrarnos ante supuestos de competencia desleal por acotar la cuestión las principales dudas que se han planteado vienen referidas a la posible existencia de actos de competencia desleal por violación de normas, regulados en el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal y de acuerdo con el cual «*Se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes*».

El principal problema estriba, en consecuencia, en que en un mismo mercado confluyen operadores que han de respetar unas determinadas exigencias sectoriales junto con operadores que, de manera más o menos legítima, no respetan dichas exigencias⁴⁶. Parece evidente que las plataformas en línea proporcionan una ventaja competitiva al ofrecer una reducción de los costes de transacción notable y permitir a los operadores una reducción significativa de sus gastos necesarios⁴⁷.

La cuestión se centra en consecuencia en determinar si esta ventaja competitiva se produce precisamente como consecuencia de la violación de las normas generalmente aplicables al sector y si tiene, como exige el art. 15 LCD, el carácter de significativa. El problema reside en que, como fácilmente puede intuirse, la cuestión de la infracción de normas tendrá una configuración particular en cada sector en los que la economía colaborativa ha desembarcado, dificultando enormemente llevar a cabo planteamientos generales.

Este hecho, unido a la circunstancia de que en el último capítulo desarrollamos precisamente las particularidades sectoriales que cabe apreciar en relación al transporte y al alojamiento aconseja, en mi opinión, limitar

⁴⁶ V. AZNAR TRAVAL, A., *Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 90, quien habla de «*falta de cumplimiento de la legalidad derivada de una cierta alegalidad en que se encuentran y operan muchas plataformas*».

⁴⁷ Piénsese, sin ir más lejos, en el ahorro que supone no tener que adquirir una licencia de taxi, cuya cotización en algunas de nuestras ciudades estaba hasta hace bien poco disparada.

el tratamiento de la competencia desleal por infracción de normas a dar algunas notas que resultan comunes a cuantos sectores se ven afectados por el fenómeno colaborativo.

Estas consideraciones van a ir referidas, es lógico que así sea, a la cuestión de la relevancia de los servicios de la sociedad de la información y de los postulados de la normativa en materia de comercio electrónico en la configuración de los modelos de negocio de base colaborativa. Y esto por cuanto las dudas respecto a la deslealtad del comportamiento de los operadores que actúan en el marco de la economía colaborativa no se han planteado por la duda de si respetan o no las normas sectoriales que se han venido aplicando.

Quiero decir con esto que las exigencias de las normativas sectoriales resulta probado que no se han respetado. Las dudas surgen por el contrario en relación a la cuestión de si estos nuevos operadores deben respetar esta normativa sectorial o si por el contrario, al tratarse de modelos de negocio en buena medida disruptivos, no han de ver su actividad limitada por normas que se promulgaron pensando en operadores que presentaban características marcadamente diferentes.

Las plataformas han venido sosteniendo en los últimos tiempos que sus servicios se centran en los llamados servicios de la sociedad de la información y presentan un fundamento en consecuencia estrictamente tecnológico, no teniendo en consecuencia responsabilidad alguna en los servicios subyacentes (transporte, alojamiento, etc.) en los que intermedie la plataforma.

Los servicios de la sociedad de la información se definen en la Directiva 98/48/CE como *«todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios⁴⁸»*, y han venido presentando unos contornos en cierto modo difusos, lo que dificulta extraordinariamente nuestra labor.

⁴⁸ Art. 1 apartado 2) de la Directiva 8/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

El precepto detalla que, a efectos de esta definición, se entiende por:

«— “a distancia”, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente;

— “por vía electrónica”, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;

— “a petición individual de un destinatario de servicios”, un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual».

De acogerse este argumento la actividad de las plataformas colaborativas será en este sentido inatacable, por cuanto los servicios de la sociedad de la información se someten a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), cuyo objetivo es, como expresa su Considerando 8º «*crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información*».

Los principales litigios que hemos conocido en el ámbito del consumo colaborativo han venido reflejando precisamente esta tensión. Como veremos más detalladamente con posterioridad los diversos modelos de negocio vinculados al transporte colaborativo están precisamente en esta tierra de nadie, debiendo los Tribunales determinar si nos encontramos ante un servicio de la sociedad de la información resultando de aplicación el régimen de libre prestación y circulación de servicios que les es propio o si por el contrario nos encontramos ante alguno de los ámbitos en los que los servicios quedan expresamente excluidos de la Directiva Servicios⁴⁹.

V. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EL RETO DE SU REGULACIÓN

A. La situación en España

Una de las mayores dificultades a las que se ha venido enfrentando la economía colaborativa ha venido relacionada con la ausencia de normativa propia aplicable a este movimiento. Y es que la economía colaborativa despliega su influencia en diferentes sectores ya existentes, rara vez abre nuevas áreas de actividad. No obstante, la aplicación a este movimiento de las diversas normativas sectoriales ya existentes plantea serias dudas, debido a la peculiar configuración que el elemento colaborativo confiere a la actividad desarrollada.

Posteriormente analizaremos los litigios que la aplicación de ciertas normas sectoriales han ocasionado cuando las actividades se conciben en clave colaborativa. Baste señalar en este punto que ciertos sectores, de alto componente estratégico para nuestro país, continúan siendo sectores

⁴⁹ V. art. 2 apartado 2 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

regulados. De la misma manera, existen otros ámbitos en los que, a pesar de haberse asistido a un proceso de desregulación, encontramos requisitos más o menos rígidos por lo que respecta a la calidad del servicio o a las exigencias registrales que resultan de aplicación.

Este hecho explica que, desde un momento muy temprano, las autoridades se mostraran conscientes de la conveniencia de proceder a dotar a las actividades que conforman la denominada economía colaborativa de una normativa propia, que construyera poco a poco un estatuto jurídico aplicable a este conglomerado de relaciones cuyo impacto económico no para de crecer.

Han sido sin duda las autoridades europeas las que de un modo más temprano y rotundo han defendido la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo regulatorio, tendente a clarificar al menos las cuestiones más controvertidas que plantea la economía colaborativa, habiendo fijado el Comité Económico y Social Europeo ya a principios de 2014 las líneas de actuación que habrían de seguirse a este respecto⁵⁰.

A pesar del interés que han venido desplegando los dictámenes emitidos por el Comité Económico y Social Europeo, el primer gran documento que la Unión Europea ha elaborado en relación con el consumo colaborativo ha sido sin duda la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, publicado en junio de 2016.

Este documento, elaborado para tratar de generar confianza sea en los consumidores, en las empresas e incluso en las autoridades nacionales al abordar la economía colaborativa, sienta ya las bases sobre las que deberá trabajarse de ahora en adelante para tratar de sacar al consumo colaborativo del vacío normativo en el que se encuentra. Del mismo modo, la Comisión se muestra consciente de la incertidumbre que en muchas ocasiones sienten los operadores en relación al papel que juega la legislación europea y/o las diversas normativas nacionales sectoriales, cuya aplicación resulta en muchas ocasiones parcial y confusa.

⁵⁰ Las líneas de actuación, a tenor del Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», pág. 7, eran las siguientes: «*Definición del entorno legal y fiscal de las actividades comprendidas en el consumo colaborativo o participativo ordenando y regulando, en su caso, aspectos tales como la responsabilidad legal, el aseguramiento, derechos de uso, derechos contra la obsolescencia programada, las tasas de propiedad, los estándares de calidad, la determinación de derechos y deberes, y en su caso la eliminación de las posibles restricciones y obstáculos encubiertos al comercio intracomunitario y la posible distorsión de legislaciones*».

En nuestro país, ha sido como ya hemos apuntado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el organismo que mayor interés ha mostrado en el fenómeno colaborativo, hecho que se explica en buena medida por las implicaciones concurrenceles que se asocian a este tipo de actividades, que han llevado a la misma a preguntarse por los efectos que estos modelos de negocio despliegan en el mercado.

Desde un primer momento, la postura de la CNMC en relación a la posible conveniencia de proceder a regular las diversas manifestaciones del consumo colaborativo ha sido muy tibia. Y es que ha venido recordando que a menudo la regulación más eficiente es la que no existe, es decir, la que deja a los mecanismos de libre mercado las decisiones acerca del futuro de un nuevo modelo de actividad⁵¹.

En el caso de que finalmente se decida avanzar en la regulación del consumo colaborativo, la normativa adoptada deberá ser en todo caso proporcionada, evitando «*que la normativa genere cargas excesivas para los operadores que restrinjan su participación en los mercados o suponga costes regulatorios innecesarios o excesivos a las plataformas o a los usuarios*⁵²».

Si la propia conveniencia de proceder a regular la economía colaborativa es una cuestión controvertida, el carácter que deba atribuirse a dicha norma lo es mucho más. En primer lugar, optar por una normativa de corte generalista que aglutine a las diversas manifestaciones de la denominada economía colaborativa o por el contrario defender un enfoque sectorial de la cuestión tendrán en mi opinión buena parte del éxito o del fracaso del proceso regulatorio⁵³.

Probablemente, ambas opciones no deben ser excluyentes. Y esto porque, aún en el caso de que se opte por implementar una norma general de aplicación al conjunto de actividades colaborativas, al modo italiano,

⁵¹ Declara la CNMC que «*La regulación por parte de las Administraciones Pùblicas tiene que estar motivada por la existencia de un fallo de mercado que requiera la intervención pùblica para salvaguardar una razón imperiosa de interés general*», fallo de mercado que a su juicio no existe en la situación analizada. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 161.

⁵² Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 166.

⁵³ V., por lo que respecta a las diversas posibles orientaciones a la hora de regular la economía colaborativa, ALFONSO SÁNCHEZ, R., «La controvertida cuestión reguladora de la economía colaborativa», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 138 y ss.

no podemos obviar la necesaria revisión que las autoridades competentes deberán llevar a cabo del conjunto de normativas sectoriales que resultan de aplicación (piénsese, sin ir más lejos, en la legislación aplicable al transporte público de viajeros o a las viviendas de uso turístico⁵⁴).

Del mismo modo, optar por aproximaciones sectoriales a los ámbitos en los que el fenómeno colaborativo ha demostrado tener un mayor empuje puede llevar a resultados divergentes en las normativas adoptadas. Esto explica la preocupación que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha venido demostrando en garantizar la coexistencia de estos enfoques sectoriales con un adecuado tratamiento de las materias horizontales de mayor relevancia, señaladamente por lo que respecta a los impuestos y a las cotizaciones sociales⁵⁵.

La cuestión de quién debe estar detrás de la regulación de la economía colaborativa merece también algún apunte. Resulta sin duda deseable que desde instancias europeas se fomente un cierto tratamiento común por parte de los Estados Miembros del fenómeno. Y es que, como ha venido apuntando el Comité Europeo de las Regiones, «una intervención rápida, destinada ante todo a evitar la fragmentación, sería en todo caso mucho menos difícil que proceder a una armonización a posteriori de veintiocho marcos nacionales e innumerables normas locales y regionales⁵⁶».

Igualmente, no debemos despreciar la importancia que la autorregulación del fenómeno puede jugar en el estadio inicial de evolución de la economía colaborativa en el que nos encontramos. En este sentido, coincidimos con el Comité Económico y Social cuando declara que, aun reconociendo el importante papel que la autorregulación puede jugar en el ámbito de la economía colaborativa atendido el embrionario estado en el

⁵⁴ Italia ha sido el primer país en proceder a regular de un modo completo y sistemático el fenómeno del consumo colaborativo, a través del Proyecto de Ley *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*. Se trata de una propuesta ambiciosa y completa, que combina cuestiones de índole administrativa (prevé la creación de un Registro electrónico nacional de plataformas digitales de la economía colaborativa, cuya consulta será pública y gratuita), junto a una reglamentación minuciosa del régimen jurídico obligacional al que se someten los operadores del movimiento colaborativo y ciertas previsiones fiscales, que resultan de aplicación tanto por lo que respecta a las plataformas digitales como en relación a los prestadores de servicios.

⁵⁵ Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 163.

⁵⁶ Apartado 11 del Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones.

que se encuentra, esta nunca podrá o, mejor dicho, nunca deberá sustituir al Derecho positivo, que ha de empezar a abrirse paso en este ámbito⁵⁷.

Los principales retos a los que las autoridades se enfrentan a mi juicio por lo que respecta al consumo colaborativo y a su regulación son los siguientes:

1. Delimitar adecuadamente la noción de consumo colaborativo

Resulta necesario en primer lugar que, tras el oportuno periodo de reflexión y consulta, las autoridades ofrezcan criterios para poder determinar cuándo nos encontramos ante una modalidad de consumo colaborativo puro o propio y cuándo, a pesar de concurrir elementos de colaboración o participación, existe un ánimo de lucro u orientación profesional.

La distinción se aprecia nítidamente cuando analizamos la situación del transporte colaborativo en nuestro país, y particularmente las causas abiertas contra Uber y Blablacar. En el caso de Uber, las condiciones generales que regían la actividad de la plataforma articulaban un régimen similar al de cualquier actividad de transporte público de viajeros, con la excepción de que el prestador del servicio de transporte carecía de la preceptiva autorización administrativa.

En el caso de Blablacar, la nota de la profesionalidad se diluye hasta resultar prácticamente inviable. Esta diferencia se plasma en el diverso curso que han seguido las causas abiertas contra ambas plataformas. Así, mientras la actividad de Uber fue prohibida con carácter cautelar por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, Blablacar continúa operando con normalidad, al desestimar el mismo Tribunal la adopción de dicha prohibición cautelar, solicitada esta vez por la patronal Confebus.

A mi juicio, el régimen privilegiado que se asocia a los sistemas basados en una dinámica colaborativa ha de reservarse a aquellas plataformas que excluyan, tanto sobre el papel como posteriormente en la práctica, el ánimo de lucro, como sucede en el caso de Blablacar. Hay que señalar, en este sentido, que estas plataformas disponen sin duda de herramientas suficientes para controlar cuándo nos encontramos ante un importe que contribuye a sufragar los gastos del viaje y cuándo encontramos una ganancia patrimonial sostenida que pueda indicar una utilización profesional de la plataforma por parte del conductor.

⁵⁷ V. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05), pág. 7.

Esto no quiere decir, probablemente, que deba prohibirse toda utilización profesional de las plataformas, pero sí que debiera suponer la exclusión de dichos servicios del régimen privilegiado del que se benefician las actividades colaborativas puras, sometiéndose a un régimen fiscal y administrativo análogo al de la actividad profesional⁵⁸. El legislador ha dado muestras de tratar de avanzar en esta dirección por lo que respecta, por ejemplo, al *crowdfunding*, limitando la normativa en la materia a las plataformas en las que prime el componente financiero.

Esta parece ser, por lo demás, la postura de los organismos que velan por la competencia. El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen de 21 de enero de 2014 titulado «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», es consciente de que, dentro del paraguas del movimiento colaborativo, encontramos plataformas puras al lado de plataformas que sí posibilitan una utilización comercial de estas, existiendo ánimo de lucro.

No obstante, a pesar de lo que pudiera pensarse, el Comité aprecia elementos positivos en ambos modelos de negocio, al considerar que el consumo colaborativo «*por una parte, puede cubrir las necesidades sociales en los casos de enfoque no comercial, y por otra, contribuir como actividad con ánimo de lucro, a generar empleo, cumpliendo con las normas fiscales, normas de seguridad, responsabilidad, protección del consumidor y demás normas imperativas*».

2. *Determinar el estatus de las diversas plataformas de consumo colaborativo y el régimen al que habrán de someterse*

La economía colaborativa, como hemos apuntado al principio, hunde sus raíces en una concepción más racional del consumo en las sociedades modernas. A pesar de que este objetivo concurre en numerosas iniciativas en este ámbito, la dinámica colaborativa pronto demostró tener un potencial enorme, abriendo nuevas oportunidades de negocio para los creadores de las diversas plataformas.

De este modo, a pesar de que muchas de estas en origen eran gratuitas, su difusión ha conducido paulatinamente a la fijación de un canon, que adopta generalmente la forma de una comisión (de entre el 10 y el 20 por ciento) calculada sobre el precio del servicio concertado. Este hecho lleva a mi juicio a la conveniencia de deslindar el consumo colabora-

⁵⁸ V., por lo que respecta a la vertiente tributaria de estas plataformas, FALCÓN Y TELLA, R., «La tributación de Uber», *Quincena Fiscal*, nº 13, 2014, págs. 11-16.

tivo genuino, que excluye por definición el ánimo de lucro, de aquellas actividades desarrolladas por plataformas que se lucran por los servicios concluidos, y que aproximarían su régimen al de una agencia de intermediación⁵⁹.

De la misma manera, es preciso determinar como veremos la influencia que pueda tener la utilización de las nuevas tecnologías a cargo de las plataformas en línea sobre la calificación de los servicios prestados. La cuestión se planteó nítidamente al hilo de la demanda interpuesta por la Asociación Profesional Élite Taxi contra la plataforma Uber y es objeto de desarrollo en un epígrafe posterior.

En cualquier caso, del pleito señalado se deduce abiertamente la necesidad de analizar la influencia que el recurso a las nuevas tecnologías pueda desplegar en la calificación de los servicios prestados. Esta respuesta, que probablemente debería partir de instancias europeas, resulta clave para poder pronunciarse con garantías acerca de la vulneración de normativas sectoriales por parte de las diversas plataformas de consumo colaborativo.

3. Brindar una adecuada protección a los usuarios de estas plataformas y a los titulares de los bienes

Uno de los principales argumentos que los usuarios objetan a las plataformas de consumo colaborativo viene asociado a la seguridad y a la protección que estas ofrecen en el desarrollo de su actividad o, más concretamente, a la ausencia de estas. Y es que, no concurriendo la nota de la profesionalidad, la cobertura de la que gozan los usuarios es sin duda más precaria.

Esto no significa que todos aquellos que utilicen servicios colaborativos carezcan de cualquier tipo de protección. Por ejemplo, quienes realicen un trayecto a través de una plataforma de transporte colaborativo, a pesar de no contar con el Seguro Obligatorio de Viajeros, gozarán de

⁵⁹ Y es que, como apunta Ramón Estalella, secretario general de la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos, a pesar de que el modelo de las plataformas como pueda ser Airbnb se inspira en el movimiento colaborativo, «desde el momento en que entra un intermediario que cobra una comisión, podemos hablar de una agencia online en toda regla, que vende alquileres en vivienda privada. No es un modelo peer to peer desde el momento que hay una empresa que cobra una comisión del 15% y tiene un portal que ordena por precios». V. «Consumo colaborativo: ¿qué supone para el sector?: El rápido crecimiento de plataformas P2P y su influencia en el turismo», *Tecnohotel*, abril 2014, pág. 36.

una cierta protección por la vía del seguro de coche a terceros. Es evidente, no obstante, las limitaciones que la relación *peer to peer* plantea en este ámbito.

Hay que apuntar que las plataformas de consumo colaborativo han desarrollado un sistema totalmente propio para tratar de rodear a la actividad con un cierto halo de seguridad. Disponiendo cada prestador de servicios de un perfil disponible en la plataforma, los usuarios pueden acceder a las opiniones y valoraciones que otras personas han emitido sobre ellos, fomentando la propia plataforma una cierta evaluación continua de las partes para de este modo incrementar la seguridad a la hora de elegir la opción más oportuna.

Pero no son los usuarios los únicos que sufren en ocasiones la desprotección de estos sistemas. La prensa ha dado cuenta de un buen número de actos vandálicos cometidos por los usuarios de alojamientos en régimen colaborativo. En consecuencia, resulta necesario en mi opinión que las autoridades organicen un régimen de seguros de necesaria suscripción para este tipo de relaciones entre consumidores, que contribuyan a dotar al sistema de un adecuado nivel de seguridad.

El problema, al igual que sucede en el caso de las autorizaciones administrativas, es que la principal baza de estas nuevas plataformas es la competencia en precio. En consecuencia, un incremento de la protección exigible, a pesar de redundar en una mayor seguridad, se traducirá igualmente en un incremento de precios, haciendo la alternativa menos atractiva y aproximando los sistemas de base colaborativa a aquellos otros tradicionales.

4. En definitiva, tratar de implementar un régimen normativo adecuado al fenómeno colaborativo

De lo expuesto hasta el momento se deduce que es necesario que las autoridades lleven a cabo un proceso de reflexión de gran alcance sobre la base de los retos apuntados. Y es que debemos tener presente que la economía colaborativa parte de una reordenación profunda del modo en el que los consumidores se relacionan entre sí, aportando flexibilidad y eficiencia al consumo pero planteando al tiempo dificultades de calado por lo que respecta al tratamiento que este fenómeno debería recibir desde un punto de vista normativo.

Es evidente que el proceso resulta difícilmente reversible y que aún no ha mostrado todo su potencial, debiendo las autoridades adoptar un planteamiento prudente a la hora de enfrentarse a estas nuevas platafor-

mas⁶⁰. Cabría pensar en primer lugar en dotar al consumo colaborativo de una regulación propia, que tenga en cuenta sus peculiaridades y siente las bases de los parámetros a respetar para poder considerar una actividad como colaborativa.

Es cierto que esta posibilidad presenta numerosos inconvenientes, puesto que el consumo colaborativo presenta contornos diferentes en función del sector en el que nos encontremos, resultando extremadamente complejo dotar al fenómeno de una regulación unitaria. Más interés presenta probablemente en términos realistas que el legislador lleve a cabo aproximaciones sectoriales, en aquellos ámbitos en los que surjan摩擦es con los operadores tradicionales y, en especial, en actividades cuyo ejercicio se someta a autorización.

Hay que recalcar, una vez más, que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha hecho gala de su apuesta por la liberalización, cuando de consumo colaborativo se trata. Así, en su «Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa», la Comisión ha recordado la eficacia que han demostrado tener diversos mecanismos no regulatorios, señalando que, en caso de adoptar una normativa en este ámbito, ha de ponerse el acento en la proporcionabilidad de los instrumentos adoptados.

Pero el consumo colaborativo presenta todavía probablemente un inconveniente añadido. Encontrándose este fenómeno en sus estadios iniciales, la promulgación de una normativa en la materia podría suponer un freno al desarrollo de nuevas formas de economía colaborativa o, al menos, provocar que en el momento en el que la norma fuera promulgada, resultara ya obsoleta, atendida la extraordinaria evolución de estas plataformas.

B. A propósito del caso italiano

Si bien debemos seguir con particular atención la situación y las concretas manifestaciones que la economía colaborativa despliega en nuestro país, hemos de ser conscientes de que se trata de un fenómeno absolutamente global. Todos los Estados se enfrentan, en este sentido, a problemas similares. Es cierto que en cada uno la situación adquirirá un perfil determinado, puesto que distintas son las normativas existentes en ellos

⁶⁰ V., en este sentido, VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El consumo colaborativo en el transporte de personas», *Diario La Ley*, no 8601, 9 de septiembre de 2015, quien apunta la imposibilidad de sostener una prohibición a largo plazo de modelos que conllevan un incremento significativo de la eficiencia en la ejecución de la actividad.

y en consecuencia diferente es el impacto que estos modelos de negocio provocarán en los mismos.

Pero hay que reconocer que el grueso de las cuestiones asociadas a los modelos vinculados al consumo colaborativo o, de modo más amplio, al Derecho de plataformas, obligarán a los legisladores nacionales a reflexionar sobre una serie de temas de modo improrrogable. Así, la naturaleza de la actividad que realizan las plataformas digitales en el marco del consumo colaborativo, el estatuto que deberemos aplicar a los prosumidores, o las cuestiones vinculadas con las autorizaciones exigibles a estos nuevos operadores en los sectores tradicionalmente regulados son cuestiones de gran calado a las que todos los Estados están teniendo que hacer frente.

Italia ha sido probablemente el país que en primer lugar y de modo más decidido se ha lanzado al reto de proceder a dotar a la economía colaborativa de una regulación. Y lo ha hecho a través de la *Proposta di legge Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*, Proyecto más conocido como *Sharing Economy Act*.

A pesar de que en el momento en que se escriben estas líneas la norma no ha sido promulgada, su estudio presenta un extraordinario interés por varios motivos. En primer lugar, por tratarse del primer texto de estas características elaborado en Europa, presentando en este sentido una evidente influencia en los demás Estados que están reflexionando sobre el mejor modo de afrontar el reto colaborativo. Pero del mismo modo por lo acertadas e innovadoras de algunas de sus propuestas, que ofrecen nuevas soluciones para los nuevos problemas que la economía colaborativa pone sobre la mesa.

A estos dos motivos principales, se añade la oportunidad que supuso la consulta pública puesta en marcha para recabar las impresiones y opiniones de los más diversos grupos de interés afectados por estos modelos de base colaborativa, que podían expresar sus inquietudes y valoraciones de forma totalmente libre y por vía telemática hasta el día 31 de mayo de 2016.

En relación con el perfil de la norma, hay que señalar en primer lugar que se trata de un texto claramente pro economía colaborativa. Dicho de otro modo, es un texto que bebe de los ideales en torno a los que se desarrollaron en un primer momento estos modelos, como son evitar la infrautilización de los recursos, reforzar la idea de comunidad, o favorecer un consumo más responsable en nuestro día a día.

El legislador italiano se muestra consciente de la existencia de un gran número de modelos, cada uno de ellos con unos presupuestos y

unas características propias. No obstante, considera posible extraer una serie de notas comunes a todos ellos. En primer lugar, debe tratarse de una relación horizontal, «entre iguales», lo que se conoce habitualmente como una relación *peer to peer*.

Del mismo modo, esta relación debe ir orientada a la compartición o al intercambio de un recurso, reforzando de este modo los postulados apenas apuntados de consumo responsable e infrautilización de los recursos. Finalmente, esta relación debe venir articulada por una plataforma digital, que dará soporte al sistema, permitiendo una relación fluida entre los diversos sujetos y gestionando las formalidades que la relación imponga.

El enfoque marcadamente positivo de que hace gala el legislador italiano explica que la norma se plantea con el objetivo de promocionar los modelos de negocio reconducibles a la dinámica colaborativa. Esto no implica, todavía, que la norma se proyecte desde la ingenuidad. De la lectura del texto se deduce que sus redactores son plenamente conscientes de los problemas que el surgimiento de estos modelos colaborativos ocasionará en relación con los operadores tradicionales.

Indudablemente surgirán roces derivados de la coexistencia de estos modelos tradicionales y de los modelos colaborativos, pero la labor de las autoridades deberá orientarse precisamente a garantizar la complementariedad de ambos sistemas, enfocando sus esfuerzos hacia una progresiva equiparación de todos ellos tanto desde el prisma normativo como desde el prisma fiscal, en el convencimiento de que esto desembocará en la consecución de un mayor nivel de competencia en estos sectores en beneficio de los consumidores y en la explotación de nichos de mercado anteriormente ignorados.

Por lo que respecta a las plataformas, el Proyecto italiano ha decidido hacer girar en torno a ellas buena parte del régimen positivo. En primer lugar, se establece que estas quedarán sometidas al organismo de defensa de la competencia italiano, la *Autorità garante della concorrenza e del mercato*. Este control se materializará a través de un Registro electrónico nacional de plataformas digitales, en el que todas las plataformas habrán de inscribirse con carácter obligatorio.

Junto a este Registro, adquiere igualmente particular importancia el *documento di politica aziendale*. Este documento, que alterna numerosos requisitos positivos y negativos (esto es, requisitos que han de concurrir y requisitos que no han de concurrir para poder desarrollar la actividad), será igualmente de adopción obligatoria y su aprobación por la AGCM será condición indispensable para proceder al alta en el Registro.

Una vez realizada una aproximación formal al régimen proyectado en el país vecino, considero conveniente aludir a ciertas cuestiones de fondo de particular interés. Así, en primer lugar hay que destacar la preocupación del legislador por evitar un excesivo control de los prestadores del servicio subyacente por parte de la plataforma, que tiene su manifestación más destacada en los requisitos negativos apenas mencionados⁶¹.

En segundo lugar, por lo que respecta a las cuestiones de fiscalidad, se establece primeramente la obligatoriedad de que las transacciones económicas que se produzcan en las plataformas digitales se lleven a cabo necesariamente a través de sistemas de pago electrónico. Esta exigencia viene claramente orientada a terminar con la impresión, frecuente en sus inicios, de que la economía colaborativa viene acompañada de altas cotas de economía sumergida.

Este objetivo viene respaldado por la implementación de un régimen sin duda interesante y acertado que resulta de aplicación a todos aquellos que presten servicios en el marco de una plataforma digital. El control de estos servicios vendrá sin duda facilitado por la exigencia apenas mencionada de que el pago se realice a través de sistemas de pago electrónico. En consecuencia, las rentas de actividad de economía compartida no profesional, que así es como las denomina el legislador italiano, podrán gravarse sin dificultad.

El texto opta por establecer unos baremos que traten de deslindar aquellas situaciones en las que lo esporádico de los servicios prestados nos haga pensar que nos encontramos ante una actividad realmente colaborativa de aquellos otros supuestos, desgraciadamente existentes en la actualidad, en que ciertos sujetos lleven a cabo una actividad profesional o profesionalizada a través de la plataforma.

Para fomentar el primer escenario decide aplicar a las rentas de hasta 10.000 euros un tipo fijo del 10%, tipo sin duda privilegiado. En relación

⁶¹ De este modo, se establece que el documento de política empresarial no podrá imponer, de manera directa o indirecta, entre otras:

— *Al usuario operador, cualquier forma de exclusiva o de tratamiento preferencial a favor del gestor.*

— *El control de la ejecución de la prestación del usuario operador, en particular a través de aparatos o sistemas de hardware o firmware.*

— *La fijación de tarifas obligatorias para los usuarios operadores.*

— *La exclusión del usuario operador del acceso a la plataforma digital del gestor o su penalización en la presentación de su oferta a los usuarios beneficiarios por motivaciones que no sean graves y objetivas.*

(...)

con las rentas que superen esta barrera de los 10.000 euros se prevé que estas se sumen a las rentas de trabajo (por cuenta ajena o autónomo) del prestador, debiendo aplicarse en cada caso el tipo que corresponda. Considero que este diverso tratamiento constituye un gran acierto, al permitir deslindar lo que hemos considerado consumo colaborativo «propio» de aquel otro «impropio».

La transparencia del régimen así orquestado se asegura con la imposición a las plataformas de una obligación de comunicar a las autoridades tributarias (*Agenzia delle entrate*) todas y cada una de las transacciones económicas que se lleven a cabo en su seno, garantizando de este modo un control intenso de estas actividades, superior incluso al que venía produciéndose en relación con los operadores tradicionales.

CAPÍTULO 2

LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS COMO VEHÍCULO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

I. APROXIMACIÓN A LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Hemos mencionado anteriormente, cuando tratábamos de explicar el surgimiento del movimiento colaborativo, que este no puede explicarse sin tener presente la influencia que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha desplegado en la configuración de este nuevo modelo de consumo. Por lo que respecta a la vertiente subjetiva de la relación, esto exige plantearse primeramente el papel y el estatuto que se atribuye a las plataformas digitales en el ejercicio de su actividad.

Hay que señalar, en primer lugar, que las plataformas en línea están de tremenda actualidad. Y es que la Unión Europea ha fijado como una de sus principales prioridades la consecución de un verdadero mercado único digital, en el cual las plataformas en línea juegan un papel fundamental. Este interés desembocó en tiempos recientes en una Comunicación de la Comisión Europea sobre este tipo de plataformas⁶².

La Comunicación forma parte de un proceso mucho más amplio, orientado a tratar de dotar a Europa de un régimen adecuado para tratar de mantener una posición de cierta hegemonía y competir con las potencias

⁶² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. COM(2016) 288 final. 25 de mayo de 2016.

tecnológicas y, de modo particular, con el mercado americano y asiático por lo que respecta al mercado en línea⁶³.

A. Un mercado único digital para Europa

La consecución de un mercado único digital para Europa ha sido una absoluta prioridad para las instituciones europeas y, particularmente, para la Comisión Europea desde que Jean-Claude Juncker pasara a presidirla en el año 2014. A pesar de que no resulta fácil exponer en pocas palabras lo que se busca con este proyecto, podemos considerar que se encamina a replicar los avances que trajo el mercado interno físico a finales del siglo pasado al ámbito en línea.

Para alcanzar este objetivo, nos encontramos con actuaciones de muy amplio signo, que buscan avanzar en la armonización europea en materia de protección del consumidor, derechos de propiedad intelectual o protección de datos personales, al tiempo que se vienen desarrollando cuantiosas inversiones para tratar de resultar competitivos en el ámbito de las redes ultrarrápidas o, en los últimos tiempos, en relación con la gestión masiva de datos⁶⁴.

Si no queremos faltar a la verdad este deseo de las Autoridades europeas cabe retrotraerlo en el tiempo. Ya en el año 2010 la Comunicación Europa 2020 recogía, como una de sus iniciativas emblemáticas, el deseo de implementar una Agenda digital para Europa. Han sido cuantiosos los esfuerzos del legislador europeo en este ámbito, habiendo conocido en menos de una década un sinfín de textos orientados a hacer realidad la transformación digital de Europa y, muy especialmente, de sus mercados.

⁶³ Contamos en este sentido con un buen número de instrumentos emanados principalmente de la Comisión Europea entre los que destacan la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», de 6 de mayo de 2015; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas», de 28 de octubre de 2015 y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos, de 10 de mayo de 2017.

⁶⁴ V., en este sentido, la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea que tiene por objeto asegurar la libre circulación de datos no personales dentro de la UE.

A pesar de que no resulta posible detenernos en ellos, hay que apuntar que adquirió significativa importancia la Comunicación de la Comisión de la Comisión Una Estrategia para el Mercado Único Digital para Europa, de 6 de mayo de 2015, cuya revisión intermedia conocimos a mediados del año 2017. Este texto, verdadero referente en la materia que sintetiza como ningún otro las intenciones y deseos del legislador a la hora de alcanzar un mercado único digital, tenía ya muy presente el papel que las plataformas habrían de jugar para lograr un desarrollo.

Uno de los pilares en los que se asentaba la Estrategia era el de «crear condiciones adecuadas y equitativas para las redes digitales avanzadas y los servicios innovadores». Pues bien, uno de los objetivos considerados esenciales para cimentar este pilar era precisamente el de desarrollar un marco regulador adecuado para las plataformas y los intermediarios.

La Comisión Europea se muestra consciente del papel cada vez más protagonista que están adquiriendo las plataformas en línea en el mercado digital. Su amplia difusión en los más variados sectores unida a su gran aptitud para gestionar datos de forma masiva provoca que deba llevarse a cabo un esfuerzo significativo para conseguir ser competitivos en este ámbito, no pudiendo Europa quedarse al margen de estos modelos económicos⁶⁵.

No obstante, este potencial obliga a juicio del legislador a mantener ciertas cautelas en relación con estos modelos de negocio, si tenemos en cuenta que existen plataformas con un poder de mercado muy significativo, lo que les permite mantener un cierto control sobre el acceso a los mercados en línea. Del mismo modo, no han faltado quienes han alzado la voz contra la falta de transparencia con la que estas plataformas utilizan y gestionan la información que obtienen⁶⁶.

Todas estas cuestiones demandan un tratamiento profundo y matizado, por lo cual la Comisión se impuso el objetivo de poner en marcha, antes de finales de 2015, «una evaluación exhaustiva de la función de las plataformas, incluida su actividad en la economía participativa, y de los intermediarios en línea» que analizara cuestiones como la transparencia y el uso de la información por parte de las plataformas, sus relaciones

⁶⁵ Apunta la Comisión Europea cómo el 90 % de todos los datos que circulan por internet han sido creados en los dos últimos años, lo que confirma que el crecimiento del sector es ciertamente exponencial.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión Una Estrategia para el Mercado Único Digital para Europa, pág. 13.

con los proveedores o los modos más adecuados para luchar contra los contenidos ilícitos en internet.

B. Aproximación a la Comunicación de la Comisión Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa

El proceso de evaluación del que venimos de ocuparnos desembocaría, escasos meses más tarde, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa, de 25 de mayo de 2016.

Se trata de un texto sólido, que vino precedido de otros estudios y, de modo destacado, de una consulta pública que ha de calificarse de exitosa. La Comunicación se plantea, en sus propias palabras, con el doble objetivo de esbozar aquellas cuestiones que presentan una mayor importancia a la hora de evaluar a las plataformas y de posicionar a la Comisión en relación con los numerosos retos e interrogantes que plantean.

La primera virtud que considero cabe atribuir al texto es la de llevar a cabo una acertada caracterización del fenómeno. Es desde luego cierto que la tipología de plataformas y los perfiles que adquieren en los diferentes sectores son tan variados que dificulta llevar a cabo consideraciones generales que resulten de aplicación a todas ellas. A pesar de todo, la Comisión se muestra convencida de que las plataformas en línea comparten un buen número de características, entre las que destaca las siguientes:

- tienen capacidad para crear y modelar nuevos mercados, planteando a los tradicionales un verdadero desafío, así como para organizar nuevas formas de participación o para efectuar en línea negocios consistentes en la recogida, tratamiento y edición de grandes cantidades de datos;
- actúan en mercados plurifacéticos pero con diversos grados de control sobre las interacciones directas entre grupos de usuarios;
- se benefician de los «efectos de red», lo que significa en sentido amplio que el valor del servicio aumenta con el número de usuarios;
- suelen apoyarse en las tecnologías de la información y la comunicación para llegar a sus usuarios de forma instantánea y sin esfuerzo;
- desempeñan un papel de crucial importancia en la creación de valor digital, especialmente atrayendo niveles significativos de

valor (por ejemplo, mediante la acumulación de datos), facilitando nuevos proyectos empresariales y creando nuevas dependencias estratégicas⁶⁷.

No se trata solo de que las plataformas digitales aporten nuevos operadores al mercado. Es que estos nuevos actores resultan ser muchas veces más eficientes que los operadores clásicos y permiten alcanzar nichos de mercado que hasta hace bien poco restaban sin explotar. Este incremento de la eficiencia redunda igualmente en un paralelo incremento de la competencia y de la calidad de los servicios ofertados, al verse obligados todos los sujetos afectados a ofrecer el mejor servicio posible si no quieren desaparecer en el proceso.

Resta en toda su complejidad, todavía, la cuestión de la aproximación que las autoridades deban desarrollar para afrontar este fenómeno. Fruto de la reflexión de los diversos organismos y de las valiosas sugerencias recibidas en la consulta pública a la que hemos hecho referencia anteriormente la Comisión plantea tres líneas claves para avanzar en un mercado europeo que saque todo el partido a las posibilidades ofrecidas por las plataformas en línea.

1. Creación de un entorno adecuado para atraer, retener y desarrollar a nuevos innovadores de las plataformas en línea

La primera de las líneas de actuación no reviste, probablemente, un perfil diverso para las plataformas digitales que aquel que presenta de un modo general para la consecución de un mercado único digital, atendiendo al necesario desarrollo de un entorno o ecosistema que permita explotar el potencial tecnológico que sin duda la Unión Europea posee. Internet ha supuesto y supone una revolución que se extiende a todos los ámbitos de la vida moderna.

Nuestro día a día, pasando por las condiciones de trabajo y especialmente el comercio moderno no se explicarían sin tener presente las oportunidades que nos brinda el acceso a las nuevas tecnologías y, de modo paradigmático, a la red. Los Estados comprendieron pronto la importancia de contar con estructuras y sistemas avanzados para poder aprovechar las ventajas que la era digital brinda a la Administración,

⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa, pág. 3.

al sector investigador o al tráfico mercantil, por poner ejemplos bien conocidos por todos.

La Unión Europea no ha permanecido ajena a estos cambios poniendo de manifiesto, cada vez con mayor firmeza, su intención de hacer de Europa un referente tecnológico. No obstante, las particularidades de los diferentes Estados Miembros en cuestiones tan dispares como los derechos de autor, las telecomunicaciones o las inversiones en redes han provocado que el mercado europeo continúe fragmentado y que los operadores no cuenten en muchos casos con la necesaria estabilidad ni seguridad jurídica como para desarrollar su actividad de forma transfronteriza.

Debemos ser conscientes de que las nuevas tecnologías ya no son un sector independiente de la economía sino que constituyen la base y el fundamento de todos los sectores productivos modernos y es necesario concederles un tratamiento acorde a esta importancia. Uno de los principales objetivos a medio plazo tiene que ver con el 5G, que abrirá las puertas del denominado Internet de las Cosas (*Internet of Things*) y posibilitará una conectividad sin precedentes para todo tipo de instrumentos y objetos de uso cotidiano.

Uno de los principales obstáculos a la implementación del 5G viene asociado al espectro radioeléctrico, entendido como el medio por el cual las ondas electromagnéticas (sean de radio, de televisión o de telefonía) se transmiten. Y es que este espectro radioeléctrico, gestionado por los Estados Miembros de forma autónoma, es un recurso limitado.

Las autoridades europeas están elaborando propuestas para una liberación coordinada de la banda de los 700 MHz. Esta banda es considerada la más apropiada para dar cobertura al 5G especialmente en las zonas rurales, ya que permite cubrir un mayor territorio con menores infraestructuras. Actualmente esta franja es la ocupada por la Televisión Digital Terrestre, por lo que será necesario un esfuerzo conjunto para liberarla.

Se trata de repetir, salvando las distancias, el proceso llevado a cabo en 2015. En aquella ocasión se liberó la banda de los 800 MHz para dejar paso al 4G. El proceso, que se conoció como la liberación del primer Dividendo Digital, no fue rápido ni estuvo exento de dificultades. Ahora se reproducirán las acciones con la intención de reservar la banda de los 700 MHz al 5G, debiendo trasladarse los servicios de radiodifusión a la banda de frecuencias de los 470-694 MHz.

Recientemente, España ha lanzado una Consulta pública con el fin de «recabar aportaciones en relación con el proceso de autorización del uso de la banda de frecuencias de 700 MHz (694-790 MHz) para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha inalámbrica,

todo ello con el objeto de adoptar la hoja de ruta nacional que defina el plan y el calendario para acometer dicho proceso⁶⁸».

Junto al prometedor futuro de la tecnología 5G y de las redes ultra-rápidas, no podemos perder de vista la singular importancia que tendrán las inversiones, públicas y privadas, en este ámbito. En esta línea se inscriben, entre otras, las ayudas de 500 millones de euros del presupuesto del Horizonte 2020 a los centros de innovación digital⁶⁹ o los 120 millones con que cuenta la iniciativa Wifi4EU para que los municipios pongan a disposición de los ciudadanos wifi gratuito en los espacios públicos más concurridos o que revistan un particular interés social.

2. Establecimiento de un marco reglamentario equilibrado para las plataformas en línea en el mercado único digital

Tan importante o más que crear las infraestructuras y el escenario adecuados para permitir un desarrollo adecuado de las plataformas es conseguir, indudablemente, que el régimen aplicable a estos nuevos modelos facilite su desarrollo y expansión. Ya hemos apuntado la vasta variedad de normativa aplicable a las nuevas actividades de base tecnológica, normativa que no siempre ostentará la deseable armonización.

A pesar de todo, considero que hay razones para el optimismo. Y es que, en poco tiempo, hemos avanzado considerablemente en este objetivo de uniformización en materia digital. Téngase presente, sin ir más lejos, los avances derivados de la Directiva sobre seguridad de las redes y de la información⁷⁰. O, de modo aún más prometedor, las mejoras que traería consigo un Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

El texto, que se encuentra en fase de propuesta, cambiaría de modo notable la radiografía de la gestión masiva de datos (*big data*) en el seno de la Unión. Basándose las plataformas digitales de modo generalizado

⁶⁸ Consulta pública sobre la hoja de ruta del proceso de autorización de la banda de frecuencias de 700 MHz para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha inalámbrica, a la que se podía contribuir hasta el día 19 de febrero de 2018.

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital. Bruselas, 19 de abril de 2016.

⁷⁰ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.

en una utilización destacada de los datos en todas sus formas, han venido sufriendo una serie de limitaciones basadas fundamentalmente en la ubicación de estos.

El texto se plantea, en este sentido, como una herramienta que termine con estas restricciones, muchas veces injustificadas, a la libre circulación de datos no personales en el seno de la Unión, entendiéndose por estos todos aquellos datos que o bien son anónimos o bien han atravesado un adecuado proceso de «anonimización»⁷¹. El punto de partida es bien diferente a cuanto sucede en materia de datos personales, si tenemos en cuenta que la idea de privacidad, que resulta central en este ámbito, cede ante intereses de carácter económico o empresarial conforme nos aproximamos a los datos no personales.

Resulta frecuente, todavía hoy, que los Estados Miembros obliguen a los proveedores de servicios a almacenar e igualmente a tratar los datos dentro de sus fronteras, en la idea (a menudo errónea) de que esto aporta seguridad al sistema⁷². La propuesta busca terminar con esta premisa, favoreciendo aproximaciones globales al *big data* que sin duda son más potentes que aquellas otras locales que puedan implementar los Estados Miembros individualmente considerados.

De este modo, en síntesis, la propuesta de Reglamento busca terminar con los requisitos fundados en la ubicación de los datos, al tiempo que otorga un rol clave a la Administración como sujeto cualificado en este escenario, al concederle facultades más amplias que a los operadores ordinarios. Del mismo modo, el texto plantea significativos avances en materia de portabilidad y de interoperabilidad en la economía de datos.

Pero no basta, probablemente, con disponer de normas modernas y conseguir un adecuado nivel de armonización entre los Estados Miembros. El legislador se muestra igualmente consciente de la necesidad de avanzar en la cooperación entre las autoridades competentes que, como

⁷¹ En caso contrario nos encontraríamos ante datos personales, resultando en consecuencia de aplicación el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

⁷² En otras ocasiones las previsiones son más sutiles, como en aquellos casos en los que los Estados exigen la utilización de instalaciones tecnológicas que hayan sido certificadas por un concreto Estado Miembro (Considerando nº 4 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea).

indica expresamente, comienza a dar sus frutos en materia de protección de los consumidores o de los datos personales.

Esta colaboración, en cualquier caso, no deberá limitarse probablemente al sector público, poniéndose el acento en la necesidad de tener en cuenta el sentir de los operadores privados a través del fomento de la autorregulación y de la corregulación, en el convencimiento de que es el modo más adecuado para tratar de anticiparse a los problemas que puedan surgir en el futuro.

Finalmente, por lo que respecta a la situación *de lege ferenda*, la Comunicación destaca la necesidad de que las disposiciones reglamentarias futuras se centren en identificar la problemática característica de las actividades propias de las plataformas en línea. La economía colaborativa, en la que nos centraremos posteriormente, ha contribuido a poner de manifiesto esta necesidad, mostrando a las claras que unas normas que resulten muy eficaces para reglamentar servicios tradicionales pueden mostrarse absolutamente incapaces de adaptarse a los nuevos presupuestos que sustentan los servicios en línea.

4. Aplicación de los principios esenciales para el desarrollo de las plataformas en la UE

Finalmente, reviste particular interés la elaboración por parte de la Comisión de una serie de principios a los que se atribuye carácter esencial que habrán de guiar las políticas europeas en materia de plataformas digitales. Pasemos a ocuparnos brevemente de cada uno de ellos.

— *Garantizar condiciones iguales para servicios digitales comparables.*

La primera gran preocupación por lo que se refiere a la disciplina de las plataformas digitales tiene que ver con el tratamiento que se dispense a los nuevos modelos económicos que estas posibilitan y, a renglón seguido, en los efectos que tenga respecto a los modelos tradicionales.

Ya se ha apuntado cómo en términos generales las implicaciones concurrenceles asociadas a las plataformas en línea se consideran positivas. Baste observar, en este sentido, la postura de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ante fenómenos emergentes como el consumo colaborativo, objeto principal de esta obra. O, del mismo modo, las consideraciones efectuadas en la propia Comunicación sobre plataformas digitales en relación con los servicios de mensajería libre (*over-the-top*).

Los modelos de negocio basados en las plataformas en línea no solamente incrementan la competencia al añadir nuevos operadores a los sectores en cuestión, sino que tienen la virtud de servir de estímulo o acicate para la mejora de los servicios que podríamos denominar clásicos, que se ven de este modo forzados a mejorar su oferta o corren el riesgo de desaparecer a medio plazo.

Los principales problemas surgen en mi opinión al tratar de llevar a la práctica este postulado o principio. La Comisión es consciente de que el hecho de considerar a dos servicios como comparables puede variar en atención al contexto de la política pública, al tiempo que no descarta de ningún modo que para crear estas condiciones de equivalencia sea preciso simplificar, modernizar o aligerar la normativa existente.

Estas dificultades han quedado bien patentes en el sector del transporte urbano, en el que aún hoy se discute si los titulares de licencias VTC deberían tener algún tipo de obligación de indemnizar a los titulares de licencias de taxi con los que sin duda compiten. En cualquier caso, la revisión y modernización de la normativa existente no debería desembocar, en palabras del legislador, en la imposición de «una carga desproporcionada tanto a los nuevos modelos de negocio como a los tradicionales⁷³».

— *Garantizar la conducta responsable de las plataformas en línea.*

La ingente cantidad de información gestionada por las plataformas digitales provoca, es lógico que así sea, cierta inquietud en relación con la conducta y la responsabilidad que debiera resultarles exigible en su actividad. El foco se pone, en este sentido, en relación a los contenidos más nocivos y su influencia en un sector especialmente vulnerable, los menores.

El punto de partida, teniendo en cuenta el régimen instaurado por la Directiva sobre comercio electrónico, ha de ser el reconocimiento de la exención de responsabilidad por los contenidos alojados para las plataformas digitales, de modo análogo a cuanto sucede con el resto de proveedores de servicios intermediarios.

Dicho esto, no se puede obviar el hecho de que la nueva dimensión que las plataformas posibilitan a la hora de compartir información y archivos aconseja, si no exige, que estas adopten un papel más activo y decidido a la hora de luchar contra los contenidos ilegales. La cuestión es, no obstante, delicada, teniendo en cuenta la fina línea existente entre exigir a las plata-

⁷³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa, pág. 7.

formas un cierto papel proactivo en este ámbito y privarles de la exención de responsabilidad que el Derecho europeo les ha venido concediendo.

Dos previsiones se establecen con carácter principal. En primer lugar, para que las medidas adoptadas sean eficaces se considera que la aproximación ha de ser necesariamente sectorial y orientada a la modificación de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual⁷⁴. Del mismo modo, se opta por una política de incentivos orientada a conseguir que las plataformas digitales desarrolleen esfuerzos de autorregulación coordinados a escala europea.

— *Reforzar la confianza y transparencia y garantizar la equidad.*

Nadie puede dudar a estas alturas del potencial y de las posibilidades que aporta la gestión masiva de datos. Ahora bien, es preciso reconocer que los datos se están convirtiendo en una preocupación creciente para los europeos, que no están de acuerdo con la ingente cantidad de datos que las plataformas les requieren y que se quejan de la escasa transparencia con la que estas utilizan y gestionan los mismos.

Es evidente que se han producido grandes avances en el ámbito de la protección de datos personales con el Reglamento General de Protección de Datos⁷⁵, que marca un antes y un después en el marco de la Unión con la adopción de principios inspiradores como el de «protección de datos por defecto» o el de «protección de datos desde el diseño⁷⁶».

Pero no se trata de una problemática unidireccional. Junto a esta preocupación por la abundante información que las plataformas requie-

⁷⁴ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

⁷⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁷⁶ Declara el art. 25.1 del Reglamento General de Protección de Datos que «*Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.*

ren de los usuarios las autoridades europeas han venido incidiendo del mismo modo en las dudas que genera el modo en el que la información es presentada a los consumidores. En el fondo, no deja de tratarse de dos caras de una misma moneda.

Y es que los datos recogidos de los consumidores individualmente considerados, convenientemente tratados y depurados, tienen una influencia decisiva en el modo en el que posteriormente les serán presentadas las sucesivas informaciones y comunicaciones. La Comisión es consciente de la profunda reordenación de intereses en presencia que encontramos en las relaciones entre los consumidores y este tipo de plataformas, habiéndose posicionado a favor de la revisión de los instrumentos de cooperación en materia de protección de los consumidores.

Esta aproximación llevó, en diciembre de 2017, a la adopción del Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores. Este instrumento deroga al Reglamento (CE) nº 2006/2004, que se considera «*no es suficiente para hacer frente eficazmente a los retos de aplicación que plantea el mercado único, incluidos los desafíos del mercado único digital*⁷⁷».

Junto a la transparencia, reviste singular importancia la búsqueda de modelos equitativos. No se puede negar el hecho de que en la actualidad existen una multitud de pequeñas y medianas empresas que dependen de las plataformas en línea para poder acceder a sus clientes en el escenario derivado del mercado único digital. Resulta por ello preocupante encontrar tantas quejas en las consultas públicas en relación con la inadecuación de las plataformas a los dictados del Derecho de la competencia, particularmente asociadas a la existencia de barreras a la entrada.

Fruto de esta preocupación conocimos recientemente la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, de 26 de abril de 2018. Este texto vino complementado por una Decisión de la Comisión que estableció un grupo de expertos para el Observatorio de la Economía de las Plataformas Electrónicas.

⁷⁷ Considerando 1º del Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores.

— ***Mantener unos mercados abiertos y no discriminatorios para impulsar una economía basada en los datos.***

Finalmente, las plataformas en línea no son ajenas a las limitaciones que la economía digital europea viene sufriendo en relación con los objetivos de interoperabilidad y normalización⁷⁸. Los usuarios se quejan con frecuencia de las dificultades a las que deben hacer frente a la hora de cambiar de plataforma y de proceder a la portabilidad de sus datos.

Los esfuerzos se vienen concentrando en el objetivo de desarrollar tecnologías digitales de carácter abierto, que ocasionen menores costes asociados al cambio o tránsito entre ellas, lo que revertiría en un incremento de la eficacia de estos modelos. Ya hemos apuntado el impulso que a estos efectos ha supuesto la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

Hay que tener en cuenta que, si bien en ocasiones estas restricciones a la portabilidad obedecen a barreras artificiales creadas por las propias plataformas de forma podríamos decir ilegítima, existirán igualmente supuestos en los que las restricciones serán una consecuencia natural e inevitable de la tecnología utilizada, que provoca que resulte muy costoso en términos económicos el trasvase de información en aquellos casos en los que los datos se almacenen de diferente modo por los diversos prestadores de servicios.

II. En particular, las plataformas de consumo colaborativo. ¿Mera intermediación o prestación de servicios?

Sentadas las bases de la actuación de las autoridades europeas en relación a la cuestión de las plataformas digitales procede a continuación concentrarnos en las peculiaridades que estas plataformas plantean en el ámbito del consumo colaborativo. Especialmente si tenemos en cuenta que la Comisión Europea publicó el 2 de junio de 2016 una Comunicación por la que implementa una Agenda Europea para la economía colaborativa.

Las plataformas vinculadas al consumo colaborativo presentan unas diferencias de base importantes con las plataformas en línea tradicionales, por el hecho de que dan soporte a actividades que, al menos teóricamente, son desarrolladas por sujetos no profesionales y en las que no existe un ánimo de lucro. Ambas circunstancias van a influir considerablemente

⁷⁸ V., en relación con esta cuestión, lo dispuesto en la pág. 17 y ss. de la Comunicación de la Comisión sobre Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.

en el futuro de este tipo de plataformas ya que, a pesar de que suponen un incremento de la oferta y un avance en materia de sostenibilidad, son una fuente de problemas por lo que respecta a los operadores económicos tradicionales, no resultando por otro lado su actividad fácilmente encuadrable en las diversas normativas sectoriales que les resultan de aplicación.

La Directiva Servicios supuso en su momento un hito importante, que vino a simplificar los procedimientos administrativos a los que debían hacer frente los operadores y que eliminaba en definitiva los obstáculos que todavía podían encontrarse en el mercado de servicios en el seno de la Unión⁷⁹. A pesar de que la Directiva dejaba fuera de su ámbito de aplicación determinados sectores, como pueda ser el transporte público de pasajeros, este hecho no ha impedido que las plataformas de base colaborativa hayan experimentado un progresivo proceso de posicionamiento en estos sectores, que aun hoy crece con rapidez.

En esta situación, la Comisión Europea, consciente del potencial que estos nuevos modelos de consumo abren para la economía de la Unión, incide en la necesidad de actualizar las regulaciones existentes, con el fin de permitir que los nuevos operadores puedan formar parte del sistema. Esto puede significar, según el caso, que los requisitos a los que deben hacer frente los operadores se dulcifiquen o, incluso, que las exigencias de determinadas normativas sectoriales sean derogadas por excesivas.

Uno de los principales problemas que encontramos a la hora de lidiar con el fenómeno colaborativo es la dificultad de deslindar aquellas actividades desarrolladas por consumidores, que de modo ocasional y frecuentemente accidental (teniendo en cuenta que al tiempo que prestan un servicio están satisfaciendo sus propios intereses particulares, piénsese en la compartición de un trayecto en vehículo compartido) prestan un servicio a terceros, de aquellas otras situaciones en las que un individuo, profesional o no, desarrolla una actividad con ánimo de lucro recurriendo al instrumento que suponen las plataformas digitales.

⁷⁹ La Directiva Servicios parte de la constatación de que, a pesar de que los servicios constituyen el 70% del PIB en la mayoría de los Estados miembros su regulación está notablemente fragmentada, privando de este modo a la economía de la Unión de la competitividad necesaria para hacer frente a los nuevos tiempos. En este escenario, como indica el Considerando 5 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior *«procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado»*.

A pesar de las dificultades que esta determinación presenta en la práctica, la Comisión parece en este punto valorar la posibilidad de llevar a cabo un sistema de baremos, que revestirán necesariamente un carácter sectorial, para tratar de determinar el umbral a partir del cuál un servicio *peer to peer* deja de ser ocasional y puede sujetarse a la normativa prevista para la prestación profesional de servicios en ese concreto sector económico⁸⁰.

Pero sin duda reviste una particular complejidad la determinación del estatus con el que actúan en el tráfico las plataformas de consumo colaborativo. Especialmente difícil es la determinación de dónde comienza y dónde termina la labor de intermediación que se asocia a este tipo de plataformas. Como veremos posteriormente, la concreta configuración del papel adoptado por la plataforma habrá de basarse necesariamente en presunciones e indicios, que hagan pensar que únicamente nos encontramos ante una puesta en contacto de prestadores y usuarios o bien que en determinadas circunstancias cabe atribuirle igualmente un rol determinante en el propio servicio.

Este hecho se acentúa por cuanto los esfuerzos que hemos conocido hasta la fecha han tratado mayoritariamente de dilucidar en qué medida podemos imputar a las plataformas en línea la organización y ejecución del servicio subyacente, más que a analizar en profundidad cuáles son las características propias de su actividad y a desarrollar una construcción específica para estos nuevos operadores del mercado⁸¹.

A. La actividad de las plataformas digitales

Hemos apuntado anteriormente que si bien el trasfondo y la idea que late tras el movimiento no es desde luego nuevo, este movimiento ha recibido un nuevo empuje y dimensión de la mano de las nuevas tecnologías y, señaladamente, de internet. Este hecho nos provoca una cierta tentación de considerar que la actividad de las plataformas digitales es algo nuevo,

⁸⁰ La fijación de estos umbrales desgraciadamente siempre tendrá un cierto poso arbitrario. Piénsese en este sentido en la cifra de los 10.000 euros que el Proyecto italiano toma como referencia a la hora de deslindar las actividades colaborativas de las actividades profesionalizadas en orden a determinar los tipos aplicables a la fiscalidad de ambos supuestos.

⁸¹ En la misma línea RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305 2017, pág. 184, quien considera que este esfuerzo de delimitación y análisis únicamente puede efectuarse desde el Derecho mercantil.

diferente a lo conocido, y de caer en consecuencia en el terreno de lo *sui generis*.

Personalmente, considero que es importante tratar de evitar la comodidad de este recurso. La labor de las plataformas, sin ignorar todas sus particularidades, hunde sus raíces en los presupuestos tradicionales del contrato de mediación, contrato atípico pero de honda tradición en nuestro sistema jurídico. En virtud del contrato de mediación o corretaje una de las partes (el mediador) se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero que habrá de buscar al efecto⁸².

Y es que la función primaria de las plataformas de la economía colaborativa no deja de ser, en este sentido, la de confrontar oferta y demanda en el nuevo escenario en línea en el que operan, solo que esta búsqueda de contraparte contractual se realiza de forma masiva y, con las excepciones que apuntaremos, impersonal. Esta parece ser, igualmente, la dirección que ha adoptado el *Working Group on the Collaborative Economy*, si bien todavía de manera un tanto informal⁸³.

En cualquier caso, el sustrato subjetivo en esta relación de mediación es muy particular. Y es que esta mediación no se realiza para un sujeto concreto, sino para una multiplicidad de oferentes y demandantes. Esto implica una importante reordenación de intereses, ya que la actividad de la plataforma no habrá de guiarla en consecuencia por la satisfacción del interés de quien encarga la mediación, sino que esta vendrá sustituida por una exigencia de imparcialidad en relación a todos los sujetos que prestan o reciben servicios a través de ella.

Ahora bien, como apuntábamos si bien la base de la actividad de las plataformas en línea cabe aproximarla hacia una relación de mediación es forzoso reconocer que se trata de una mediación absolutamente cualificada⁸⁴.

⁸² SÁNCHEZ ANDRÉS, A. / ALONSO SOTO, R., «Los contratos de colaboración», en *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. / ROJO, A.), vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 103.

⁸³ V., en relación con los argumentos del Grupo de Trabajo, GRIMALDOS GARCÍA, M^a I. «El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 366 y ss.

⁸⁴ Se muestran igualmente a favor de considerar esta intermediación electrónica como una subespecie del contrato de mediación, entre otros, DÍAZ GÓMEZ, M.A., «Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, pág. 35.

Y es que de la configuración de las plataformas más significativas que encontramos en la actualidad cabe extraer que desarrollan al menos las siguientes funciones:

1. Crean un mercado en línea (*Marketplaces*)

En un principio pocas dudas podemos tener de que la función que desarrollan las plataformas es la de construcción de un sistema en el que se encuentran la oferta y la demanda, es decir, la creación de un mercado en línea que competirá, con todas sus particularidades, con el mercado físico en el que tradicionalmente se asignaban los recursos.

Estos *marketplaces*, o lugares en los que se cruzan de forma masiva oferta y demanda, constituyen un eslabón más en la búsqueda de sistemas cada vez más automatizados y eficientes⁸⁵. Las fuertes economías de escala y la reducción de los costes de transacción que estos nuevos mercados son capaces de aportar han venido provocando que ocupen una posición más preeminente cada día en el mercado en línea.

Hay que tener en cuenta que los *marketplaces* no limitan su área de interés a la economía colaborativa. Por el contrario, ni tan siquiera es aquí donde han despegado un mayor despegue, quedando reservado este puesto a la comercialización de bienes (nuevos o de segunda mano) más que a la comercialización de servicios. Plataformas como *eBay* o a nivel nacional *wallapop* ostentan en la actualidad un peso considerable en el mercado en línea.

Del análisis de la evolución de estas estructuras se desprende que las dudas en relación al modo a través del cual interactúan estos modernos mercados en línea con los sistemas tradicionales no son exclusivas del movimiento colaborativo. La reordenación de los sectores en los que estos *marketplaces* comienzan a operar es en este sentido prácticamente generalizada, con las consiguientes fricciones que esto implica con los operadores clásicos⁸⁶.

2. Facilitan redes de comunicación

Del mismo modo, las plataformas se han erigido sin duda en un sistema de comunicación e interconexión entre usuarios, tengan estos el

⁸⁵ DE LA PUERTA GONZÁLEZ-QUEVEDO, E., «El impacto de internet en las operaciones: Del MRP a los *marketplaces*», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 791, 2001, pág. 51.

⁸⁶ Como veremos posteriormente al analizar el caso *eBay* contra L'Oréal, centrado en cuestiones marcas.

carácter de prestadores de servicios o de usuarios finales de los mismos. Como apuntamos anteriormente, la reducción de los costes de transacción que las plataformas en línea posibilitan es una de sus señas de identidad y, sin duda alguna, uno de los motivos que explican su éxito en los últimos tiempos.

Esta posibilidad de mantener una comunicación prácticamente continua entre los individuos que recurren de un modo u otro a la plataforma proporciona una flexibilidad muy notable, que los modelos clásicos eran incapaces de aportar. Y explica a renglón seguido que algunas de ellas hayan tratado de fundar su actividad en torno a la idea de red social, tratando de alejarse de este modo de su enfoque comercial.

Esta comunicación se desarrolla por múltiples vías. Resulta frecuente que las plataformas se aseguren de que las transacciones hayan de realizarse necesariamente a través de su sistema (percibiendo la correspondiente comisión), limitando el contacto entre el prestador y el usuario final en un primer momento a los sistemas de comunicación asociados a la plataforma, y retrasando el suministro de números de teléfono y de correos electrónicos al momento posterior a la formalización de la transacción.

Este modo de proceder es el generalmente seguido en las plataformas colaborativas objeto de este trabajo. Existen, no obstante, otras plataformas que se han venido denominando pasivas (por contraposición a las activas, ya analizadas) que no vendrían a implicarse directamente en la conclusión del contrato entre las partes, limitando su papel al desarrollo de herramientas para que oferentes y demandantes puedan llegar a encontrarse⁸⁷.

3. Ofrecen un servicio de geolocalización

Las plataformas digitales y las tecnologías móviles están dando una nueva dimensión a los servicios tradicionales, ofreciendo unas posibilidades que no nos habrían parecido posibles hace tan solo unas décadas. La enorme difusión que a día de hoy tienen los *smartphones* ha posibilitado que las plataformas colaborativas se beneficien de sus sistemas de geolocalización, haciendo que la información de los usuarios pueda gestionarse y consultarse en tiempo real.

⁸⁷ Esta distinción es seguida, entre otros, por GRIMALDOS GARCÍA, M^a I. «El contrato de intermediación entre las plataformas...», *op. cit.*, pág. 369, siguiendo a la jurisprudencia holandesa en la materia.

Es evidente el potencial que ofrece la explotación de los sistemas GPS de los teléfonos móviles. Piénsese en la búsqueda automatizada de potenciales alojamientos que se encuentren cerca de mí, o el conocimiento de la ubicación exacta del coche que va a pasar a buscarme para trasladarme a mi destino y el tiempo bastante aproximado que tardará en hacerlo.

Pero el posicionamiento de los diversos sujetos no solo resultará útil a los prosumidores y a los usuarios de la plataforma, sino que proporcionará una información de gran relevancia a la propia plataforma. Así, la geolocalización es clave para que estas puedan asignar de manera eficiente los servicios, posibilitando un tratamiento automático y veloz de las solicitudes fundado en la posición de los diversos sujetos⁸⁸.

4. Gestionan los pagos

Finalmente, entre las funciones principales de las plataformas colaborativas no podemos olvidar la de ofrecer pasarelas de pago seguro para que los usuarios finales puedan proceder al abono de los servicios solicitados de manera eficaz y segura. Para ello las plataformas gozan de amplia libertad para configurar los servicios de pago como estimen más conveniente, encontrando frecuentemente servicios de pago electrónico y servicios de pago móvil⁸⁹.

Más complejo resulta, por el contrario, el sistema de pagos que la plataforma debe abonar a los prestadores del servicio subyacente. A pesar de que no resulta posible en este punto efectuar una consideración general de la totalidad de las plataformas, la aceptación de los términos y condiciones supone para el prestador de servicio una autorización a la plataforma para que gestione en su nombre los pagos de los usuarios de los servicios.

En el caso de Blablacar, a título de ejemplo, se establece que las cantidades recibidas a través de esta gestión se depositan en una cuenta

⁸⁸ Ahora bien, hay que reconocer que la ingente información que la geolocalización proporciona a la plataforma es vista con cierto recelo desde algunos sectores. Y es que, como veremos posteriormente, el fuerte control que las plataformas en línea ejercen sobre los operadores asociados a ella (piénsese sin ir más lejos en los modelos de la economía de los recados) tiene una influencia muy señalada en la caracterización de la relación que les vincula, haciendo más difícil sostener que nos encontramos ante trabajadores autónomos.

⁸⁹ V., en relación con ambas modalidades de pago, MARTÍN MORAL, M.F., «Economía colaborativa y protección del consumidor», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70, julio-diciembre 2017, pág. 194.

dedicada al pago de los conductores. Una vez transcurrido un período de 24 horas sin que se haya producido una reclamación, la plataforma considera el trayecto como confirmado, surgiendo un derecho de crédito por parte del conductor que deberá ser satisfecho *«el primer día laboral tras tu solicitud o, si no realizas dicha solicitud, en un plazo de 1 día laborable tras la entrega de las cantidades en cuestión en tu perfil*⁹⁰».

Junto al pago del propio servicio, resulta igualmente frecuente que las plataformas ofrezcan la posibilidad de suscribir seguros aplicables al servicio, para ofrecer de este modo una protección adicional al usuario. El coste del seguro incrementa de este modo el importe que deberá abonar aquél, encargándose la plataforma de gestionar la póliza con la compañía de seguros con la que trabaje⁹¹.

B. En torno a la cuestión de la imputación de los servicios subyacentes

Una vez realizada la aproximación a la actividad propia de las plataformas digitales hemos de referirnos, atendida la evolución jurisprudencial del fenómeno, a la cuestión de la imputación de los servicios subyacentes. Como hemos mencionado en numerosas ocasiones ya, la economía colaborativa plantea una relación triangular. La actividad de intermediación en mercados en línea que realizan las plataformas ha de presentarse a mi juicio, en un primer momento, como una actividad de mediación.

Se plantea a continuación, en cambio, si cabe o no imputar de algún modo la prestación final del servicio entre pares (prestador del servicio y usuario final del mismo) a la plataforma, con causa precisamente en lo cualificado de la intermediación que lleva a cabo entre las partes y en el control que despliega sobre una gran parte de las variables del servicio.

La Comisión Europea ha venido considerando, creo que con acierto, que a la hora de determinar si una plataforma limita su actividad a lo que conocemos como servicios derivados de la sociedad de la información y por tanto puede beneficiarse de lo dispuesto en la Directiva Servicios

⁹⁰ Apartado 5º de las Condiciones de Uso de Blablacar.

URL: <https://www.blablacar.es/conoce-blablacar/condiciones-generales-de-uso>.

⁹¹ Es posible apreciar, no obstante, cómo en los últimos tiempos algunas plataformas incorporan por defecto la suscripción del seguro a las solicitudes de servicios. A pesar de que estas plataformas se esfuerzan por transmitir que el seguro está incluido en el precio del servicio, es evidente que son los propios usuarios los que sufren la repercusión de su coste en las tarifas.

o bien va más allá, desplegando un papel en la propia prestación de los servicios subyacentes, debemos llevar a cabo una aproximación que tenga en cuenta caso por caso el nivel de control ejercido por la plataforma sobre los prestadores del servicio⁹².

En cuanto a la cuestión de la imputación, como expresamente ha reconocido la Comisión Europea en su Comunicación sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, las plataformas colaborativas ofrecen un servicio de la sociedad de la información, gozando en un primer momento de la exención de autorización o requisitos previos que les caracteriza.

Ahora bien, en la aproximación individualizada que habrá que realizar a cada uno de los concretos modelos de negocio, habrá casos en los que además de estos servicios de la sociedad de la información, la plataforma se considerará que actúa como proveedor del servicio subyacente, lo que implicará que *«las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios»*⁹³.

En el caso de que el nivel de control revista la suficiente intensidad, podrá considerarse que es la propia plataforma la prestadora del servicio subyacente, resultándole en consecuencia de aplicación las exigencias administrativas derivadas de la normativa sectorial en cuestión. A pesar de todo, existe un amplio abanico de servicios considerados accesorios a la actividad, que frecuentemente asumen las plataformas, que a juicio de la Comisión no resultan suficientes para atribuirle la prestación efectiva del servicio, como sucede con la puesta a disposición de pólizas de seguro o la articulación de pasarelas de pago en línea.

Esta distinción entre las plataformas que actúan como meros intermediarios y las plataformas que asumirían igualmente la prestación directa o indirecta del servicio tiene, como ha apuntado la doctrina, una influencia

⁹² Aproximación en la que habrá que analizar asimismo el carácter más o menos imperativo de las instrucciones proporcionadas por la plataforma, revistiendo particular importancia el hecho de si dicha plataforma fija el precio final que ha de ser abonado por el usuario. En el caso de que estos indicios no resulten suficientemente clarificadores, podrá ser útil observar quién asume los costes y correlativamente los riesgos del servicio en cuestión, así como tratar de determinar si existe una relación de empleo entre la plataforma y sus prestadores de servicios.

⁹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, 2 de junio de 2016, pág. 6.

importante en el comportamiento de los usuarios, teniendo en cuenta que la realización de ciertas actividades o funciones por parte de la plataforma generará una apariencia que puede llegar a tener un peso determinante en las decisiones de contratación de estos⁹⁴.

Hay que apuntar que los Tribunales se muestran en general poco proclives a reconocer a estas plataformas un carácter totalmente pasivo. Centrándonos en el sector del transporte colaborativo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014, que analizaremos posteriormente, así lo acredita, aludiendo a la actividad de la empresa «Uber pop» en los siguientes términos: *«La actuación de la demandada intermediando entre transportistas sin licencia y usuarios, como genuina actividad mercantil, sin cumplir los requisitos administrativos para el transporte de viajeros (...)»*.

Este hecho contrasta frontalmente con la presentación que las plataformas de transporte colaborativo llevan a cabo de su modelo de negocio, donde se presentan como meros mediadores entre aquellos individuos que solicitan el servicio de transporte y los conductores a los que se transmite la petición, como se desprende de la lectura de las condiciones generales de uso de estas plataformas (términos y condiciones)⁹⁵.

Es evidente que, en un principio, la actividad de las plataformas de transporte colaborativo parece orientarse a la mediación entre los conductores y los solicitantes del servicio. Sin embargo, de un examen atento de las diversas variables asociadas al servicio de transporte, pronto se advierte que la plataforma tiende a monopolizar de principio a fin la relación jurídica en que se instrumenta el servicio, encargándose de la gestión de la

⁹⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Función y responsabilidad de las plataformas en línea: Una aproximación», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70, 2017, pág. 341.

⁹⁵ Así, Uber concebía los servicios que ofrecía en la fecha de inicio del litigio apuntado en los siguientes términos: *«Los Servicios constituyen una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los Servicios (cada una, una “Aplicación”) organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber (“Terceros proveedores”). A no ser que Uber lo acepte mediante un contrato separado por escrito con usted, los Servicios se ponen a disposición solo para su uso personal, no comercial. USTED RECONOCE QUE UBER NO PRESTA SERVICIOS DE TRANSPORTE O DE LOGÍSTICA O FUNCIONA COMO UNA EMPRESA DE TRANSPORTES Y QUE DICHOS SERVICIOS DE TRANSPORTE O LOGÍSTICA SE PRESTAN POR TERCEROS CONTRATISTAS INDEPENDIENTES, QUE NO ESTÁN EMPLEADOS POR UBER NI POR NINGUNA DE SUS AFILIADOS».*

solicitud, del cobro del importe del servicio y de la selección del conductor encargado de realizarlo⁹⁶.

Este hecho nos lleva a sostener, en la línea apuntada por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, que ciertas plataformas de transporte colaborativo (como podía ser Uber en sus primeros tiempos) desarrollan una actividad mercantil, que no resulta, atendida su notable complejidad, reductible a una mera actividad de mediación. Los conductores, a pesar de que serán quienes efectivamente presten el servicio de transporte, juegan un papel meramente instrumental en el proceso, desde el momento en el que no tienen la capacidad de influir en aspectos tales como la organización y el reparto de los servicios o la modalidad de tarificación que resulta de aplicación a estos.

Este monopolio del proceso, que concentra la práctica totalidad de las operaciones de organización y gestión del servicio en manos de la plataforma, a excepción claro está del desplazamiento mismo que lo llevan a cabo los conductores, nos lleva a considerar que existen plataformas que han de ser consideradas necesariamente como responsables del servicio subyacente⁹⁷.

Resulta necesario, en el caso del transporte colaborativo, efectuar en este punto una distinción entre las dos plataformas principales, BlaBlaCar

⁹⁶ V., en relación a las funciones desempeñadas por las plataformas de prestación de servicios, VELASCO SAN PEDRO, L. A., «El consumo colaborativo en el transporte de personas»..., *op. cit.*, pág. 4.

⁹⁷ A tenor de las reflexiones apuntadas parece evidente que habrá de llevarse a cabo un análisis caso por caso de las peculiares características de cada una de las plataformas en cuestión, pues de otro modo no podrá llevarse a cabo esta actividad de ponderación o de determinación del reparto de funciones entre la plataforma y los operadores que realizan el servicio subyacente. La Comisión Europea, en la Comunicación sobre Una Agenda Europea para la economía colaborativa, sistematizó algunos criterios clave para determinar cuándo nos encontramos con un control significativo por parte de la plataforma. Son los siguientes:

Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.

— *Otras condiciones contractuales clave: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)?*

— *Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente?*

y Uber. Y es que, en el caso de la primera, el conductor realiza (siempre que nos encontremos ante un trayecto genuino de transporte colaborativo) un trayecto para satisfacer sus propias necesidades. Por el contrario, en el supuesto de Uber, el conductor realiza un trayecto en exclusivo interés del solicitante del servicio, actuando en este sentido como un conductor profesional, con la diferencia de que carece de la preceptiva autorización administrativa para realizar la actividad en cuestión.

Así, en el primer caso la caracterización de BlaBlaCar como una empresa que desarrolla una actividad de transporte podría tratar de defenderse por la concentración de funciones que la mercantil ostenta. La situación en el caso de Uber se plantea de un modo bastante más evidente. Y es que, los conductores vinculados con la plataforma Uber vendrían a desempeñar, como ha apuntado cierto sector doctrinal con el que no podemos sino coincidir, una actividad de transporte que se explica por la subcontratación que la plataforma efectúa de los trayectos solicitados, siendo Uber en consecuencia quien se encuentra detrás de la actividad inicialmente y quien ha de responder de la correcta ejecución de los servicios ofrecidos⁹⁸.

C. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Definir el concreto rol jugado por las plataformas en línea en las actividades asociadas a la economía colaborativa, y más concretamente determinar si se les puede imputar la prestación de los servicios subyacentes, constituye una de las cuestiones más complejas a la hora de efectuar una aproximación al fenómeno. La labor de los Tribunales reviste, en este sentido, una decisiva importancia a la hora de precisar y aclarar las particulares circunstancias del caso concreto.

Apuntábamos hace apenas unas páginas cómo el caso Uber, y el Auto de medidas cautelares dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, marcó un punto de inflexión en nuestro país, al determinar que la plataforma ha venido desarrollando una genuina actividad mercantil, que no puede de ningún modo limitarse a una actividad de mediación. Pues bien, no sería este el último pronunciamiento en relación a esta plataforma, ni tan siquiera el más relevante.

⁹⁸ LEIÑENA, E., «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y car sharing)», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, 2015, pág. 328.

Y es que la Asociación Profesional Élite Taxi, como ya hiciera en su día la Asociación Madrileña del Taxi, formuló demanda de juicio ordinario en este caso ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, dando origen así a uno de los pleitos más mediáticos de los últimos tiempos. La demanda guardaba gran similitud con la que en su día se interpuso ante el Magistrado Sánchez Magro, que dio lugar a la prohibición cautelar de la actividad de la Plataforma Uber Pop.

Ahora bien, el proceso pronto tomaría un camino bien diferente. Hay que tener presente que las medidas cautelares dictadas por el juez Sánchez Magro lo fueron sin la audiencia de la parte demandada (*inaudita parte*) por considerar que su adopción debía hacerse con la mayor brevedad posible teniendo en cuenta que existían indiciariamente conductas ilícitas que se agotaban en sí mismas como son los servicios de transporte en cuestión⁹⁹.

En consecuencia, la vista ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona constituía el primer momento en el que la defensa de Uber podía pronunciarse. Y ciertamente, esta no dejó indiferente a nadie. Y es que, lejos de concentrar la defensa en desmentir la hipotética deslealtad de la competencia desarrollada por la plataforma, esta negó que el servicio que presta Uber fuera de transporte, defendiendo por el contrario que los mismos se amparan en la Directiva 98/34, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información¹⁰⁰.

La consideración de la actividad de Uber como servicios de la sociedad de la información en lugar de como servicios de transporte parece forzada sin duda a primera vista, habiendo causado bastante escepticismo en el sector. Este criterio de la defensa no es, en cualquier caso, fruto de la casualidad. Obedece, por el contrario, al intento de la compañía de evitar las exigencias de autorización previa de aplicación al sector del transporte.

Y es que, de considerar que nos encontramos ante servicios de la sociedad de la información, estos se beneficiarían del principio de libre prestación de servicios. Por el contrario, de sostener que se trata de servicios de transporte habremos de concluir que no podrán amparar su activi-

⁹⁹ Fundamento de Derecho Segundo del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 9 de Diciembre de 2014.

¹⁰⁰ Providencia dando traslado a las partes del planteamiento de una cuestión pre-judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pág. 2.

dad en este principio, al venir estos expresamente excluidos del paraguas que supone la Directiva 2006/123/CE (Directiva Servicios)¹⁰¹.

Dada la trascendencia de la cuestión planteada, no solamente en relación al sector del transporte sino de un modo más amplio para todos los modelos que desarrollan actividades en sectores más o menos regulados recurriendo a una intensa utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, considero que la cuestión prejudicial ha de ser considerada un acierto.

Y es que, al contrario de lo que en ocasiones se ha apuntado, no obedece probablemente tanto a las dudas que plantea la defensa de Uber, ciertamente endeble, sino al hecho de que la respuesta a los problemas derivados de estos modelos de negocio híbridos en los que el recurso a la tecnología es tan potente ha de venir de instancias europeas. La cuestión prejudicial se articulaba en torno a dos cuestiones:

- *Si El artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, excluye del ámbito de aplicación de dicha Directiva a las actividades, realizadas con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, facilitando los medios informáticos —interfaz y aplicación de software— que permitan su conexión, por considerar que dicho servicio es un servicio de transporte.*
- *En el caso de que se considerara que el servicio realizado por UBER SYSTEMS SPAIN S.L. no es un servicio de transporte y, por lo tanto, se considerara dentro de los supuestos amparados por la Directiva 2006/123, la cuestión que se plantea es si el contenido del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal —referido a la violación de normas que regulen la actividad concurrencia— no sería contrario a la Directiva 2006/123, concretamente al artículo 9 sobre libertad de establecimiento y régimen de autorización, cuando la referencia a leyes o normas jurídicas internas se realice sin tener en cuenta que el régimen de obtención de licencias, autorizaciones o permisos no puede ser en modo alguno restrictivo, es*

¹⁰¹ Esta exclusión, cuya oportunidad se plantea ya en el Considerando 21 de la Directiva, se recoge en el art. 2.2 de la misma, al indicar que la Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado.

decir, no puede obstaculizar de modo no razonable el principio de libre establecimiento.

Puestas así las cosas, el litigio se centra en analizar el régimen que debe atribuirse a los servicios mixtos, es decir a aquellos servicios que incluyen componentes electrónicos y no electrónicos. No habrá problemas, según una consolidada interpretación de las disposiciones de la Directiva 2000/31 en considerar que un servicio mixto se ha transmitido electrónicamente cuando la actividad o prestación no electrónica sea económicaamente independiente del servicio prestado por vía electrónica.

Ahora bien, en el caso de Uber el escenario es bien distinto. Y es que, en todos aquellos supuestos en los que quien facilite el servicio electrónico sea igualmente prestador del servicio no electrónico (o ejerza una influencia decisiva sobre las condiciones en las que este último se preste), a juicio del Abogado General «*es preciso determinar cuál es el elemento principal de la prestación de que se trata, es decir, el que le da su sentido económico*¹⁰²».

Teniendo esto en cuenta, un servicio únicamente deberá ser calificado como servicio de la sociedad de la información en aquellos casos en los que sea este elemento electrónico el que, a la luz de las circunstancias, sea considerado principal en la prestación. Esto obliga, como ya dijera el Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, a desarrollar una indagación de carácter fáctico sobre las concretas circunstancias en las que se desarrolla la actividad en cuestión.

Por lo que respecta a Uber, estas circunstancias contrastan drásticamente con la mera actividad de intermediación que la defensa de la plataforma trata de defender. Por un lado, difícilmente su actividad se verá reducida a intermediar entre oferta y demanda si es la propia plataforma la que crea o genera la demanda. Del mismo modo, no se puede obviar la concentración de funciones que la mercantil ostenta en los más variados ámbitos, desde la supervisión de los requisitos que han de tener los vehículos utilizados hasta la fijación del precio de los servicios, pasando por la facultad que la plataforma se atribuye de suspender o expulsar a aquellos conductores que no respeten las indicaciones proporcionadas.

De la lectura de las conclusiones del Abogado General se desprende inequívocamente que el hecho de que en ocasiones estas facultades de organización y control no se desarrollen con arreglo a los parámetros

¹⁰² Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 11 de mayo de 2017. Asunto C434/15 Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.

clásicos no significa, ni puede significar, que no existan. Así sucede, sin ir más lejos, con las cuestiones vinculadas con la evaluación. Y es que, si bien el sistema de evaluación de conductores por parte de los usuarios y viceversa se aleja de la evaluación clásica efectuada por el empresario y de corte jerárquico, implica un control estricto y eficaz de la actividad¹⁰³.

Las consideraciones efectuadas dificultan notablemente la consideración de las prestaciones derivadas de la actividad de Uber como servicios de la sociedad de la información. Y es que, en atención a los requisitos anteriormente expuestos, ni se puede considerar que la actividad desarrollada por los conductores de Uber sea una actividad económica independiente ni tampoco que esta sea secundaria en relación con la prestación facilitada por vía electrónica.

A la luz de todas las consideraciones efectuadas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (concretamente la Gran Sala), con fecha de 20 de diciembre de 2017, declaró que *«ha de considerarse que un servicio de intermediación como el controvertido, que tiene por objeto poner en contacto, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte, y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del Derecho de la Unión»*¹⁰⁴.

Se trata, a mi juicio, de una Sentencia de extraordinario interés. Y esto por cuanto, además de identificar a la perfección todos los elementos verdaderamente trascendentales en juego sienta unas bases ciertamente sólidas sobre las que desarrollar las aproximaciones fácticas que el análisis singularizado de cada modelo de negocio que pueda calificarse de mixto demanda.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA EN EL ESCENARIO COLABORATIVO

Hemos tratado de dar cuenta hasta el momento de la peculiar configuración que reviste la actividad de las plataformas digitales. A renglón

¹⁰³ En palabras del Abogado General *«Un control indirecto como el que ejerce Uber, basado en incentivos económicos y una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros, con un efecto de escala, permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución»*.

¹⁰⁴ Sentencia en el asunto C-434/15. Asociación Profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S.L. Luxemburgo, 20 de diciembre de 2017.

seguido surge la cuestión de determinar en qué responsabilidad incurrirán en el ejercicio de su actividad. En consecuencia, hemos de partir de la caracterización propuesta anteriormente para desarrollar de este modo sus consecuencias en materia de responsabilidad.

La intermediación electrónica característica de las plataformas se reconduce en un primer momento a un contrato de mediación. En consecuencia, parece lógico pensar que tratándose de una figura atípica se conceda una especial importancia a los pactos de las partes. Del mismo modo, la consideración de su actividad como servicios de la sociedad de la información (con independencia en este punto de que puedan ser considerados responsables igualmente del servicio subyacente) provoca que les resulte aplicable la exención de la responsabilidad de la información que almacenan.

A. Responsabilidad por los datos almacenados. A propósito de la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (caso L’Oreal vs. Ebay)

De acuerdo con el régimen aplicable a esta categoría de servicios, el punto de partida es que en aquellos casos en los que se preste un servicio de la sociedad de la información que consista en almacenar datos suministrados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios (en este caso la plataforma colaborativa) no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición de aquel, en el caso de que se cumplan dos condiciones¹⁰⁵:

- a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,*
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.*

La Directiva sobre comercio electrónico atribuye nuevamente un enfoque totalmente casuístico a las cuestiones de responsabilidad que surjan en relación a las plataformas. Partiendo de la genérica exención de res-

¹⁰⁵ Art. 14.1 de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)

ponsabilidad establecida en la Directiva sobre comercio electrónico¹⁰⁶, la Comisión se muestra partidaria de mantener este régimen para tratar de fomentar el desarrollo de las plataformas en el seno de la Unión.

Hay que tener presente, todavía, que esta exención se aplica únicamente cuando de albergar contenidos se trata, no pudiendo aplicarse en relación a todos aquellos servicios usualmente conexos a estos, entre los que la Comisión incluye los servicios de valoración de usuarios o los sistemas de pago. Idénticas consideraciones se efectúan en relación a la responsabilidad de la plataforma de economía colaborativa que derive de la aplicación de la normativa en materia de protección de datos personales en la medida en que estén afectadas las actividades de la plataforma¹⁰⁷.

De lo expuesto se deduce que para llevar a cabo cualquier consideración en relación con la responsabilidad de las plataformas colaborativas tendremos que interrogarnos nuevamente sobre el papel real que la misma juega en la organización de los servicios ofertados. Se trata, nuevamente, de analizar los concretos términos en los que se plantea su actividad para determinar si esta se limita a una mera intermediación o por el contrario cabe atribuirle un cierto papel activo.

La cuestión se ha planteado nítidamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A pesar de que no se trata de un supuesto encuadrable en el fenómeno colaborativo, encontramos en líneas generales los mismos interrogantes que a este atañen. Estamos haciendo referencia a la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011, que enfrentó a la reputada marca L’Oreal y a la plataforma de comercio electrónico eBay. Pasamos a analizar sus presupuestos.

L’Oreal es una de las marcas líderes en perfumería y cosmética. Como exponente del sector, organiza su red de distribución recurriendo a lo que conocemos como un sistema de distribución selectiva, en el que los distribuidores son adecuadamente seleccionados creando en consecuencia una red de distribución cerrada en la que prima la imagen de marca y el lujo y en la que sus miembros tienen prohibido revender los productos a comercializar a nuevos distribuidores no aprobados por la marca.

¹⁰⁶ Recordemos que el art. 15.1 de la Directiva declara que «*Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.*

¹⁰⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, 2 de junio de 2016, pág. 9.

Por su parte, eBay es un *marketplace* destinado al comercio electrónico. A través de él, cualquier persona registrada como vendedor en la plataforma puede poner en venta productos siempre y cuando acepten las condiciones de comercialización de dicho mercado electrónico, entre las cuales destaca la prohibición de vender artículos falsificados y de vulnerar derechos de marca.

Los problemas entre las partes surgen debido a la comercialización irregular de productos de L’Oreal (o de marcas asociadas al grupo). En al menos dos de los productos, existe acuerdo entre las partes en reconocer que los productos eran falsificaciones. En otros casos, la irregularidad deriva de cuestiones tales como que los productos comercializados constituyen artículos de muestra o bien que se trata de productos elaborados para su reventa en territorios ajenos al Espacio Económico Europeo (EEE), no respetándose del mismo modo las directrices de la marca relativas al *packaging* que han de observarse (se indica que algunos de ellos fueron directamente vendidos sin embalaje).

En este escenario, tras alcanzar L’Oreal una solución amistosa con algunas de las personas físicas demandadas se inicia el litigio contra eBay. Ante la complejidad de las cuestiones debatidas, la High Court of Justice (England and Wales) planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendentes a aclarar una serie de cuestiones.

Habida cuenta de la complejidad de la cuestión prejudicial planteada y limitándonos a lo que a este trabajo respecta, reviste particular interés los interrogantes que plantea la novena cuestión, relativa a la responsabilidad del operador del mercado electrónico. Y es que, a pesar de que el objeto de dicho de mercado se orienta a los productos y no a los servicios como en el caso de la economía colaborativa, gran parte de los argumentos expuestos pueden ser trasladados, salvando las distancias, al escenario colaborativo.

Y es que, ante esta situación, el Tribunal considera que el hecho de que el servicio que presta el operador del mercado electrónico comprenda el almacenamiento de información facilitada por los vendedores, no es suficiente para concluir que, en cualquier caso, le resulte de aplicación la exención del art. 14.1 de la Directiva de comercio electrónico.

Para que le resulte de aplicación será necesario, indica con acierto el Tribunal, que nos encontremos ante un mero prestador intermediario, precisando que «*no es este el caso cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por*

sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos».

A pesar de que el TJUE no resuelve si eBay está a un lado o a otro de la línea apuntada, dejando esta consideración para el órgano remitente, plantea ya un régimen de extraordinario interés para desarrollar la responsabilidad a la que se someterán del mismo modo las plataformas colaborativas, debiendo determinar caso por caso si nos encontramos ante plataformas que actúan como simples operadores intermediarios o bien, como resulta habitual, desarrollan actividades que indiquen la asunción de un papel activo en la prestación del servicio.

Pero aún va más allá el Tribunal en su análisis. Y es que, incluso en aquellos casos en los que no se haya producido un papel activo y nos encontremos ante un genuino prestador intermediario, el TJUE precisa que este no podrá, *«en un asunto que puede concluir con una condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios, acogerse a la exención de responsabilidad prevista en esa disposición cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14»*.

Como puede apreciarse, la práctica totalidad de la construcción argumental que desarrolla el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este caso puede ser extrapolado al ámbito colaborativo. Es preciso, en consecuencia, subrayar la importancia que el caso *«L’Oreal vs. eBay»* ostentará en mi opinión en el desarrollo a corto y medio plazo del régimen de responsabilidad que habrá de aplicarse a las plataformas colaborativas.

B. Protección de datos personales y economía colaborativa

La economía colaborativa se ha desarrollado en una era de fuerte desarrollo tecnológico, bebiendo en consecuencia de los avances que las redes posibilitan. La gestión masiva de datos (*big data*) ha sido, indudablemente, una de las variables que han posibilitado la eclosión del fenómeno colaborativo, permitiendo la fuerte reducción de costes de transacción que estos modelos ofrecen.

La gestión masiva de datos tiene, no obstante, un componente delicado en este caso. Y es que los datos gestionados ostentan en su mayor parte la condición de datos personales, entendidos por la normativa de

aplicación como «*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*¹⁰⁸».

Elementales razones de seguridad exigen que las plataformas procedan a una identificación de los usuarios que recurren a ellas, tengan estos la consideración de usuarios de los servicios o por el contrario de prestadores de estos. Esta identificación, además de los datos relativos al individuo, tendrá en atención al sector en el que opere la plataforma unas características u otras, pudiendo ampliarse, según el caso, al tratamiento de datos relativos a vehículos automóviles o inmuebles titularidad del prestador.

El tratamiento de este flujo de datos no puede estar, lógicamente, exento de ciertas exigencias. Para determinar cuáles hayan de ser estas deberemos analizar, una vez más, en qué consiste el papel de las plataformas colaborativas, esta vez por lo que respecta a los datos que aloja y la utilización que realiza de los mismos.

La cuestión se centra en determinar, en un primer momento, si la plataforma actúa a modo de responsable del fichero o de encargado del tratamiento. Ambas figuras vienen recogidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, concretamente en su artículo 3, teniendo su determinación una influencia notable en las exigencias que les resultarán de aplicación.

El responsable del fichero es aquel (sea persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo), que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos. Por el contrario, se considera encargado del tratamiento a aquel que sólo o conjuntamente con otros trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

En el caso de las plataformas colaborativas, son los propios usuarios los encargados de ofrecer sus servicios y de demandarlos, proporcionando la plataforma, en este sentido, la estructura y las herramientas necesarias para que pueda cruzarse la oferta y la demanda asignando eficientemente los recursos. Este hecho ha llevado a sostener, creo que con acierto, que los propios usuarios ostentarían la condición de encargado del tratamiento, reconduciéndose el papel de las plataformas hacia la figura del responsable del fichero¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹⁰⁹ V. ALARCÓN SEVILLA, V., «Los datos personales de los usuarios en la economía colaborativa: ¿Protección o negocio?», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 127 y ss.

Sin ánimo de desarrollar el régimen que esta consideración atribuirá a cada uno de los sujetos que interactúan en el escenario colaborativo me limitaré a indicar en esta sede que, en tanto responsables del fichero, las plataformas colaborativas se verán obligadas a mantener una cierta diligencia de acuerdo con la LOPD en diversos frentes, entre los que cabe mencionar la seguridad de los datos y los límites a los que se somete su cesión, el deber de información o la obligación de recabar consentimiento expreso de los aludidos.

CAPÍTULO 3

PROSUMIDORES Y CONSUMIDORES

I. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS COLABORATIVOS. PROSUMIDORES VS PROFESIONALES

La relación triangular característica de los servicios colaborativos, de la que hemos venido dando cuenta a lo largo de estas páginas, se completa con las figuras del prestador del servicio, que es quien ejecuta directamente este y del consumidor, que será quien lo reciba. El estatuto que haya de atribuirse a los prestadores de servicios colaborativos constituye no obstante una cuestión delicada, por la gran disparidad de perfiles que podemos encontrar operando en una misma plataforma.

Así, a pesar de que ya hemos mencionado que desde un punto de vista estricto únicamente es economía colaborativa aquella que se desarrolla entre pares o particulares, la realidad muestra que un porcentaje creciente de operadores que desarrollan su actividad en plataformas colaborativas son profesionales (sean estos profesionales clásicos o individuos que con la irrupción de este nuevo modelo de economía han decidido desarrollar una actividad «profesionalizada» marcada por el ánimo de lucro).

Teniendo en cuenta que ambos tipos de perfiles responden a intereses diferentes y a buen seguro verán su actividad sometida a reglas más o menos particularizadas por la normativa que se ocupe de la cuestión, considero conveniente diferenciar a efectos meramente analíticos a los prestadores de servicios ocasionales de aquellos otros que realizan la actividad con una finalidad profesional.

A. Los prosumidores

Una de las mayores aportaciones de la economía colaborativa es sin duda la de haber creado un nuevo modelo de operador, que va a desarrollar su actividad en el mercado sin poder encuadrarse en las categorías clásicas de nuestro Derecho de consumo. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sigue un criterio finalista en relación a la prestación de servicios, al considerar que es empresario aquel que actúa con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión¹¹⁰.

Por el contrario, serán consumidores de conformidad con esta norma aquellos que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional. En este sentido, el prosumidor que actúa dentro de los parámetros colaborativos (esto es, no desarrolla una actividad profesional encubierta) parece que debería ser considerado un consumidor, a pesar de que es innegable que actúa ocasionalmente como un auténtico prestador de servicios.

Esta dualidad, si no queremos faltar a la verdad, no es nueva. Ni ha sido encarnada por primera vez por los prestadores de servicios colaborativos ni se explica únicamente por el desarrollo de las aplicaciones informáticas y la generalización de las transacciones en línea. Ya en los años ochenta, Alvin Toffler dio una cierta relevancia a una categoría, la de prosumidor, que se remontaría a la edad antigua.

El autor, al analizar el modo en el que los bienes se producían y se consumían antiguamente, declara que «*Durante la primera ola, la mayoría de las personas consumían lo que ellas mismas producían. No eran ni productores ni consumidores en el sentido habitual. Eran, en su lugar, lo que podría denominarse “prosumidores”*¹¹¹».

Esta reflexión, salvando las distancias, puede servir para explicar la tendencia que el consumo colaborativo viene a plantear en nuestros días. El propio Toffler se muestra consciente de que la línea que separa al productor del consumidor con el paso de los años deviene cada vez más fina, pudiendo apreciarse una progresiva confusión entre ambos sujetos.

En sus propias palabras, «*vemos un progresivo difuminarse de la línea que separa al productor del consumidor. Vemos la creciente importancia del prosumidor. Y, más allá de eso, vemos aproximarse un impresionante*

¹¹⁰ Art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹¹¹ TOFFLER A., *La tercera ola*, Plaza & Janés, 1981, pág. 262 y ss.

cambio que transformará incluso la función del mercado mismo en nuestras vidas y en el sistema mundial».

Llama poderosamente la atención la precisión con la que el autor describe este proceso si tenemos en cuenta que son manifestaciones realizadas en un momento en el que el potencial de la programación y de la informática era prácticamente desconocido. Sea como fuere, no podemos negar que en la actualidad los consumidores ya no ven limitada su actividad a una esfera pasiva, sino que son del mismo modo en muchas ocasiones los que concentran la oferta¹¹².

En este sentido, si bien podemos considerar que el concepto de prosumidor sería tan antiguo como el hombre, es necesario apuntar que el ámbito en el cual los prosumidores despliegan su influencia ha crecido exponencialmente. La reunión de los roles de productor y de consumidor tradicional venía asociada a la noción de autoconsumo. El individuo como productor de los bienes que posteriormente consumirá para satisfacer sus necesidades.

Esta ecuación cambia cuando analizamos al prosumidor moderno, que presta servicios colaborativos con el soporte que le proporciona una plataforma digital. Y es que, a pesar de que en ocasiones el prosumidor se beneficiará del servicio prestado (por ejemplo, en el caso del conductor que comparte su vehículo con otras personas para realizar un trayecto común a todos ellos), existirán otros intereses de terceros satisfechos por vía refleja, no pudiendo hablar en consecuencia de autoconsumo.

Del mismo modo, es necesario no perder de vista la dimensión que las plataformas en línea otorgan al fenómeno colaborativo y al margen de acción de los prosumidores. Y es que el hecho de que estos cuenten con una comunidad muy numerosa de potenciales usuarios dota a estas actividades de una connotación muy particular. Es por ello que considero rechazable, por simplista, el argumento de aquellos que defienden que el consumo colaborativo ha existido siempre, poniendo ejemplos tales como

¹¹² Baste pensar en la enorme relevancia que actualmente tienen las plataformas de compraventa de objetos de segunda mano, en las que los particulares no solamente adquieren los bienes usados sino que igualmente son los que los ponen a la venta, fomentando una cierta idea de reutilización y aprovechamiento de los bienes. Particularmente interesante resulta el estudio del éxito de la plataforma Wallapop, de origen español. V., en relación con la incidencia de esta plataforma, PERIS ORTIZ, M. / ESTELLÉS MIGUEL, S. / RUEDA ARMENGOT, C., «Mercado y economía colaborativa. Conceptos y caso Wallapop», *Economía industrial*, nº 402, 2016 (ejemplar dedicado a: Economía colaborativa), págs. 19-26.

la compartición de coche con familiares o con compañeros de trabajo en los trayectos de común interés.

Esta posición no solo supone desconocer la importancia que la esfera cuantitativa despliega en este ámbito, no pudiendo comparar actividades con un impacto marginal con actividades que ponen en riesgo sectores estratégicos de nuestra economía. Del mismo modo, parece ignorar las previsiones que las diversas normativas sectoriales reservan a la prestación de servicios en el marco de las relaciones familiares y de las relaciones de amistad o análogas¹¹³.

El surgimiento de este nuevo operador, que encarna el ideal colaborativo, abre un sinfín de nuevas posibilidades en nuestra economía, como atestigua el ingente número de nuevos modelos de negocio que estamos conociendo en los últimos tiempos en todos los sectores de actividad. Ahora bien, este desarrollo no está exento de problemas, ya que como ya hemos apuntado estos operadores casan mal con la normativa existente en diversos frentes.

Son muchos los sectores en los que el prosumidor ha encontrado su lugar en los últimos tiempos. Uno de los primeros fue, probablemente, el de la comunicación. Si bien para las generaciones precedentes la información tenía un claro componente unidireccional (piénsese en la prensa escrita, la radio o la televisión), en la actualidad el flujo es absolutamente bidireccional, por la enorme incidencia que plantean, de modo señalado, las redes sociales.

Las redes sociales no dejan de ser estructuras que los usuarios cargan de contenido que ellos mismos generan. Es cierto que quizás se trata de una aproximación algo limitada, pero ilustra a la perfección el cambio de paradigma que se ha venido produciendo en los últimos años. No se trata ya de adaptar los contenidos a lo que los consumidores demandan, sino que existen muchos supuestos en los que son los propios consumidores los que generan estos contenidos.

Esta idea nos aproxima a la noción de intercreatividad, que ha venido adquiriendo una cierta importancia en los últimos tiempos. Esta noción se

¹¹³ V., en este sentido, las consideraciones que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres dedica al transporte privado particular en su art. 101. Transporte privado particular que, en atención al art. 156 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres «*servirán necesidades personales del titular del vehículo y de sus allegados, entendiéndose que éstos son sus familiares u otras personas que convivan o tengan con aquél una relación de dependencia personal o laboral de carácter doméstico, así como aquellos cuyo transporte se realice en base a una relación social de amistad o equivalente*

explica de modo absolutamente visual a través de las reflexiones de uno de sus mayores defensores, al declarar que «*deberíamos ser capaces no sólo de encontrar cualquier documento en la Web, sino también de poder crearlo con facilidad. Tendríamos que poder interactuar con otras personas, pero también poder iniciar y participar en procesos de creación*¹¹⁴».

Estas condiciones, como bien puede intuirse, no se dan únicamente en el campo de la comunicación. Por el contrario, han calado profundamente en el ámbito de la denominada economía colaborativa, objeto de este trabajo. Reformulando la reflexión anterior, la economía colaborativa defiende que no es suficiente con que consigamos encontrar servicios con facilidad, sino que hemos de ser capaces igualmente de crearlo nosotros, de tener la facultad de interaccionar con nuestro entorno para organizar de forma relativamente autónoma nuestras necesidades.

Si pensamos sin ir más lejos en un trayecto en el marco del *carpooling*, hemos de reconocer que concurren absolutamente los presupuestos que originalmente ideó Alvin Toffler para los prosumidores. Y es que encontramos una absoluta confusión de los roles de productor y de consumidor, si tenemos presente que el prosumidor, además de prestar efectivamente el servicio, está satisfaciendo directamente su interés como consumidor.

El hecho de que de modo reflejo satisfaga los intereses de los demás pasajeros no implica, o no debe implicar a mi juicio, que pierda esta doble cualidad. Ahora bien, no podemos obviar que la concurrencia de este estatuto híbrido conlleva cuestiones delicadas, como la relativa al hipotético deber de observancia de las diversas normativas sectoriales que les podría venir impuesto.

B. El prosumidor y la desintermediación en los servicios. Algunas reflexiones en relación con la aplicación de las normativas sectoriales

Hablar de economía colaborativa en la actualidad y, de modo más general, de modelos económicos que se desarrollan en el ámbito digital, es hablar de desintermediación. Dejando en un primer momento de lado los sectores del transporte y del alojamiento pensemos en lo que ha venido sucediendo en escasos años en nuestro país (y en los de nuestro entorno) en el ámbito de las finanzas.

Hemos pasado en muy poco tiempo de una absoluta centralidad de las instituciones financieras a un escenario en el que parece que los par-

¹¹⁴ BERNERS-LEE, T., *Weaving the Web*. HarperCollins, Nueva York, 1999.

ticulares pueden llevar a cabo todo tipo de transacciones prescindiendo absolutamente de cualquier intermediario tradicional.

Si pensamos en términos monetarios, la irrupción de las cripto monedas ha supuesto un antes y un después en este ámbito. La tecnología Blockchain, fundamento de este nuevo orden económico con Bitcoin a la cabeza, establece unas nuevas reglas del juego, que llevan un poco más allá la idea de los registros descentralizados para acercarnos a la noción de registro distribuido.

Si por el contrario atendemos a la problemática de la financiación, debemos reconocer que el *crowdfunding* y el *crowdlending*, si bien no tienen todavía un peso decisivo en nuestra economía, progresan de manera inexorable, permitiendo a los particulares una participación cada vez más notable en las operaciones de crédito y financiación y terminando poco a poco con la exclusividad que en este ámbito tenían atribuida las instituciones financieras.

Sin ánimo de entrar en las particularidades que cada una de estas figuras pueda traer consigo, la idea que late tras todas ellas ha de ser reconducida a la desintermediación. Cada día es menos necesario contar con intermediarios cualificados para desarrollar las principales actividades y prestar los servicios más frecuentes en nuestro día a día. Esta intermediación puede ser suplida, se piensa, por una adecuada coordinación entre los particulares, para la cual contamos con los progresos ofrecidos por las tecnologías de la información y de la comunicación y, señaladamente, por las plataformas digitales.

Ahora bien, ante escenario surge pronto una duda. ¿Estos nuevos operadores han de ver sujeta su actividad a las mismas condiciones y reglamentaciones que sus predecesores? Si pensamos en la actividad bancaria, debemos constatar que nos encontramos ante uno de los sectores más duramente regulados de nuestra economía. ¿Es conveniente que por el contrario las FinTech se beneficien de un escenario de ausencia de regulación? ¿Es leal la competencia entre ambos tipos de operadores en estos términos¹¹⁵?

¹¹⁵ Hay que tener en cualquier caso presente que la situación en el sector de las finanzas es muy particular y se aparta significativamente de lo que sucede en otros sectores como el del transporte. Y es que, como hemos podido apreciar en los últimos tiempos, la práctica totalidad de las startup en el sector de las FinTech han sido de modo más o menos temprano adquiridas por las instituciones financieras tradicionales, que han visto en el sector una oportunidad que no podían dejar escapar. Este hecho explica, probablemente, que el desarrollo de estos nuevos operadores vinculados a la tecnología financiera haya sido absolutamente pacífico y libre de conflicto.

Algo parecido sucede en el ámbito del transporte y del alojamiento colaborativo. Si bien no se trata de sectores (tan) regulados es evidente que han de ver sometida su actividad a una serie de normativas sectoriales de carácter administrativo. En este caso sí que hemos asistido a una escalada de tensión creciente entre los operadores vinculados a las plataformas digitales (de carácter más o menos colaborativo según el caso) y los operadores tradicionales.

Es por todos conocido que las licencias para poder operar con un taxi alcanzan en la actualidad valores muy considerables. No es de extrañar que aquellos que han debido hacer frente a esta inversión se muestren abiertamente contrarios a que aquellos que no disponen de ella puedan realizar actividades que ellos perciben como equivalentes. De ahí que hayamos asistido a protestas airadas por parte de estos colectivos, protestas que han tenido su reflejo como veremos a nivel judicial.

Estas asociaciones, que han hecho gala de un espíritu gremial que se consideraba superado, han centrado sus demandas en la hipotética deslealtad de la actividad de los operadores vinculados a las plataformas colaborativas. Este argumento ha sido normativamente instrumentado en la posible vulneración del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal (competencia desleal por violación de normas).

Por el contrario, las plataformas de transporte colaborativo han defendido que su actividad vendría amparada por las previsiones que el art. 101 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres brinda al transporte privado particular¹¹⁶. Este fundamento implicaría que los conductores vinculados con este tipo de plataformas no verían su actividad supeditada a la obtención de ninguna autorización o licencia administrativa.

En cualquier caso, la evolución de los acontecimientos se ha alejado de las disquisiciones técnicas relativas a la exacta caracterización del transporte que efectúan los operadores colaborativos para entrar en un ámbito igualmente complejo que es el de la concreta influencia que tendrá el componente tecnológico en la calificación de las actividades colaborativas.

Como hemos apuntado en el capítulo segundo, la cuestión se planteó en toda su nitidez en el pleito al que Uber se enfrentó ante el Juzgado

¹¹⁶ Sin perjuicio de que la aptitud de esta figura para amparar las actividades de transporte colaborativo será analizada en detalle posteriormente, hay que apuntar que este transporte ha de cumplir dos requisitos: Estar dedicado a satisfacer las necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico del titular del vehículo y sus allegados, y realizarse en vehículos cuyo número de plazas, o capacidad de carga, no exceda de los límites que reglamentariamente se establezcan.

de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. La mercantil, que ya había visto su actividad prohibida con carácter cautelar por el titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, introdujo un elemento totalmente novedoso en la ecuación, al plantear que su actividad no debía considerarse una actividad de transporte sino, por el contrario, una actividad en el marco de los servicios de la sociedad de la información.

Además de otras muchas consecuencias esta calificación implicaba que, en relación con las exigencias administrativas aplicables, los servicios de Uber no podían someterse a autorización o licencia alguna. En el momento en el que se escriben estas líneas, la cuestión se ha estabilizado en cierto modo, al resolver el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial planteada por el Magistrado Fernández Seijo, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, dictaminando que el servicio desarrollado por Uber «está *indisociablemente vinculado a un servicio de transporte, y, por lo tanto, ha de calificarse de “servicio en el ámbito de los transportes”, a efectos del Derecho de la Unión*».

La cuestión que subyace en este pleito es del máximo interés, por cuanto existen numerosos sectores en los que las nuevas tecnologías están posibilitando el desarrollo de actores u operadores de nuevo cuño que llevan a cabo una utilización muy potente de los instrumentos o plataformas digitales. Si este recurso o utilización fuera suficiente para considerar que nos encontramos ante servicios de la sociedad de la información todos ellos se verían favorecidos por un régimen de libre ejercicio que resultaría a todas luces excesivo.

En otras ocasiones, no encontraremos una exigencia de poseer una licencia o autorización previa pero nos encontraremos con un conjunto de normas más o menos detallado que habrá que observar en el ejercicio de la actividad. Esto es lo que sucede en el ámbito del alojamiento colaborativo y las viviendas de uso turístico. Con la renuncia de la Ley de Arrendamientos Urbanos a regular las viviendas de uso turístico, las Comunidades Autónomas se han lanzado con entusiasmo a regular el fenómeno.

En el capítulo relativo a las consideraciones sectoriales profundizaremos en esta cuestión, pero hay que tener presente que el tratamiento acordado al prosumidor en estas normas resulta, en muchas ocasiones, polémico. Basta ojear los Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al respecto para percibir lo delicados que son los intereses en presencia.

A juicio de la Comisión, las normas que han venido promulgándose en los últimos años plantearían numerosas barreras a la entrada en la actividad. De hecho, ni tan siquiera parece que exista una uniformidad mínima

en relación a qué debe entenderse por vivienda de uso turístico. La Ley de Arrendamientos Urbanos la concibe como «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial¹¹⁷».

No obstante, no faltan las normativas autonómicas como sucede con Andalucía que posibilitan que las viviendas de uso turístico puedan ser cedidas por habitaciones¹¹⁸. La dificultad de regular un fenómeno tan complejo como este, unida al inconveniente añadido de contar con una multiplicidad de normativas autonómicas de diverso signo, provoca que el estatuto del prosumidor y sus obligaciones asociadas reste como una cuestión muy abierta.

En este sentido, cada una de las normativas partirá de unos presupuestos y buscará unos objetivos propios, que no tienen necesariamente que coincidir con las demás. De este modo, en su articulado encontramos obligaciones a observar por el prosumidor que van desde la obligación de comunicación a la autoridad competente del inicio de la actividad turística hasta la observancia de ciertos márgenes temporales en relación a los períodos máximos anuales que el propietario podrá destinar su vivienda a uso turístico¹¹⁹.

D. La utilización impropia o profesional de las plataformas colaborativas. Algunas consideraciones en relación a la tributación de los servicios

Dos cuestiones de extraordinario interés restan por abordar en esta aproximación a la figura del prosumidor. En primer lugar, la posibilidad de que las plataformas digitales sean utilizadas por sujetos que se alejen de la dinámica colaborativa que les es propia para llevar a cabo actuacio-

¹¹⁷ Art. 5 e) de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos.

¹¹⁸ Art. 5.1 b) del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos.

¹¹⁹ Límites que guardan diferencias significativas dependiendo de la normativa autonómica que resulte de aplicación. V., a este respecto, GUILLÉN NAVARRO, N.A. / ÍÑIGUEZ BERROZPE, T., «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p», *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*, vol. 14, no 3, 2016, pág. 761 y ss.

nes profesionalizadas con la intención de hacer de la prestación de estos servicios su modo de vida.

Este tipo de conductas, que afortunadamente son las menos, plantean problemas de gran entidad. En primer lugar, por cuanto desvirtúan la esencia o la razón de ser de estos modelos de base colaborativa. Este hecho es aprovechado por sus detractores y por los operadores tradicionales que se han visto afectados por su irrupción para tratar de justificar sus posiciones, defendiendo la deslealtad en que se incurría con la prestación de estos servicios.

Del mismo modo, los problemas vienen asociados a la notable dificultad que supone tratar de deslindar las utilizaciones propias e impropias de las plataformas colaborativas o, dicho de otro modo, los servicios ocasionales que se verían amparados dentro del paraguas colaborativo de aquellos otros servicios profesionalizados que se alejarían de este ideal para entrar de lleno en el terreno de lo crematístico.

En este sentido, no se aprecian diferencias significativas en la esfera de lo cualitativo que permita a las autoridades deslindar ambas situaciones para poder aplicarles un diverso régimen jurídico. Por el contrario, la distinción habrá de partir, probablemente, de una aproximación cuantitativa. Factores como la cantidad de servicios prestados en un determinado periodo de tiempo, su frecuencia y el rendimiento económico obtenido a través de los mismos serán clave para poder llegar a conclusiones sólidas.

No debe sorprender, en consecuencia, que las aproximaciones más interesantes llevadas a cabo en los países de nuestro entorno partan de sistemas de baremos. Y más si tenemos en cuenta que este tipo de iniciativas son vistas con buenos ojos por parte de las autoridades europeas. Sin ir más lejos, la Comisión Europea ha apuntado que *«los umbrales, utilizados de manera razonable, pueden ser un indicador útil y pueden ayudar a crear un marco reglamentario claro en beneficio de los prestadores no profesionales»¹²⁰*.

Ya hemos apuntado, cuando nos ocupábamos al final del primer capítulo de la interesante aproximación llevada a cabo en Italia a través del Proyecto de Ley *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*, que este texto plantea una aproximación muy diferente en materia tributaria entre aquellos servicios que se mantienen dentro de lo

¹²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, págs. 5-6.

ocasional y los servicios que se presume van más allá y se realizan con una cierta profesionalización.

Si bien la fijación de baremos siempre es delicada, el legislador italiano optó por someter a las rentas de actividad de economía compartida no profesional inferiores a 10.000 euros a un gravamen fijo, de carácter privilegiado, del 10%. Las rentas que superaran esta cantidad, por el contrario, habrían de añadirse a las rentas de trabajo que tuviera el titular, fueran estas de trabajo autónomo o por cuenta ajena, aplicándose en este caso el tipo marginal que correspondiera, significativamente más elevado que el anterior.

A pesar de que considero que la cifra de 10.000 euros que marca el punto de inflexión entre un sistema y otro es algo elevada teniendo en cuenta su finalidad, sin duda la distinción ha de calificarse de necesaria. Uno de los mayores retos en el ámbito de la economía colaborativa viene constituido por la necesidad de deslindar los servicios que efectivamente entran dentro de esta noción de aquellos otros que escapan por completo a sus presupuestos.

No se trata de prohibir los servicios que se desarrolle de modo habitual, pero resulta necesario otorgarles un tratamiento diferente, tratamiento que deberá empezar en la esfera tributaria. Este hecho, por otro lado, es uno de los que de modo más vehemente han demandado los sectores tradicionales con los que la economía colaborativa entra en competencia, por lo que la medida contribuiría, sin duda, a apaciguar la situación.

Como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la economía colaborativa, al contrario de lo que se piensa, ofrece unas significativas posibilidades a la hora de controlar los ingresos que derivan de este tipo de servicios. La articulación de estas actividades en torno a plataformas digitales que gestionan una inmensa cantidad de datos explican este potencial.

Si pensamos en un trayecto de *carpooling*, por poner un ejemplo, la plataforma dispondrá de la información relativa al vehículo del conductor, el número de servicios prestados, la cantidad de pasajeros que trasladó en cada servicio y el trayecto realizado y, lo más importante, el importe abonado por los pasajeros, datos más que suficientes para llevar un control exhaustivo de los ingresos de los diversos conductores asociados a la plataforma.

Es por ello que no puede compartirse la opinión, algo generalizada, de que la economía colaborativa es un vehículo idóneo para encubrir actividades de economía sumergida. Las posibilidades de control son todavía mayores que en el caso de las actividades desarrolladas por operadores tradicionales. Cuestión diferente es que las plataformas se muestren en

ocasiones contrarias a compartir esa información con las diversas autoridades interesadas (Inspección de trabajo, Agencia tributaria), debiendo implementarse mecanismos que exijan a estas cumplir con estas exigencias informativas.

Las instituciones europeas llevan tiempo insistiendo en la necesidad de avanzar en esta dirección, debiendo adoptar las plataformas un funcionamiento más transparente, tanto por lo que respecta a las obligaciones de los operadores adheridos a la plataforma, como a las suyas propias. Respecto a los primeros, existen diferentes aproximaciones a nivel europeo. Así, mientras algunos Estados se inclinan por asesorar en relación con la aplicación de las normas legales existentes, otros han decidido concluir acuerdos de colaboración con las plataformas centrados en el suministro de información¹²¹.

Del mismo modo, desarrollando una evidente actividad de intermediación en el servicio y percibiendo una comisión por ello, las propias plataformas vendrán obligadas a tributar por los beneficios que esta actividad les genere¹²². La exacta configuración de la actividad desarrollada por estas plataformas es una cuestión de la máxima trascendencia, de la que ya nos hemos ocupado anteriormente. Con independencia de las exactas conclusiones a las que se llegue en este sentido, lo que aparece como una obligación improrrogable es conceder al Impuesto de Sociedades un enfoque general que evite o al menos minimice la evasión fiscal¹²³.

Finalmente, todas las cuestiones de orden tributario apuntadas comparten a juicio de las instituciones un presupuesto común. Si queremos hacer realidad este control sobre los servicios derivados de las plataformas colaborativas se impone la necesidad de que se establezca una colaboración fluida y constante entre las diversas administraciones tributarias, pues de otro modo los esfuerzos planteados serán sin duda vanos¹²⁴.

¹²¹ Commission staff working document. European agenda for the collaborative economy – supporting analysis, pág. 42 y ss.

¹²² La Comisión Europea, en su Comunicación «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», pone el ejemplo de Estonia, apuntando que «*las transacciones entre el conductor y el cliente son registradas por la plataforma colaborativa, que después envía solo los datos pertinentes a efectos fiscales a las autoridades, que a continuación prellenarán los formularios fiscales del contribuyente. La idea principal es ayudar a los contribuyentes a cumplir sus obligaciones fiscales eficazmente y con el mínimo esfuerzo*».

¹²³ Comunicación «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», *op. cit.*, pág. 15.

¹²⁴ V., en este sentido, SELMA PENALVA, V., «Empresas de economía colaborativa y control de cumplimiento de obligaciones tributarias: Intercambio de información fiscal en

II. LA UBERIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y EL PODER DE LAS PLATAFORMAS. PARTICULAR REFERENCIA A LA DENOMINADA «ECONOMÍA DE LOS RECADOS»

Hemos abordado hasta el momento la situación en la que se encuentran los prosumidores y su papel cualificado en los modelos de economía colaborativa o participativa. Procede dar cuenta, a continuación, de lo que sucede en otros sectores y modelos en los que, a pesar de seguir moviéndose en el ámbito de la economía de las plataformas, no se encuentra ya ninguna vinculación con el ideal colaborativo. Para ello me voy a concentrar en una tipología de plataformas que se asocian a la llamada «economía de los recados».

Todas las ciudades de nuestro país de un cierto tamaño se han acostumbrado, en poco tiempo, a la imagen de estos nuevos transportistas que, con la ayuda de su bicicleta, transportan todo tipo de cosas por unos pocos euros. Si bien en un inicio su función se orientó a efectuar transporte de comida, supliendo de este modo las carencias de aquellos establecimientos que no disponían de servicio a domicilio, su utilización y sus posibles aplicaciones en el ámbito del transporte no han dejado de crecer.

Gigantes de la logística, entre los que se encuentra Amazon, ya han comenzado a operar con redes de distribución de paquetería sobre dos ruedas, proporcionando a sus servicios de entrega inmediatez y flexibilidad, dos de los factores que más han acusado la situación derivada del crecimiento exponencial del comercio electrónico. En otros casos, plataformas bien conocidas por todos han decidido reorientarse para tratar de explotar las posibilidades que ofrece el sector, como sucede de modo paradigmático con UberEats.

A. La economía de los recados y sus posibilidades en el escenario derivado del comercio electrónico

Nos encontramos en la era de la logística. El comercio electrónico está ocupando cuotas de mercado cada vez más significativas, lo que se traduce en que la distribución de todos esos bienes y servicios ha de

la Unión Europea», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 566 y ss. quien subraya las dificultades que en ocasiones tienen las Administraciones para determinar si la prestación de servicios realizada constituye un hecho gravado en su territorio así como para identificar quién es el contribuyente.

sofisticarse, tratándose de una modalidad de comercio que no opera en virtud de criterios de proximidad.

Gigantes como Amazon o Alibaba se están convirtiendo en los nuevos operadores de referencia, adquiriendo dimensiones y facturación nunca antes vistas. Este auge sin precedentes está volviendo a poner a la logística en el lugar preeminente que mantuvo durante largo tiempo, hasta que el auge del *marketing* y el *packaging* trasladaron la atención de consumidores y empresas hacia las bondades que se vinculaban con las inversiones en identidad de marca y en publicidad.

La reformulación de procesos que posibilita el comercio electrónico es muy considerable. Generalmente tendemos a identificar estas nuevas posibilidades con la ausencia de tiendas físicas y con el menor recurso a elementos personales que se requiere para operar en el marco del comercio electrónico. Pero esta cuestión únicamente constituye la punta del iceberg.

El comercio electrónico abre un sinfín de posibilidades a la hora de redefinir y simplificar los canales de distribución y la gestión de la cadena de suministro. El esquema tradicional organizado en torno a fabricantes, mayoristas, minoristas y consumidores finales no se mantendrá mucho tiempo, si pensamos que esta organización en diversos niveles no aporta un valor añadido a los productos al tiempo que supone un incremento en el coste de estos y resta flexibilidad a la cadena¹²⁵.

Del mismo modo, el comercio electrónico amplía sobremanera el volumen de los potenciales clientes a los que podemos acceder, permitiendo ofrecer precios más competitivos y, de modo cada vez más señalado, anticiparnos a sus necesidades, teniendo en cuenta que la automatización de procesos y la gestión masiva de datos vinculados a ellos nos permiten conocer cada vez mejor cómo piensan, qué buscan o cómo podemos mejorar su nivel de satisfacción¹²⁶.

A pesar de todo, el comercio electrónico plantea todavía en nuestro tiempo grandes retos. Piénsese sin ir más lejos en lo que sucede con la denominada «última milla». A pesar de que el nombre es ciertamente visual, entendemos por última milla la distribución dentro de las ciudades, el último paso en la distribución de productos, que se asocia con

¹²⁵ V. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. / PÉREZ PÉREZ, M. «Las implicaciones del comercio electrónico para el sector del transporte», *Boletín Económico de ICE*, nº 2748, 2002, pág. 26, quien ofrece un buen número de alternativas para avanzar hacia una mayor eficacia de las cadenas de suministro asociadas a plataformas de comercio electrónico.

¹²⁶ GÓMEZ GÓMEZ, A. / GARCÍA FERNÁNDEZ, N. /PUENTE GARCÍA, J. / MITRE ARANDA, M. «Importancia del comercio electrónico y su incidencia en la logística de aprovisionamientos, *Ingeniería Industrial*, vol. 25 nº 2, pág. 48.

el traslado desde un centro de distribución de cierto volumen hasta el consumidor final.

A pesar de los esfuerzos efectuados en los últimos tiempos, continúa siendo el eslabón más complejo y costoso para las empresas logísticas. Por lo que a nuestro ámbito de investigación respecta, es también el punto en el que más innovaciones estamos conociendo, habiendo dejado claro los grandes operadores de comercio electrónico su apuesta por utilizar nuevos medios de transporte para cubrir este tramo final del proceso distributivo.

Por lo que respecta a la tendencia en la distribución en esta última milla, es necesario apuntar el notable recurso que las plataformas de comercio electrónico está realizando a repartidores autónomos, en la línea de lo que sucede con otros operadores de la economía de los recados, como puedan ser Glovo o Deliveroo. La externalización de estos repartos de última milla a los repartidores autónomos va a constituir sin duda una tendencia importante en los años venideros.

En el caso de la economía de los recados la cuestión es más compleja. Y es que, además de las dudas que se derivan de la propia actividad de transporte encontramos elementos añadidos que se vinculan con la nota de la representación. Tratándose de servicios asociados a encargos, en mayor o menor medida habrá de producirse una cierta representación entre quien encarga el servicio y quien lo ejecuta.

Esta representación ha tratado de orientarse, en los últimos tiempos, hacia la figura del mandato¹²⁷. A pesar del interés que ofrece esta propuesta, considero que existen dos obstáculos que dificultan enormemente esta consideración. En primer lugar, la circunstancia de que en el contrato de mandato destaca por encima de todo la concurrencia de *intuitu personae*, adquiriendo el elemento personal una importancia destacada.

Esta influencia que adquiere la variable personal no puede apreciarse en los modelos que englobamos dentro de la denominada economía de los recados. Y esto por cuanto, generalmente, el usuario no podrá elegir el prestador que deberá realizar el encargo, siendo este asignado por la plataforma a quien estime conveniente, que será sin duda quien se encuentre más cerca en ese momento del lugar en cuestión. Es más, cabe encontrar supuestos en los que la plataforma pone a cargo del usuario un

¹²⁷ V., en este sentido, ARAGÜEZ VALENZUELA, L., «Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5 nº 1, 2017, pág. 5.

cierto deber de desconfiar de sus prestadores, alejando definitivamente la actividad del mandato¹²⁸.

Pero además del elemento personal los presupuestos económicos que encontramos en el mandato y en las actividades objeto de estudio son sin duda diferentes. Mientras el mandato se presume que es no retribuido, el ánimo de lucro constituye la esencia o razón de ser de la economía de los recados. Del mismo modo, si en el primero el Código Civil (arts. 1771 y 1718) establece la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados al mandante, en las plataformas vinculadas con la economía de los recados asistimos como veremos a un descargo absoluto de responsabilidad derivada de los servicios prestados.

B. La problemática asociada a la economía de los recados

Los modelos de negocio vinculados con la denominada economía de los recados han abierto muchas dudas, principalmente por el peculiar estatuto que conceden a sus prestadores de servicios. Ya hemos dicho que, a pesar de que con frecuencia se les atribuyen ciertas facultades de representación, es el transporte la principal actividad y el fundamento del servicio que prestan.

En primer lugar, por tanto, las dudas han venido orientadas a si pueden realizar esta actividad de transporte sobre vehículos de dos ruedas sin disponer de autorización alguna. La cuestión, como bien puede intuirse, mantiene evidentes conexiones con la hipotética exigencia de autorización administrativa exigible a los conductores de Uber o Blablacar, si bien existen ciertas diferencias que aconsejan proceder a un análisis específico.

La cuestión de la exigencia de autorización administrativa nos lleva a partir del art. 42 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, el cual nos dice que la realización de una actividad de transporte público de viajeros o de mercancías «*estará supeditada a la posesión de una autorización que habilite para ello, expedida por el órgano competente de la Administración General del Estado o, en su caso, por el de aquella*

¹²⁸ Especialmente destacado es el caso de Glovo, que en el Apartado 19 de sus Condiciones Generales de Uso y Contratación y bajo el título de *Cláusula de no garantía en los recados ni en los pagos* llega a decir que el hecho de que sus colaboradores alcancen el estatus de *glover* «*No implica ni certificación ni aval acerca de su fiabilidad, idoneidad y/o seguridad por parte de Glovo. Por ello Glovo les recomienda a los Clientes que empleen siempre el sentido común y toda su atención a la hora de delegar un recado a un determinado Glover*».

Comunidad Autónoma en que se domicilie dicha autorización, cuando esta facultad le haya sido delegada por el Estado».

Siendo esta la regla general, podemos encontrar al menos dos excepciones a ella en la normativa aplicable a los transportes. La primera en la propia LOTT en el art. 42.2 a), al negar la exigencia de autorización administrativa a los transportes de viajeros o de mercancías realizados en vehículos cuya velocidad máxima autorizada no supere los 40 kilómetros por hora.

Más explícita resulta, todavía, la alusión que a este tipo de vehículos realiza la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera, que declara que su obtención no resultará necesaria para la realización de los siguientes transportes: *b) Transportes públicos o privados realizados en vehículos de menos de 3 ruedas.*

No puede decirse, en consecuencia, que la exigencia de autorización administrativa constituya un límite a este tipo de actividad. Ahora bien, si nos adentramos en el régimen que las condiciones generales de estas plataformas atribuyen a la actividad desarrollada por los prestadores las alarmas no tardan en saltar. Especialmente llamativas resultan las cuestiones asociadas a la responsabilidad, sea esta relativa a los bienes transportados o a los daños y perjuicios causados.

Si en algo coinciden los términos y condiciones de todas las plataformas analizadas es en la insistencia que demuestran en tratar de alejar la responsabilidad de su ámbito y del de los establecimientos a ellas asociados¹²⁹. No es necesario apuntar la desprotección que esto implica en relación con los consumidores, que ven de este modo sus derechos relegados a un segundo plano por el blindaje de estas condiciones generales.

Hay que apuntar que si bien la autorización administrativa no resultaba exigible para realizar estas actividades de transporte sobre dos ruedas, esto

¹²⁹ Resulta ilustrativo el caso de Deliveroo, que en el apartado 11 de sus términos y condiciones declara que:

«Sin perjuicio de lo estipulado más adelante, ni Deliveroo ni ningún Restaurante asociado tendrán ninguna responsabilidad para con Vd. por ninguna pérdida o daño, directo, indirecto, especial o consecuencial, que se derive del contrato, de responsabilidad civil (incluida negligencia) o que de cualquier otro modo se derive de su utilización o de su imposibilidad de utilizar nuestro Servicio. En el supuesto de que Deliveroo o el Restaurante asociado fuesen hallados responsables para con Vd., el conjunto total de nuestras obligaciones se limitará al precio de compra de las Comidas que Vd. haya pagado en su pedido».

de ningún modo implica que las plataformas examinadas puedan obviar el resto de disposiciones en materia de transporte, como recuerda el art. 42.3 de la LOTT al declarar que el hecho de que no se exija autorización para desarrollar actividades de transporte «*no exime a quienes realicen los transportes afectados del cumplimiento del resto de las exigencias contenidas en esta Ley y en las normas dictadas para su desarrollo*¹³⁰ (...».

Esta voluntad del legislador de someter a los transportistas sobre dos ruedas a un régimen comparable al que deben observar el resto se vio confirmada por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 15/2009, de de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, al disponer que «*En tanto no se dicten disposiciones reguladoras del contrato de transporte realizado mediante la utilización de bicicleta, éste quedará sujeto a las normas contenidas en la presente ley que le resulten de aplicación*».

Pero sin duda los mayores problemas que los modelos de negocio vinculados con la economía de los recados han planteado se asocian al estatuto aplicable a aquellos que prestan los servicios finales para las plataformas (que reciben diversos nombres, como *glovers* en el caso de la plataforma Glovo o *riders* en la plataforma Deliveroo). Diversas consideraciones hemos de realizar a este respecto.

En primer lugar, anticipábamos en la introducción a este epígrafe relativo a las plataformas de la economía de los recados que en estas no encontrábamos ya vinculación alguna con el ideal colaborativo. Esto no es, si no queremos faltar a la verdad, siempre cierto. Especial interés presenta a mi juicio la plataforma Transporter, que trata de trasladar el modelo de negocio de Blablacar para el transporte de personas al ámbito del transporte de mercancías.

La idea es que los conductores que colaboran con la plataforma cubran los gastos de sus trayectos transportando paquetería entre los puntos de salida y destino. La vertiente colaborativa se desprende de las condiciones generales de la misma, en las que se declara expresamente que «*Las rutas que los Transporters se comprometan a realizar deben ajustarse a trayectos reales (no ficticios) que se correspondan con sus necesidades personales/particulares (no profesionales) de desplazamiento*».

Dicho esto, no podemos negar que la gran mayoría de los modelos de negocio en este ámbito no llevan a cabo previsiones en esta línea ni prohíben el ánimo de lucro a sus usuarios. En el caso de plataformas como Glovo o Deliveroo pocas dudas podemos tener de que nos encontramos

¹³⁰ Art. 42.3 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

ante trabajadores, que prestan servicios en los que no cabe apreciar ningún elemento de colaboración.

Aquí el problema se centra en la vertiente laboral que presenta esta relación. Los trabajadores que prestan los servicios contratados a través de la plataforma son invariablemente considerados como trabajadores autónomos, a pesar de que un análisis atento de las condiciones en las que desempeñan su actividad pone en duda esta calificación.

La independencia de estos prestadores de servicios en relación con la plataforma es, sin duda, discutible a pesar de venir predicada por las plataformas en sus clausulados¹³¹. Teniendo en cuenta los requisitos tradicionalmente exigidos por la normativa de aplicación (art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo) de realización por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona de una actividad económica o profesional a título lucrativo, son muchas las dudas que surgen en relación a las actividades de la economía de los recados.

Y es que, si bien la ejecución o prestación del servicio subyacente corresponde efectivamente a estos trabajadores, de un análisis global de la situación se aprecia que es la plataforma, y no estos, el sujeto que concentra el grueso de las funciones (asignación de los servicios, gestión de los pagos, etc.) y de los medios productivos (aplicación, sistemas de posicionamiento), por lo que parece evidente que la actividad de los prestadores se realiza dentro del ámbito de organización de otra persona, lo que implica la imposibilidad de cumplir con la definición de trabajador autónomo apenas apuntada.

Es cierto que existen elementos para el debate. Se ha apuntado, en este sentido, que quien desea comenzar a operar para estas plataformas ha de aportar el medio de transporte que utilizará en sus servicios. Del mismo modo, el poder de dirección de la plataforma se ve modulado por la delegación de algunas facultades de supervisión y de evaluación de los servicios prestados en los propios consumidores o usuarios finales del

¹³¹ V. apartado 1 *in fine* de las Condiciones Generales de Uso y Contratación de Glovo, que establece que «*Los Glovers por lo tanto, son una red de mensajeros/repartidores que son profesionales independientes que colaboran con Glovoapp, cuando éstos están interesados en realizar la prestación de servicios de mensajería, se conectan a la Plataforma de Glovoapp y en un tiempo determinado se comprometen a realizar el servicio de mensajería/reparto/entrega que le encomienda el Cliente mediante el mandato mencionado*».

servicio, que actúan de este modo como jueces o árbitros respecto de la calidad de los mismos¹³².

En cualquier caso, hay que apuntar que la inspección de trabajo ha tenido la oportunidad de aclarar en los últimos meses (primero en Madrid y anteriormente en Valencia) que la relación entre estas plataformas y los prestadores finales de los servicios es de carácter laboral, habiendo exigido la regularización de las cotizaciones impagadas y poniendo bajo la lupa a los operadores del sector.

III. LOS CONSUMIDORES COLABORATIVOS Y SU PROTECCIÓN

El crecimiento que la economía colaborativa ha venido sosteniendo en los últimos años ha sido espectacular. A pesar de todo, podemos encontrar probablemente un freno a la generalización del recurso a este tipo de plataformas, que se asocia como bien puede intuirse a la seguridad y a las carencias que la protección de los consumidores sufre en este ámbito.

Las relaciones entre particulares, si bien ofrecen importantes mejoras respecto a las relaciones de consumo clásicas en términos de flexibilidad y eficiencia, sufren de un modo particular la desprotección derivada de la ausencia de un prestador de servicios profesional, que se ven habitualmente sometidos a unas exigencias administrativas y laborales significativamente más exigentes.

Piénsese, por ejemplo, en un desplazamiento por carretera. En el caso de que el conductor del autobús o del taxi contratado sufra un retraso o se vea obligado a cancelar el servicio, como consumidor tengo abiertas una serie de vías para ejercer mis derechos, sea solicitando un nuevo servicio, sea reclamando una indemnización por el incumplimiento o ambas. En el caso de que quien incumple sea un particular, la exigencia de responsabilidad como puede apreciarse será más complicada.

¹³² TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la Uber economy en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IusLabor*, 2015, nº3, pág. 6.

A. El Derecho de consumo clásico, una protección en cierto modo estéril en el contexto de las relaciones entre particulares

El Derecho de consumo ha venido justificado desde sus inicios por la necesidad de otorgar una cierta protección a los consumidores y usuarios en tanto parte débil en sus relaciones con los empresarios. Tanto es así, que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece expresamente que su ámbito de aplicación viene asociado a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios¹³³.

Este hecho va a dificultar enormemente la aplicación de la normativa consumerista a las relaciones colaborativas, desde el momento en el que, atendidas las consideraciones anteriormente efectuadas, el prosumidor ha de ser considerado un consumidor con arreglo a nuestra normativa, al actuar por lo general con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Como indica la Comisión Europea en la Comunicación sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, tradicionalmente la normativa de la Unión Europea sobre consumidores se ha diseñado para elaborar transacciones en las que debe protegerse a una parte débil (generalmente el consumidor). Pues bien, en el escenario colaborativo resulta sumamente difícil encontrar patrones en relación a esta parte débil cuya protección se busca garantizar¹³⁴.

Los consumidores o usuarios que reciban los servicios colaborativos no podrán contar, en consecuencia, con la protección que brinda la normativa de consumo a aquellas actividades equivalentes que vienen realizadas por un empresario. Esto no significa, o no puede significar, que los consumidores se vean indefensos en el marco de la economía colaborativa. Implicará, todo lo más, que la protección deberá buscarse en otro lugar, al tratarse de relaciones entre particulares.

Es conveniente distinguir, a la hora de analizar la protección de los consumidores en el marco de la economía colaborativa, entre aquellas herramientas que recaen en las plataformas digitales que estructuran este tipo de relaciones y aquellas otras que pueden recaer directamente sobre

¹³³ Art. 2 TRLGDCU.

¹³⁴ En palabras de la Comisión, «*la economía colaborativa desdibuja la frontera entre consumidores y empresa, ya que hay una relación multilateral que puede implicar transacciones entre empresas, empresas y consumidores, consumidores y empresas, y consumidores. En estas relaciones, no siempre está claro cuál es la parte débil que hay que proteger*». Comunicación sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, págs. 9-10.

los propios usuarios. Y es que, a pesar de que el Derecho de consumo no resulte de aplicación a las relaciones entre pares características de la economía colaborativa, sí que procederá su recurso en el plano que relaciona a las plataformas con los usuarios.

1. La importancia de la información

La información ha sido tradicionalmente uno de los ejes fundamentales en el Derecho de consumo clásico. Y esto por cuanto todos los deberes asociados a ella buscan incrementar el nivel de conocimiento del consumidor en el convencimiento de que un consumidor informado es un consumidor más protegido y menos vulnerable a los engaños y a las estrategias perjudiciales para sus intereses.

Teniendo las plataformas colaborativas la consideración de empresarios a efectos de la normativa consumerista, resultará de aplicación en primer lugar y con carácter fundamental lo establecido en relación a los deberes de información en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

No obstante, atendidas las particularidades de los servicios en cuestión, no debemos perder de vista la incidencia que podrán tener otras normas, entre las que destaca la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹³⁵.

A pesar de que se hable de un genérico deber de informar hay que llevar a cabo dos precisiones preliminares. En primer lugar, es necesario apuntar cómo estos deberes de información van a adquirir un perfil diverso en función del momento en el que nos encontremos, ya que van a prolongarse a lo largo de todo el *iter contractual*, pudiendo incluso encontrar manifestaciones de este deber con anterioridad a la perfección del contrato.

Del mismo modo, hay que partir de que el deber de informar va a ser siempre un deber relativo, en el sentido de que su configuración dependerá de la situación en la que nos encontremos y de los concretos sujetos a los que se habrán de aplicar, viniendo a concretarse como se ha apuntado en una manifestación de lo que la buena fe exija en cada caso¹³⁶.

Hechas estas consideraciones acerca de la necesidad de concebir el deber de información como un traje a medida en atención a los sujetos

¹³⁵ Especialmente su Título VI, relativo a información y control.

¹³⁶ GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 99.

a los que se aplicará y a la situación en que se encuentren, es necesario aludir en primer lugar a la importancia de los deberes precontractuales de información en la tutela de los consumidores, especialmente cuando nos encontramos en el ámbito de la contratación a distancia y de los servicios de la sociedad de la información.

Los deberes precontractuales de información se explican en el ámbito colaborativo, probablemente, por la necesidad de evitar las fuertes asimetrías informativas que encontramos entre las plataformas digitales, que gestionan la estructura del servicio y controlan prácticamente todas las variables de la relación y los usuarios, que se encuentran en este sentido en una situación de déficit informativo.

El grueso de la información a facilitar vendrá asociada a la plataforma, siendo en este sentido los términos y condiciones de la propia plataforma el documento clave a la hora de determinar con exactitud el régimen jurídico obligacional al que se someterán las partes y la fuente principal de información para los usuarios. Ahora bien, habida cuenta del carácter triangular de las relaciones colaborativas existirán otras cuestiones, de importancia no necesariamente secundaria en la conclusión del contrato, que incumbirán directamente al prestador¹³⁷.

Hay que recordar, ya lo hemos indicado en el segundo capítulo al abordar el régimen aplicable a las plataformas, que el concreto papel que estas adopten en la configuración del servicio y el rol activo o pasivo que desempeñen tendrá una importancia decisiva a la hora de valorar la posible responsabilidad que desarollen por la información proporcionada.

Hay que señalar, del mismo modo, que las autoridades europeas, en este caso el Comité Europeo de las Regiones, han prestado una atención especial a las condiciones generales de uso aplicables a estos servicios llegando incluso a pedir a la Comisión «*que estudie la necesidad y viabilidad de imponer a las plataformas la obligación legal de proporcionar una descripción resumida, sencilla y fácil de usar de sus condiciones generales, además de los documentos de uso general, dado que su longitud y complejidad desaniman a la mayoría de los usuarios a leerlas, lo que genera una relación muy asimétrica*¹³⁸».

¹³⁷ Piénsese, si ir más lejos en el caso del alojamiento en las posibles restricciones que el oferente podrá imponer respecto a la admisión de mascotas o en el caso del transporte a las indicaciones que el conductor proporcione en cuanto al tamaño de las maletas que los pasajeros podrán cargar en el coche a la hora de realizar el trayecto.

¹³⁸ Apartado 37 del Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones.

Esta consideración central que los términos y condiciones desplegarán en el ámbito colaborativo no implica que las exigencias derivadas de los deberes de información se agotan en el escenario precontractual. Antes al contrario, como apuntábamos al inicio los deberes de información van a evolucionar conforme lo haga la relación, haciendo surgir en cada momento manifestaciones diversas y concretas del deber de informar.

En especial, el mayor nivel de incertidumbre que se explica por el hecho de que el prestador del servicio no sea profesional impone a mi juicio una cierta diligencia en la comunicación de las diversas circunstancias que afecten a la relación entre el prestador-ofererente del servicio y el usuario, entre las que la doctrina ha apuntado la obligación de comunicar la cancelación de la oferta del servicio o igualmente la reserva efectiva del mismo¹³⁹.

2. *La protección que ofrecen los seguros*

Junto a la protección que ofrece el suministro de información otra de las cuestiones que más interés plantea, y que provocan el recelo de los potenciales usuarios, son las cuestiones de responsabilidad que pueden derivarse de los servicios vinculados a la denominada economía colaborativa. A pesar de que la cuestión de los seguros plantea interrogantes en prácticamente todos los sectores, aquí no resulta posible efectuar consideraciones generales, por lo que procedemos a analizar separadamente la situación en los dos sectores de mayor relevancia en el ámbito colaborativo, a saber, el transporte y el alojamiento.

Por lo que respecta al transporte, en el caso de realizar un trayecto por carretera con una compañía que efectúe un servicio de transporte público de viajeros, contaremos con la protección que supone el seguro obligatorio de viajeros (SOV). Este seguro obligatorio de viajeros, cuyo importe se integra en el precio del billete, cubre los daños que los pasajeros puedan sufrir durante el trayecto, resultando obligatoria su suscripción por el transportista, que ostentará la condición de tomador del seguro¹⁴⁰.

¹³⁹ GRIMALDOS GARCÍA, M^a I. «El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios», *op. cit.*, pág. 377.

¹⁴⁰ Dispone el art. 21.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres que «*En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos estarán cubiertos por el seguro obligatorio de viajeros, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia*». La referencia efectuada a la legislación específica sobre la materia cabe entenderla realizada al Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, cuyo art. 3 declara que «*La*

La cuestión difiere en el caso de que realicemos el trayecto a través de una plataforma de transporte colaborativo. En este supuesto, el conductor no tendrá la calificación de profesional, no habiendo suscrito en consecuencia el seguro obligatorio de viajeros. A pesar de lo que pudiera parecer, hay que tener presente que los usuarios transportados en ningún caso quedarán huérfanos de tutela, puesto que gozarán de la protección que ofrecen los seguros de circulación.

A pesar de que el conductor únicamente haya concertado el seguro obligatorio a terceros, este resultará apto para cubrir a los ocupantes del vehículo, a excepción del conductor¹⁴¹. Así, el art. 5 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, bajo el epígrafe «Ámbito material y exclusiones», únicamente excluye de la cobertura del seguro de suscripción obligatoria a los daños ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente.

Aun reconociendo la importancia que el seguro obligatorio a terceros desplegará en caso de siniestro, es necesario preguntarse si su cobertura resulta suficiente. Teniendo en cuenta las limitaciones apuntadas, es lógico plantearse si no resultaría oportuno reforzar la protección de los pasajeros (e igualmente del conductor, en todos aquellos supuestos en los que el siniestro no se atribuya a culpa o negligencia por su parte) con un seguro complementario y, de ser así, decidir a quién debiera atribuirse la concertación y el abono del mismo.

La primera pregunta ha de responderse de modo afirmativo. Y es que el conductor, que desarrolla efectivamente la función de transporte, no ha de verse privado de la protección ofrecida por el seguro, siempre y cuando desarrolle su cometido en cumplimiento de la normativa vigente en materia de circulación. Del mismo modo, existe la posibilidad de que el conductor responsable del trayecto no haya concluido el seguro obli-

cobertura garantizada por el Seguro Obligatorio de Viajeros comprende, exclusivamente, las indemnizaciones pecuniarias y la asistencia sanitaria establecidas en esta disposición, cuando, como consecuencia de un accidente producido en las circunstancias previstas en el artículo 1, se produzca muerte, invalidez permanente o incapacidad temporal del viajero.

¹⁴¹ Los pasajeros quedarán incluso protegidos aunque este seguro no se haya concluido, debido a la existencia del Consorcio de Compensación de Seguros. V, en este sentido, GIMENO BEVIÁ, V., «Los seguros obligatorios como ventaja del turismo tradicional frente al turismo colaborativo», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, vol. 2 nº 3, 2016, pág. 140.

gatorio a terceros o bien no mantenga este en vigor, no resultando en este punto lógico que sean los pasajeros quienes deban verse perjudicados por su contravención¹⁴².

En consecuencia, resulta imperativo en mi opinión que la futura normativa que aborde el tratamiento del fenómeno del transporte colaborativo imponga la suscripción de un seguro que cubra al conjunto de pasajeros de los daños que la actividad pueda suponerles. Más dudas se plantean, a este respecto, en relación al sujeto obligado a la concertación del seguro.

Considero que dicha obligación debería recaer en la propia plataforma, y no en el conductor, por una razón fundamental. Concentrando la plataforma de transporte colaborativo la práctica totalidad de las funciones de organización y gestión de los trayectos, a excepción de la ejecución final de estos, se encuentra en una posición privilegiada para asumir la tramitación de los seguros pertinentes. A mayor abundamiento, hay que tener presente que la plataforma cobra una comisión, a decir verdad significativa, derivada de este rol gestor que se le atribuye, por lo que resulta del todo procedente que a ella se encomiende el abono del seguro.

Estas reflexiones pueden ser extrapoladas sin apenas matices al sector del alojamiento colaborativo si bien, en este caso, será el seguro de responsabilidad civil el que centrará nuestra atención, entendiendo por tal aquél seguro orientado a «cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho¹⁴³».

Y es que, en este ámbito, las plataformas colaborativas más importantes sí que han adoptado un papel activo en materia de seguros. Sin ir más lejos *Airbnb* ofrece un «seguro de protección para anfitriones» concebido como cobertura principal para los anfitriones de *Airbnb* y su caseros en todo el mundo¹⁴⁴. Del mismo modo, cada vez son más las plataformas que ofrecen la oportunidad de contratar seguros por parte de los usuarios para paliar cualquier tipo de perjuicio que pudiera sufrir durante sus estancias en alojamientos vinculados con la plataforma.

Cuestión más delicada es determinar si podríamos encontrar en el marco de los alojamientos colaborativos una obligación que incumbe a los oferentes de alojamiento de contratar con carácter obligatorio un seguro

¹⁴² ESTANCONA PÉREZ, A.A., «Carpooling: C2C en el transporte de personas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 37, 2015, pág. 180.

¹⁴³ Art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

¹⁴⁴ Información disponible en: <https://www.airbnb.es/host-protection-insurance>.

de responsabilidad. Y es que, a pesar de que en ocasiones se ha defendido un posible fundamento indirecto para esta obligación, tal construcción se antoja, en mi opinión, forzada y sin la necesaria base jurídica¹⁴⁵.

Cuestión diferente es si, con independencia de su carácter obligatorio, resulta conveniente la conclusión por los oferentes de seguros de responsabilidad civil en aquellos supuestos en que estos no vengan gestionados por las propias plataformas. La respuesta, en este caso, no puede dejar de ser afirmativa, teniendo en cuenta que este hecho ofrecerá un nivel más alto de seguridad tanto para el usuario como para el oferente, que se cura en salud respecto a posibles desperfectos derivados de la estancia.

En cualquier caso, la cuestión de los seguros pone sobre la mesa un debate apasionante. Y es que, si tratamos de aplicar al movimiento colaborativo todos los sistemas tradicionales de protección desarrollados para las actividades profesionalizadas estaremos en cierto modo asimilándolo a estas. Esto implica que indirectamente estaremos poniendo un freno a su desarrollo, si tenemos en cuenta que estos modelos han prosperado precisamente por la mayor eficiencia económica que permiten al no contar con las incontables exigencias administrativas que se aplican a los operadores profesionales.

3. La apuesta por los sistemas de resolución de conflictos

Uno de los mayores interrogantes que las plataformas colaborativas plantean viene relacionado con los problemas que se puedan generar con los servicios entre los suministradores y los receptores de los mismos. Esto

¹⁴⁵ V., en este sentido, GIMENO BEVIÁ, V., «Los seguros obligatorios como ventaja del turismo tradicional...», *op. cit.*, pág. 143. Apunta el autor cómo, sobre la base de la normativa andaluza, cabría defender de modo indirecto esta exigencia.

Así, apunta que el art. 2 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos declara en su primer inciso que «*El alojamiento en viviendas con fines turísticos será considerado como un servicio turístico y deberá cumplir con las prescripciones de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, y con lo establecido en el presente Decreto*» para añadir posteriormente en el inciso cuarto que «*Los derechos y obligaciones de las personas usuarias y explotadoras serán los contemplados en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre*».

Pues bien, teniendo en cuenta que la norma aludida exige en su art. 39 la obligación del empresario de poner a disposición del usuario «*el seguro o garantías en su caso exigidas y, en particular, los datos de la entidad aseguradora y de la cobertura geográfica del seguro*», cabría plantearse en palabras del autor si esta exigencia no debería hacerse extensiva a los oferentes que operen en el sector del alojamiento colaborativo.

se explica por cuanto, tratándose de personas físicas, están en principio más expuestos a la incertidumbre en el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte contractual.

Hay que precisar no obstante que teniendo las relaciones colaborativas como hemos apuntado en numerosas ocasiones una estructura triangular, habrá que plantear la mayor o menor conveniencia de recurrir a los sistemas alternativos de resolución de conflictos al menos en dos frentes. Por un lado, en los conflictos que puedan surgir entre las plataformas y sus usuarios (sean estos oferentes o demandantes de servicios). Pero igualmente en los conflictos que se produzcan entre los propios usuarios de la plataforma, que será quienes se relacionen en la prestación final del servicio subyacente.

Teniendo en un inicio los servicios colaborativos la consideración de servicios de la sociedad de la información no es de extrañar que se venga apostando decididamente por el recurso al arbitraje y a los demás procedimientos alternativos de resolución de conflictos para solucionar las controversias que se puedan generar en el desarrollo de los mismos.

Ya de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 se deduce que *«por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante códigos de conducta»*. Esta apuesta, que en un inicio ha de considerarse positiva, se ve no obstante dificultada en ocasiones por los términos en los que el arbitraje viene concebido. Esto ha llevado a las Autoridades Europeas a manifestar en diversas ocasiones la necesidad de aclarar y simplificar los medios a disposición de los consumidores ante un litigio¹⁴⁶.

Esto explica que un porcentaje muy importante de las plataformas colaborativas que actúan actualmente en nuestro país elijan el arbitraje como medio predeterminado de resolución de los conflictos que puedan surgir con sus usuarios¹⁴⁷. A pesar de todo, en este punto se aprecia

¹⁴⁶ Como señala el Parlamento Europeo en su Resolución de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/2003(INI)) en su Considerando 25 *«Destaca la necesidad de una mayor claridad en relación con la protección de los consumidores en caso de litigio, y pide a las plataformas colaborativas que vele por el establecimiento de sistemas efectivos para los procedimientos de reclamación y la resolución de litigios, simplificando el modo en que los consumidores pueden ejercer sus derechos»*.

¹⁴⁷ Así, entre otros, Airbnb en el Apartado 19.4 de sus Términos de Servicio y bajo el epígrafe *«Acuerdo de Arbitraje»* declara que *«Usted y Airbnb acuerdan mutuamente que cualquier disputa, reclamación o controversia que se desprenda de, o guarde relación*

una cierta diferencia entre las grandes plataformas extranjeras que operan en nuestro país y las plataformas que directamente han surgido en nuestro territorio, entre las cuales el arbitraje no está en este sentido tan generalizado¹⁴⁸.

Junto a la habitual sumisión a arbitraje de los conflictos que puedan surgir entre plataformas y usuarios, hay que señalar que igualmente nada obsta para que en los conflictos que se generen entre los propios usuarios pueda recurrirse a este sistema, si bien este hecho es ciertamente menos frecuente¹⁴⁹. Más habitual sin duda resulta que los usuarios hagan uso de los propios mecanismos que las plataformas suelen poner a su disposición para denunciar incidencias.

Ante los potenciales conflictos que puedan surgir entre los usuarios, la plataforma asume de este modo una posición decisoria. Tras recibir una incidencia y recabar información de lo sucedido de ambas partes, por ejemplo ante una cancelación de un trayecto en una plataforma de transporte colaborativo, esta toma una decisión de acuerdo a estas circunstancias, determinando en suma a quién es imputable tal cancelación y si ha de ejecutarse o no el pago del servicio¹⁵⁰.

con, los presentes Términos o el incumplimiento, rescisión, aplicación o interpretación de los mismos, o con la utilización de la Plataforma de Airbnb, los Servicios de Anfitrión, el Servicio de Pago en Grupo o el Contenido Colectivo (en adelante, conjuntamente, las “Disputas”) serán resueltas mediante un arbitraje vinculante (“Acuerdo de Arbitraje”). Si se produce una disputa respecto a si el presente Acuerdo de Arbitraje puede ejecutarse o se aplica a nuestra Disputa, usted y Airbnb aceptan que el árbitro decidirá dicha cuestión».

Disponible en: <https://www.airbnb.es/terms#sec19>.

¹⁴⁸ Así, el Apartado 13 de las Condiciones Generales de Uso y Contratación de Glovo declara que «*La relación entre GLOVO y el Usuario, se regirá e interpretará de conformidad con las Condiciones Generales que en materia de interpretación, validez y ejecución se regirán por la legislación española; y cualquier controversia se someterá a los Tribunales de Barcelona, salvo que el Usuario solicite los tribunales de su domicilio de residencia».*

¹⁴⁹ En este sentido, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Arbitraje como medio de solución de conflictos en la economía colaborativa», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 657, quien apunta cómo nos encontraremos ante este escenario por ejemplo en el caso de que oferente y usuario hayan pactado previamente tal extremo en los mensajes escritos que estas intercambian a través de los medios de comunicación establecidos por la plataforma.

¹⁵⁰ Así, la plataforma de transporte colaborativo Blablacar se rige en materia de cancelaciones por una política de baremos en la que se tiene en consideración fundamentalmente el tiempo con el que se notifica la cancelación al conductor y, del mismo modo,

B. Los nuevos sistemas de protección de los consumidores y usuarios colaborativos

El hecho de que como hemos apuntado el Derecho de consumo clásico y sus «armas» haya venido ofreciendo una protección en cierto modo estéril al consumidor en el escenario colaborativo ha ocasionado que, junto a estos recursos clásicos, hayamos asistido al surgimiento y desarrollo de nuevos sistemas de protección, impensables hace apenas unos años, que están demostrando tener una efectividad y recorrido ciertamente importante.

Estamos haciendo referencia a una pluralidad de sistemas, bastante heterogéneos y variados, pero que tienen en común el hecho de que se fundamentan en la valoración de los usuarios y en la reputación que estos van adquiriendo en las plataformas colaborativas.

La pluralidad de relaciones que encontramos al enfrentarnos a los servicios colaborativos, derivada de la triangulación contractual en que se

el tiempo que ha transcurrido desde la solicitud del servicio. En atención a estas dos variables, podemos encontrarnos en los siguientes escenarios de acuerdo con el Apartado 7.1 de sus Condiciones Generales de Uso:

«+ *Si el Pasajero cancela con una antelación superior a 24 horas antes de la hora de salida programada y mencionada en el Anuncio, al Pasajero solamente se le devolverá la Cantidad de costes compartidos. Los Gastos de Gestión se las quedará BlaBlaCar y el Conductor no tendrá derecho a recibir ninguna suma de cualquier naturaleza;*

+ Si el Pasajero cancela el viaje con una antelación inferior a 24 horas antes de la hora de salida mencionada en el Anuncio y una vez hubieran pasado 30 minutos tras la Confirmación de la reserva, el Pasajero tendrá derecho al reembolso de la mitad de la Cantidad de costes compartidos pagada en el momento de la realización de la Reserva. Los Gastos de Gestión se las quedará BlaBlaCar y al Conductor se le pagará el 50% de la Cantidad de costes compartidos;

+ Si el Pasajero cancela con una antelación inferior a 24 horas antes de la hora de salida programada mencionada en el Anuncio, y en treinta minutos o menos tras la Confirmación de la reserva, al Pasajero se le devolverá la Cantidad total de gastos compartidos. Los Gastos de Gestión se las quedará BlaBlaCar y el Conductor no tendrá derecho a recibir ninguna suma de ninguna naturaleza;

+ Si el Pasajero cancela una vez pasada la hora de salida programada mencionada en el Anuncio, o si no ha llegado al punto de encuentro en un período de 30 minutos tras la hora acordada, no tendrá derecho a ningún reembolso. El Conductor será compensado con el coste total de la Cantidad de costes compartidos y los Gastos de Gestión se los quedará BlaBlaCar».

Disponible en: <https://www.blablacar.es/about-us/terms-and-conditions>.

Hay que resaltar cómo, en los diversos casos considerados, la plataforma se quedará en todo caso con los gastos de gestión abonados, debiendo dilucidarse únicamente cuál será el destino de los gastos compartidos.

fundamentan los mismos, explica que a la responsabilidad de las plataformas, sujeto que soporta la gestión formal del servicio, deba añadirse en lo posible una protección adicional que incumba al prestador del servicio como responsable último de la correcta ejecución de estos.

Habida cuenta de la falta de confianza que aún generan las actividades colaborativas en ciertos segmentos de la población y de la enorme interacción que las plataformas digitales posibilitan entre los usuarios hemos asistido en los últimos tiempos a la proliferación de diversos tipos de herramientas de valoración o de evaluación de la actividad de los prestadores de los servicios, que permitan a los potenciales usuarios seleccionar adecuadamente el servicio que mejor se adapta a sus necesidades.

Teniendo en cuenta que los usuarios de las plataformas no conocen generalmente a los prestadores vinculados a la plataforma, la valoración y las opiniones vertidas por otros usuarios que han disfrutado previamente del servicio se antoja como una herramienta privilegiada de información, que evalúa constantemente la actividad de los diversos prestadores y decide en buena medida el éxito o el fracaso de estos en el seno de la plataforma¹⁵¹.

La confianza en las actividades colaborativas, teniendo en cuenta que los prestadores del servicio carecen de los beneficios que el prestigio aporta al profesional de la actividad, trata de construirse en torno a dos pilares. Por un lado, a través de la idea de comunidad, que refuerza la integración de los usuarios en un entramado personal superior y, a renglón seguido, incidiendo en la importancia que el contacto en línea despliega como paso previo a la ejecución física de la prestación o del servicio¹⁵².

¹⁵¹ Señala BRÄNDLE, G., «Controversias en torno al impacto social del consumo colaborativo: Algunos elementos para la discusión», *Redes.com: revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, nº 15 2017, pág. 136 cómo el sistema derivado de esta valoración «permite reducir considerablemente la incertidumbre en las transacciones, facilitando el refuerzo de los lazos entre la comunidad y paralelamente una mejor gestión de los recursos. Se pasa así de la suspicacia y el recelo hacia el vecino, propio de una sociedad narcisista e individualista, a la confianza en el miembro de la comunidad dentro de la plataforma de consumo colaborativo».

¹⁵² Como señala el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01), «Cuando se crea un sentimiento de comunidad entre los usuarios del servicio se potencia, asimismo, la confianza en el propio servicio y entre sus usuarios. Los usuarios cuidarán de sus acciones e interacciones para poder construir y proteger su buena reputación, ya que ésta es el elemento que les va a permitir interactuar con la comunidad y usar el sistema, como sucede en todos los mercados».

Así, además de poder conocer de antemano a la persona con la que va a viajar, convivir o desarrollar la actividad de que se trate, los sistemas de valoración de usuarios tienen la virtualidad de ordenar el sector, favoreciendo el éxito de aquellos operadores más eficientes y con servicios de mayor calidad y, correlativamente, penalizando a aquellos otros que ejecuten prestaciones más pobres.

Si bien estas ventajas contribuyen sin duda a aportar un mayor nivel de seguridad y de confianza a las actividades vinculadas a la economía colaborativa, es evidente que para que pueda considerarse un recurso sólido deberá atribuirse a estos sistemas de valoración la necesaria credibilidad, evitando que puedan ser falseados o alterados por las diversas partes interesadas.

Las autoridades han venido poniendo el acento en primer lugar en la necesidad de que las plataformas implementen sistemas de identificación seguros y eficaces. De este modo, únicamente quien haya disfrutado recientemente de un servicio podrá valorar al prestador. Así, se busca evitar que el propio prestador se vea tentado de mejorar su reputación a través de la inserción de autoevaluaciones encubiertas, así como impedir la posibilidad de que se pongan en marcha campañas de desprestigio contra ciertos oferentes de servicios.

Pero no terminan aquí las propuestas planteadas. Así, se ha venido señalando la conveniencia de que, teniendo en cuenta que actualmente un gran número de plataformas ponen en marcha sistemas de evaluación bidireccional (del usuario al prestador y del prestador al usuario), debe arbitrarse un procedimiento que impida comportamientos reactivos, es decir, que no permita que el evaluador pueda verse influenciado por la valoración recibida por la contraparte.

En cualquier caso, estos sistemas de reputación digital están llamados a tener una función cada vez más destacada en el ámbito colaborativo, gozando del favor de numerosas instituciones. Así, el propio Comité Europeo de las Regiones observa que *«las evaluaciones y las calificaciones pueden ser un factor importante, junto con los requisitos legales, con el fin de garantizar la confianza y la protección de los consumidores y subraya que las plataformas deben esforzarse más por luchar contra las falsas evaluaciones*¹⁵³*».*

Una única crítica a estos sistemas de valoración de los usuarios me gustaría realizar, que a mi juicio resta optimismo al desarrollo de estas

¹⁵³ Apartado 27 del Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones.

nuevas técnicas de protección de consumidores y usuarios. Esta va orientada a que estos sistemas «ordenan» a los prestadores de los servicios en función de las valoraciones de los usuarios, por lo que podrían crear en cierto modo una barrera a la entrada de nuevos sujetos.

Así, careciendo de referencias y evaluaciones previas, quien oferte por vez primera un servicio en una plataforma colaborativa va a tener que hacer frente al *hándicap* que esto supondrá en relación con el resto de oferentes. Y lo que es peor, este sistema tiende a privilegiar a los prestadores «profesionales» de las plataformas, esto es, a aquellos individuos que actúan con ánimo de lucro y por tanto fuera del ideal colaborativo, orientado al aprovechamiento de bienes infrautilizados.

Y es que serán estos quienes, como consecuencia de su utilización intensiva de las plataformas y del gran volumen de servicios prestados estarán siempre en la parte alta de las tablas de evaluación, al contar con numerosas evaluaciones y esmerarse en llevar a cabo un servicio de especial calidad para continuar de este modo en un lugar preeminente del sistema.

Considero por ello que las plataformas colaborativas deberían desarrollar iniciativas orientadas a paliar esta perversión del modelo colaborativo, que las aleja del fin para el que teóricamente fueron creadas y traslada una imagen negativa del modelo, dando alas a las críticas de los sectores afectados por la irrupción de la economía colaborativa.

CAPÍTULO 4

CONSIDERACIONES SECTORIALES

Hemos tratado de realizar hasta el momento una aproximación unitaria al fenómeno del consumo colaborativo. Esto se explica por varios motivos. En primer lugar, porque considero que una cierta sistematización del fenómeno puede ayudar a comprender las características y los contornos de esta nueva economía. Pero del mismo modo por el propio momento en el que nos encontramos cuando se escriben estas líneas.

La economía colaborativa ha venido demandando una atención importante por parte de las autoridades, nacionales y europeas, y del legislador. Son muchos los operadores partidarios de desarrollar una normativa aplicable a la materia, que venga a dotar de una cierta seguridad jurídica al sector y termine con los excesos que, de uno u otro modo, se han venido produciendo en los últimos tiempos.

Ahora bien, a pesar de que este haya sido el punto de partida elegido, resultaría ingenuo pensar que el consumo colaborativo constituye un fenómeno homogéneo, y que las peculiaridades que este reviste en los diversos sectores de actividad no van a tener importancia por lo que respecta al régimen aplicable y a las cuestiones concretas que plantea.

En consecuencia, creo necesario completar este trabajo con un capítulo que venga a paliar la indeterminación que este esfuerzo sistemático pueda haber provocado, adentrándose en los diferentes sectores económicos en los que la economía colaborativa ha demostrado tener mayor potencial e incidencia. En la actualidad resulta posible encontrar manifestaciones del fenómeno colaborativo en la práctica totalidad de los sectores que podamos pensar.

Es evidente a pesar de todo que no resulta posible adentrarnos en un análisis individualizado de todos estos sectores susceptibles de un enfoque

colaborativo. Así pues, a lo largo de las siguientes páginas efectuaremos un estudio de aquellos ámbitos en los que, debido a las características concretas de los servicios o del mercado, la economía colaborativa ha logrado hundir sus raíces con particular vehemencia.

Como veremos, se trata de ámbitos fuertemente relacionados con el sector servicios, pero que no guardan una aparente conexión entre sí. Pasamos a analizar la incidencia que el consumo colaborativo ha venido desarrollando en los servicios de transporte y de alojamiento vacacional.

I. EL TRANSPORTE COLABORATIVO¹⁵⁴

El transporte de personas ha sido posiblemente el sector que antes y de modo más acusado ha sufrido los efectos del fuerte crecimiento que el consumo colaborativo ha experimentado en los últimos años. Los consumidores han encontrado en las plataformas de transporte colaborativo un recurso rápido, sencillo y barato que les permite satisfacer sus necesidades de desplazamiento.

La situación de fuerte crisis económica que nuestro país ha sufrido en los últimos años unida a las altas tasas de desempleo que hemos venido conociendo han provocado que las plataformas de transporte colaborativo hayan conocido un gran desarrollo de sus operadores, tanto por lo que respecta a la demanda como a la oferta de servicios de transporte.

A. Caracterización del transporte colaborativo

El profesor Broseta definía el transporte terrestre de viajeros como «*aquel contrato por el que un empresario (porteador) se obliga mediante precio a trasladar a una persona de un lugar a otro, en las condiciones pactadas*»¹⁵⁵. Como puede apreciarse, las notas esenciales de este transporte difícilmente concurren en el transporte colaborativo de personas.

Por un lado, por el hecho de que el porteador, a los que las plataformas de transporte colaborativo aluden en ocasiones con el término

¹⁵⁴ El transporte colaborativo ha sido un tema ampliamente trabajado por el autor en los últimos años. Este epígrafe constituye una actualización del trabajo «El fenómeno del transporte colaborativo», en *El contrato de transporte de viajeros: Nuevas perspectivas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 227-265.

¹⁵⁵ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 176.

conductor e incluso proveedor del transporte, rara vez tendrá la condición de empresario. Del mismo modo, resulta dudoso que el montante a desembolsar por los pasajeros constituya un precio en sentido clásico. De la misma definición de «compartir coche» inserta en los términos y condiciones generales de acceso y uso del sitio web de Blablacar se deriva inequívocamente que la compartición de vehículos para reducir los gastos asociados al trayecto se lleva a cabo *«sin que en ningún caso se produzca una ganancia económica para el conductor»*.

A la hora de llevar a cabo una aproximación al fenómeno del transporte colaborativo considero que debemos plantearnos con carácter previo a toda consideración de orden concurrencial una serie de preguntas. De este modo, ¿qué es el transporte colaborativo?, ¿cuáles son sus elementos definitorios?, ¿qué rol juega en la sociedad moderna, marcada por el uso siempre creciente de las plataformas y recursos en línea? Una vez tengamos una idea clara de lo que es el transporte colaborativo podremos tratar de delimitar dicho fenómeno de aquellas otras formas de transporte con las que pudiera guardar un cierto paralelismo, respondiendo en suma a la pregunta complementaria ¿qué no es el transporte colaborativo?

Al tratar de realizar un intento de caracterización del fenómeno del transporte colaborativo nos encontramos, como veremos, con importantes problemas de índole que podríamos denominar probatoria. Expliquémonos. El transporte colaborativo surge como un fenómeno global, orientado a satisfacer las necesidades del consumidor del siglo XXI y muy vinculado a preocupaciones de carácter consumista así como ligadas a la idea de sostenibilidad. Es en base a esta noción propia de transporte colaborativo que procedemos a elaborar la caracterización del fenómeno.

Este origen un tanto idílico choca no obstante con la realidad de los tiempos en que se ha desarrollado. La fuerte inestabilidad económica que hemos presenciado en los últimos años, con el impacto consiguiente sobre el paro en nuestro país y en los de nuestro entorno, han constituido el caldo de cultivo idóneo para que personas sin una actividad estable recurran a este nuevo medio de transporte como forma de ganarse la vida. Este uso impropio del transporte colaborativo, a pesar de que no podemos obviarlo, no ha de influir en la caracterización propuesta.

— Transporte privado:

En primer lugar el transporte colaborativo es un transporte privado en el sentido del art. 62 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Significa esto que se realizan por cuenta propia y, en un principio, para satisfacer necesidades privadas del conductor, a pesar de que por extensión se verán igualmente satisfechos los intereses de

los demás sujetos que participan en el trayecto. Este transporte privado se define por contraposición al transporte público, que se efectúa por cuenta ajena y mediando retribución económica.

La consideración del transporte colaborativo como un transporte de carácter privado y orientado, en un primer momento, a satisfacer las necesidades particulares de desplazamiento del conductor, hay que señalar que no hace entrar en mi opinión al transporte colaborativo dentro de la categoría del transporte privado particular tal y como se define en el art. 101 LOTT.

Los transportes privados particulares son, de conformidad con esta norma, aquellos en los que concurren las circunstancias de estar dedicados a satisfacer las necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico del titular del vehículo y sus allegados y de realizarse en vehículos cuyo número de plazas, o capacidad de carga, no exceda de los límites que reglamentariamente se establezcan¹⁵⁶.

La inclusión parece en una primera aproximación forzada, teniendo en cuenta el desarrollo que de los transportes privados particulares se contiene en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres. El art. 156.1 ROTT limita el alcance de lo que debe entenderse por «allegados» a «*aquellos cuyo transporte se realice en base a una relación social de amistad o equivalente*». Difícilmente se podrá interpretar que compartir los gastos de transporte constituye una relación equivalente a la de amistad.

Del tenor del artículo 101 LOTT se desprende inequívocamente que los transportes privados particulares han de dedicarse a satisfacer las necesidades de desplazamiento del titular del vehículo y de sus allegados. Esto excluye evidentemente del régimen del transporte privado particular todos aquellos transportes en los que el móvil no venga constituido por necesidades de estos sujetos, viniendo orientados en cambio a realizar una actividad de transporte con ánimo de lucro.

Ahora bien, suponiendo que el viaje se dedique a satisfacer las necesidades del titular y este ofrezca las plazas restantes a través de una plataforma online de transporte colaborativo (supuesto en principio típico de recurso a estas plataformas, fuera de las perversiones que el sistema posibilita de utilización profesional de las mismas), ¿desvirtúa esta participación la calificación de dicha actividad como transporte privado particular?

¹⁵⁶ Tales son los requisitos que cumulativamente impone el art. 101 LOTT.

A juzgar por el tenor literal del art. 101 LOTT considero que no se produce esta desvirtuación. El criterio determinante de la calificación de un transporte como transporte privado particular es un criterio finalista, que entra a valorar las necesidades que trata de solucionar dicho transporte. Una vez que la función a que se orienta sea acorde a lo exigido por la normativa especializada, no creo que esta pueda verse alterada por el hecho de que ciertas personas se sumen al trayecto, con las precisiones que en base a la vertiente económica del transporte hay que realizar.

A este respecto, la cuestión remuneratoria puede plantear igualmente algunos interrogantes en relación a la consideración del transporte colaborativo como una forma de transporte privado particular. Y es que la normativa aplicable a este último establece que el transporte particular en ningún caso puede dar lugar a remuneraciones dinerarias directas o indirectas¹⁵⁷. Una única excepción se establece al respecto, asociada al supuesto de «*percepción de dietas o gastos de desplazamiento para su titular*». Parece que con esta alusión vendría autorizado el pago de una cantidad por el usuario de transporte colaborativo en concepto de traslado.

El problema, como veremos es fundamentalmente probatorio, ya que ¿existe alguna forma de controlar que en estos desplazamientos no se produce una ganancia económica por parte del prestador del transporte, limitándose el importe pagado por los usuarios a compartir los gastos de combustible y, en el mejor de los casos, los gastos de amortización del vehículo? La cuestión, como veremos posteriormente, es de difícil respuesta, no resultando suficientes, ya se anticipa, los mecanismos que las plataformas articulan para tratar de luchar contra la utilización lucrativa de este nuevo sistema de desplazamiento de personas.

Resulta procedente, en definitiva, que el transporte colaborativo sea objeto de un tratamiento legislativo propio, que tenga en cuenta las peculiaridades inherentes a esta modalidad de transporte, que no resultan fácilmente reconducibles a ninguna de las categorías que la LOTT contempla de transporte privado (transporte privado particular y transporte privado complementario). Teniendo en cuenta el escaso avance sistemático que presenta su planteamiento como modalidad de transporte *sui generis*, considero oportuno su tratamiento como una categoría independiente, que se insertaría dentro del denominado transporte privado.

¹⁵⁷ Art. 101.1 a) *in fine* LOTT.

— **Transporte oneroso:**

El transporte colaborativo, concebido en sentido propio, excluye el ánimo de lucro de la actividad de transporte. Lamentablemente, la exclusión del ánimo de lucro y de la posibilidad de hacer un uso profesional de las plataformas que intermedian en este ámbito no se acompaña de facultad alguna de seguimiento o control que permita hacer realidad estos objetivos contemplados en las condiciones generales de dichas plataformas.

No obstante, esta exclusión del ánimo de lucro no tiende a clarificar la situación, sino todo lo contrario. Difícilmente podremos considerar que se trata de un transporte gratuito, desde el momento en el que el individuo que desee beneficiarse del trayecto ofrecido habrá de abonar una contraprestación perfectamente predeterminada *ex ante*. Todavía, tampoco podremos considerar que se trata de un transporte oneroso, puesto que la contraprestación apenas mencionada no irá más allá (nuevamente, en el caso de considerar que se realiza un uso legítimo del sistema) de los gastos de combustible que requiera el trayecto o, todo lo más, de los gastos de amortización del vehículo que procedan.

La cuestión se reconduce, en suma, a decidir si podemos hablar de un precio al uso cuando nos movemos en el ámbito del transporte colaborativo. Así, por ejemplo, resulta frecuente, por lo que respecta al transporte benévolos, que la persona transportada pueda tener un detalle hacia el conductor por el favor recibido, sin ir más lejos en el caso de que decidan realizar una parada en una estación de servicio durante el trayecto. A pesar de que este detalle pueda valorarse en términos económicos, en ningún momento constituirá una contraprestación, ni convertirá el transporte benévolos en transporte oneroso. Por el contrario, la suma asociada a la plaza que ocupa el transportado en un transporte de carácter colaborativo sí que constituye un precio en sentido estricto y por consiguiente una contraprestación, puesto que está detrás de la decisión del conductor de compartir su vehículo, determinando, como veremos a continuación, un auténtico ánimo de contratar.

Téngase presente, en este sentido, la concepción que del ánimo de lucro se tiene en ciertos ámbitos como el societario. El ánimo de lucro no necesariamente irá encaminado a que se produzca una ganancia económica en sentido estricto, siendo suficiente con que se dirija a reducir las pérdidas o, en este caso, los gastos. Yo me puedo lucrar, en consecuencia, con el aumento de lo ganado o bien con la disminución de lo perdido.

Debemos distinguir en primer lugar el transporte colaborativo del denominado transporte gratuito. El transporte gratuito es aquel que se realiza sin existir una contraprestación en forma de precio. Todavía, a

pesar de que en el transporte gratuito no encontramos una contraprestación económica, hay que apuntar que siempre existirá un interés de carácter económico más o menos mediato¹⁵⁸.

El transporte gratuito obedece a intereses derivados de otras relaciones preexistentes o por existir entre las partes, en las que el transporte constituye habitualmente un complemento, un servicio adicional. A pesar de que la gratuitud del servicio pueda llevar a equívocos, el hecho de que este transporte constituya una manifestación de una relación principal de carácter contractual, provoca que, a juicio de la doctrina mayoritaria, el transporte gratuito constituya igualmente un contrato.

Así, en el caso de los aeropuertos sin ir más lejos, el transporte que se efectúa desde el alojamiento en el que nos encontramos en las inmediaciones del mismo hasta el propio aeropuerto tendrá la consideración de transporte gratuito, viniendo asociado al contrato suscrito en la relación de hospedaje. Posteriormente, en el caso de que debamos tomar un autobús para la aproximación al avión desde la terminal, este desplazamiento constituirá igualmente un transporte gratuito, vinculado en esta ocasión con el contrato de transporte aéreo suscrito con la compañía.

La doctrina defiende la naturaleza contractual del transporte gratuito de personas, naturaleza contractual que viene justificada por extensión, por venir dicho transporte gratuito justificado por la existencia de un contrato ya concluido o incluso por concluir¹⁵⁹. La calificación de un transporte como gratuito, hay que precisar, no puede en ningún caso derivar del impago del servicio, esto es, no constituye un transporte gratuito aquel que se produce sin abonar el coste del billete establecido por la compañía responsable¹⁶⁰.

También resulta lógico pensar en la posibilidad de que el transporte colaborativo constituya una expresión del llamado transporte benévol o de cortesía, que es aquel que se realiza de forma desinteresada, sin recibir ninguna contraprestación derivada del transporte, por motivos de amistad o de mera cortesía. Esta modalidad de transporte adquirió una notable relevancia con la práctica conocida como *autostop*. A través de este sistema, la persona que buscaba el transporte se colocaba en una

¹⁵⁸ IACUANIELLO BRUGGI, M./ FILIPPO PAOLUCCI, L., *Il contratto di trasporto. Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, UTET, Torino, 1979, pág. 73.

¹⁵⁹ ROVELLI, R., *Il trasporto di persone*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970, pág. 55.

¹⁶⁰ MONGE GIL, A. L., «La regulación de los transportes por cable», *Revista Jurídica de Navarra*, nº 13, 1992, pág. 117.

zona adyacente a la carretera con la intención de que otra que fuera a efectuar el mismo trayecto o cualquier otro que le resultara beneficioso le recogiera, dejándole posteriormente en un punto determinado acordado por las partes.

La práctica, que llegó a generalizarse en ciertas épocas y en relación a determinadas áreas de la geografía española, ha sufrido una importante decadencia en los últimos años, debido probablemente a un efecto combinado de diferentes elementos desfavorables. En primer lugar, estas prácticas fueron objeto de un tratamiento cada vez más crítico por parte de las autoridades de tráfico, especialmente por lo que respecta a las autopistas y autovías¹⁶¹. Del mismo modo, el transporte benévolos, *amichevole* para nuestros colegas italianos, planteaba cuestiones delicadas en materia de responsabilidad, orientadas fundamentalmente a dilucidar a través de qué vía cabría exigir responsabilidad al conductor en el caso de que se produjera cualquier incidencia en el trayecto.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que se ocupó de esta cuestión se inclinaron por una responsabilidad extracontractual ex art. 1902 del Código Civil¹⁶². No encontrándose ante un vínculo al que pudiera atribuirse carácter contractual, la culpa aquiliana constituía la única vía a disposición del transportado para exigir responsabilidad por daños, en el caso de que concurrieran sus requisitos.

Difícilmente podemos considerar al transporte colaborativo como una manifestación del transporte benévolos, por varias razones. En primer lugar porque no se aprecia en el transporte colaborativo una motivación desinteresada análoga a la del transporte benévolos. A pesar de que quepa encontrar una cierta cortesía en las relaciones colaborativas, esta va a adquirir un rol secundario estando, en caso de darse, a la sombra del

¹⁶¹ El Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, dedica su art. 125 a tratar de poner freno al fenómeno del autostop, al disponer que «*Queda prohibida la circulación de peatones por autopistas y autovías, salvo en los casos y condiciones que se determinan en los apartados siguientes. Los conductores de vehículos que circulen por autopistas o autovías deberán hacer caso omiso a las peticiones de pasaje que reciban en cualquier tramo de ellas, incluidas las explanadas de estaciones de peaje*

¹⁶² Como señala RUSCICA, S., «*Profili giuridici del trasporto gratuito e del trasporto di cortesia*», *Rivista Giuridica della Circolazione e dei trasporti*, nº 6, noviembre-diciembre 2008, nos encontramos ante una relación de hecho, que no resulta por tanto apta para hacer surgir un vínculo contractual.

fundamento principal, que es reducir la onerosidad del trayecto a través de la compartición de gastos.

Esta compartición de gastos nos aproxima al segundo motivo de divergencia entre el transporte colaborativo y el transporte benévolos, la existencia de una contraprestación económica. Cabe plantearse si el abono de una cantidad exclusivamente orientada a satisfacer el coste efectivo del trayecto constituye un precio al uso. Igualmente, es extremadamente compleja la determinación de dónde empieza el lucro del conductor en este tipo de transportes. Así, por ejemplo, ¿únicamente ha de cubrir el importe desembolsado los gastos de gasolina o los mismos pueden extenderse a los de amortización del vehículo? ¿Para qué se produzca el lucro del conductor debe producirse una ganancia económica real de este o constituye ya un lucro el hecho de que el conductor realice el trayecto sin soportar los gastos del mismo?

Existen un buen número de cuestiones que debemos plantearnos en relación al transporte colaborativo y que no tienen fácil respuesta. Sea como fuere, he de concluir que en mi opinión el pago de esta contraprestación económica (tenga o no la naturaleza de un precio en sentido estricto en el caso de que no exista ánimo de lucro) priva al transporte colaborativo de la condición de transporte benévolos, a pesar de que la doctrina no es uniforme en este punto¹⁶³.

— Transporte efectuado en base a un acuerdo contractual:

Analizadas las cuestiones relativas a su carácter público y privado y aquellas otras asociadas a la onerosidad de la figura, procede centrarse ahora en las cuestiones de carácter formal. De la lectura de las condiciones generales de las principales plataformas de transporte colaborativo pudiera parecer a primera vista que no existe un verdadero contrato que vincule a las partes, aludiéndose, en el caso de Blablacar, a que la confirmación de la reserva conlleva que «*conductor y pasajero queden irrevocablemente vinculados*»¹⁶⁴, sin precisar no obstante qué carácter pueda revestir esta vinculación.

Los términos y condiciones apenas mencionados hablan de esta vinculación en los términos de un «acuerdo entre usuarios», que habrá de celebrarse entre usuarios mayores de edad, que actúan en este sentido bajo

¹⁶³ Sostienen este argumento, entre otros, MAPELLI, E., *Régimen jurídico del transporte*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 46.

¹⁶⁴ Dicha afirmación se encontraba en el antiguo epígrafe IV de los términos y condiciones particulares del servicio de «reserva on-line» disponible a través del sitio web, relativo a la mecánica del servicio.

su plena y sola responsabilidad. Esta vinculación en apariencia informal entre las partes se completa con un descargo absoluto de responsabilidad por parte del servicio web en relación a su labor de intermediación, que considero interesante reproducir dada su notable vehemencia¹⁶⁵.

Analicemos las circunstancias que concurren en un trayecto compartido, a los efectos de determinar si podemos calificar la relación de contractual o no. En primer lugar, nos encontramos ante una oferta, formalizada cuando el usuario cuelga su propuesta de trayecto en la plataforma, y nos encontramos igualmente con una aceptación, que tendrá lugar cuando el usuario confirma su reserva de plaza y procede al pago. Se cumplen así los requisitos que el art. 1261 CC establece para la existencia de un contrato, puesto que el objeto y la causa están fuera de toda duda.

Pero lo verdaderamente determinante, el hecho que va a diferenciar al transporte colaborativo del transporte benévolos, caracterizado por la finalidad estrictamente altruista que lo motiva, es la existencia de una innegable onerosidad, que prima sobre todas aquellas consideraciones de índole consumista o ecologista. En el transporte colaborativo nos encontramos con una contraprestación dineraria de obligada satisfacción.

¹⁶⁵ Así el Apartado 12 de las Condiciones Generales de Uso del sitio web BLABLA-CAR, relativo a la Función de Blablacar, dispone que:

«(...)

Al utilizar la Plataforma y aceptar las presentes CGU, reconoces que BlaBlaCar no es parte de ningún acuerdo formalizado entre tú y los demás Usuarios con el objetivo de compartir los costes relacionados con un Trayecto.

BlaBlaCar no tiene ningún tipo de control sobre el comportamiento de sus Usuarios y los usuarios de la Plataforma. No posee, explota, suministra ni administra los vehículos incluidos en los Anuncios, y no ofrece Trayectos en la Plataforma.

Reconoces y aceptas que BlaBlaCar no controla la validez, veracidad o legalidad de los Anuncios, Plazas y Trayectos ofrecidos. En su capacidad de intermediario, BlaBlaCar no ofrece servicio de transporte ni actúa en calidad de transportista, la función de BlaBlaCar se limita a facilitar el acceso a la Plataforma.

Los Usuarios (Conductores o Pasajeros) actúan bajo su única y total responsabilidad.

En su capacidad de intermediario, BlaBlaCar no será considerado responsable de ningún incidente que tenga lugar durante un Trayecto, en especial en lo relacionado con:

- (i) información errónea comunicada por el Conductor en su Anuncio, o por cualquier otro medio, con respecto al Trayecto y sus condiciones;*
- (ii) la cancelación o modificación de un Trayecto por parte de un Usuario;*
- (iii) el impago de los Costes compartidos por parte de un Pasajero en el caso de un Trayecto sin reserva;*
- (iv) el comportamiento de sus Usuarios durante, antes o después del Trayecto».*

Condiciones Generales de Uso disponibles en URL: <https://www.blablacar.es/about-us/terms-and-conditions>.

Es esta onerosidad la que en mi opinión otorga al transporte colaborativo su dimensión contractual. Es cierto que, de seguir las reglas del juego, este importe no irá más allá de lo necesario para cubrir los gastos del desplazamiento, pero es que este importe tendrá la virtualidad de reordenar la propia causa del transporte, de provocar que todas las partes en juego tengan unos intereses a satisfacer creando una prestación y una contraprestación, y haciendo surgir en ellas un *animus contrahendi*, que no existía en los transportes caracterizados por la liberalidad¹⁶⁶.

Por lo tanto, la ausencia de ánimo de lucro, en mi opinión, no es apta para negar el carácter contractual al transporte colaborativo. Piénsese si no en el transporte gratuito, que pasamos a analizar, en el que directamente no existe una contraprestación pecuniaria inmediata al transporte efectuado, a pesar de lo cual la doctrina mayoritaria defiende su naturaleza contractual por la existencia de un interés económico «periférico», más o menos mediato, que justifica la gratuitud del servicio. Este interés económico, no podemos negarlo, existe igualmente en el transporte colaborativo de viajeros.

De hecho, en puridad, no nos encontramos ni siquiera ante un contrato, sino ante una pluralidad de contratos. Y es que, al contrato de transporte que vincula al conductor con los pasajeros debemos añadir, igualmente, el contrato que vincula a cada una de las partes implicadas con la propia plataforma de transporte colaborativo, acuerdo que se ha concebido como un contrato de prestación de servicios o, más acertadamente, como un «contrato de intermediación»¹⁶⁷.

El optar por concebir en clave contractual el transporte colaborativo va a tener sus consecuencias de mayor calado, como puede intuirse, en sede indemnizatoria. Y es que, si nos encontramos ante un genuino con-

¹⁶⁶ Nótese que aquí ya no nos encontramos ante el supuesto de que la persona transportada, por ejemplo un individuo que realiza autostop, agradezca el traslado al conductor invitándole a beber un café o a comer en una estación de servicio. Estos actos, de llevarse a cabo, obedecen únicamente a una cierta cortesía socialmente aceptada, que en ningún momento desvirtúan la gratuitud del transporte, no influyendo en la decisión adoptada por el conductor de transportar al individuo en cuestión. En el caso del transporte colaborativo la cuestión es sin duda diferente, ya que el pago de una cantidad constituye una formalidad previa a la reserva de una plaza, sin la cual no existirá acuerdo de voluntades. Es el abono de esta cantidad, la expectativa del conductor de ver disminuido el monto de su trayecto, lo que le impulsa a poner a disposición de un extraño su vehículo para llevar a cabo el viaje fijado, constituyendo así el fundamento de ese *animus contrahendi* del que hace apenas un momento hablábamos.

¹⁶⁷ ESTANCONA PÉREZ, A. A., «Carpooling: C2C en el transporte de personas», *op. cit.*, pág. 168 y ss.

trato quedará abierta la vía de la indemnización contractual ex art. 1101 del Código Civil, procediendo en cambio para los supuestos de transporte benévolos la indemnización extracontractual del art. 1902 CC.

— Transporte atípico:

El transporte colaborativo es actualmente un fenómeno atípico. Los intentos por englobarlo en distintas modalidades de transporte conocidas por nuestro legislador, particularmente en la actividad de transporte privado particular, resultan sumamente forzados como hemos analizado. Del mismo modo, son evidentes las diferencias que mantiene con los sistemas que operan en base a licencias VTC.

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres se ocupa de esta figura en el art. 99, que se inserta en la sección relativa a «Disposiciones específicas sobre el transporte discrecional de viajeros». Las principales diferencias que encontramos en los sistemas de transporte VTC respecto a los de transporte colaborativo son fundamentalmente dos: Que los conductores que operan en base a un sistema VTC han de contar con la preceptiva autorización y que, en principio, dicho transporte ha de ser contratado por toda la capacidad del vehículo utilizado¹⁶⁸.

Las licencias de Vehículos de Transporte con Conductor se conceden por las Comunidades Autónomas, que hasta hace bien poco fijaban su número por referencia al número de licencias de taxi que operaban en la Comunidad, como consecuencia de lo dispuesto en los arts. 49 y 50 LOTT. Con el nuevo régimen derivado de la Ley Ómnibus, lo dispuesto en estos preceptos sufría una alteración notable, hecho que fue aprovechado por algunos operadores para exigir la concesión de licencias VTC que le habían sido negadas en su momento¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Arts. 99.1 y 99.3 LOTT.

¹⁶⁹ El antiguo art. 49 LOTT, a pesar de que declaraba que el sistema de libre competencia constituye la regla que ha de regir la oferta de transporte, contemplaba que la Administración pudiera restringir la misma en determinados supuestos, asociados a la existencia de desajustes entre la oferta y la demanda o a la optimización de recursos, entre otros. Dichas medidas restrictivas podían revestir diferentes modalidades que el art. 50 LOTT (también derogado) se encargaba de precisar y que hacían referencia bien al condicionamiento de los títulos de autorización, bien a la fijación de cupos o contingentes máximos de dichos títulos o incluso a la limitación temporal de los mismos. Por lo que respecta a los Vehículos de Transporte con Conductor, el art. 14.1 de la Orden FOM 36/08, que desarrolla la Sección Segunda del Capítulo IV del Título V del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, permitía denegar la autorización para realizar la actividad «*si existe una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio y los potenciales usuarios del servicio. En todo caso, se entenderá que es manifiesta la refe-*

Cabe apreciar a pesar de las diferencias apuntadas cómo el sector de los Vehículos de Transporte con Conductor se está modernizando igualmente a través de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y, señaladamente, las aplicaciones móviles. Plataformas como Cabify, que ofrecen servicios de transporte a través de una red articulada en torno a conductores que disponen de licencia VTC, están experimentando un desarrollo imparable en los últimos tiempos, contribuyendo a asfixiar a un sector, el del taxi, que ya cuenta con demasiados frentes abiertos.

A raíz de su prohibición, la propia Uber demostró pronto su interés en contar con conductores con licencia VTC, que terminaría con los problemas legales a los que ha debido hacer frente, como de hecho así ha sucedido en los últimos tiempos, en los que la reconversión del gigante americano ha sido constante.

Finalmente, hemos de concluir que los pronunciamientos que hasta el momento hemos conocido por parte de la Administración no son aptos en ningún caso para constituir un régimen jurídico, ni tan siquiera mínimo, en relación al transporte colaborativo. Cuestión diferente es si el transporte colaborativo debe o no debe ser regulado. Es esta una cuestión sin duda más compleja, a la cual ya nos hemos referido anteriormente y que ha de partir en mi opinión de instancias europeas para tener un cierto éxito y coherencia.

B. Claves para comprender la litigiosidad asociada al transporte colaborativo

Una vez hemos realizado la caracterización del transporte colaborativo, procede ocuparse a continuación de las dos cuestiones que más problemas plantean en la práctica cuando uno aborda el fenómeno con detenimiento.

En primer lugar, es evidente que la enorme polvareda que ha levantado el transporte colaborativo, sea en nuestro país o en aquellos de nuestro entorno, tiene que ver con el impacto que esta actividad produce en los sectores que desarrollan actividades de transporte que entran en competencia directa con la misma, señaladamente los sectores del taxi y el auto-

rida desproporción y que, en consecuencia, procede denegar la autorización, cuando la relación entre el número de autorizaciones de esta clase domiciliadas en la Comunidad Autónoma de que se trate y el de autorizaciones de transporte discrecional interurbano de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en la misma sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas».

bús, aunque, en menor medida, otros medios como el ferrocarril puedan resultar igualmente afectados.

En esta situación, se dice, el transporte colaborativo supondría una competencia que se reputa desleal, fundamentalmente por el hecho de no disponer los sujetos que prestan este transporte de las autorizaciones administrativas que sí se exigen para los operadores tradicionales de servicios de transporte, autorizaciones que en ocasiones presentan un contenido patrimonial muy oneroso para el prestador, como pueda suceder en el sector del taxi.

Conectando con lo anterior, se plantea la necesidad a nuestro juicio de proceder a regular el transporte colaborativo. Cómo regularlo será lógicamente otra cuestión, debiendo tener en cuenta a este respecto lo que suceda a nivel judicial, habiendo sido objeto el transporte colaborativo de numerosas demandas interpuestas fundamentalmente por las asociaciones que agrupan a los sectores afectados. Como hemos mencionado anteriormente, a nuestro juicio el legislador debería dar cuenta de las especificidades del transporte colaborativo incluyendo una regulación aplicable al fenómeno en la LOTT, habida cuenta de que la aplicación al mismo del régimen del transporte privado particular resulta sumamente forzada.

Esta regulación, como veremos, podrá tener un carácter más o menos restrictivo, pero aun en el caso de que el legislador, a la vista de lo que dispongan nuestros Tribunales y las Autoridades encargadas de velar por la competencia, opte por dar vía libre al transporte colaborativo, existen una serie de cuestiones que necesariamente habrán de ser objeto de previsión legislativa. Piénsese, sin ir más lejos, en la cuestión de la tributación de esta modalidad de transporte, que a día de hoy ya tiene una influencia notable en el sector, influencia que, a la luz de los acontecimientos, no hará sino crecer en el corto y medio plazo.

De realizar una primera aproximación al fenómeno del transporte colaborativo, sea a través de los medios de comunicación, sea a nivel jurisprudencial, se concluye que la cuestión clave no puede ser otra que la hipotética deslealtad que desde diversas instancias se ha atribuido a esta modalidad de transporte en los últimos años.

El carácter desleal se derivaría, afirman los sectores afectados y como veremos igualmente ciertas ramas de la Administración, de la falta de legitimación de los conductores para realizar la actividad de transporte, actividad que a juicio de los detractores del transporte colaborativo se presenta como una actividad de transporte por cuenta ajena. Por lo tanto, en un primer momento deberemos pronunciarnos necesariamente sobre la licitud o ilicitud de la actividad, analizando la problemática relativa a

la autorización administrativa necesaria para llevar a cabo actividades de transporte mediando retribución.

No obstante, pronto veremos que la cuestión de esta hipotética exigencia de una autorización administrativa para poder realizar la actividad de transporte no resulta de fácil respuesta. Antes al contrario, con carácter previo a la autorización irán surgiendo un buen número de interrogantes sobre los que deberemos pronunciarnos, puesto que inciden de modo directo en la configuración de la autorización.

Así, a título de ejemplo, ¿podemos hablar en el ámbito del transporte colaborativo de una genuina retribución económica al conductor o la mera compartición de gastos no presenta los caracteres necesarios para hablar de un precio al uso? ¿Quién debería ser el destinatario de la autorización, la plataforma que realiza la actividad de intermediación o los conductores que, singularmente considerados, desarrollan la actividad de transporte?

1. La cuestión de la exigencia de autorización administrativa. Aproximación a los Reales Decretos-ley 3/2018 y 13/2018 por los que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor

El transporte colaborativo presenta un sinfín de cuestiones que resultan de interés para quien se aproxima con cierto detenimiento a su análisis. Todavía, se ha puesto el acento desde un inicio en el presunto carácter desleal de la actividad, lo que lleva, de acuerdo a la normativa en materia de competencia desleal en nuestro país, a preguntarnos por el origen de la deslealtad, lo que a su vez implica pronunciarnos sobre la hipotética vulneración de normas jurídicas, que en este caso concreto se asociarían a la normativa en materia de autorización administrativa que rige para quien desarrolle una actividad de transporte por cuenta ajena.

El art. 42 de la LOTT supedita la realización de una actividad de transporte público de viajeros a la posesión de una autorización habilitante, venga esta expedida por el órgano competente de la Administración General del Estado o, en su caso, por el de la Comunidad Autónoma en que se domicilie dicha autorización, en caso de delegación de competencias. Es dicha autorización la que confiere la posibilidad de contratar y facturar servicios a los prestadores del transporte. Dicha autorización puede ser, de acuerdo con el art. 22 LOTT, legal o reglamentariamente exenta en relación a ciertas modalidades de transporte, entre las que no se encuentra a día de hoy el transporte colaborativo.

No obstante, hay que señalar que ningún tipo de autorización administrativa se requerirá de considerar que el transporte colaborativo es una modalidad de transporte privado particular, regulado en los artículos 100 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres. En este supuesto, «*la actuación ordenadora de la Administración únicamente les será aplicable en relación con las normas que regulen la utilización de infraestructuras abiertas y las aplicables por razón de la seguridad en su realización*¹⁷⁰».

De no constituir por tanto una infracción de la normativa en materia de autorizaciones administrativas, el transporte colaborativo difícilmente podrá reputarse competencia desleal por violación de normas, en el sentido del art. 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. No obstante, la asimilación del transporte colaborativo al transporte privado particular resulta sumamente discutida, como hemos visto anteriormente.

Como prueba de esta afirmación, hay que señalar que el Ministerio de Fomento hizo público un comunicado en su web, con fecha de 9 de junio de 2014¹⁷¹, en el que recordaba la exigencia, derivada de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de que aquellos que realicen transportes de viajeros por cuenta ajena en turismos y mediando retribución económica cuenten con una autorización de la Administración en tal sentido.

Partiendo de esta premisa, Fomento dispone que «*Ante la aparición de anuncios en los medios y redes de comunicación mediante los que diversas empresas hacen pública su intención de poner en marcha plataformas de contratación de servicios de transporte de viajeros en vehículos de turismo particulares, el Ministerio recuerda que es necesaria dicha autorización y que los Servicios de Inspección del Transporte Terrestre velarán por el cumplimiento de la legislación vigente en la materia*». Dicha advertencia se completó con una referencia a las diversas infracciones y sanciones que la LOTT establece en caso de contravención.

En opinión del Ministerio de Fomento, postura que fue posteriormente retenida por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014, el transporte colaborativo no cabría asimilarlo al transporte privado particular ni al transporte de cortesía, constituyendo un genuino transporte público. Por ello, en el mes de octubre del año 2014

¹⁷⁰ Art. 101.2 LOTT.

¹⁷¹ Dicho comunicado puede consultarse en la siguiente dirección web: http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/GABINETE_COMUNICACION/NOTICIAS/2014/JUNIO/140609-03.htm.

la secretaria general de transporte, en su comparecencia ante la Comisión de Fomento del Congreso, anunció que el Ministerio de Fomento pondría en marcha un plan de inspecciones que tuviera en especial consideración a las denominadas plataformas de transporte colaborativo.

Así, en el Plan de Inspección de Transporte por Carretera 2015 se constató en relación al transporte de viajeros que *«en estos últimos meses se ha venido detectando la existencia de nuevas áreas de negocio para el consumo colaborativo en materia de movilidad, que pueden ocultar diversas formas de fraude por lo que resulta necesario el establecimiento de criterios prioritarios para incidir en esa serie de plataformas tecnológicas que se ofrecen, donde existe un ánimo de lucro y, por tanto, encubren una actividad empresarial, que deben ser considerados como servicios profesionales de transporte de viajeros en vehículos de turismo*¹⁷²*».*

Habida cuenta de que el transporte colaborativo entra en competencia directa con diversas modalidades de transporte público que requieren de una autorización administrativa y de la correlativa superación de unos determinados requisitos para realizar la actividad, el Plan se orientó a tratar de erradicar este transporte colaborativo, que afirma se fundamenta en una reducción de costes ilícita o fraudulenta.

Para llevar a cabo este objetivo, el Ministerio de Fomento implementó un Plan Específico del Control de las Plataformas Digitales de Contratación de Servicios de Transporte de Viajeros en Vehículo de Turismo Particulares. Consciente de las dificultades que el control de estas actividades supone, el Plan solicitaba una actuación coordinada de las Comunidades Autónomas, las Administraciones Locales y los órganos competentes para la vigilancia del transporte terrestre, demandando incluso la colaboración del Comité Nacional de Transporte por Carretera.

La inspección prevista para las actividades de transporte colaborativo exige tener presentes las circunstancias del caso concreto. En principio el Ministerio de Fomento respeta lo que podríamos denominar «trayectos de transporte colaborativo propios», esto es, aquellos que se efectúan de modo esporádico, y en los que la contraprestación pecuniaria abonada por los usuarios se limita exclusivamente a la compartición de los gastos del trayecto. No se tolerarán, por el contrario, los usos impropios de estas plataformas, las perversiones a que el sistema da lugar, puesto que en este caso nos encontraríamos ante un transporte público discrecional de viajeros en vehículos de turismo¹⁷³.

¹⁷² Plan de Inspección de Transporte por Carretera 2015, pág. 5.

¹⁷³ Plan de Inspección de Transporte por Carretera 2015, pág. 25.

Para tratar de dotar a la actividad inspectora de unas líneas directrices en base a las cuales organizar su actuación, en la reunión del Grupo de Trabajo de Apoyo Técnico a la Comisión de Directores Generales de Transportes en materia de inspección, celebrada el 17 de junio de 2014, se elaboró una suerte de procedimiento a seguir en las inspecciones que se efectúan a vehículos que presuntamente realicen un transporte de carácter colaborativo, que reproducimos dado su interés¹⁷⁴.

Estas inspecciones se fundamentan en una importante utilización de la información disponible en las propias plataformas, pudiendo proceder, en caso de considerarse oportuno, a contratar aquellos servicios que se consideren sospechosos, «infiltrándose» los inspectores a los efectos de determinar si el desplazamiento propuesto constituye una utilización propia o impropia del sistema.

¹⁷⁴ El procedimiento a seguir era el siguiente:

– *Es necesario obtener la mayor información posible utilizando para su consecución diferentes canales de colaboración fundamentalmente internet a fin de determinar el tipo de servicio que ofrecen.*

– *En el caso que se considere, se contratarán servicios que oferten aquellos conductores que más se reiteren, con el fin de comprobar si es un transporte que comparten gastos o realizan una actividad económica.*

– *Si tienen oficinas establecidas en las localidades, se realizará una inspección a ellas. (Si la inspección se realiza por una Comunidad Autónoma y las oficinas se encuentran ubicadas en otra, se solicitará su colaboración a fin de realizar la inspección de manera coordinada).*

– *Se les requerirá para que aporten toda la documentación de la empresa.*

– *Examinada la misma, si se tiene pruebas de que realizan una actividad económica y no simplemente que oferten servicios para compartir gastos, se procederá a levantar acta por carecer de autorización de transporte al titular del vehículo (art. 140.1 LOTT) y a la Plataforma por facturar un servicio no autorizado (art. 140.2 de la LOTT) y/o por ofertar servicio no autorizado (art. 141.7 de la LOTT).*

– *En el caso que se tenga algún indicio de posibles irregularidades cuya competencia fuera de otro organismos, se procederá a comunicar los mismos a los efectos oportunos (Agencia Tributaria, Inspección de Trabajo, Consumo, Turismo....). Se pondrán en conocimiento de ambos organismos la incoación de los expedientes sancionadores que se levante a los particulares que realicen esos servicios.*

– *Se solicitará la colaboración de los Agentes de la Policía Local o de la Guardia Civil de Tráfico, en su caso, cuando se detecten lugares donde mayor afluencia del uso de este tipo de transporte se realice, al objeto de proceder a la inspección de los mismos.*

– *En el caso de que la inspección se realice por una Comunidad Autónoma y a lo largo del análisis de la documentación se detecte la operatividad del servicio en localidades ubicadas en otra, se facilitarán la información correspondiente a dicha Comunidad Autónoma a fin de que se lleve a cabo una inspección efectiva y coordinada.*

En los últimos tiempos, la fuerte litigiosidad y la crispación social a que ha dado lugar el transporte colaborativo, que analizaremos en apenas unas páginas cuando abordemos la trayectoria de Uber y Blablacar, no ha limitado sus efectos a una serie de acciones reivindicativas por parte de los colectivos tradicionales que se ven afectados por la aparición de estos nuevos modelos de negocio.

Antes al contrario, la tensión entre los sistemas tradicionales fuertemente regulados y los modelos colaborativos ha tenido respuestas políticas, que se han materializado a lo largo de este año 2018 en dos textos, el Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor y el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

Ambas normas parten de unos presupuestos en buena medida coincidentes. El incremento de las autorizaciones de arrendamientos de vehículos con conductor, que el legislador califica de exponencial, está comenzando a afectar a otras modalidades de transporte, especialmente el taxi, que tradicionalmente ha sido considerado un servicio de interés público y ha venido estando fuertemente regulado en nuestro ordenamiento.

Ante esta situación, el Real Decreto-ley 3/2018 desarrolla una serie de medidas *«que garanticen de forma inmediata y hacia futuro la adecuada coordinación entre las normas de aplicación a dos modalidades de transporte que, inevitablemente interactúan en un mismo segmento del mercado, de forma que se evite cualquier repercusión sobre los usuarios de los servicios y el orden público*¹⁷⁵*».*

Este primer Real Decreto-ley planteaba un objetivo absolutamente prioritario: blindar el ratio 1/30 de autorizaciones de arrendamientos de vehículos con conductor respecto a las autorizaciones del taxi que habría de observarse en el territorio de las diversas Comunidades Autónomas. Ahora bien, este criterio no operaba de modo tan taxativo en relación con aquellas Comunidades Autónomas con competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, que como señala el artículo único *«podrán modificar la regla de proporcionalidad*

¹⁷⁵ Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

señalada en el párrafo anterior, siempre que la que apliquen sea menos restrictiva que esa».

Esta previsión recibió valoraciones encontradas, siendo percibida en ocasiones como una victoria por el sector del taxi pero recibiendo igualmente críticas por parte de sectores afines a este por considerar que lo que realmente hacía era legitimar en todo caso aquellas licencias VTC que, concedidas a lo largo de los últimos años, no superaran el ratio apuntado.

El Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia nº 921/2018, de 4 de junio de 2018. El Tribunal considera que la previsión de una proporción entre el número de licencias de ambos modelos es una medida idónea y proporcionada para cumplir el objetivo de preservar un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano, teniendo en cuenta, por otro lado, que no resulta fácil arbitrar medidas alternativas que resulten menos restrictivas.

Cuestión diferente es, a juicio del Tribunal Supremo, determinar si la proporción 1/30 adoptada es la más adecuada, teniendo en cuenta que su establecimiento obedece exclusivamente a razones históricas. En este sentido, el Tribunal se muestra consciente de que merced a las concesiones de licencias VTC concedidas en los últimos años, el ratio real en las ciudades más grandes puede estar más cerca del 1/10 que del 1/30. A pesar de todo, la falta de una posible alternativa ofrecida por los recurrentes, unida al hecho de que el límite de 1/30 opera en cualquier caso como un ratio que puede ser rebajado por las autoridades competentes llevan al Magistrado Espín Templado, Ponente de la Sentencia, a concluir que no se accredita la disconformidad a derecho de dicha proporción¹⁷⁶.

Esta era la situación hasta el día 28 de septiembre de 2018, fecha del Real Decreto-ley 13/2018, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. Este texto parte del convencimiento o la constatación de la insuficiencia del Real Decreto-ley del mes de abril apenas analizado para atender los problemas que el elevado incremento de la oferta de transporte urbano en vehículos de turismo está ocasionando en los principales centros urbanos del país.

Este hecho, unido al riesgo de que el rápido crecimiento de estos transportes pueda provocar un deterioro en los servicios implica, a juicio del legislador, la necesidad de que las regulaciones aplicables al taxi y al arrendamiento de vehículos con conductor vayan aproximándose pro-

¹⁷⁶ Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 921/2018, de 4 de junio de 2018.

gresivamente. La extraordinaria y urgente necesidad que presupone el recurso a este instrumento normativo vendría justificada, teóricamente, por la concentración que encontramos de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor en ámbitos urbanos.

El legislador, consciente del impacto que una norma de estas características tendrá respecto a los titulares de este tipo de autorizaciones, concede un periodo de cuatro años a estos en los que podrán continuar prestando servicios en el ámbito urbano, garantizando de este modo una cierta protección a sus derechos y compensando, al menos parcialmente, los perjuicios que para ellos deriven de la aplicación de esta norma¹⁷⁷.

Pero, probablemente, la medida más destacada del texto y la que a mi juicio mayores críticas merece es la de atribuir a las Comunidades Autónomas la competencia para regular los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor cuando su recorrido no exceda de su propio territorio. Esta medida, que se explica por cuanto estarían mejor situadas tener en cuenta las concretas circunstancias del transporte y de la movilidad en su ámbito territorial, plantea muchas dudas en relación a la observancia de la necesaria unidad de mercado, al tiempo que contradice en buena medida los presupuestos del Real Decreto-ley de 20 de abril¹⁷⁸.

Dos son las previsiones fundamentales que se llevan a cabo en este sentido, ambas contenidas en la Disposición Adicional Primera del texto. En primer lugar, por lo que atiende a la delimitación de sus facultades, estas vendrán limitadas a aquellos servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su respectivo ámbito territorial. Cumplida esta premisa, se conciben en términos muy amplios, al poder venir referidas a condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo.

Junto a esta previsión encontramos otra de corte podríamos decir funcional. Y es que las modificaciones normativas aludidas tienen que estar orientadas a «*mejorar la gestión de la movilidad interior de viajeros o a garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los*

¹⁷⁷ Hay que tener en cuenta que la norma prevé que este plazo pueda ser en determinados casos justificados ampliado, de acuerdo con la fórmula prevista en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

¹⁷⁸ Establece precisamente la Exposición de Motivos de este texto que este se plantea «*con la finalidad de garantizar el adecuado equilibrio entre la oferta de estos servicios y la del taxi, en base a la aplicación de un régimen único en todo el territorio nacional*».

servicios, respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente».

Aún es pronto para valorar las consecuencias que pueda tener este régimen, pero las dudas que ofrece la existencia de una pluralidad de normas de corte diverso no son pocas. Baste observar lo que ha sucedido en los últimos tiempos con las viviendas de uso turístico, objeto de regulación por la práctica totalidad de las autonomías y con un régimen carente de una mínima uniformidad como veremos posteriormente.

Este hecho resulta todavía más acentuado si tenemos en cuenta que las previsiones de las Comunidades Autónomas tendrán que respetar, del mismo modo, las competencias que puedan corresponder a las entidades locales en orden al establecimiento o modificación efectiva de esas condiciones en relación con los servicios que discurren íntegramente dentro de su ámbito territorial, como precisa la Disposición Adicional *in fine*¹⁷⁹.

2. La posible existencia del ánimo de lucro y el ejercicio profesional de la actividad de transporte en los conductores

Ya hemos apuntado anteriormente que de la lectura de las condiciones generales de la plataforma BlaBlaCar se deriva la prohibición del ánimo de lucro en la utilización del sistema. Este hecho se confirma posteriormente, al señalar que, en cumplimiento del apartado sexto, relativo al objetivo no comercial y no empresarial de los servicios de la plataforma, «*BlaBlaCar se reserva el derecho a suspender tu Cuenta en caso de que utilices un vehículo de alquiler con conductor u otro vehículo comercial, taxi o vehículo de empresa con el objetivo de generar un beneficio a través de la Plataforma. (...) BlaBlaCar también se reserva el derecho a suspender tu Cuenta, limitar tu acceso a los Servicios o resolver los presentes CGU en caso de que tu actividad en la Plataforma, dada la naturaleza de los Trayectos ofrecidos, tu frecuencia, el número de Pasajeros transportados y la Cantidad de costes compartidos solicitada, te conlleve a una posición en la que generes beneficio, o por cualquier otro motivo que sugiera a BlaBlaCar que estás generando beneficio a través de la Plataforma».*

¹⁷⁹ Particular eco tuvo el reglamento del Área Metropolitana de Barcelona relativo al alquiler de vehículos con conductor, que exigía una autorización adicional de carácter municipal para poder desarrollar la actividad, y que fue suspendido con carácter cautelar por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a solicitud de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 19 de julio de 2018.

Hay que señalar no obstante que, a pesar de la contundencia con la que las condiciones generales de acceso y uso de la plataforma BlaBlaCar prohíben la utilización profesional de este servicio, no se pone ningún medio de control al efecto. Desde el momento en que el conductor es libre de fijar el número de plazas en función del vehículo y el precio de las mismas la prohibición del ánimo de lucro resulta ilusoria. Únicamente se lleva a cabo una cierta recomendación por lo que se refiere al precio del trayecto, recomendación que no obstante no sujeta en ningún caso al conductor, que es libre de aumentar o por el contrario de reducir el importe al que se oferta la plaza en cuestión.

A mayor abundamiento, si no existen mecanismos de control sobre el precio del concreto viaje propuesto y sobre el número de plazas que se ofertan en este, tampoco existe ningún tipo de seguimiento de la actividad del usuario en orden a evitar una utilización profesional del servicio. La cuestión se solventa con la declaración a la que acabamos de hacer mención, no articulándose todavía los medios necesarios para conseguir que este objetivo no sea papel mojado.

En la actual situación económica marcada por la alta tasa de paro en nuestro país, no resulta sorprendente que ciertas personas, en número en absoluto desdeñable, ejerzan actividades de transporte a través de su vehículo particular con la única finalidad de lucrarse con el margen de beneficio obtenido, no obedeciendo los desplazamientos a necesidades reales experimentadas por el conductor. En este caso, nos encontramos ante una utilización indebida del sistema, pero como hemos visto difícilmente punible sin configurar un sistema de seguimiento adecuado de los usuarios.

Resulta imperativo en consecuencia que se implemente un sistema de seguimiento de los conductores adheridos a las plataformas de transporte colaborativo. Piénsese que, a este respecto, las propias plataformas ofrecen una fuente de información ingente, pudiendo consultar el historial del número de trayectos realizados por cada uno de los conductores, el recorrido realizado y el número de plazas efectivamente ocupadas en cada uno de ellos.

Estas informaciones, unidas a la estimación que del consumo de carburante puede derivarse del modelo de vehículo asociado al perfil del conductor del vehículo, puede ayudar a la plataforma a identificar aquellos supuestos en los que abiertamente se esté llevando a cabo una actividad encubierta de transporte público de pasajeros, debiendo actuarse en consecuencia.

C. El transporte colaborativo en clave judicial

Habiendo experimentado las plataformas de transporte colaborativo un éxito arrollador desde su implantación en nuestro país, no resulta sorprendente que su actividad haya levantado recelos entre los operadores que tradicionalmente han desarrollado la actividad de transporte público de viajeros en nuestro territorio. En este orden de cosas, hemos asistido a un número importante de pleitos entre plataformas y afectados, que ha enfrentado por lo que a este trabajo respecta a BlaBlaCar con el sector del autobús y, de modo paradigmático, a Uber y a Cabify con el sector del taxi¹⁸⁰.

La situación en la actualidad está en cierto modo tranquila, pero continúa existiendo una cierta sensación de incertidumbre en relación a la adecuación de las diversas plataformas a la normativa de aplicación. Voy a tratar de sintetizar, a lo largo de las páginas siguientes, los acontecimientos a los que hemos asistido en los últimos tiempos, dando cuenta del estado de la cuestión en el que nos encontramos cuando se escriben estas líneas.

1. El caso Uber

Ha sido sin duda la plataforma Uber la que desde un inicio ha planteado las principales dudas en relación a la legitimidad de su actividad. Y es que, al contrario de lo que sucede en las plataformas asociadas al fenómeno del *carpooling* aquí el objetivo no es la compartición de vehículos para desarrollar un trayecto en el que los diversos usuarios están interesados. Uber ha venido articulando, simple y llanamente, un servicio paralelo al del taxi, en el que, no obstante, sus conductores carecen de la preceptiva autorización administrativa, implementando en este sentido un sistema de posicionamiento GPS que se encarga de asignar los servicios.

No ha de sorprender, en consecuencia, que las asociaciones de taxistas hayan reaccionado con virulencia ante su aparición, teniendo en cuenta que la falta de autorización administrativa de los conductores de la pla-

¹⁸⁰ Esto no significa que no hayan existido otras plataformas envueltas en pleitos, como pueda ser el caso de Cabify. No obstante, considero que la exposición simultánea de causas ante Uber y Blablacar da cuenta de la diversidad de los modelos existentes y de la idea de que no existe un tratamiento único del fenómeno del transporte colaborativo, debiendo hacer un ejercicio individualizado de análisis de las concretas características que cada modelo ofrece. V., en relación a Cabify, TOURÍÑO, A., «La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify», *Actualidad Civil*, nº 4 2016, págs. 80-93.

taforma y su condición de sujetos no profesionales posibilitan a estos realizar los servicios de transporte en unas condiciones económicas difícilmente asumibles para los profesionales del taxi, con el consiguiente impacto sobre la clientela.

Dejando de lado las protestas y las demostraciones de fuerza a las que hemos asistido en los últimos tiempos por parte de las asociaciones que agrupan a los profesionales del taxi, a nivel judicial hemos conocido dos causas abiertas contra la compañía, cuya tramitación ha sido en buena medida simultánea pero cuyos presupuestos y consecuencias han sido, ciertamente, dispares.

— La causa ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

La Asociación madrileña del taxi se encuentra detrás de la primera de las causas abiertas contra la compañía Uber. El pleito se inició con la presentación de una solicitud de adopción de medidas cautelares en contra de la mercantil Uber Technologies, Inc, que la Asociación madrileña del taxi concretaba en tres extremos: la prohibición en España (y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid) de la actividad de Uber, la prohibición de contenido, acceso y prestación del servicio a través de la página web «www.uber.com» y, del mismo modo, la prohibición de la aplicación informática que articula el funcionamiento del sistema.

Dicha solicitud de medidas cautelares¹⁸¹ que, ya se anticipa, fue confirmada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid a través del Auto de 9 de diciembre de 2014, constituye el primer pronunciamiento sólido en relación al transporte colaborativo en nuestro país. A pesar de que el Magistrado evita entrar en el debate que el transporte colaborativo ha generado entre libertad e intervencionismo administrativo, la motivación del Auto ofrece pautas de gran interés en relación con la problemática que nos ocupa.

Circunscribiendo su análisis al marco ofrecido por la legalidad vigente y, señaladamente, por el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, el Magistrado orienta sus esfuerzos a analizar «*si el marco legal es de aplicación insoslayable y si por tanto la omisión del mismo supone una actividad concurrencial ilícita que implica una actuación desleal que merece su protección en sede cautelar, si concurren los presupuestos para ello*¹⁸²».

¹⁸¹ Medidas cautelares previas 707/2014.

¹⁸² Fundamento de Derecho primero del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 9 de diciembre de 2014.

En relación a la procedencia de que la adopción de medidas se produzca con carácter cautelar, el Auto reconoce la conveniencia de que estas sean tomadas a la mayor brevedad posible, por los indicios acreditados de que se estén produciendo conductas ilícitas que se agotan en sí mismas. Este hecho se refuerza en cierto modo por la opacidad que se asocia a la plataforma, que ha dificultado a la asociación demandante la recopilación de la documentación necesaria para presentar la demanda principal, en extremos tales como los informes periciales que detallen las sesiones formativas que Uber dedica a sus conductores.

De hecho, es tal la inmediatez de la protección que el sector del taxi merece a juicio del Magistrado, que se plantea en el Auto la conveniencia de adoptar las medidas cautelares prescindiendo de la previa audiencia de la parte demandada, vía que la Ley de Enjuiciamiento Civil deja abierta excepcionalmente en casos de gran urgencia o en relación a aquellos supuestos en los que la audiencia previa pudiera comprometer el buen fin de la medida. En este caso, el compromiso apuntado se deriva de la propia actividad desarrollada por Uber, circunstancia que se refuerza por la ubicación de la mercantil en el estado de Delaware, que constituye un paraíso fiscal¹⁸³.

Afirmada la conveniencia de adoptar en su caso las medidas cautelares *in auditá parte*, el Auto se centra en determinar si concurren los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la adopción de las medidas cautelares. Pocas dudas puede haber en relación al primero de ellos, el *periculum in mora*, habiéndose declarado previamente que la amenaza planteada por Uber es tal que justifica prescindir del trámite contradictorio y de la audiencia de la parte demandada.

Las dudas se plantean en consecuencia en relación a la concurrencia del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que exige que se proporcionen al órgano jurisdiccional elementos que hagan que el derecho

¹⁸³ Declara a este respecto el Fundamento de Derecho tercero del Auto de 9 de diciembre de 2014 que «Se trata de poner fin (provisoriamente) a un daño inmediato en el derecho cuya titularidad se afirma, por lo que, más que asegurar la ejecución (propio de las medidas conservativas tradicionales), lo que se persigue y el legislador permite (art. 726.2 LEC) es evitar el riesgo de que aumente ese daño, lo cual está subyacente en una actividad continuada como la que se está produciendo en el caso de autos. La actuación de la demandada intermediando entre transportistas sin licencia y usuarios, como genuina actividad mercantil, sin cumplir los requisitos administrativos para el transporte de viajeros, determina la necesidad de adoptar en su caso la medida sin esperar al trámite contradictorio, que en todo caso podrá ser opuesto por aquélla si muestra su disconformidad con la misma».

invocado se muestre verosímil para fundamentar la acción ejercitada. De la documentación aportada en la demanda el Magistrado deduce la existencia de una actividad que infringe la normativa de manera evidente, señaladamente los arts. 22.2, 42, 53 y 91 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres relativos a la autorización necesaria para desarrollar una actividad de transporte público, acreditándose en consecuencia la apariencia de buen derecho.

Concurriendo los requisitos que la LEC fija en relación a las medidas cautelares el Magistrado Sánchez Magro ordena la prohibición de la actividad de Uber, que se extiende asimismo al acceso a su página web y a la aplicación en torno a la cual funciona el sistema. Tal prohibición se ordena con respecto a la totalidad del territorio nacional, atendida la vocación transfronteriza de que ha hecho gala la compañía, fijándose la caución exigida a la solicitante en 10.000 euros.

A pesar de tratarse de un Auto, este tuvo una importancia decisiva en la evolución de la percepción que de Uber tienen las Autoridades españolas, motivo por el cual lo hemos analizado con cierto detenimiento. A pesar de que la defensa de Uber formuló escrito de oposición contra las medidas cautelares apuntadas, estas fueron posteriormente ratificadas por el Magistrado, encontrando únicamente algunos matices en relación con su pronunciamiento anterior.

En este sentido, a pesar de confirmar la idoneidad de las medidas cautelares y de confirmar el importe de la caución, el Auto de 22 de mayo de 2015 limita dichas medidas cautelares al Servicio UberPop, al considerar que *«la posible fricción en materia de competencia desleal, de manera provisoria, solo debe afectar al servicio denominado UBER POP o a aquel en el que se posibilita un servicio de transporte»*. De este modo, se reconoce la posibilidad a la mercantil de continuar desarrollando otros servicios que se estiman lícitos.

— La causa ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona¹⁸⁴.

2. El caso Blablacar

Por lo que respecta a Blablacar, la primera compañía de *carpooling* a nivel global, la situación exige en diversos aspectos una aproximación diversa. Encontrándose la dinámica de la plataforma mucho más cerca de

¹⁸⁴ El litigio ya ha sido abordado en el tercer epígrafe del segundo capítulo al abordar la incidencia del recurso a las plataformas en línea en la calificación jurídica de los servicios prestados, por lo que allí se reenvía a fin de evitar duplicidades.

lo que hemos venido denominando como transporte colaborativo propio, son menores las dudas que su legitimidad plantea por lo que respecta a la actividad de transporte desarrollada.

A pesar de todo, la patronal Confebus (Confederación Española de Transporte en Autobús) interpuso una demanda contra Blablacar, en agosto de 2015, por considerar que sus conductores desarrollan un servicio de transporte sin licencia, que ha afectado de manera significativa a las cifras del sector del transporte público de viajeros por carretera. Teniendo en cuenta que la demanda se interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (el que dictó la prohibición cautelar de la actividad de la Plataforma Uber), existía una fundada incertidumbre en relación al destino de la plataforma.

Sea como fuere, el distinto régimen que Blablacar y Uber siguen en sus actividades se ha plasmado en el diverso tratamiento que ambas plataformas han recibido por parte del Magistrado Sánchez Magro. El 1 de octubre de 2015, fecha fijada para la audiencia de las partes, la patronal Confebus presentó una batería de informes acerca de la actividad de la plataforma para dar cuenta de su dimensión real, y de la amenaza que supone para el sector. La defensa de Blablacar, en primer lugar, trató de restar importancia a este impacto, señalando que los potenciales usuarios de ambas modalidades de transporte terrestre no son coincidentes, no produciéndose por ello solapamientos significativos.

Por lo que respecta a la actividad de la plataforma, punto central del proceso, Blablacar optó por seguir en cierto modo la línea marcada por Uber. Si Uber declaraba que su actividad debía considerarse incluida en los servicios derivados de la sociedad de la información, Blablacar centra su defensa en su condición de red social, al declarar que sus usuarios intercambian información en relación a sus trayectos, limitándose la plataforma a gestionar esa información, sin desarrollar en ningún momento un papel en la actividad de transporte posterior.

La diferencia de tratamiento en relación a ambas plataformas quedó patente en un momento temprano, teniendo en cuenta que el Magistrado ha renunciado, al contrario de lo que sucedió con Uber, a prohibir con carácter cautelar la actividad de Blablacar, desestimando la solicitud de medidas cautelares por parte de Confebus.

El cambio de criterio se explica, principalmente, por considerar el Magistrado Sánchez Magro que lo que pretenden las medidas cautelares en el presente caso es anticipar en cierta forma el resultado del fallo. Hubo que esperar, de este modo, hasta el 2 de febrero de 2017 para conocer la Sentencia que habría de pronunciarse sobre el futuro de Blablacar.

La demanda de Confebus se fundamenta en la consideración de que la actividad desarrollada constituye un supuesto de competencia desleal para con sus asociados, profesionales del transporte de viajeros regular en autocar, concretamente materializada en una infracción de las normas de transporte terrestre de viajeros de la Ley 16/87 de 30 de junio y de su Reglamento.

Sin ánimo de abordar todas las aristas del litigio, señalar que el Magistrado considera que «*A la vista de la normativa expuesta, la actividad llevada a cabo por las demandadas a través de la plataforma Blablacar, debe afirmarse que se centra única y exclusivamente en el ámbito del transporte privado, ni tan siquiera del transporte privado complementario igualmente regulado por la propia LOTT al no reunirse las características legales para ello, por lo que no puede aplicarse a las demandadas la LOTT, precisamente por estar en presencia de transportes privados y de ahí que no se pueda entender por desleal una competencia por vulneración de dicha normativa*¹⁸⁵».

De este modo, el ponente considera que, no estando regulada específicamente la actividad de los demandados, no cabe aplicar en consecuencia la analogía, no resultando probado del mismo modo que dicha actividad haya causado un perjuicio significativo a los asociados de la patronal. Ahora bien, ¿cómo ha de calificarse entonces la actividad de la plataforma?

El Magistrado lo tiene claro. Nos encontramos, a la vista de las concretas circunstancias del caso, en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, derivados de la Directiva 2000/31/CE y precedentemente analizados en esta obra. Como se recordará, la prestación de este clase de servicios únicamente podrá limitarse en los supuestos previstos en la Directiva 2000/31/CE, que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores, no concurriendo a juicio del magistrado en este litigio ninguno de ellos.

Los argumentos sintetizados explican que el Magistrado Sánchez Magro opte por desestimar íntegramente la demandada, concediendo de este modo a la plataforma un tratamiento netamente diferente que aquel otro que aplicó a Uber (recordemos que ambas demandas se presentaron ante el mismo Juzgado y fueron tramitadas por el mismo Magistrado). Este hecho no hace, en mi opinión, sino confirmar la necesidad tantas

¹⁸⁵ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia 6/2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 2 de febrero de 2017.

veces apuntada a lo largo de estas páginas de desarrollar un régimen que tenga en cuenta caso por caso la peculiar configuración de las plataformas en cuestión.

3. El caso Cabify

Finalmente, hemos de hacer referencia al pleito que ha enfrentado a la Federación Profesional del Taxi de Madrid contra Maxi Mobility Spain, S.L., titular de la conocida App Cabify. Dos peculiaridades presenta este caso en relación con aquellos otros que afectan a Uber y a Blablacar. En primer lugar, el hecho de que se trata de una empresa española y, a renglón seguido, que los conductores que realizan los servicios para la plataforma son titulares de licencias VTC.

Hechas estas consideraciones, pasamos a analizar brevemente los hechos. La demanda de la Federación Profesional del Taxi de Madrid fue admitida a trámite por decreto de 4 de noviembre de 2015. El súplico de la demanda se centraba en que la sentencia acordara:

- 1. Declarar que las prácticas llevadas a cabo por la demandada a través de su App denominada «CABIFY» son desleales, constituyendo infracción de la legislación de competencia desleal por violación de las normas del transporte en materia de transporte de pasajeros en vehículos de arrendamiento con conductor y en vehículos auto taxi.*
- 2. El cese inmediato de las prácticas desleales (consistentes en la utilización de la App «CABIFY» para la puesta en contacto de los clientes con los vehículos) llevadas a cabo por la demandada en los términos necesarios para el cumplimiento del fallo de esta sentencia.*

Del mismo modo se solicitaba mediante otrosí la adopción de medidas cautelares¹⁸⁶. Dichas medidas cautelares hay que señalar que fueron íntegramente desestimadas por Auto de 23 de noviembre de 2015. El

¹⁸⁶ «1. El cese y prohibición de la prestación y adjudicación de servicio de transporte de viajeros en vehículos de alquiler con conductor llevada a cabo por la demandada a través de su aplicación “CABIFY” o mediante cualquier otra que pudiera crear con idénticos fines sin respetar los requisitos del servicio exigidos por la legislación de transportes aplicable o, subsidiariamente, el establecimiento de los mecanismos técnicos necesarios de geolocalización e identificación para que los vehículos adscritos a la aplicación de la demandada no puedan recibir los servicios asignados por la misma si se encuentran fuera del domicilio en el que se encuentre domiciliada su autorización de transporte o circulando por las vías públicas en busca de clientes.

pleito siguió un camino en cierto modo accidentado, por cuanto la parte demandada pidió la suspensión del procedimiento a través de una cuestión prejudicial contencioso-administrativa tras conocer que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había impugnado ante la Audiencia Nacional el Reglamento de Ordenación del Transporte y la Orden FOM/35/2008.

No procede analizar aquí esa problemática, baste señalar que finalmente el procedimiento continuó, considerándose acertadamente que la petición se valoraría en el momento procesal oportuno, cuando los autos quedasen pendientes de dictar sentencia. Mucho mayor interés tienen en esta sede las cuestiones de fondo, el análisis de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia.

La problemática fundamental que late en este pleito tiene que ver con la hipotética vulneración de los conductores que operan para la plataforma Cabify de la normativa aplicable a los titulares de licencias VTC, señaladamente con la contravención del art. 182 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y del art. 23 de la Orden FOM/36/2008.

Ambos preceptos, de contenido bastante similar, delimitan la actuación que han de desarrollar los titulares de licencias VTC. En síntesis, sus previsiones buscan evitar que estos operadores excedan su ámbito de actividad desarrollando una actividad paralela a la del taxi. En esta línea se explica la prohibición de que estos vehículos circulen por las vías públicas buscando clientes, debiendo limitarse a circular cuando acrediten que están prestando un servicio previamente contratado (debiendo justificar documentalmente este hecho).

Nos encontraríamos, a tenor de la demanda, ante una competencia desleal por infracción de normas del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, de conformidad con el cual *«Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa»*. El Magistrado declara en el Fundamento de Derecho Cuarto, al analizar si concurre el ilícito de deslealtad apuntado, que se trata de un enjuiciamiento que puede efectuarse de manera relativamente sencilla, opinión que no se comparte por varias razones. Los motivos aducidos por el Magistrado en su valoración son los siguientes:

2. *El cese de todo tipo de publicidad llevada a cabo por la demandada en la que se realicen referencias comparativas al sector del taxi, que sean susceptibles de inducir a error a los consumidores y usuarios».*

- a) Las normas supuestamente infringidas en que se funda el reproche de deslealtad no imponen obligaciones a la empresa demandada, sino a los titulares de licencias VTC, con los que dicha demandada no puede confundirse, por lo que técnicamente no han podido ser conculcadas por actos imputables a MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.
- b) La única prueba que en el orden fáctico se aporta de la comisión de los hechos sustentadores de la demanda (que según se acaba de decir, no serían imputables a la demandada, sino a los conductores titulares de licencia VTC) no resulta en modo alguno concluyente sobre la efectiva realidad de ninguna infracción.
- c) En caso de que los conductores de licencias VTC hubieran incurrido en alguna infracción administrativa, no ha resultado acreditado que MAXI MOBILITY SPAIN S.L. haya obtenido con ello ninguna ventaja frente a sus posibles competidores.
- d) En atención a estos motivos, falla desestimando íntegramente la demanda presentada por la Federación Profesional del Taxi de Madrid. Considero de interés, no obstante, apuntar el contraste que se observa entre estos fundamentos y los vertidos por el Juzgador del caso Uber. Y es que, en primer lugar, la nítida separación que se aprecia en este caso entre la plataforma y los conductores titulares de la licencia VTC se antoja forzada, toda vez que continúa siendo la plataforma, al igual que sucede en otros modelos próximos, la que controla la práctica totalidad de las variables de la actividad.

Hemos apuntado anteriormente cómo el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea dictaminó recientemente que la actividad de Uber era efectivamente una actividad en el ámbito de los transportes, privando en consecuencia a la plataforma del paraguas en el que trataba de ampararse al definir su actividad como una actividad derivada de los servicios de la sociedad de la información.

Pues bien, en este caso parece considerarse que la actividad desplegada por Cabify es simple y llanamente una actividad de intermediación, no pudiendo considerarse que es en modo alguno responsable del servicio subyacente. Particular importancia reviste igualmente la vertiente probatoria del litigio ya que no se considera en ningún modo concluyente el informe de los detectives que trata de acreditar la comisión de ilícitos administrativos por no adecuar los conductores su actividad al marco de actuación de los titulares de licencias VTC.

El Magistrado es en este punto inflexible. Y es que, aún valorando la profusión de datos aportados por la demandante en relación a la procedencia de los vehículos objeto de seguimiento y a la confirmación de su

estacionamiento en lugar distinto del que le correspondería, no considera que estos datos tengan la aptitud de demostrar que la intención de los respectivos conductores sea la de buscar activamente clientes en la vía pública, actividad que como ya hemos mencionado les resulta vetada.

Finalmente, no pueden dejar de apuntarse las dudas que genera el último de los motivos aducidos. Y es que, se dice, aún en el caso de que los titulares de las licencias VTC hubieran infringido efectivamente las normas administrativas objeto de examen, no queda acreditado que este hecho haya proporcionado a la plataforma una ventaja competitiva sobre sus competidores¹⁸⁷. Y esto por cuanto el Magistrado considera que los competidores «*no serían obviamente los titulares de licencias de auto-taxi, sino en su caso las aplicaciones que telemáticamente actúan como intermediarias en el transporte discrecional de viajeros*».

Este argumento no puede compartirse, ya que de vulnerar las previsiones de estacionamiento y de prohibición de circular sin un servicio concertado estos conductores estarían desarrollando, a todas luces, un servicio paralelo al del taxi, afectando indudablemente a este sector y desviándose de la finalidad y de los objetivos para los que fueron concedidas.

En definitiva, a pesar de que la circunstancia de que los conductores de Cabify dispongan de una licencia VTC pudiera llevar a pensar que este pleito crea menos dudas que los anteriormente analizados, las cuestiones apuntadas considero que demuestran lo contrario. Habrá que esperar a ver el recorrido que pueda tener el proceso para clarificar algo más la situación.

II. LA SITUACIÓN EN EL SECTOR DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Junto al transporte colaborativo el otro busque insignia del fenómeno colaborativo es sin duda el del alojamiento vacacional. Con este comparte no solamente las elevadas cifras de facturación de sus plataformas sino igualmente los problemas que han venido arrastrando con las autoridades competentes.

¹⁸⁷ Se alude, en relación a la falta de acreditación de la efectiva concurrencia de una ventaja competitiva, a los términos en los que esta se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 304/2017, de 17 de mayo que declara que «*Todo lo cual lleva a concluir que la tesis enunciada en el encabezamiento del motivo del recurso, al afirmar que «para apreciar esta conducta desleal es suficiente la mera infracción de la norma concurrencial sin ulteriores requisitos» no es correcta, puesto que es pertinente y relevante valorar las circunstancias que concurren en el mercado en el que se produce esa posible infracción de la norma concurrencial».*

A diferencia de lo que sucede con el transporte, el alojamiento turístico es en nuestro país un sector más liberalizado en cuanto al ejercicio de la actividad. Ahora bien, esto no ha evitado que las plataformas de alojamiento colaborativo hayan visto su actividad cuestionada, no solamente por parte de los gremios afectados, fundamentalmente el sector hotelero, sino asimismo por parte de la Administración.

Notorios son los conflictos que se han venido produciendo en la ciudad de Barcelona. Siendo la ciudad condal uno de los destinos que más turismo recibe a nivel mundial, la eclosión de la economía colaborativa ha puesto sobre la mesa un número de cuestiones complejas, tales como los problemas que estas formas de turismo ocasionan a las comunidades en las que se desarrollan o el impacto indirecto que el crecimiento de la oferta privada de alojamiento puede tener sobre el precio de la vivienda.

La relevancia que las Viviendas de Uso Turístico han desplegado en nuestro país no debiera extrañar, si tenemos en cuenta el enorme peso que el turismo ostenta en nuestro país y, del mismo modo, el vertiginoso ritmo al que la construcción ha avanzado en las zonas turísticas en las últimas décadas previas a la crisis. Este binomio construcción – turismo es ya apto, en sí mismo, para explicar con suficiente precisión el hecho de por qué estamos donde estamos.

Las segundas residencias en zonas turísticas han sido una constante en un buen porcentaje de familias españolas con un nivel adquisitivo medio-alto. Este hecho explica que la dependencia respecto del sector hotelero sea en el caso de España significativamente menor que en algunos de los países de nuestro entorno, optando por el contrario con frecuencia por recurrir a viviendas turísticas particulares, sean estas propias o ajenas¹⁸⁸.

En este sentido, si en el caso del transporte colaborativo este viene a solucionar la falta de aprovechamiento de medios que generalmente se da en los trayectos, el alojamiento colaborativo vendrá a hacer lo propio con los excesos de capacidad que se producen en nuestras viviendas. Y esto no solamente por lo que respecta a los domicilios habituales sino del

¹⁸⁸ Destaca GUILLÉN NAVARRO, N.A. / ÍÑIGUEZ BERROZPE, T., «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p», *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*, vol. 14, nº 3, 2016, pág. 752, sobre la base de una encuesta de Familitur del año 2013 cómo el 73% de los españoles eligen algún tipo de Vivienda de Uso Turístico para satisfacer sus necesidades de alojamiento vacacional, desglosándose esta cifra del siguiente modo: Un 42% recurre a viviendas de familiares o amigos, un 25% dispone de una vivienda propia o en multipropiedad, mientras que solo un 6% opta por la vivienda alquilada.

mismo modo, y principalmente, en relación con las segundas residencias, generalmente ubicadas en lugares de especial interés turístico¹⁸⁹.

Si bien cabe apreciar esta tendencia desde hace largo tiempo es forzoso reconocer que el auge de internet y de las Tecnologías de la Información y la Comunicación le han dotado de unas características y de un potencial totalmente nuevo. Y es que, si bien en un inicio el papel de las plataformas en línea se limitó a llevar a cabo una gestión de datos en forma de comparadores de precios, pronto adquirieron un mayor protagonismo al dejar entrar a nuevos sujetos al sector, ejerciendo una actividad de intermediación entre particulares similar, salvando las distancias, a cuanto hemos visto que sucedía en el ámbito del transporte¹⁹⁰.

El éxito que este tipo de alojamiento vacacional ha venido experimentando contrasta abiertamente con las dudas que las Viviendas de Uso Turístico generan a nivel normativo. Y es que al puzzle normativo que encontramos derivado del Estado de las autonomías se suma la existencia de cuestiones de muy difícil reglamentación, como pueda ser a título de ejemplo la de la fijación de una limitación temporal a que ha de someterse esta modalidad de alojamiento o las dudas en materia de responsabilidad y aseguramiento.

A. Aproximación normativa al problema

Hemos hecho mención en diversas ocasiones a lo largo de esta obra a la difícil decisión relativa a si regular o no regular la economía colaborativa, sea a nivel europeo o a nivel nacional y, en el caso de que se opte por desarrollar una regulación, determinar qué carácter habrá de darse a la misma.

Pues bien, estas consideraciones realizadas desde un punto de vista general pueden extrapolarse a nivel sectorial al sector del transporte colaborativo, pero no así al del alojamiento turístico. Y esto por cuanto, en

¹⁸⁹ V., en relación con las causas de la economía colaborativa en el sector del alojamiento CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M. / SILOS RIBAS, M. / SOBRINO RUIZ, M., «La economía colaborativa en los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 339 y ss.

¹⁹⁰ MIRALLES MARUGÁN, P. / VILLAR LAMA, A., «La irrupción de la economía colaborativa en el sector turístico: Análisis del conflicto en el sector del alojamiento», en *El turismo y la experiencia del cliente: IX Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 21 y 22 de Junio de 2016* (AA.VV.), tomo II, pág. 441.

este caso, nos encontramos ante un sector que sí ha recibido la atención del legislador en los últimos tiempos, contando en consecuencia con una normativa (*rectius* diversas normativas) que ya tiene presente el fenómeno colaborativo y sus retos.

Esta pluralidad de normativas traen causa directa de la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos¹⁹¹ por parte de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Esta última norma busca dinamizar y fomentar un mercado como el del alquiler de importancia capital para nuestro país tras una crisis económica en la que la construcción ha jugado sin duda un papel de primer orden.

Pues bien, atendidas las circunstancias que atraviesa el sector del alojamiento la norma no ignoró el impacto que los modelos colaborativos están desplegando en el sector. No obstante, el legislador prefirió no abordar directamente el fenómeno colaborativo en su clausulado, explicando de este modo que «*la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación*¹⁹²».

Esta declaración programática, posteriormente confirmada en el art. 5 e) de la Ley 4/2013, deja claro que habrá de ser la normativa sectorial la que determine el régimen que habrá de aplicarse al alojamiento colaborativo, restando el régimen de los arrendamientos de temporada como normativa subsidiaria.

Ahora bien, el hecho de que esta norma no abordara directamente la cuestión del alojamiento colaborativo no implica que no tuviera una influencia decisiva en su devenir. Y es que, al renunciar a abordar el fenómeno del alojamiento colaborativo, el legislador dejaba la puerta abierta a que fueran las Comunidades Autónomas las que se lanzaran a regular estos nuevos modelos de negocio en el ejercicio de las competencias que la Constitución Española les atribuye en su art. 148.1¹⁹³.

¹⁹¹ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

¹⁹² Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

¹⁹³ De conformidad con el cual «*Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:*

(...)

18.ª Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

Hay que aclarar que la cuestión competencial en el ámbito del turismo no ha estado exenta de polémica. Y es que, a pesar de que el precepto apenas mencionado posibili-

Y ha sido precisamente esto lo que ha sucedido, en apenas unos pocos años hemos asistido a una eclosión pocas veces vista de normas autonómicas. Estas han venido encaminadas en un primer momento a regular la cesión de uso de viviendas particulares completas, permitiendo posteriormente asimismo el arrendamiento de habitaciones con fines turísticos¹⁹⁴.

Así, en poco tiempo hemos conocido, entre otros, el Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, el Decreto 80/2015, de 5 de mayo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón o el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que dan cuenta de la espectacular atención que las autonomías han venido prestando al reto planteado por el alojamiento colaborativo.

A pesar de contar estas normativas autonómicas con perfiles más o menos homogéneos lo sensible de los intereses en presencia ha provocado que algunas de ellas hayan tenido ciertos problemas con las Autoridades encargadas de velar por la competencia en nuestro país, especialmente con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹⁹⁵.

taba a las Comunidades Autónomas asumir competencias en la materia en tanto sector económico podía verse igualmente influido por los intereses regulatorios del Estado, que a tenor del art. 149.1.13 ostenta competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. V., en relación con esta cuestión FERNÁNDEZ PÉREZ, N., «Turismo P2P o colaborativo: Un reto para el ordenamiento jurídico», *International Journal of Scientific Management Tourism*, vol. 2 nº 2, 2016, pág. 115 y ss., quien apunta cómo la jurisprudencia constitucional trata de garantizar la capacidad del Estado para incidir en el sector turístico sobre la base de la competencia general para ordenar la economía pero precisando que hay que hacer una interpretación restrictiva para no vaciar de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas.

¹⁹⁴ Apunta DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., «El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva época*, nº 5, 2016, pág. 38 cómo Andalucía se ha desmarcado con el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de viviendas con fines turísticos, apostando por Barcelona y Valencia como las próximas localidades en sumarse a las normas *Airbnb friendly*.

¹⁹⁵ Señala el Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15) en su página 162 que «*En lo que respecta al sector del alojamiento colaborativo en España, como consecuencia de la modificación de la LAU mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, la competencia para la regulación de las viviendas de uso turístico fue asumida por las Comunidades Autónomas. Desde entonces han surgido numerosas normativas autonómicas que imponen restricciones de acceso*

Hay que tener en cuenta que la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia ha hecho gala como hemos apuntado en varias ocasiones de una postura contraria a regular el fenómeno colaborativo, recordando que en numerosas ocasiones la regulación más eficiente es la ausencia de regulación. Pasamos a ocuparnos, en consecuencia, de aquellas cuestiones relacionadas con el alojamiento colaborativo que han originado conflictos entre las Autoridades autonómicas que han procedido a regular el fenómeno del alojamiento colaborativo y la CNMC.

B. Cuestiones concurrenceles en relación con los modelos de negocio asociados al alojamiento colaborativo

C. La apuesta apenas comentada de la CNMC por la liberalización de los sectores en los que la economía colaborativa despliega su actividad merece llevar a cabo algunas consideraciones. Y es que, de modo general, la fijación de restricciones a la competencia ha de respetar unas exigencias que no terminan de apreciarse en el marco del alojamiento vacacional.

Así, es necesario partir de los principios de regulación económica eficiente y de promoción de la competencia. De acuerdo con estos, deberá existir un fallo de mercado que justifique la intervención para evitar que este pueda poner en riesgo razones imperiosas de interés general y aun en este caso las medidas adoptadas deberán ser necesarias y proporcionadas¹⁹⁶.

A este respecto, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha venido apuntando cómo las motivaciones de las normas autonómicas dictadas en la materia no respetan en ocasiones estas exigencias, presentando una justificación en cierto modo espuria. Así, la lucha contra el intrusismo no resulta, por sí misma, suficiente para legitimar la imposición de barreras a la entrada en aquellos ámbitos en los que no existen fallos de mercado, al igual que sucede con las genéricas alegaciones de que en estos modelos se produce un incumplimiento de las obligaciones fiscales o una situación de sobreoferta en el mercado¹⁹⁷.

al mercado de alojamiento turístico. Diversas restricciones son contrarias a los principios de regulación económica eficiente, con efectos negativos sobre la competencia y el bienestar general».

¹⁹⁶ CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M. / SILOS RIBAS, M. / SOBRINO RUIZ, M., «La economía colaborativa en los sectores regulados...», *op. cit.*, pág. 342.

¹⁹⁷ V., en relación con la argumentación de la CNMC, el Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 83 y ss.

Con independencia de que aludamos puntualmente a los litigios concretos que han enfrentado a lo largo de los últimos años a la CNMC con las diversas Administraciones autonómicas a cuenta de las normas relativas a las viviendas de uso turístico, considero de mayor interés proceder a una exposición sistemática de aquellas medidas que, a juicio del regulador, constituyen o pueden constituir en determinadas circunstancias barreras a la entrada en el sector. Fundamentalmente son las siguientes:

1. Cuestiones registrales

La primera de las barreras a la entrada en la que incurren algunas de las normas dictadas hasta el momento vienen de una u otra forma relacionadas con obligaciones relacionadas con registros. Es cierto que en general estas normas se inclinan por el recurso a la figura de la declaración responsable, que fomenta a priori la entrada de nuevos operadores.

No obstante, los beneficios de este recurso (reducción de trámites y de plazos al evitar que la Administración haya de pronunciarse en todo caso con carácter previo al inicio de la actividad) se anulan en algunos textos al prever junto a este sistema de declaración responsable la obligación de inscripción en un registro. Es evidente en este sentido para la Comisión que el juego conjunto de ambas exigencias desvirtúa por completo las ventajas que pudieran derivarse de la declaración responsable.

La cuestión se planteó nítidamente en relación con el Proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas de Uso Turístico en la Comunidad. Este exigía, con carácter previo al inicio de la actividad de la cesión de la vivienda así como ante cualquier modificación o reforma de una vivienda, la formalización de una declaración responsable y, adicionalmente, figurar en un Registro, de conformidad con la normativa turística autonómica¹⁹⁸.

Ante esta tesisura, la CNMC entiende que «*Esta exigencia supone someter la actividad de alquiler de viviendas de uso turístico a un régimen de autorización administrativa, de conformidad con los artículos 4.6 y 9 y el considerando 39 de la Directiva 2006/12314, así como de los art. 3.8 y 5 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*¹⁹⁹».

¹⁹⁸ En este caso constituida por el Texto Refundido de la Ley del Turismo de Aragón.

¹⁹⁹ IPN/CNMC/007/15 Informe sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas de Uso Turístico en Aragón, pág. 10.

Pero no terminan aquí las previsiones que de un modo u otro se relacionan con la vertiente registral del fenómeno. Y es que, asimismo, existen normativas en las que se exige que en la publicidad que se realice de estos alojamientos conste el número de registro, habiéndose abierto expedientes sancionadores en diversas localidades a las plataformas colaborativas que operan en torno a estos modelos.

Este hecho supone, como fácilmente puede intuirse, un modo más de presión para que se proceda al registro de este tipo de alojamientos, alejándose en consecuencia la función de la inscripción registral de un proceso meramente informativo para aproximarse a aquella otra de autorización habilitante para el inicio de la actividad²⁰⁰.

En definitiva, el régimen expuesto se antoja excesivo para regular un fenómeno, como es el del alojamiento colaborativo, que necesita una cierta flexibilidad para desarrollarse y aportar las eficiencias que le son propias. No existiendo un fallo de mercado que justifique una aproximación en esta línea, estas restricciones debieran en consecuencia ser eliminadas.

2. A propósito de la limitación temporal por la que podrán contratarse las Viviendas de Uso Turístico

Otro de los caballos de batalla en relación al consumo colaborativo ha venido asociado a la vertiente temporal de estas relaciones, encontrando numerosos ejemplos de normas que se inclinan por una limitación temporal aplicable a este tipo de relaciones. Constituye, en mi opinión, uno de los ámbitos en los que con mayor nitidez puede apreciarse la labor de presión desarrollada por los operadores tradicionales, que buscan de este modo limitar el impacto que sobre el sector puedan tener los modelos colaborativos.

Asimismo, es una de las restricciones que a priori se antojan más injustificadas. Por un lado, por el hecho de que cuesta apreciar qué objetivos legítimos puede perseguir una medida orientada en tal sentido. Pero, especialmente, por el trato discriminatorio que supone para los modelos colaborativos en comparación con los operadores tradicionales, ajenos a cualquier tipo de limitación de este género.

La CNMC abordó esta cuestión al hilo del art. 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico

²⁰⁰ Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 90.

de la Comunidad de Madrid, que declaraba que «*Las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un período inferior a cinco días y no podrán utilizarse como residencia permanente, ni alegar la condición de domicilio para impedir la acción de la inspección competente*».

En esta tesisura, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia nº 292/2016, declaró que este precepto contravenía un buen número de normas nacionales, incluidos diversos preceptos constitucionales, declarando la nulidad del inciso del art. 17.3 conforme al cual las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un período inferior a cinco días.

La argumentación seguida podría sintetizarse como sigue²⁰¹. A pesar de lo que parecía sugerir la Comunidad de Madrid en su contestación, la problemática suscitada no es de índole competencial. Antes al contrario, lo que se trata de dilucidar es si algunas de las previsiones contenidas en la norma son conformes a Derecho o si, por el contrario, la Comunidad de Madrid ha infringido diversas disposiciones normativas²⁰².

Por lo que a este epígrafe respecta, de conformidad con la Directiva Servicios la limitación de los servicios a través de la intervención pública únicamente podrá llevarse a cabo cuando se encuentre justificada por una razón imperiosa de interés general. Y aun en ese caso, las Administraciones Pùblicas deberán optar por la medida menos restrictiva y por supuesto motivar su necesidad.

Pues bien, no existiendo en el Decreto impugnado una motivación de carácter general en relación con la limitación de la actividad que desarrolla, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid opta por analizar si los tres objetivos concretos que el Decreto declara en su Preámbulo pueden tener la aptitud de justificar las limitaciones a la actividad derivadas de la norma en cuestión.

Pocas dudas puede haber en relación con los objetivos de terminar con las situaciones de intrusismo y de luchar contra la sobreoferta en el sector, teniendo en cuenta que ninguno de ellos podría justificarse por

²⁰¹ Para un análisis detallado de la Sentencia *v. MARTÍN FABA, J.M.*, «El TSJ de Madrid da alas al consumo colaborativo. STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8a) núm. 292/2016, de 31 de mayo», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 13 de junio de 2016.

²⁰² Así, como indica el Fundamento de Derecho Primero fundamentalmente se estaría atentando contra el art. 38 de la Constitución Española, que aborda la libertad de empresa y contra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

razones de orden público, seguridad pública o salud pública²⁰³. La cuestión se centra, en consecuencia, en determinar la incidencia que la protección del consumidor podrá desplegar a estos efectos.

Pero tampoco en este caso la respuesta va a ser distinta ya que, como acertadamente indica la Sentencia, no es la protección del consumidor el objetivo que se trata de tutelar con la limitación sino, en todo caso, la protección de los restantes vecinos del inmueble y su derecho a no ser molestados. Y en cualquier caso, *«tampoco, por lo demás, se acredita en qué medida los restantes ocupantes del inmueble se encontrarían más protegidos por el hecho de que la oferta de uso de las viviendas turísticas del inmueble que ocupan sea superior a cinco días y por el contrario en los restantes casos de estancias menores tales molestias no se produzcan, pues las mismas aparecen más vinculadas a la propia coexistencia en un mismo inmueble de las dos modalidades de ocupación que del tiempo en que esta se produzca»*.

Hay que apuntar, finalmente, que esta limitación temporal puede acarrear como ha apuntado muy recientemente el regulador consecuencias anticompetitivas no deseables. Y es que esta distinción entre proveedores particulares y profesionales en función de la duración de la estancia implicará una restricción de la oferta de viviendas de uso turístico, al retirar muchos propietarios sus viviendas del mercado una vez sobrepasados los máximos fijados por la normativa aplicable²⁰⁴.

3. Cuestiones vinculadas a las características del alojamiento

Analizadas las dimensiones registrales y temporales de la polémica, pasamos a ocuparnos a continuación de una serie de limitaciones de la actividad que de un modo u otro tienen que ver con las características propias del alojamiento en cuestión. Estamos haciendo referencia al tipo de alojamiento que se puede ceder (y a su localización), a la prohibición del alquiler por estancias y, finalmente, a la prohibición de recurrir a la vivienda permanente como vivienda de uso turístico.

Por lo que respecta en primer lugar al tipo de alojamiento que se permite ceder se está pensando en ciertas exclusiones que las normas autonómicas llevan a cabo, señaladamente, la de ceder pisos en régimen

²⁰³ Razones que admite el Artículo 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad).

²⁰⁴ Dictamen E/CNMC/003/18. Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España. pág. 45.

de propiedad horizontal. Nuevamente, se trata de ofrecer una cierta protección a los vecinos a través de la imposición de una serie de límites que, no obstante, no resultan legítimos a juicio de la CNMC al no estar amparados en un fallo de mercado.

Este requisito se ha tratado de dulcificar en ocasiones, recurriendo a un régimen menos rígido. Así, en el Decreto canario se sustituye la prohibición por la concurrencia, ciertamente más laxa, de consentimiento vecinal, señalando que *«cuando se trate de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, solo podrán comercializarse como viviendas vacacionales aquellas en las que expresamente no se prohíba dicha actividad por los estatutos de la Comunidad de propietarios»²⁰⁵*.

Estas exclusiones tendrían a mayor abundamiento, en opinión de la CNMC, ciertos resultados perversos. Así, la prohibición de ceder pisos en régimen de propiedad horizontal conllevaría el cierre de mercado a los usuarios con preferencias más económicas, beneficiando de modo injustificado a los segmentos de las viviendas unifamiliares con un precio y un cliente potencial de mayor poder adquisitivo.

Algo parecido sucede en aquellos casos en los que los límites no se imponen en relación con el tipo de vivienda sino con su ubicación. Y es que, nuevamente, nos encontramos ante decisiones que no han sido tomadas en atención a criterios de racionalidad económica²⁰⁶.

En otros casos lo que se prohíbe es, simple y llanamente, alquilar estancias de una vivienda o, dicho de otro modo, no alquilar la vivienda en su totalidad. Sin ir más lejos, el Decreto de la Comunidad de Madrid al que antes nos referíamos hace de este hecho un rasgo definitorio de las viviendas de uso turístico, al entender que estos pisos *«son comercializados y promocionados en canales de oferta turística, para ser cedidos en su totalidad, por su propietario a terceros, con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio»²⁰⁷*.

²⁰⁵ Art. 12.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

²⁰⁶ Al contrario, como indica el Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 93, se trata de una medida que *«privilegiaría los intereses de los operadores turísticos, tradicionales o no, que ya operan en ese mercado, aislandoles de la presión competitiva que genera la mayor oferta y variedad de viviendas turísticas, creando barreras geográficas dentro del mercado local y regional en perjuicio de consumidores y usuarios»*.

²⁰⁷ Art. 2.2 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

Esta caracterización choca con la propia razón de ser de la economía colaborativa, orientada a fomentar el aprovechamiento de bienes infravalorados. Y es que no se termina de apreciar el motivo por el cual la cesión de una estancia de nuestra vivienda que no utilizamos ha de ser considerada más problemática que la cesión de una plaza de coche libre en un trayecto interurbano, práctica cuya adecuación a Derecho ha sido avalada por los Tribunales en el célebre caso Blablacar del que nos hemos ocupado anteriormente.

La limitación acarrea asimismo la consecuencia nociva de que vuelve a perjudicar a aquellos usuarios con menor capacidad adquisitiva, que se verán obligados a recurrir al alquiler de viviendas completas con el incremento de precio que esto supone. Pero no solo a ellos, también supondrá un freno para todos aquellas personas que se planteen hacer menos gravosa su condición de propietarios (especialmente en aquellos casos en los que existan hipotecas pendientes de pago) a través de la oferta de estancias que resten inutilizadas.

Finalmente, es necesario aludir a la existencia de normativas que prohíben utilizar la residencia permanente de los particulares como vivienda de uso turístico. Es quizás el límite con menor base o fundamento de todas. Y no solo eso, es igualmente la cuestión sobre la que mayores divergencias encontramos en las diversas normas analizadas, divergencias que en algunos casos se convierten en absoluta oposición.

Y es que, junto a normas que impiden destinar al alquiler la residencia permanente encontramos otras que hacen de esta residencia una exigencia, como sucede en el caso de Andalucía con el alquiler de estancias, que únicamente se autoriza en aquellos supuestos en los que el propietario habite en la vivienda²⁰⁸. La descoordinación entre autonomías es, como puede apreciarse, evidente en este ámbito.

4. Límites asociados a los requisitos técnicos de la vivienda y a su identificación como vivienda de uso turístico

Finalmente, hay que señalar la existencia de ciertas exigencias que, a pesar de resultar menores en comparación con las anteriormente expuestas,

²⁰⁸ Declara el art. 5.1 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos que «*Las viviendas con fines turísticos podrán ser:*

(...)

b) Por habitaciones, debiendo la persona propietaria residir en ella (...).

tas se han venido considerando igualmente innecesarias e improcedentes. Haremos referencia en primer lugar a las normas que entran a valorar los requisitos técnicos de la vivienda y los equipamientos mínimos que el titular ha de garantizar.

La CNMC ha venido subrayando el progresivo detalle con el que algunas normas se lanzan a determinar el equipamiento mínimo que deben poseer estos alojamientos, detalle en ocasiones excesivo entre los que cita las medidas que ha de tener la cama, los puntos de luz que habrá que ofrecer e incluso el tipo de perchas que habrá de ponerse a disposición del usuario.

Este excesivo celo puesto en el equipamiento con que han de contar las Viviendas de Uso Turístico resulta a todas luces excesivo, provocando inefficiencias en el sistema al negar la entrada a ciertos oferentes que se ven saturados por las exigencias implementadas. Estos requisitos, cuya procedencia se defiende en ocasiones por la existencia de información asimétrica entre oferentes y usuarios, no se sostiene probablemente en la configuración actual del sistema, en el que las plataformas poseen un buen número de herramientas que permiten al usuario conocer en profundidad las características de las viviendas e incluso efectuar comparativas entre ellas²⁰⁹.

Estas normativas obvian igualmente, al establecer estas exigencias de disponer de un equipamiento predeterminado, la influencia de los sistemas de valoración y reputación en línea, en los que los usuarios pueden analizar las experiencias previas de otros usuarios y que constituyen en la actualidad uno de los sistemas de información y de protección del consumidor más potentes que ofrecen las plataformas colaborativas.

Concluimos este análisis de las barreras de entrada que las Autoridades encargadas de velar por la competencia en nuestro país han detectado en torno a esta modalidad de alojamiento con la exigencia de algunas normas autonómicas de disponer de una placa en el exterior de la vivienda que identifique a la misma como vivienda turística.

Nuevamente, nos encontramos con una exigencia innecesaria habida cuenta de las posibilidades que ofrecen las plataformas actuales y los

²⁰⁹ Como declara el Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (E/CNMC/004/15), pág. 99, «*los sistemas de información online y las plataformas de comercialización de alojamientos incluyen una serie de características que ofrecen información suficientemente creíble para sus usuarios, que contratan, y reducen en gran medida, y sin intervención con recursos públicos, los costes de búsqueda para los usuarios*».

sistemas de posicionamiento que utilizan las aplicaciones móviles. No apreciándose efectos particularmente positivos en su recurso, resultaría conveniente su eliminación, si tenemos en cuenta que en cambio sí que puede contribuir a señalar al oferente en el marco de su comunidad, en aquellos casos tristemente habituales en los que como señala la Comisión tal actividad se desarrolle por exigencias económicas del titular.

C. El alojamiento colaborativo y su difícil encuadre en las categorías existentes

Una de las cuestiones que más problemas ha venido planteando en la práctica en relación con el consumo colaborativo ha sido la de su difícil encaje en las categorías existentes. Si hace algunas páginas lo predicábamos respecto del transporte, debemos hacerlo ahora en relación al alojamiento.

A pesar de todo, hay que apuntar que el conflicto por lo general no ha tenido un enfoque excesivamente técnico ni ha estado orientado a finas consideraciones jurídicas. Por el contrario, como apunta frecuentemente la doctrina el conflicto no es tanto por el modelo de alojamiento que plantea la economía colaborativa, que no resulta probablemente tan alejado del alquiler de apartamentos a través de agencias turísticas que en nuestro país cabe retrotraer muchas décadas sin una particular polémica²¹⁰.

Los problemas vienen asociados por el contrario a la magnitud del fenómeno, a la escala a la que se producen estos servicios, que está creando una reordenación del sector y que hace temblar los cimientos del sector hotelero en nuestro país, con una tradición y una importancia considerables. Así pues, nos encontramos en mi opinión ante una cuestión fundamentalmente cuantitativa y no cualitativa, en la que las presiones de los diversos grupos afectados se ha venido imponiendo al debate jurídico.

Hecha esta consideración, quiero finalizar este análisis del fenómeno del alojamiento colaborativo llevando a cabo un estudio del encaje del fenómeno en las categorías preexistentes, estudio sin duda más rico y de mayor interés que las cuestiones económicas a las que me vengo refiriendo.

Al igual que sucedía en el caso del transporte, este análisis va a verse dificultado por el hecho de que bajo el paraguas colaborativo encontramos un vasto conjunto de modelos que difícilmente podrán ser tratados

²¹⁰ En la misma línea HERRERO SUÁREZ, C., «Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a batir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, pág. 153.

de modo unitario. Así, especial relevancia adquiere la distinción entre modelos con ánimo de lucro y modelos sin ánimo de lucro.

El carácter opuesto de estos modelos se ilustra a la perfección si comparamos los presupuestos de dos populares plataformas como son *Airbnb* y *Couchsurfing*. Así, mientras la primera articula un sistema en el que se ofertan alojamientos con diversos precios y características y donde la plataforma lleva a cabo una gestión activa del proceso de intermediación que le es propio en los términos anteriormente expuestos, en la segunda esta intermediación tiene un carácter por el contrario pasivo, limitándose la plataforma a proporcionar mecanismos para que las partes puedan ponerse en contacto.

La diversidad de regímenes apuntados tiene una consecuencia fundamental para nuestro análisis. Y es que mientras la primera plataforma gira en torno al ánimo de lucro (de los oferentes del sistema y de la propia plataforma a través de las comisiones recibidas) el segundo carece de esta motivación, orientando su funcionamiento a la puesta en contacto de personas que quieran descubrir una nueva manera de viajar, conociendo gente local y teniendo experiencias más estrechas con el destino elegido²¹¹.

Sirvan en consecuencia a la hora de atender a esta diversidad de modelos las consideraciones previamente desarrolladas sobre la coexistencia de modelos colaborativos propios e impropios, en atención a la inexistencia o por el contrario a la existencia del ánimo de lucro. En cualquier caso, trataremos de prescindir en las siguientes páginas de esta dicotomía a fin de llevar a cabo un análisis unitario del fenómeno respecto a las categorías existentes en nuestro ordenamiento.

1. El alojamiento colaborativo y el contrato de hospedaje

La primera figura a la que resultaría posible reconducir el alojamiento colaborativo es probablemente la del contrato de hospedaje. Se trata de una figura de cierta tradición en nuestro país pero que ha recibido una atención limitada y parcial por parte de nuestro Derecho, siendo considerado generalmente como un contrato atípico.

²¹¹ Señala SUÁREZ RAMÍREZ, M.P., «Turismo 2.0: Las economías colaborativas innovan el hospedaje», *QUID: Investigación, Ciencia y Tecnología*, nº 28 2017, pág. 66, al hacer referencia a las redes de alojamiento colaborativo, incluso a las de pago que «el objetivo de la red es ayudar a construir la paz, la buena voluntad y la comprensión, proporcionando oportunidades para contactos personales entre personas de diferentes culturas, orígenes y nacionalidades».

Esta atipicidad asociada al hospedaje explica que en relación con su régimen jurídico habremos de atender principalmente a los pactos de las partes y, en menor medida, a los usos que han venido consolidándose a lo largo del tiempo²¹².

Las mayores diferencias las encontramos, sin duda, en el régimen jurídico obligacional aplicable a las partes, particularmente al prestador del servicio. Así, se ha apuntado por ejemplo cómo mientras en los modelos colaborativos el anfitrión ha de abstenerse generalmente de entrar en la unidad habitacional, en el caso del hospedaje los trabajadores del establecimiento hotelero vienen obligados por el contrario a hacerlo, al menos para proceder a la limpieza diaria de la habitación.²¹³

Las diferencias continúan en cuestiones tales como la custodia de los bienes y del equipaje de la persona alojada. Esta exigencia ha constituido tradicionalmente una de las preocupaciones fundamentales en estas figuras, siendo igualmente una de las pocas que ha tenido reflejo normativo.

Y es que el Código Civil, en sede de depósito, declara que «*Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fendas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos*²¹⁴».

Se desprende del precepto cómo esta custodia podrá hacer surgir responsabilidad de observarse sus presupuestos. Este hecho contrasta con el descargo de responsabilidad sobre el equipaje que predicen las plataformas digitales de alojamiento, en las que es el huésped quien estará a cargo de la custodia de sus bienes y en las que la cobertura de estos riesgos habrá de buscarse, en el caso de que hayan sido suscritos, en los seguros pertinentes.

²¹² GARCÍA LUENGO, R.B., «El contrato de hospedaje: Especial referencia al alojamiento turístico hotelero», *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, nº18, noviembre 2001, pág. 67.

²¹³ MOYA BALLESTER, J., «Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. La cesión de habitación por parte del anfitrión al huésped», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, vol.2, nº 1, 2016, pág. 377.

²¹⁴ Art. 1783 del Código Civil.

2. El alojamiento colaborativo y el contrato de arrendamiento

Junto al contrato de hospedaje, se ha tratado reconducir igualmente el alojamiento turístico a través de plataformas colaborativas al contrato de arrendamiento de vivienda. La proximidad entre ambas actividades es evidente y el encaje contractual de este en aquel ha sido considerado pacífico por cierto sector doctrinal²¹⁵.

A pesar de todo, no es posible negar que del modo en que el alojamiento de vivienda está configurado en nuestra normativa (Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos) surgen ciertas diferencias aparentemente insalvables entre ambas figuras, habiéndose puesto el acento particularmente en el objeto de la norma, que se orienta a regular las viviendas concebidas en su totalidad, y la duración mínima de 3 años que esta establecía en caso de que así lo deseara el arrendatario²¹⁶.

En cualquier caso, la polémica ha devenido estéril, desde el momento en el que la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas ha excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos a *«la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial»*²¹⁷.

Hay que señalar en este sentido que este es uno de los puntos en los que más claramente se aprecia que es la dimensión global del fenómeno colaborativo lo que está ocasionando los conflictos y no el modelo en sí. Y esto por cuanto como ha venido apuntando la doctrina, durante décadas los particulares han recurrido al arrendamiento civil para alojar a sus huéspedes a pesar de encontrarse en el ámbito del turismo vacacional. Y no ha surgido en este sentido un debate jurídico particular, más allá de

²¹⁵ Así, entre otros, . AZNAR TRAVAL, A., *Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte...* *op. cit.*, pág. 100, quien considera que el alojamiento turístico ofrecido por las plataformas digitales no plantea mayores problemas en cuanto a su encaje contractual civil *«por cuanto no es más que un arrendamiento o subarrendamiento de vivienda, de forma total o parcial, entre particulares o entre profesional y particular por un período de tiempo reducido»*.

²¹⁶ MOYA BALLESTER, J., «Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo...», *op. cit.*, pág. 377.

²¹⁷ Art. 5 e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos tras la reforma operada por la Ley 4/2013.

afirmar la necesidad de que estas transacciones fueran adecuadamente fiscalizadas por la Agencia Tributaria²¹⁸.

En consecuencia, de lo expuesto hasta el momento hemos de concluir que el alojamiento colaborativo es un fenómeno con unas características propias que lo alejan de las figuras del hospedaje y el arrendamiento clásicos. Considero acertado en consecuencia el proceso iniciado ya hace algunos años orientado a sacar estos modelos de la atipicidad en la que se han visto inmersos. Ahora bien, este acierto en el fin no siempre se traslada al acierto en el modo, habiendo asistido a ciertos excesos como hemos tenido la oportunidad de ver en el epígrafe anterior en muchas de las normativas autonómicas existentes.

Dotar al alojamiento colaborativo de una normativa adecuada requerirá sin duda de tiempo y de una buena dosis de flexibilidad. En este sentido, considero de la máxima importancia que los debates sobre la materia giren en torno a parámetros de racionalidad económica sin descuidar la protección del consumidor, huyendo en la medida de lo posible de interpretaciones interesadas y de presiones de los operadores afectados.

²¹⁸ HERRERO SUÁREZ, C., «Las viviendas de uso turístico...», *op. cit.*, pág. 154..

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones

- ALARCÓN SEVILLA, V., «Los datos personales de los usuarios en la economía colaborativa: ¿Protección o negocio?» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 119-136.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. / BURILLO SÁNCHEZ, F.J., «La economía llamada colaborativa» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 49-72.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., «La controvertida cuestión reguladora de la economía colaborativa», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 137-175.
- ALONSO SOTO, R.J., «El falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. DÍEZ-PICAZO, L.) Vol. 1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 269-281.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La propuesta de regulación de la inversión en masa o equity crowdfunding», *Diario La Ley*, nº 8320, 2014.
- ARAGÓN CÁNOVAS, F.J./ NUÑEZ VILLANUEVA, V., «Las plataformas de economía colaborativa como una tendencia que fomenta el turismo colaborativo», *Actas V Congreso Internacional de Turismo para Todos*, 2015, págs. 41-64.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L., «Nuevos modelos de economía compartida: Uber economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5 nº 1, 2017, págs. 167-189.

- AZNAR TRAVAL, A., *Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- BALANZA NÁJERA, C., «Coworking para abogados, independencia sin caer en el individualismo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 850, 2012.
- BEAUDOUIN, V., «Prosumer», *Communications*, vol. 88, nº 1, 2011, págs. 131-138.
- BENITO MUNDET, H./ MALDONADO GUTIÉRREZ, D., «La financiación colectiva y su papel en el mundo de la empresa», *Ánálisis financiero*, nº 129, 2015, págs. 68-78.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- BOBOC, S., «Blablacar: ¿Un posible supuesto de competencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 19 2017, págs. 241-251.
- BÖCKER, L. / MEELEN, T., «Sharing for people, planet or profit? Analysing motivations for intended sharing economy participation», *Environmental Innovation and Societal Transitions*, nº 23 2017, págs. 28-39.
- BOTELLO HERMOSA, J.M., «La contratación electrónica y la mal llamada economía colaborativa», en MADRID, A. (Dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 543-571.
- BRÄNDLE, G., «Controversias en torno al impacto social del consumo colaborativo: Algunos elementos para la discusión», *Redes.com : revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, nº 15 2017, págs. 122-143.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2010.
- BRUSOLA, T./ LUNA CORRAL, A., «Crowdfunding: Nueva forma de inversión inmobiliaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, nº 158, 2016, págs. 8-11.
- CAMACHO CLAVIJO, S., «El crowdfunding: Régimen jurídico de la financiación participativa en la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, 2016, págs. 85-115.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., «El alquiler de viviendas para uso vacacional a partir de la Ley 4/2013, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Alquiler de Viviendas: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 749, 2015, págs. 1199-1246.
- CARRASCO PERERA, A., «El crowdfunding que viene», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 883, 2014.
- «Proyecto de ley de fomento de la financiación empresarial: la financiación participativa a través de plataformas de crowdfunding», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 12, 2014, págs. 185-197.

- CASADO ROMÁN, J., «Elementos esenciales del contrato de coworking», *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre 2014.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M^a C., «Las nuevas modalidades de prestación de servicios de transporte urbano desde la óptica del Derecho de la competencia», *La Ley mercantil*, nº 38 2017.
- CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M. / SILOS RIBAS, M. / SOBRINO RUIZ, M., «La economía colaborativa en los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 337-361.
- CORDERO ZÁRRAGA, E., «Un impulso a la economía colaborativa», *Unión Europea Aranzadi*, nº 7, 2016, págs. 83-86.
- DE LA CALLE CALLE, P. «Contra la crisis: Consumo colaborativo», en ROSADO, B. / DE LA CALLE, A. (Eds.) *Cambios económicos y jurídicos: En un contexto en crisis*, Editorial Publicia, 2014, págs. 171-184.
- DE LA CALLE VAQUERO, A./ DE LA CALLE CALLE, P., «The collaborative consumption: A form of consumption adapted to modern times», *Revista de estudios económicos y empresariales*, nº25, 2013, págs. 15-30.
- DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., «El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva época*, nº 5, 2016, págs. 30-55.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., «Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor» *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 31 1995 (ejemplar dedicado a: Derecho de la Empresa), págs. 15-22.
- DE LA PUERTA GONZÁLEZ-QUEVEDO, E., «El impacto de internet en las operaciones: Del MRP a los marketplaces», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 791, 2001, págs. 33-54.
- DE LOS MOZOS, I./ GARCÍA DE COCA, J.A., «Liberalización del transporte en España. Alcance y perspectivas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, nº 3 1999, págs. 231-240.
- DELGADO DE COS, J.M.C. / SILOS RIBAS, M. / SOBRINO RUIZ, M., «La economía colaborativa de los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 337-361.
- DÍAZ GÓMEZ, M.A., «Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 27-68.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «La regulación de la economía colaborativa (El caso Uber contra el taxi)», *Cef Legal*, nº 175-176 (agosto-septiembre 2015), págs. 61-104.
- «El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi», en PETIT LAVALL, M^a V./PUETZ, A. (Dir.) *La eficiencia del transporte como*

- objetivo de la actuación de los poderes públicos. Liberalización y responsabilidad»,* Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 37-59.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., «Consideraciones sobre el marco normativo establecido en relación con el uso de vehículos compartidos: Nuevos planteamientos en el entorno de la economía colaborativa a propósito de los servicios de Uber y Blablacar», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 4, nº 1, 2016, págs. 41-48.
- ESTANCONA PÉREZ, A.A., «Carpooling: C2C en el transporte de personas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 37, 2015, págs. 161-184.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa», *La Ley mercantil*, nº 48 2018.
- FALCÓN Y TELLA, R., «La tributación de Uber», *Quincena Fiscal*, nº 13, 2014, págs. 11-16.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., «Problemática jurídica derivada de la economía compartida», *Economía Industrial*, nº 402 2016, págs. 37-46.
- «Turismo P2P o colaborativo: Un reto para el ordenamiento jurídico», *International Journal of Scientific Management Tourism*, vol. 2, nº 2, 2016, págs. 111-127.
- FLAQUER RIUTORT, J., «La incidencia de la regulación del alquiler vacacional en las plataformas de intercambio turístico», en MADRID, A. (Dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 453-472.
- FIGUEROLA MARTÍN, M., «Causas y origen del nuevo paradigma del consumo colaborativo en su implantación en el sector turístico español», *Estudios Turísticos*, nº 201, 2014, págs. 31-45.
- FRANCH FLUXÀ, J./ RIVAS CORONADO, J.F., «El alquiler de viviendas para uso vacacional. Perspectiva actual, problemas y propuestas legales», *Estudios Turísticos*, nº 195, 2013, págs. 33-57.
- FRENKEN, K. / SCHOR, J., «Putting the sharing economy into perspective», *Environmental Innovation and Societal Transitions*, nº 23 2017, págs. 3–10.
- FUENTES LOJO, J. V., «El transporte gratuito de personas y la responsabilidad del transportista», *Revista General de Derecho*, nº 130-131, 1955, págs. 490 y ss.
- GAGLIARDO, M., «Responsabilidad en el transporte benévolos», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº. 4, 2012, págs.. 59 y ss.
- GAIGHER B. CAMPEDO, L./ RIBEIRO SANTIAGO, M., «El desarrollo del trueque, un instrumento de consumo colaborativo y sostenible», *Derecho y cambio social*, año 11, nº 38, 2014.
- GARCÍA LUENGO, R.B., «El contrato de hospedaje: Especial referencia al alojamiento turístico hotelero», *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, nº 18, noviembre 2001, págs. 59-81.

- GARCÍA-OCHOA MAYOR, D./ NARVÁEZ BARBA, I., «Economía colaborativa y financiación», *Diario La Ley*, nº 8807, 2016.
- GARCÍA MONTORO, L., «El futuro del mercado digital único pasa por la regulación de las plataformas online», *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 7 de octubre de 2016, págs. 1 a 9.
- GARRIGUES, «La CNMC se posiciona como defensora de la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio», *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2016, págs. 31-40.
- GIMENO BEVIÁ, V., «Los seguros obligatorios como ventaja del turismo tradicional frente al turismo colaborativo», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, vol. 2 nº 3, 2016, págs. 137-145.
- GIMENO RIBES, M., «Aproximación a la naturaleza jurídica del crowdfunding», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, 2014, págs. 451-490.
- GINÈS FABRELLAS, A./ GÁLVEZ DURAN, S., «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2016.
- GIRONA CASCALES, I. / PÉREZ RIQUELME, A., «La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 243-266.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ GIMÉNEZ, P., «La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: Reflexiones desde el Derecho de la competencia desleal», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 111-125.
- GONZÁLEZ ORDEN, D./ VALLEJO ANDRADA, A./ SARASOLA, J.L., «Nuevos movimientos sociales: el transporte: El caso Bla-BlaCar y Uber», *IJERI: International journal of Educational Research and Innovation*, nº 3, 2015, págs. 143-155.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «¿Del consumo sostenible a una economía circular?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 17, 2016, págs. 179-191.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C. «Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal», *Revista de Derecho del Transporte*, nº 16, 2015, págs. 77-98.
- «Reflexiones sobre Uber a propósito de la decisión de la Court of Appeals for the Seventh Circuit», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 19 2017, págs. 232-240.
- GRANADOS SÁNCHEZ, J., «Crowdfunding: La nueva forma de financiación analizada desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº 8832, 2016.
- GRANDE SANZ, M., «La utilización de cláusulas de resolución de conflictos en la economía colaborativa», en MADRID, A. (Dir.) *Derecho mercantil*

- y tecnología, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 1191-1219.
- GRIMALDOS GARCÍA, M^a I. «El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 363-385.
- GUILLÉN NAVARRO, N.A. / ÍÑIGUEZ BERROZPE, T., «Las viviendas de uso turístico en el nuevo entorno P2P. Retos sociojurídicos para el consumo colaborativo en el alojamiento turístico», *Estudios Turísticos*, nº 205, 2015, págs. 9-34.
- «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p», *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*, vol. 14, nº 3, 2016, págs. 751-768.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, R. «Las relaciones laborales en la economía colaborativa: El caso Uber en EE.UU», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 187, 2016, págs. 161-188.
- HERNÁNDEZ GALÁN, J. / DE LA FUENTE ROBLES, Y. M., «El transporte público interurbano como integrador o discriminador de las personas. El derecho a viajar y su rentabilidad social. El caso español», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, nº 13, 2014, págs. 43 y ss.
- HERRERO SUÁREZ, C., «Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a batir?. Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 147-158.
- HORRACH ARMO, J.G., «La competencia desleal en la economía colaborativa. Especial referencia a las distintas modalidades del servicio de transporte de pasajeros», en MADRID, A. (Dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 1051- 1071.
- IACUNIELLO BRUGGI, M./FILIPPO PAOLUCCI, L., *Il contratto di trasporto. Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, UTET, Torino, 1979.
- JARNE MUÑOZ, P., «Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en línea en la calificación jurídica de los servicios prestados», *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, vol 2, nº13, 2015, págs. 111-122.
- «El fenómeno del transporte colaborativo», en ZUBIRI DE SALINAS, M. (Dir.) *El contrato de transporte de viajeros: Nuevas perspectivas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 227-265.
- JEFFERSON-JONES, J., «Airbnb and the Housing Segment of the Modern Sharing Economy: Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking?», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 42, nº 3, págs. 557-576.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., «El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 159-178.

- LEIÑENA, E., «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (Carpooling y car sharing)», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, 2015, págs. 283-334.
- LÓPEZ CATALÁN, B. / SAN MARTÍN GUTIÉRREZ, S. / JIMÉNEZ TORRES, N.H., «El éxito del comercio móvil B2C: Factores de adopción y propuestas de valor de las empresas» *Cuadernos de estudios empresariales*, nº 26 2016, págs. 61-78.
- LÓPEZ ROMÁN, E. «Economía colaborativa, competencia y el mercado único digital», *Diario La Ley*, nº 8690, 2016.
- LUCAS DURÁN, M., «Problemática jurídica de la economía colaborativa: Especial referencia a la fiscalidad de las plataformas», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, nº 10 2017, págs. 131-172.
- MAMBRILLA RIVERA, V., «La política europea de transportes (hacia el establecimiento de un «Espacio Único Europeo del Transporte»)», *Revista de Derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 9, 2012, págs. 37-84.
- MAPELLI, E., *Régimen jurídico del transporte*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., «Crowdfunding, intermediarios de crédito y préstamos al consumo en la Ley 5/2015», *Diario La Ley*, nº 8575, 2015.
- MARTÍN FABA, J.M., «El TSJ de Madrid da alas al consumo colaborativo. STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8a) núm. 292/2016, de 31 de mayo», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 13 de junio de 2016.
- MARTÍN MORAL, M.F., «Economía colaborativa y protección del consumidor», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70, julio-diciembre 2017, págs. 185-202.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y., «El tratamiento fiscal del crowdfunding», *Quincena Fiscal*, nº 14, 2015, págs. 59-86.
- MÉNDEZ PICAZO, M.T. / CASTAÑO MARTÍNEZ, M.S., «Claves de la economía colaborativa y políticas públicas», *Economía industrial*, nº 402 (ejemplar dedicado a: Economía colaborativa), 2016, págs. 11-17.
- MIRALLES MARUGÁN, P. / VILLAR LAMA, A., «La irrupción de la economía colaborativa en el sector turístico: Análisis del conflicto en el sector del alojamiento», en *El turismo y la experiencia del cliente: IX Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 21 y 22 de junio de 2016* (AA.VV.), tomo II, págs. 437-462.
- MIRANDA SERRANO, L.M., «Economía colaborativa y competencia desleal: ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 197-249.
- MONGE GIL, A. L., «La regulación de los transportes por cable», *Revista jurídica de Navarra*, nº 13, 1992, págs. 103-138.

- MONTESINOS OLTRA, S., «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del Derecho tributario», *Economía Industrial*, nº 402 2016, págs. 47-54.
- MOYA BALLESTER, J., «Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. La cesión de habitación por parte del anfitrión al huésped», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, vol.2, nº 1, 2016, págs. 371-378.
- NAVARRO EGEA, «La economía colaborativa ante la Hacienda Pública» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 523-543.
- OLMEDO PERALTA, E., «Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: Una cuestión de política de la competencia», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 250-283.
- ORTIZ VIDAL, Mª D., «La economía colaborativa en la Unión Europea: Un fenómeno tan popular como controvertido» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 73-93.
- PACHECO JIMÉNEZ, Mº N, «La web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: Auge de negocios de dudosa legalidad», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, 2016, págs. 76-84.
- PERIS ORTIZ, M. / ESTELLÉS MIGUEL, S. / RUEDA ARMENGOT, C., «Mercado y economía colaborativa. Conceptos y caso Wallapop», *Economía industrial*, nº 402, 2016 (ejemplar dedicado a: Economía colaborativa), págs. 19-26.
- PREVOT, J. M., «Culpa y riesgo en el transporte benévolos de personas», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros: Publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº 2, 2013, págs. 61 y ss.
- PRIETO, A., «Cuando compartir es ganar: coworking: compartir oficina permite un ahorro del 60% de los costes fijos y mejora la imagen de tu actividad profesional», *Emprendedores: las claves de la economía y el éxito profesional*, nº extra 168, 2011, págs. 48-51.
- PÉREZ VAQUERO, C., «Europa da los primeros pasos para regular el consumo colaborativo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 904, 2015.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Función y responsabilidad de las plataformas en línea: Una aproximación», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 2017, págs. 338-352.
- RAUCH, D. E./ SCHLEICHER, D., «Like Uber, But for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the Sharing Economy», *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, nº 15-01. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549919##.

- REDONDO FAYA, F. «Crowdfunding inmobiliario: una alternativa de inversión más «democrática»», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, nº 162, 2016, págs. 18-23.
- RODRIGO TORRALBA, P. / GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, F., «Economía colaborativa: Una nueva actividad económica para un nuevo sistema», *RUE: Revista Universitaria Europea*, nº 28 2018, págs. 147-174.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Una regulación europea para las plataformas electrónicas: Propuestas en curso y alternativas», en MADRID, A. (Dir.) *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 427-452.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305 2017, págs. 181-216.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «La responsabilidad civil por servicios de transporte terrestre que afectan a la seguridad de las personas», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 259, 2006, págs. 55 y ss.
- «La responsabilidad civil por daños personales a los viajeros en los servicios de transporte por carretera», *Diario La Ley*, nº 7825, 2012.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A., «Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 6, 2014.
- ROVELLI, R., *Il trasporto di persone*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970.
- RUSCICA, S., «Profili giuridici del trasporto gratuito e del trasporto di cortesía», *Rivista Giuridica della Circolazione e dei trasporti*, nº 6, noviembre-diciembre 2008.
- SAJARDO MORENO, A./ RIBEIRO COUTINHO, D., «La nueva financiación del bienestar : economía social y crowdfunding: ¿La era de la sociedad mecenazos?», en GARCÍA LIZANA, A. (Coord.) *Anales de economía aplicada 2014*, 2014, págs. 829-845.
- SAJARDO MORENO, A., «Nuevos instrumentos de financiación para el sector no lucrativo: el reto del crowdfunding social», *Cooperativismo & Desarrollo*, vol. 24, nº. 108, 2016.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A. /ALONSO SOTO, R., «Los contratos de colaboración», en *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. / ROJO, A.), vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 97-113.
- SÁNCHEZ CARRERO, J. / CONTRERAS PULIDO, P., «De cara al prosumidor: Producción y consumo empoderando a la ciudadanía 3.0», *Icono 14*, vol. 10, nº 3, 2012, págs. 62-84.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Arbitraje como medio de solución de conflictos en la economía colaborativa» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 653-677.

- SÁNCHEZ ROGER, M., «Crowdfunding y la economía de internet», *Análisis financiero*, nº 127, 2015, págs. 1-12.
- SÁNCHEZ TORNEL, V.M. / PERONA GUILLAMÓN, M., «La tecnología como instrumento de la economía colaborativa: Sus implicaciones jurídicas» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 95-117.
- SELMA PENALVA, V., «Empresas de economía colaborativa y control de cumplimiento de obligaciones tributarias: Intercambio de información fiscal en la Unión Europea», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 565-583.
- SUÁREZ CORIJO, B., «The sharing economy: the emerging debate in Spain», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 6 nº 1-2, 2017, págs. 30-41.
- SUÁREZ RAMÍREZ, M.P., «Turismo 2.0: Las economías colaborativas innovan el hospedaje», *QUID: Investigación, Ciencia y Tecnología*, nº 28 2017, págs. 60-68.
- SUNDARARAJAN, A., «Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues», Written testimony for the hearing titled, *The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses*, held by the Committee on Small Business of the United States House of Representatives, January 15th, 2014.
- TODOLÍ I SIGNES, A., «El impacto de la Uber economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *Iuslabor*, nº 3, 2015.
- TOFFLER A., *La tercera ola*, Plaza & Janés, 1981.
- TOFFLER A./TOFFLER H., *La revolución de la riqueza*, Editorial Debate, 2006.
- TOURIÑO, A., «La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify», *Actualidad Civil*, nº 4 2016, págs. 80-93.
- VALERO TORRIJOS, J., «La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información» en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dirs. ALFONSO SÁNCHEZ, R. / VALERO TORRIJOS, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 199-219.
- VAQUER FERRER, V.A., «Establecimiento permanente y economía digital: Especial referencia a las empresas intermedadoras en el ámbito del turismo colaborativo», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 3, 2016.
- VELASCO KARS, A., «La polémica de las viviendas de uso turístico y su dispar regulación», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, nº 159, 2016, págs. 8-11.

- VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El consumo colaborativo en el transporte de personas», *Diario La Ley*, nº 8601, 9 de septiembre de 2015.
- «El transporte colaborativo *hic et nunc*», *Revista de Estudios Europeos*, nº 70 julio-diciembre 2017, págs. 398-415.
- VICENTE BUENDÍA, A. / PARRA MEROÑO, M.C. / FLORES ASENJO, M.P., «Economía colaborativa: ¿Una versión 2.0 de la economía social? *Sphera publica: revista de ciencias sociales y de la comunicación*, vol. 1, nº. 17, 2017, págs. 64-80.
- VILALTA NICUESA, A.E., «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 94 nº 765, 2018, págs. 275-330.
- ZUBIRI DE SALINAS, M., «El transporte de personas», en BERMEJO VERA, J. (Coord.), *El derecho de los transportes terrestres*, 1999, págs. 297-334.

Informes y documentos:

GENERALITAT VALENCIANA. Decreto 92/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el reglamento de alojamientos turísticos y empresas gestoras de la Comunidad Valenciana.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa). 11 de junio de 2014.

GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. IPN/CNMC/007/15 Informe sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas de Uso Turístico en Aragón.

GOBIERNO DE ARAGÓN. Decreto 80/2015, de 5 de mayo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Bruselas, 6 de mayo de 2015.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas. 28 de octubre de 2015.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. E/CNMC/004/15. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Marzo de 2016.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital. Bruselas, 19 de abril de 2016.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. Bruselas, 25 de mayo de 2016.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, 2 de junio de 2016.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA. Informe 04/2016 sobre nuevos hábitos de consumo, cambios sociales y tecnológicos.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05). 19 de agosto de 2016.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La 5G para Europa: un plan de acción. Bruselas, 14 de septiembre de 2016.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos. Bruselas, 10 de mayo de 2017.

COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES. Dictamen sobre economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones. COM (2016) 356 final. 9 de junio de 2017.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/2003(INI)).

GENERALITAT DE CATALUNYA. Informe de la Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa: Propuestas para un buen encaje de la economía colaborativa y de plataformas en Catalunya. 5 de septiembre de 2017.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre la «Fiscalidad de la economía colaborativa – Análisis de posibles políticas impositivas ante

el crecimiento de la economía colaborativa» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia) (2018/C 081/09). 2 de marzo de 2018.
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. E/CNMC/003/18. Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO 1. LA ECONOMÍA COLABORATIVA. ORIGEN Y PRESUPUESTOS	17
I. Origen y evolución de la economía colaborativa	17
II. La economía colaborativa en el contexto de las relaciones <i>peer-to-peer</i>	22
III. ¿Qué es economía colaborativa y qué no? Beneficios del movimiento colaborativo.....	28
IV. Economía colaborativa y competencia	39
A. La economía colaborativa y los mercados	39
B. Economía colaborativa y defensa de la competencia.....	40
C. Economía colaborativa, corrección en el tráfico y competencia desleal	44
V. La economía colaborativa y el reto de su regulación.....	48
A. La situación en España.....	48
1. Delimitar adecuadamente la noción de consumo colaborativo	52
2. Determinar el estatus de las diversas plataformas de consumo colaborativo y el régimen al que habrán de someterse.....	53
3. Brindar una adecuada protección a los usuarios de estas plataformas y a los titulares de los bienes	54

4. En definitiva, tratar de implementar un régimen normativo adecuado al fenómeno colaborativo	55
B. A propósito del caso italiano.....	56
CAPÍTULO 2. LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS COMO VEHÍCULO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA	61
I. Aproximación a las plataformas digitales	61
A. Un mercado único digital para Europa	62
B. Aproximación a la Comunicación de la Comisión Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa.....	64
1. Creación de un entorno adecuado para atraer, retener y desarrollar a nuevos innovadores de las plataformas en línea....	65
2. Establecimiento de un marco reglamentario equilibrado para las plataformas en línea en el mercado único digital	67
4. Aplicación de los principios esenciales para el desarrollo de las plataformas en la UE	69
II. En particular, las plataformas de consumo colaborativo. ¿Mera intermediación o prestación de servicios?.....	73
A. La actividad de las plataformas digitales	75
1. Crean un mercado en línea (Marketplaces)	77
2. Facilitan redes de comunicación	78
3. Ofrecen un servicio de geolocalización	78
4. Gestionan los pagos.....	79
B. En torno a la cuestión de la imputación de los servicios subyacentes.....	80
C. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.....	84
III. La responsabilidad de las plataformas en línea en el escenario colaborativo	89
A. Responsabilidad por los datos almacenados. A propósito de la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (caso L’Oreal vs. Ebay).....	89
B. Protección de datos personales y economía colaborativa	92
CAPÍTULO 3. PROSUMIDORES Y CONSUMIDORES	95
I. Los prestadores de servicios colaborativos. Prosumidores <i>vs</i> profesionales.....	95
A. Los prosumidores	96
B. El prosumidor y la desintermediación en los servicios. Algunas reflexiones en relación con la aplicación de las normativas sectoriales	99

D. La utilización impropia o profesional de las plataformas colaborativas. Algunas consideraciones en relación a la tributación de los servicios	103
II. La <i>uberización</i> de la economía y el poder de las plataformas. Particular referencia a la denominada «economía de los recados».....	107
A. La economía de los recados y sus posibilidades en el escenario derivado del comercio electrónico.....	107
B. La problemática asociada a la economía de los recados	110
III. Los consumidores colaborativos y su protección	114
A. El Derecho de consumo clásico, una protección en cierto modo estéril en el contexto de las relaciones entre particulares.....	115
1. La importancia de la información.....	116
2. La protección que ofrecen los seguros.....	118
3. La apuesta por los sistemas de resolución de conflictos	121
B. Los nuevos sistemas de protección de los consumidores y usuarios colaborativos.....	124
CAPÍTULO 4. CONSIDERACIONES SECTORIALES	129
I. El transporte colaborativo	130
A. Caracterización del transporte colaborativo	130
B. Claves para comprender la litigiosidad asociada al transporte colaborativo.....	141
1. La cuestión de la exigencia de autorización administrativa. Aproximación a los Reales Decretos-ley 3/2018 y 13/2018 por los que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor	143
2. La posible existencia del ánimo de lucro y el ejercicio profesional de la actividad de transporte en los conductores ...	150
C. El transporte colaborativo en clave judicial	152
1. El caso Uber	152
2. El caso Blablacar	155
3. El caso Cabify	158
II. La situación en el sector de las Viviendas de Uso Turístico.....	161
A. Aproximación normativa al problema.....	163
B. Cuestiones concurrenceales en relación con los modelos de negocio asociados al alojamiento colaborativo	166
1. Cuestiones registrales	167
2. A propósito de la limitación temporal por la que podrán contratarse las Viviendas de Uso Turístico	168
3. Cuestiones vinculadas a las características del alojamiento	170
4. Límites asociados a los requisitos técnicos de la vivienda y a su identificación como vivienda de uso turístico.....	173

C. El alojamiento colaborativo y su difícil encuadre en las categorías existentes.....	174
1. El alojamiento colaborativo y el contrato de hospedaje.....	176
2. El alojamiento colaborativo y el contrato de arrendamiento.....	177
BIBLIOGRAFÍA.....	179

La economía colaborativa ha venido para quedarse. Los modelos económicos en los que las plataformas en línea crean mercados abiertos donde los particulares ofrecen o intercambian servicios vienen marcados por la nota de la desintermediación, lo que a menudo colisiona con los intereses de los operadores tradicionales que desarrollan su actividad en el sector. Hemos de ser conscientes de que los problemas y retos que esta modalidad de intercambios plantea difícilmente pueden ser resueltos a través de los cauces tradicionales de que dispone nuestro ordenamiento jurídico. Se asiste, en definitiva, al auge de la posesión o de la idea de acceso a los bienes o servicios en detrimento de la propiedad.

La obra se plantea como un intento de reconstrucción sistemática del movimiento colaborativo. Tras un capítulo introductorio en el que se expone la evolución y se delimitan los contornos actuales del fenómeno, se dedican sendos capítulos a profundizar en el régimen aplicable a las plataformas en línea y, a renglón seguido, en el estatuto del prosumidor y en la protección que reciben los usuarios de estos servicios. La obra se cierra con un estudio particularizado de los dos sectores en los que la economía colaborativa ha incidido con mayor empuje, el transporte y el alojamiento.

Si bien se trata inicialmente de una obra de origen académico, va dirigida también a profesionales de los sectores en los que la economía colaborativa tiene una gran implantación. De igual modo puede resultar interesante para el sector público y las asociaciones de consumidores.

Pablo Jarne es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil en la Universidad de Zaragoza. Cursó sus estudios doctorales en el ámbito de la distribución comercial. Destacan la realización del Máster en Derecho de la distribución y el Diploma de Estudios Superiores Especializados en Derecho económico, ambos en la Universidad de Montpellier, así como su paso por el Consejo de Consumidores y Usuarios de Madrid. Es autor de una veintena de publicaciones principalmente orientadas al ámbito de la distribución, el consumo y las nuevas tecnologías.

REUS
EDITORIAL

ISBN: 9788429021370

9 788429 021370