

LA ENTRADA EN ESCENA DE LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS: ¿PRESTADORAS DE SERVICIOS PROFESIONALES O EMPRESAS TECNOLÓGICAS?

Herminia Campuzano Tomé

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

1. El consumo colaborativo como nuevo modelo económico

Bajo el concepto de economía colaborativa se agrupan distintas formas de utilización, uso o adquisición coordinada y compartida de un conjunto de bienes y servicios que, convencionalmente, se habrían consumido con carácter individual y excluyente¹. El hecho de compartir es lo que lo distingue, tanto del consumo privado mercantil, donde el precio radicaliza o institucionaliza el individualismo posesivo del comprador, como del consumo colectivo organizado por el Estado en torno a los bienes públicos, con una función de utilidad conjunta y con precios totalmente regulados². Como afirma DE LA ENCARNACIÓN³, “la posesión vence a la propiedad” al haber optado los usuarios por modelos de consumo dirigido a compartir, intercambiar, prestar o alquilar bienes que unos poseen y otros desean utilizar sin necesidad de tenerlos en propiedad⁴. Si durante muchos años la propiedad ha sido la máxima aspiración de muchos consumidores, la concurrencia de determinados factores ha venido a propiciar cambios notables en sus hábitos de consumo. El producto ya no se vende únicamente, sino que se alquila, redistribuye o comparte.

Los efectos derivados de la crisis económica padecida en España en la última década fue el factor que con más fuerza contribuyó al éxito de los

¹Sobre el tema, véase: GONZÁLEZ CABRERA, I.: “La economía colaborativa: del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 309/2018 (BIB 2018\12371); ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R.: “El Derecho Mercantil ante la expansión del consumo colaborativo”, en *Retos y tendencias del Derecho de la Contratación Mercantil*, Luis María Miranda Serrano y Javier Pagador López (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2017. Págs. 133 ss.

² Cfr. ALONSO, L.E.: “Consumo colaborativo: las razones de un debate”. *Revista Española de Sociología* (RES) núm. 26 (1), 2017. Pág. 88.

³ DE LA ENCARNACIÓN, A.M.: “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), Nueva Época, núm. 5, enero-junio 2016. Disponible en: <https://deje.ua.es/es/derechoadministrativo/documentos/comunicaciones/el-alojamiento-colaborativo-viviendas-de-uso-turistico-y-plataformas-virtuales.pdf> . Pág.1.

⁴ BOTSMAN Y ROGERS distinguen tres modalidades del consumo colaborativo: a) basado en el producto: se paga por utilizar un producto en lugar de adquirirlo; b) la redistribución, que se basa en derivar objetos que ya no se utilizan por su dueño, y c) la oferta para compartir estilos de vida (tiempo, espacio, habilidades, etc.). BOTSMAN, R. y ROGERS, B.: *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Septiembre 2010. Pág. 7.

modelos de consumo colaborativo⁵. Las fuertes medidas de recorte y austeridad impuestas obligaron a los particulares a optimizar sus recursos infrautilizados y ponerlos a disposición de otros sujetos para prestarlos, regalarlos, intercambiarlos, alquilarlos, etc.⁶. Surgieron formas alternativas de consumo⁷, que aun con diferentes terminologías, albergaban un núcleo común asentado en un sentimiento de comunidad, de compartir y de participación entre los usuarios, donde la confianza es el vínculo que permite establecer las conexiones⁸. El problema residía en conectar a las personas que necesitaran acceso a un recurso con aquellas otras que dispusieran de esos recursos infrautilizados⁹. Fue la generalización y facilidad de acceso a Internet y la expansión de las redes sociales, así como la expansión de la telefonía móvil, las circunstancias que proporcionaron las herramientas necesarias para compartir recursos entre los usuarios, permitiéndoles interactuar para compartir bienes y prestar servicios *peer to peer*¹⁰. Así, el poder de la colaboración y el compartir a través de la tecnología cambia la forma de concebir la propiedad y las relaciones comerciales ofreciendo nuevos

⁵ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) destaca como factores determinantes para el auge del consumo colaborativo los factores económicos: la crisis económica y el desarrollo de canales alternativos en el mercado financiero, y los factores socioeconómicos, determinados por un cambio en la cultura de consumo más enfocada en el acceso a los servicios que en la propiedad y una mayor conciencia medioambiental y de sostenibilidad. Véase: Resultados Preliminares E/CNMC/004/15. *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo de 2016, Disponible en: <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTllqyWvobVqreR-iApsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1>, Pág.5.

⁶ Así, por ejemplo, "...a raíz de la crisis económica emergieron plataformas, por ejemplo, para la compraventa de vestidos y complementos de novia de segunda mano, para el alojamiento en casas, el alquiler de vehículos o de trajes de gala, incluso en relación con ropa de diseñadores o complementos de lujo, y también comunidades donde los usuarios publican una tarea, como montar un mueble o recoger un paquete y el precio que ofrecen a la persona que quiera llevarla a cabo...". Cfr. 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, 21 de enero de 2014, DOUE C 177/1 de 11 junio 2014. Conclusión 4.2.

⁷ Sobre los posibles modelos económicos alternativos derivados de la crisis, Véase: VV.AA. *Otra vida es posible. Prácticas económicas alternativas durante la crisis*. Edit. UOC. Barcelona 2012; MÉNDEZ, R.: "Redes de colaboración y economía alternativa para la resiliencia urbana: una agenda de investigación", *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 1139, 2015. Págs. 4 ss.; CAÑIGARES, BARÓ, A. *Innovación en modelos socioeconómicos. Introducción al Consumo Colaborativo...*, cit. Pág.7.

⁸ DE LA ENCARNACION deja constancia de las diversas expresiones utilizadas en inglés para hacer referencia al modelo de económica colaborativa: "...*collaborative economy* hace referencia a la forma de liberar el valor de los bienes en desuso o infrautilizados por su propietario, poniendo en común a quienes los necesitan, pero no los tienen y a los que tienen, pero no los usan, dejando de lado los canales tradicionales de intermediación y distribución; *collaborative consumption* hace mención al sistema que reinventa los mercados tradicionales de venta, alquiler, intercambio, trueque, participación, etc., en nuevas formas impensables antes de la existencia de Internet; *sharing- economy* significa compartir –no ceder– bienes o servicios en desuso o infrautilizados, generalmente, de forma gratuita y directa entre particulares o entre empresas...", DE LA ENCARNACIÓN, "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", cit, Pág. 30..

⁹ Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "*Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*", cit. Conclusiones 2.8, 2.9 y 2.10.

¹⁰ trad.: *de particular a particular*.

instrumentos de consumo más accesibles para los consumidores. Como afirma DOMENECH PASCUAL¹¹,

“La expansión de la economía colaborativa conjuga tanto el progreso que supone las tecnologías informáticas, que abaratan costos y facilitan la comunicación, como los efectos de la crisis económica en donde se intentan obtener ingresos o disfrutar de bienes y servicios que de otro modo no se podría disfrutar. Constituye el rescate de una práctica que se beneficia de la tecnología actual para que el servicio sea mucho más eficiente y escalable”¹².

En este contexto, cimentado sobre la base de los acuerdos y de la confianza mutua entre desconocidos¹³ y de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, emerge el consumo colaborativo con fuerza en nuestro país como un fenómeno innovador de alcance global y transversal¹⁴ que, aun cuando germina a principios del siglo XXI, ha alcanzado su mayor éxito en los últimos años al abrigo de la crisis económica¹⁵ y del desarrollo y proliferación

¹¹ DOMENECH PASCUAL, G.: “La regulación de la economía colaborativa, (El caso «Uber contra el taxi»”, *Revista Ceflegal*. CEF, núm. 175-176 (agosto-septiembre 2015). Págs. 67. Véase también JARNE MUÑOZ, “El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 17/2016. I. Estudios y consultas. Disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, Pág. 65.

¹² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, cit, Conclusión 3.1.

¹³ En este sentido se pronuncia el Comité Europeo de las Regiones al declarar que “Este nuevo planteamiento basado en la puesta en común/colaboración/participación/relación tiene una fuerza que procede no solo de las nuevas tecnologías, sino también de la confianza y la responsabilidad, y tiene un valor económico, pero también social y «experiencial”. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones *Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones*. DOUE C 185/24, de 9 de junio de 2017. En la misma línea, BOSTMAN y ROGERS, declaran “*Vivimos en un mundo global donde podemos imitar a los intercambios que antes tenían lugar cara a cara, pero a una escala y de una manera que nunca habían sido posibles. La eficiencia de Internet, combinada con la capacidad de crear confianza entre extraños ha creado un mercado de intercambios eficientes entre productor y consumidor, prestador y prestatario, y entre vecino y vecino, sin intermediarios*”. BOSTMAN Y ROGERS, *what’s mine is yours. The rise of collaborative consumption...* cit. Pág. 5.

¹⁴ Según se recoge en los Resultados preliminares del *Estudio sobre los Nuevos Modelos de Prestación de Servicios y la Economía Colaborativa*, elaborado por CNMC, “La transversalidad del fenómeno afecta a numerosos mercados, entre los que destacan el transporte y el alojamiento. Su expansión a nuevos mercados es cada vez mayor, detectándose en la actualidad, entre otras, la presencia de empresas de economía colaborativa en la educación, la salud y la logística... Por lo que respecta al carácter global de la economía colaborativa se debe, en gran medida, a las propias causas que lo han impulsado. El desarrollo de las telecomunicaciones y la expansión de la tecnología móvil han generado una reducción significativa de los costes de transacción y la aparición de sistemas de reputación que ofrecen información relevante a los usuarios y reducen sustancialmente los problemas de información asimétrica del mercado”. CNMC, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa...*, cit. Pág. 5. Sobre los efectos del consumo colaborativo en España, véase JARNE MUÑOZ, P.: “El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro”, cit, Págs. 64-78.

¹⁵ Sobre los posibles modelos económicos alternativos derivados de la crisis, véase: VV.AA. *Otra vida es posible. Prácticas económicas alternativas durante la crisis*. Edit. UOC. Barcelona 2012; MÉNDEZ, R.: “Redes de colaboración y economía alternativa para la resiliencia urbana: una agenda de investigación”, *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias*

de las nuevas tecnologías¹⁶. No se trata de un modelo nuevo en lo que respecta a su contenido, ya que compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar han sido formas tradicionales de consumo que siempre han existido. La novedad reside en la forma, dado que ha sido el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información lo que ha servido de catalizador para que estas fórmulas vuelvan a estar de plena actualidad¹⁷. Son ellas las que posibilitan nuevas maneras de conectar, crear y compartir valor¹⁸ y las que abren la vía hacia nuevas formas de contratación de bienes y servicios, instrumentalizadas a través de redes sociales y plataformas digitales que actúan como intermediarias poniendo en relación a los distintos lados del mercado y resolviendo los problemas de coordinación entre la oferta y la demanda¹⁹.

En el ámbito europeo, la economía colaborativa es definida como “modelo de negocio en el que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de

Sociales, núm. 1139, 2015. Págs. 4 ss. CAÑIGARES, BARÓ, A.: *Innovación en modelos socioeconómicos. Introducción al Consumo Colaborativo*. <http://www.consumcollaboratiu.com/>.

¹⁶ En este sentido, DOMENECH PASCUAL considera que la causa principal del surgimiento de la economía colaborativa radica en “el avance experimentado por las tecnologías de la información, que ha posibilitado abaratar exponencialmente las actividades de obtención, almacenamiento, procesamiento y comunicación de información que los interesados han de llevar a cabo para colaborar en la producción y consumo de bienes y servicios, intercambiándolos o compartiéndolos” Señala los cuatro recientes avances tecnológicos que están en la base de su éxito. “El fundamental es internet, que permite conectar entre sí a miles de personas interesadas en ofrecer o utilizar determinados servicios. El segundo es el GPS (*Global Positioning System*), que hace posible localizar con una enorme precisión, rapidez y facilidad a los individuos que actualmente demandan u ofertan dichos servicios. El tercero son los teléfonos móviles inteligentes, cuyas prestaciones y enorme difusión permiten a un sector de la población cada vez más amplio solicitar con una enorme facilidad dichos servicios prácticamente en cualquier momento y lugar. Finalmente, las plataformas de pago telemáticas enervan las incomodidades y los riesgos que tanto para los usuarios como para los prestadores engendran los pagos en metálico”. DOMENECH PASCUAL, G.: “La regulación de la economía colaborativa...”, Págs. 67. Véase también JARNE MUÑOZ, “El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro...”, cit.

¹⁷ Cfr. DE LA ENCARNACIÓN, “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales...”, cit. Pág. 33. En este sentido considera SANCHEZ HUETE que “lo realmente innovador resulta el efectuarse a través de internet ya que permite interconectar a un gran número de personas. De prácticas puntuales, realizadas en contextos de proximidad física o espacial, a masivas en donde la distancia no resulta obstáculo gracias a internet, este sin duda es el cambio. De ahí que resulten de gran importancia la intervención de las plataformas denominadas colaborativas gestionadas a través de internet. Tanto es así que la Comisión de la Unión Europea acaba definiendo la economía colaborativa teniendo presente tal intervención: el mismo sentido, SANCHEZ HUETE, M.A. : “Las nuevas obligaciones informativas en la cesión de uso de viviendas de uso turístico”, *Fiscalidad de la Colaboración Social*, Enero 2018, (BIB 2018\12142).

¹⁸ Cfr. RODRIGUEZ MARÍN, S.: “Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales”. *Sharing España, Adigital*. <https://www.adigital.org/media/plataformas-colaborativas.pdf>

¹⁹ En este sentido, Véase CAÑIGARES, BARÓ, *Innovación en modelos socioeconómicos. Introducción al Consumo Colaborativo...*, cit. Pág. 6.

mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”²⁰, siendo revestida de unas concretas características²¹. En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) lo considera como un modelo económico en el que “los agentes comparten de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet”²².

Implica a tres categorías de agentes que desarrollan actividades heterogéneas que no puede acotarse en una prestación tipo: 1) Los prestadores de servicios, sujetos que comparten sus bienes, prestan un servicio, o llevan a cabo alguna actividad. Pueden ser particulares que actúan de forma ocasional, o profesionales. 2) Los usuarios de dichos servicios; 3) Las plataformas colaborativas que, a través de páginas web, portales privados o aplicaciones móviles, ponen en contacto a los sujetos que comparten, llevan a cabo la actividad, o prestan el servicio, con los usuarios, facilitando las transacciones entre ellos. A través de éstas se crean fácilmente, y a un bajo coste, puntos de encuentro entre la demanda y la oferta de bienes y servicios infrautilizados, que pueden ser compartidos, prestados, regalados, intercambiados, alquilados o comprados, con la consiguiente comodidad y reducción del gasto. Las transacciones que conlleva no implican un cambio de propiedad y pueden ser realizadas con o sin ánimo de lucro²³. Como hace notar la Comisión Europea, la economía colaborativa desdibuja la frontera entre consumidores y empresas al existir una relación multilateral que puede implicar transacciones entre empresas²⁴, entre empresas y consumidores²⁵,

²⁰ Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Una Agenda para la economía colaborativa*. COM/2016/0356 final, Pág.3.

²¹ Las concretas características de la economía colaborativa han sido destacadas por el Comité de las Regiones Europeo : a) sus agentes principales no actúan de la manera que suele suponerse en los modelos económicos clásicos, b) la economía colaborativa adopta el enfoque propio de las plataformas, según el cual uno de los principales motores de la comunidad reside en las relaciones, la reputación, la confianza social y otros motivos no económicos, c) la economía colaborativa hace un uso intensivo y amplio de las tecnologías digitales y la recogida de datos, d) algunas iniciativas locales de economía colaborativa de menor tamaño pueden limitarse al uso o la gestión comunes de activos físicos (por ejemplo, espacios de trabajo compartidos, bienes urbanos de utilidad pública, etc.) o a nuevas modalidades de sistemas de bienestar inter pares, e) la economía colaborativa puede organizarse con arreglo a modelos centrados tanto en lógicas del mercado como en lógicas sociales. Dictamen del Comité de las Regiones Europeo. *La dimensión local y regional de la economía colaborativa* Ponente: Benedetta BRIGHENTI. (2016/C 051/06), (IT/PSE), 10 de febrero de 2016. <http://eur-lex.europa.eu/legactcont/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IR2698&from=ES>

²² Véase Informe CNMC, Resultados Preliminares E/CNMC/004/15. *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, cit, Pág. 17.

²³ Cfr. SANCHEZ HUETE, “Las nuevas obligaciones informativas en la cesión de uso de viviendas de uso turístico”, *Fiscalidad de la Colaboración Social*, Enero 2018,(BIB 2018\12142).

²⁴ Modelo de comercio electrónico denominado B2B, *business to business* (negocio a negocio), donde la transacción comercial únicamente se realiza entre empresas que operan en Internet sin intervención de consumidores.

²⁵ Modelo de comercio electrónico denominado B2C, *business to consumer* (negocio a consumidor), que se lleva a cabo entre empresa y consumidor.

entre consumidor y consumidor²⁶, en las que no siempre está claro cuál es la parte débil que hay que proteger²⁷.

La novedad del modelo colaborativo y el entramado de relaciones que conlleva provoca una nueva problemática jurídica frente a la cual no siempre disponemos de instrumentos adecuados. En el momento actual, el mayor debate gira en torno a las plataformas colaborativas, nuevos actores de la economía, que irrumpen con fuerza en el mercado.

2. Las plataformas colaborativas: nuevos actores del mercado

2.1. La entrada en escena de las plataformas colaborativas: ventajas y oportunidades

La evolución lógica del mercado empresarial, derivada del éxito del modelo colaborativo y de las oportunidades que genera, ha provocado la irrupción en el mercado de nuevas formas empresariales –plataformas colaborativas- que a través páginas web, portales privados de Internet y aplicaciones móviles- actúan, bien como meras intermediarias poniendo en contacto a particulares para el disfrute o la prestación de bienes y servicios, bien proporcionando directamente el producto o servicio demandado. Sobre la base del principio de libertad de empresa proclamado constitucionalmente en el artículo 38 CE²⁸, que faculta a cualquier persona para crear, organizar y desarrollar, sin impedimentos jurídicos, los mecanismos cooperativos de producción de bienes y servicios que considere oportunos, así como la de participar en ellos, nada habría que objetar a su creación ni debería cuestionarse su legalidad²⁹. Más aun, su éxito como modelo de negocio y las incuestionables ventajas que reportan, aconsejarían su consolidación como nuevos modelos empresariales nacidos al abrigo del nuevo contexto tecnológico cuya finalidad última sería la de facilitar y potenciar el consumo colaborativo.

En el ámbito europeo se apuesta decididamente en favor de la economía colaborativa, a la que consideran “un nuevo modelo de negocio que puede hacer una importante contribución al crecimiento económico y a la

²⁶ El comercio electrónico entre consumidores puede desarrollarse a través del modelo denominado C2C, *consumer to consumer* (consumidor a consumidor o del modelo *peer to peer* en el que el mercado es administrado por los propios usuarios, que venden directamente sus productos o servicios a otras personas a través de plataformas colaborativas.

²⁷ Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Una Agenda para la economía colaborativa*. COM/2016/0356 final, Pág.9.

²⁸ Artículo 38. CE: 1.” Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. 2. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

²⁹ Cfr. DOMENECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa ...”, cit. Pág. 72.

creación de empleo si se incentiva y desarrolla de la forma adecuada y responsable”³⁰. Se destaca su capacidad para promover la competencia empresarial y erigirse en fuente potencial de empleo, constituyendo un respiro para los consumidores frente a la crisis financiera al posibilitar el intercambio de bienes y servicios en casos de necesidad a precios más competitivos³¹. Su presencia en el mercado “se extiende cada vez a más comunidades y ciudades de todo el mundo que usan las redes tecnológicas para desarrollar actividades como el alquiler, el préstamo, el intercambio, el trueque, el regalo o compartiendo productos a una escala antes inimaginable”³². Crea un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares que ofrece posibilidades, tanto para los consumidores como para los emprendedores, y generan nuevas oportunidades de empleo, modalidades de trabajo más flexibles y nuevas fuentes de ingresos³³. Desde el punto de vista de los consumidores, es reseñable el mayor ámbito de poder que su entrada en el mercado ha venido a otorgarles ya que pueden ver ampliada su oferta de consumo de bienes y servicios a precios más bajos, así como promover un mayor reparto de los activos y un uso más eficaz de los recursos³⁴. Más concretamente, en el sector del alojamiento, a un coste muy

³⁰ Cfr. 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: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=N>

³¹ Cfr. Comité Económico y Social, Dictamen de iniciativa INT/686, *Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, cit, Conclusiones 1.2 y 1.3.

³² *Ibidem*, Conclusión 1.1.

³³ En este sentido se pronunció Jyrki Katainen, Vicepresidente de la Comisión Europea y responsable de Fomento del Empleo, Crecimiento, Inversión y Competitividad, quien declaró que “Una economía europea competitiva requiere innovación, ya sea en el sector de los productos o en el de los servicios. El próximo unicornio europeo podría derivar de la economía colaborativa. Nuestro papel es fomentar un entorno reglamentario que permita el desarrollo de los nuevos modelos de negocio, y, al mismo tiempo, proteja a los consumidores y garantice una fiscalidad justa y unas condiciones de trabajo equitativas”. Por su parte, la comisaria Elzbieta Bieńkowska, responsable de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes, declaró que “Si logramos que se desarrolle de forma adecuada, la economía colaborativa puede constituir una oportunidad para los consumidores, los emprendedores y las empresas. Pero si permitimos que nuestro mercado único se fragmente en función de pautas nacionales, o incluso locales, Europa corre el riesgo de perder el control. Hoy proporcionamos orientaciones jurídicas para las autoridades públicas y los operadores del mercado dirigidas al desarrollo equilibrado y sostenible de estos nuevos modelos de negocio. Invitamos a los Estados miembros a que revisen sus normativas a la luz de estas orientaciones y estamos dispuestos a apoyarles en este proceso”. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_en.htm

³⁴ La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), en Colaboración con la Universidad Complutense de Madrid y la plataforma *Ouishare* elaboró un Informe en el que plantea 10 sugerencias de mejora para las plataformas y 10 peticiones a los legisladores de cara a la protección de los consumidores:

- Trabajar para crear un entorno seguro en que los usuarios puedan interactuar.
- Establecer reglas de uso fáciles de comprender y muy visibles para los usuarios.
- Comprobar que los proveedores disponen ya de los seguros adecuados para la actividad que ofrecen o bien proporcionar una cobertura adecuada.

reducido y con tecnología accesible y doméstica, pueden acceder fácilmente a toda la oferta de viviendas disponibles y obtener información de su oferta y calidad. Igualmente, a través de los distintos sistemas de valoración que incorporan la mayor parte de las plataformas, pueden comparar las opciones disponibles e, incluso, en algunos casos, negociar el producto o servicio para adaptarlo mejor a sus necesidades³⁵.

En la misma línea, desde la CNMC se valora el nuevo modelo como una gran oportunidad y una fuente de innovación, con efectos claramente significativos en los mercados, destacando, entre otros,

“los efectos pro competitivos derivados del incremento del número de operadores: la cantidad y mayor variedad de la oferta, la formación de precios más eficientes, mayor calidad y fomento de la innovación (nuevas formas de pago, nuevos servicios, etc.)”³⁶.

Más concretamente, entre las ventajas de las plataformas digitales destaca la CNMC las siguientes:

“en primer lugar, la reducción de los costes de búsqueda de los usuarios, por la posibilidad de consultar y comparar online las características de los alojamientos. En segundo lugar, la reducción de los costes de transacción, al incorporar sistemas de pago electrónicos que facilitan la realización de transacciones económicas. En tercer lugar, el hecho de que permiten a los particulares entrar en el mercado, aun careciendo de los recursos de las empresas tradicionales, como son la experiencia comercial o las formas de aceptar un pago, de realizar un contrato, de crear una marca o de tener un seguro”.

-
- Informar a todos sus usuarios, tanto a los que actúan como consumidores como los que asumen el papel de prosumidores, acerca de la legislación que se les aplica, según el país y el sector en el que operen
 - Aclarar y mejorar la protección al consumidor.
 - Desarrollar los filtros adecuados para que los consumidores tengan siempre claro el estatus legal del proveedor con el que están tratando.
 - Desarrollar sistemas de reputación virtual fiables, que incluyan mecanismos como los comentarios cruzados y la verificación de identidad de los usuarios.
 - Desarrollar y poner en práctica mecanismos de reclamación adecuados.
 - Que las plataformas fueran más transparentes
 - Realizar mayores esfuerzos para medir el triple impacto de sus actividades a nivel económico, social y medioambiental.

Cfr. Informe *¿Colaboración o negocio? Consumo colaborativo: del valor para los usuarios a una sociedad con valores*, Publicado el 18 de febrero de 2016. El estudio completo en inglés puede consultarse en: <http://www.sharingespana.es/media/Collaboration-or-Business-CC-P2P-2016.pdf>. El informe ejecutivo en castellano puede ser consultado en: <http://www.sharingespana.es/media/Colaboracio%C3%8C-n-o-negocio-Informe-ejecutivo2016.pdf>

³⁵ Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Una Agenda para la economía colaborativa...*, cit. Pág. 9.

³⁶ Cfr. Resultados Preliminares. E/CNMC/004/15. *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa...*, cit. Pág.6.

En su opinión, la economía colaborativa se configura como

“un fenómeno económico, social y tecnológico imparable e inevitable a nivel mundial, que los ciudadanos, los operadores económicos y las administraciones públicas deben entender e incorporar en sus respectivas actuaciones para aprovechar plenamente los beneficios que de él se derivan. Este fenómeno es pues una oportunidad, una nueva fuente de innovación, productividad, dinamismo y crecimiento económico y, por ello, la regulación ineficiente no debe impedir su desarrollo y aprovechamiento por parte de todos”³⁷.

Así pues, resulta innegable que el escenario que dibuja el consumo colaborativo ofrece ventajas y oportunidades, generando importantes cambios estructurales en el funcionamiento de los mercados. Su consolidación ha venido a revolucionar el sector de la prestación de servicios provocando recelos y suspicacia entre los operadores tradicionales que ven en estos nuevos modelos empresariales serios competidores. La ausencia de una regulación propia, la diversidad de actividades que desarrollan y los difusos contornos en los que operan, genera desconfianza e inseguridad, no solo a los profesionales sino también a los consumidores que no alcanzan a saber si y bajo qué condiciones las actividades realizadas a través de dichas plataformas son legales. Así lo entiende DE SICART LARROTXA, para quien “la carencia de legislación reguladora de estas nuevas plataformas digitales genera conflictos de intereses entre actores nuevos y aquellos ya asentados en los mercados nacionales, que a la larga perjudican al consumidor de a pie”³⁸.

Su éxito y proliferación, sobre todo en determinados sectores como el del transporte y el alojamiento, las ha colocado en el punto de mira de profesionales y legisladores, suscitando un vivo debate entre, quienes considerando que desempeñan una actividad profesional alegan competencia desleal y pretenden someterlas a la regulación propia del sector en el que operan³⁹, y quienes, considerando que no son prestadoras de servicios profesionales sino empresas tecnológicas que actúan como meras intermediarias, defienden su sometimiento a la LSSI.

Desde las más populares como, por ejemplo, *Airbnb* en el sector del alojamiento⁴⁰ y *Blablacar*, *Uber* y *Cabify* en el del transporte⁴¹, hasta otras más

³⁷ Cfr. E/CNMC/003/18 *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España...*, cit. Págs. 5 y 13.

³⁸ DE SICART LARROTXA, “La odisea de las nuevas tecnologías: el caso Uber”, *ELSA (The European Law Students' Association) Spain Law Review*. Pág. 69. <http://elsaspain.es/wpcontent/uploads/2016/03/Art%C3%ADculo-10.pdf>.

³⁹ Sobre el tema, véase, GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M.: “La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, Págs. 111-126.

⁴⁰ *Airbnb* es la plataforma líder en el alquiler de habitaciones y alojamientos particulares, con más de 600 000 alojamientos registrados en 34 000 ciudades de 192 países. A través de su página web o aplicación móvil pone en contacto a los propietarios de viviendas que las ofertan por estancias cortas (al que cobra el 3% de comisión) con los inquilinos (a los que cobra entre un 6% y un 12% sobre el precio de la reserva). España es el tercer país con

desconocidas como, por ejemplo, *BSCW*⁴², dirigida a promover el trabajo cooperativo, *EatWith*, para compartir comida⁴³, *Wallapop*⁴⁴ para la venta de productos de segunda mano, *NeighborGoods*⁴⁵, para el préstamo de productos domésticos, *Couchsurfing*⁴⁶, a través de la que se cede un sofá para dormir. Todas ellas defienden su legalidad y buscan un hueco en el mercado como nuevas formas de negocio emanadas del modelo emergente de la economía colaborativa⁴⁷.

más oferta (más de 50 000) y Barcelona la cuarta ciudad de su ranking. <https://www.airbnb.es/>. Otras populares plataformas de alojamiento colaborativo son:

Onlyapartments:<https://www.onlyapartments.es/>; *HomeAway*:<https://www.homeaway.es/>; *Knok*:<http://www.knok.com/es/>; *House trip*: <https://www.housetrip.es/>; *Wimdu*: <http://www.wimdu.es/>

⁴¹ *Blablacar* es una red social que pone en contacto a propietarios de coches que van a hacer un determinado trayecto con otros viajeros que tienen el mismo destino, para que compartan los gastos del vehículo. Está en 12 países (desde 2010 en España) y tiene más de 6 millones de usuarios. Ofrece la fórmula de “solo para mujeres”. <https://www.blablacar.es/>; *Uber* es una plataforma electrónica que, a través de un teléfono inteligente provisto de la correspondiente aplicación, permite solicitar un servicio de transporte urbano en las ciudades en las que está presente. La aplicación reconoce la localización del usuario y encuentra los conductores disponibles que se hallan en las inmediaciones. Cuando un conductor acepta la carrera, la aplicación informa al usuario, mostrándole el perfil del conductor y una estimación del precio del trayecto hasta el destino indicado por el usuario. Una vez efectuada la carrera, su importe se deduce automáticamente de la tarjeta de crédito del usuario, cuyos datos está obligado a proporcionar al registrarse en la aplicación. Dicha aplicación contiene también una funcionalidad de evaluación, mediante la que los conductores pueden evaluar a los pasajeros y viceversa. Una media de puntuación por debajo de un determinado umbral puede conllevar la expulsión de la plataforma. En el servicio denominado *UberPop*, y en *Cabify* conductores particulares, no profesionales, llevan a cabo el transporte de pasajeros en sus propios vehículos. Basa su negocio en conectar pasajeros con conductores a través de su propia aplicación para traslados con chófer. Esto les pone en competencia directa con los taxistas de cada ciudad, puesto que estos vehículos requieren licencias especiales que en el caso de *Uber* no se consideran. *Uber*, fundada en San Francisco en 2009, está presente en 35 países y más de 80 ciudades. <https://www.uber.com/>;

⁴² *BSCW* es una plataforma que pretende hacer posible el trabajo cooperativo y sus siglas corresponden a *Basic Support for Cooperative Work* (Soporte Básico de Trabajo Cooperativo). Permite la realización de un trabajo determinado que puede ser compartido con otros usuarios mediante el uso de diversas herramientas integradas en la propia plataforma: un sistema de intercambio de archivos, un foro, un chat, et, creando espacios de trabajo compartido (*shared workspaces*) capacitados para las operaciones básicas que éste exige: almacenar, gestionar, editar y compartir documentos. Fuente: Ministerio de Educación. http://www.ite.educacion.es/formacion/materiales/157/cd/m7_2_bscw/index.html.

⁴³ Las plataformas colaborativas en este sector ponen en contacto a viajeros con particulares que organizan en su propia casa comidas y cenas de pago. Se trata de experiencias gastronómicas, con un precio fijo (entre 20 y 60 €) que se anuncian en la web para que la gente se apunte. El portal intermediario añade una comisión (10-15%) *Eatwith*: <https://www.eatwith.com/es/>; *Cookening*: <https://www.cookening.com/>;

⁴⁴ <http://wallapop.com/>

⁴⁵ <http://Neighborgoods.net/>

⁴⁶ <https://Couchsurfing.com/>

⁴⁷ Para un análisis más detallado de las plataformas colaborativas que operan actualmente en el mercado, Véase el Estudio *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales*, elaborado por *Sharing España* y *Adigital*. Disponible en: <https://www.adigital.org/media/plataformas-colaborativas.pdf>

En contra del sentir de la Unión Europea y de la CNMC, los legisladores, lejos de buscar un hueco a estos nuevos modelos empresariales, focalizan su atención en imponer restricciones, condiciones y requisitos a su ejercicio haciendo que, en algunos casos, resulte imposible su acceso al mercado. Es cierto que, como fue indicado por el Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia 83/1984, de 24 de julio⁴⁸, el principio de libertad de empresa “no reconoce el derecho a acometer cualquier actividad empresarial, pudiendo invocar los poderes públicos razones variadas que justifiquen su intervención”. Aun así, las Administraciones Públicas deben intervenir de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad⁴⁹. El primero de ellos resulta fundamental por su contenido ya que, como afirma RODRIGUEZ FONT⁵⁰, “su adecuada ponderación justifica la existencia de la norma en sí misma: si no hay razón de interés general, la intervención pública en forma de regulación queda deslegitimada”. De él deriva que, no en todo caso, ni cualquier circunstancia, reviste entidad suficiente para justificar el excesivo intervencionismo de la administración pública en el ámbito privado que, en determinadas ocasiones, actúa sin atender a los mencionados principios conculcando gravemente los derechos de libertad individual de los propietarios y el principio de libertad de empresa⁵¹. Los legisladores están obligados a buscar un hueco y dotar de adecuada regulación, tanto a las plataformas colaborativas, como a los nuevos modelos de contratación surgidos al albor de su irrupción en el mercado. Como advierte ESTUPIÑÁN CÁCERES⁵², “la nueva economía colaborativa con sus

⁴⁸ STC de 24 de Julio de 1984. Pleno (núm. Rec 83/1984) (BOE de 24 de agosto de 1984)

⁴⁹ El artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (BOE núm. 236 de 2 de octubre de 2015), recoge el principio de buena regulación, disponiendo que “1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia....

2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas...”.

⁵⁰ RODRIGUEZ FONT, M.: “Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 182, 2017, Pág. 416.

⁵¹ Sobre el tema, véase LENCE REIJA, C.: “La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas”, *Iustel, Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, octubre 2017. Págs. 1-39. Disponible en formato electrónico: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419196&d=1#nota13

⁵² ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativas”. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del MINECO, DER2017-85616-R, bajo el título: *Desmontando la Economía Colaborativa*. Publicado también en *Diario La Ley*.

diversos modelos ha llegado para quedarse y, salvo que se torpedee innecesariamente, seguirá evolucionando”.

2.2. La calificación jurídica del servicio prestado por las plataformas colaborativas: ¿prestadoras de servicios profesionales o empresas tecnológicas?

Admitidas las ventajas y nuevas oportunidades que de la actividad desarrollada por las plataformas colaborativas pueden derivarse para la economía, su acceso al mercado como exitosos modelos empresariales, extraños al panorama legislativo actual, provoca incertidumbre e inseguridad entre los profesionales de los distintos sectores en los que operan, habiéndose convertido en los últimos años en germen de litigios y resoluciones judiciales contradictorias que desincentivan su desarrollo y provocan serios conflictos de intereses. Las empresas que optan por este modelo de negocio defienden la legalidad de su actividad como un nuevo modelo de consumo basado en la utilización y desarrollo de las nuevas tecnologías, apoyadas por los consumidores y usuarios, que encuentran en él numerosas ventajas frente a los modelos tradicionales de prestación de servicios. Con argumentos contrarios, los profesionales de los diversos sectores califican su actividad de ilegal por no ajustarse a los principios del mercado y generar competencia desleal al acceder al mercado en condiciones ventajosas, abaratando costes y sin cumplir los requisitos que a ellos les son exigidos por las normativas sectoriales.

Esta dualidad de posiciones genera inseguridad e incertidumbre y obliga a calificar jurídicamente la naturaleza del servicio prestado por los nuevos modelos empresariales para saber si operan dentro del marco de legalidad exigido. El recurso a las nuevas tecnologías como herramienta instrumental y el hecho de que se sustenten en la utilización de sistemas informáticos que ponen en contacto al prestador del servicio con el consumidor/usuario a cambio de una remuneración, son circunstancias que hacen dudar sobre su forma de acceder al mercado. Se discute si son empresas tecnológicas que prestan un servicio de la sociedad de la información y, por tanto, sometidas al marco regulatorio de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información⁵³ (LSSI) han de cumplir los requisitos exigidos a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, o si, de forma distinta, el recurso a las nuevas tecnologías no muta la calificación jurídica de su actividad profesional, que ha de ser considerado como de prestación de servicios profesionales sujeta a la específica normativa del sector profesional en el que operan, y cumpliendo los mismos requisitos que a los profesionales del sector les son exigidos. Optar por una u otra solución va a servir para determinar si acceden al mercado

⁵³ Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002)

desarrollando su actividad empresarial dentro del marco de legalidad requerido por los principios generales de la economía de mercado y cumpliendo los requisitos de acceso al mercado que les son exigibles.

La novedad y la diversidad de modelos empresariales que pueden acceder al mercado bajo la calificación de plataformas colaborativas motiva que no sea tarea fácil calificar jurídicamente el servicio que prestan y adjetivarlas como empresas prestadoras de servicios profesionales o como empresas tecnológicas prestadoras de servicios de la información. Esta diversidad también impide ofrecer marcos regulatorios unitarios y obliga a examinar caso por caso la actividad que desarrollan para determinar si, además de servicios de la sociedad de la información, ofrecen otros de carácter profesional.⁵⁴ Como declara expresamente AZNAR TRAVAL,⁵⁵

“la amplitud de servicios, bienes y tipos de colaboraciones que pueden demandar e intercambiar particulares y profesionales a través de los nuevos modelos de negocio de la economía colaborativa, junto al hecho de que cada plataforma es y opera de forma diferente, obliga a un análisis fáctico y jurídico, supuesto por supuesto y plataforma por plataforma, para poder definir la manera de funcionamiento y el marco legal de la actividad”.

Desde la Comisión Europea se afirma que, inicialmente, en la medida en que proporcionan un servicio prestado, normalmente, a cambio de una remuneración a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios, podría afirmarse que son empresas tecnológicas que ofrecen un servicio de la sociedad de la información⁵⁶ y, consiguientemente, no estarían sujetas a autorizaciones previas ni al cumplimiento de los requisitos exigidos a los profesionales que operan en el sector⁵⁷. No obstante,

“en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio y, en ese caso, si debería quedar sujeta a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y

⁵⁴ GUILLEN NAVARRO hace referencia a diversos modelos de plataformas dentro de las empresas que funcionan en España: el modelo mayoritario, el de OTA (*On line Travel Agency*) y el de turoperador; el modelo OTAs (portales inmobiliarios y metabuscadores que actúan en el ámbito de las viviendas de uso turístico a través de ser empresa soporte de plataforma como: *Airbnb, HomeAway, Niumba, Windu, Atraveo, Rentalia, Booking, 9flats, Vacaciones España, Only Apartments, Media Vacaciones*) GUILLEN NAVARRO, “La vivienda con un uso turístico: entre el turismo colaborativo y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en Internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.) GARCÍA MAYO, M. (Coord.). Edit. Reus, Madrid 2018. Pág 25.

⁵⁵ AZNAR TRAVAL, A. *Economía colaborativa, alojamiento y transporte*, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2017. Consulta Libro electrónico Thomson Reuters Proview

⁵⁶ Véase el artículo 2, letra a), de la Directiva sobre el Comercio electrónico y el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/1535. Véase también el Anexo I de esta última Directiva para una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esa definición.

⁵⁷ Véase el artículo 4 de la Directiva sobre el Comercio electrónico.

concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios”⁵⁸.

Es preciso tener en cuenta que bajo el manto de la economía colaborativa tienen cabida actividades de muy distinta índole a las que, jurídicamente, es difícil dar respuesta uniforme ⁵⁹. Con carácter general, atendiendo a la actividad que despliegan y a su modo de operar en el mercado, pueden distinguirse diversas clases de plataformas colaborativas: 1) Las que limitan su actuación a ofertar determinados bienes y servicios a través de soportes digitales sin intervenir en su comercialización ni prestar directamente el servicio. 2) Las que, además de ofertar los bienes o servicios, intervienen en la comercialización como intermediarias poniendo en contacto la oferta con la demanda, pero sin prestar ningún otro servicio. 3) Las que, además de ofertar y comercializar, prestan directamente el servicio que ofrecen.

Pese a la claridad de la distinción teórica, en la práctica no resulta fácil encuadrar jurídicamente el servicio prestado en uno u otro grupo. Todas ellas son prestadoras de servicios y utilizan medios de comunicación electrónicos, pero algunas traspasan la línea de la sociedad de la información y utilizan las nuevas tecnologías para prestar servicios profesionales haciendo difícil determinar el marco jurídico en el que ha de encuadrarse el servicio prestado. Como declara el Comité Europeo de las Regiones, convendría revisar si el concepto de prestador de servicios recogido en la normativa actual resulta pertinente, “habida cuenta de que la redacción actual incluye cualquier actividad económica, incluidas muchas actividades sumamente infrecuentes y no profesionales realizadas entre pares⁶⁰. La economía colaborativa no debe verse como una amenaza, pero “se debe evitar que se apliquen reglas

⁵⁸ Cfr. Comunicación de la Comisión *Una agenda para la economía colaborativa*, cit. Pág. 6.

⁵⁹ Como afirma HERRERO SUÁREZ, a la economía colaborativa se adscriben, en primer lugar, operaciones o transacciones basadas enteramente en el intercambio o la cooperación y carentes de ánimo lucro. A esta fórmula “amable”, quizás la que más fielmente se ajuste a la idea de cooperación y compartición y frente a la que, económica y jurídicamente, pocas objeciones pueden plantearse, responden, por ejemplo, los conocidos como “bancos del tiempo” o las actividades gestionadas por plataformas como *Nightswapping* o *Homexchange*, en el sector del hospedaje, o *carpooling* o el propio *Blabacar*, en el ámbito del transporte. Junto a ellas, también se consideran parte integrante de la *sharing economy*, -de hecho, ocupando el mayor espacio-, actividades consistentes en la prestación de servicios o la cesión de bienes a cambio de una remuneración. Así, *Airbnb* organiza un mercado de hospedaje en el que los sujetos arriendan sus viviendas a terceros a cambio de una contraprestación. A través de la plataforma *Uber*, se ordenan trayectos remunerados en vehículos automóviles. *Compartoplato* posibilita la adquisición de platos cocinados por particulares y *ThrepuP* O *Wallapop* la compra de bienes de segunda mano... En todos estos casos, ni se participa ni se coopera, sino que simplemente se vende un bien o un servicio, por lo que la idea de que se está “compartiendo”, al menos en su tenor literal, no refleja fielmente *la naturaleza y caracteres de estas actividades*”. HERRERO SUÁREZ, C: “Las viviendas de uso turístico; ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”. *Revista de Estudios Europeos* núm. 70. Julio-diciembre 2017. Págs. 147-158. Monográfico Economía colaborativa. <http://www.ree-uva.es/1471>.

¹⁰¹ Cfr. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones *Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones*. C 185/24 de 9 de junio de 2017. Apartados 24 y 25.

diferentes a servicios similares, tanto en lo referido a acceso al mercado y la fiscalidad ⁶¹, para asegurar condiciones de competencia justa entre los operadores digitales y los tradicionales"⁶².

En este contexto, la calificación jurídica de la actividad prestada por las plataformas colaborativas ha sido fuente generadora de numerosos conflictos que, ante la falta de respuesta de los legisladores, ha obligado a los tribunales a pronunciarse al respecto ofreciendo soluciones diferentes para las distintas plataformas, incluso aunque operen en el mismo sector profesional. La mayoría de los litigios han sido protagonizados por las plataformas que mayor éxito han alcanzado entre los consumidores, esto es, las de transporte y las de alojamiento. Su actividad motiva posiciones encontradas entre, de un lado las propias empresas que prestan el servicio y que, alentadas por los propios usuarios, defienden un modelo de negocio más eficiente que el proporcionado por los operadores tradicionales del transporte, en un caso, y del sector hotelero, en otro, a un precio más competitivo; de otro, la asociaciones profesionales de conductores o taxistas y el sector hotelero que, mostrándose incapaces de hacer frente a la competencia, ven cómo su volumen de negocio se resiente progresivamente a medida que aumenta su éxito. Unas y otras han estado situadas desde su aparición en el mercado en el centro de la polémica y han dado lugar a numerosos litigios.

2.3. Principales pronunciamientos dictados por los Tribunales acerca de la calificación jurídica de la actividad desarrollada por la plataforma de transporte colaborativo *Uber*

Sobre la base de la vulneración del principio de competencia desleal, fue resuelto el litigio que enfrentó a la *Asociación Madrileña del Taxi* contra *Uber Technologies Inc.* cuya importancia radica en haber constituido el primer pronunciamiento judicial en España sobre transporte colaborativo. La Asociación profesional solicitaba la adopción de medidas cautelares dirigidas a la cesación y prohibición de la prestación de servicios por parte del servicio de transporte de viajeros *UberPop*, así como del acceso a dicho servicio a través de su página web o de cualquier aplicación tecnológica que la empresa pudiera desarrollar en el ejercicio de su actividad. El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, eludiendo posicionarse sobre la nueva realidad derivada de la irrupción y auge del denominado consumo colaborativo, y con base en la estricta

⁶¹ Sobre la fiscalidad de las plataformas de alojamiento colaborativ, véanse: ARRIBAS LEÓN, M.: "Tributación del arrendamiento y la titularidad de viviendas de uso turístico", *Revista Quincena Fiscal* núm. 11/2019 parte Estudios. (BIB 2019\5440); SANZ GÓMEZ, R.: "Cuestiones tributarias sobre los arrendamientos online de viviendas para uso turístico", *Revista española de Derecho Financiero* núm. 178/2018 parte Estudios (BIB 2018\9385)

⁶² En este sentido, véase la Resolución no vinculante aprobada por el Pleno del Parlamento Europeo el 12 de junio de 2017 en la que se reclama la adopción a nivel europeo de reglas claras para cubrir las "zonas grises" de la actividad de empresas como *Uber* o *Airbnb*; <https://www.europapress.es/economia/noticia-eurocamara-pide-reglas-claras-cubrir-zonas-grises-actividad-empresas-uber-airbnb-20170615135657.html>

legalidad vigente, dictó Auto el 9 de diciembre de 2014⁶³, acogiendo la adopción de las medidas cautelares solicitadas dirigidas a la suspensión cautelar de la actividad colaborativa de la compañía⁶⁴. El órgano juzgador declaró expresamente que “para la prestación del servicio con vehículo propio hay que ajustarse a la Ley estatal 16/87, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes, en cuyo artículo 42 se exige la necesidad de una autorización habilitante, bien por el Estado o por la Comunidad Autónoma”⁶⁵, reconociendo la concurrencia de los presupuestos necesarios para admitir las medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda principal. La medida se completó con el bloqueo de las plataformas de pago que colaboraban con ellos y del acceso a las aplicaciones móviles y la web⁶⁶. Es tal la urgencia que se reconoce a las medidas, que se acuerda prescindir de la previa audiencia de la parte demandada, decretándose su adopción sin esperar al trámite contradictorio. Cuatro meses después *Uber* decidió denunciar la decisión ante la Comisión Europea.

Diferente fue la actitud mantenida por el juzgador en el litigio *Asociación Profesional Élite Taxi* contra la filial española *Uber Systems Spain*⁶⁷. La asociación interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona el 29 de octubre de 2014. Solicitaba que se condenase a *Uber Systems Spain, S. L.* (en adelante *Uber Spain*), que se declare que sus actividades son constitutivas de actos de competencia desleal

⁶³ Auto 9 de diciembre 2014 (F.1): “...Se ha planteado como hecho notorio en medios de comunicación y las redes sociales, un debate entre la libertad y la economía cooperativa frente a las regulaciones e intervencionismo administrativo, que excede de la cognición de una resolución judicial que por definición sólo debe descansar en el examen de la legalidad, huyendo de debates filosóficos o de examen de cambios normativos. Sólo el marco de la legalidad vigente es el espacio de decisión de un juzgador dentro del sistema jurídico continental...”. Auto otorgando medidas cautelares, Magistrado-Juez: Sr. D. Andrés Sánchez Magro, *Asociación Madrileña del Taxi contra Uber Technologies Inc.*, Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, 9 de diciembre de 2014.

⁶⁴ Más concretamente, la medida cautelar ordenó: “La cesación y prohibición en España (...) de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación *UberPop*, o cualquiera otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada.”

-La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros *UberPop* en España (...) mediante la página web *www.uber.com*, o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos.”

-La cesación y prohibición de cualquier aplicación [app] o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España (...).”

⁶⁵ Fundamenta su afirmación en la siguiente normativa (F.6º): Artículos 22,2, 53 y 91 LOTT, complementados por el R.D. 211 / 1990 de 28 de septiembre, *que aprueba el R.O. DE Transportes Terrestres* y por la normativa autonómica en materia de transporte de la Comunidad de Madrid, acogida por la Ley 20/98, de 27 de Noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid y por el Decreto 74/05 del 28 de julio de la Comunidad de Madrid, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en los automóviles de turismo e, incluso, la Ordenanza Municipal del Taxi “*que, a estos efectos, resulta relevante por el contenido y límites de la prestación del servicio, incluidas sus tarifas...*”.

⁶⁶ Véase DE SICART LARROTXA, J. “La odisea de las nuevas tecnologías: el caso *Uber...*”, cit. Pág. 68.

⁶⁷ Asunto C-435/15. *Asociación Profesional Elite Taxi contra Uber Systems Spain, S. L.*

por violación de normas y prácticas engañosas y que, en consecuencia, se le ordenara cesar en su conducta desleal consistente en dar apoyo a otras sociedades del grupo prestando servicios efectuados mediante aparatos móviles y por Internet, Conforme a las apreciaciones del juzgado remitente, ni *Uber Spain* ni los propietarios ni los conductores de los vehículos afectados disponían de las licencias y autorizaciones establecidas en el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona. *Uber Spain* negó que pudiera imputársele infracción alguna de la normativa en materia de transporte ya que, a su juicio, era *Uber BV*, sociedad de Derecho neerlandés, quien explotaba la aplicación *Uber* en territorio de la Unión Europea, España incluida y, por tanto, las imputaciones de la demandante debían dirigirse a esa empresa. *Uber Spain* sostenía que su única actividad era realizar publicidad por cuenta de *Uber BV* sin que fuera ella quien prestara directamente el servicio. A diferencia del caso anterior, en el que el Juzgado de Madrid dictó las medidas cautelares sin dar audiencia ni posibilidad de defensa a *Uber*, en éste el Juzgador concedió a la compañía la posibilidad de organizar su defensa.

La línea argumental utilizada para defender la legitimidad de la actividad giró en torno al recurso a las nuevas tecnologías como circunstancia determinante para dejar enmarcada su actividad en el ámbito de la normativa de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, de Servicios de la Sociedad de la información ⁶⁸ (en adelante Directiva 2000/31/CE) y de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006⁶⁹, también denominada Directiva Servicios o Directiva *Bolkestein* ⁷⁰ (en adelante Directiva 2006/123/CE), inspiradas ambas por el principio de libre prestación de servicios, y no en el del transporte público de viajeros⁷¹. Los argumentos utilizados alteraron el escenario del conflicto, alejando el foco de la controversia del ámbito del Derecho de la competencia al de las nuevas tecnologías y la Sociedad de la información. Dado que la base argumental de la demanda giraba en torno a la deslealtad de la compañía colaborativa que lleva a cabo la prestación de servicios sin la preceptiva autorización administrativa exigida a los operadores que desarrollen una actividad de transporte público, caracterizar la actividad como un servicio de la sociedad de la información equivaldría a legitimar su

⁶⁸ 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). (DOUE núm. 178, de 17 de julio de 2000)

⁶⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 *relativa a los servicios en el mercado interior*. (DOUE, L 376/36. 27/12/2006).

⁷⁰ Denominación tomada del Comisario europeo para el mercado interno durante la presidencia de Romano Prodi, Frits Bolkestein, que fue quien propuso y defendió la Directiva. Sobre el turismo en el ámbito del Derecho comunitario, véase TORRES CAZORLA, M.I. "La normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia Comunitario" *Revista andaluza de derecho del turismo*, núm. 4, 2010. Págs. 11-46.

⁷¹ La representación legal de Uber, declaró expresamente que: "El servicio que presta no es de transporte, sino un servicio amparado por 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 información; así como su desarrollo en España por medio de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico".

modelo de negocio ya que este tipo de servicios no se ven sometidos al citado régimen de autorización previa, guiándose por el contrario por el principio de libre prestación de servicios.

Las dudas en torno a la incidencia que el recurso a las aplicaciones informáticas y a las plataformas en línea había de adquirir para la calificación jurídica del servicio en cuestión, llevaron al Juez de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona a suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuatro cuestiones prejudiciales: las dos primeras sobre la calificación de la actividad de *Uber* a la luz de las Directivas 2000/31 y 2006/123 y del Tratado FUE⁷², y las otras dos sobre las consecuencias que, en su caso, debían extraerse de esta calificación⁷³. El 11 de mayo de 2017 el Abogado General, Sr. MACIEJ SZPUNAR presentó sus conclusiones, que introdujo con una referencia a las controversias que, con carácter general, suscita el desarrollo de las nuevas tecnologías y, especialmente *Uber*, a quien considera “como un caso aparte”. Destaca el hecho de que su modo de funcionamiento, si bien suscita críticas e interrogantes, también esperanzas y nuevas expectativas y declara que jurídicamente, “genera cuestiones en lo que atañe, en particular, al Derecho de la competencia, a la protección de los

⁷² Tratado de Funcionamiento de la Unión europea. (DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012)

⁷³ 1) “ En la medida en la que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva [2006/123] excluye del ámbito de aplicación de dicha Directiva a las actividades de transporte: Se pregunta si la actividad realizada por la demandada, con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos —interfaz y aplicación de software «teléfonos inteligentes y plataforma tecnológica» en palabras de la demandada— que permitan su conexión, debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información en los términos que define el artículo 1.2 de la Directiva [98/34]...

...2) Dentro de la identificación de la naturaleza jurídica de esta actividad [,] si podría considerarse parcialmente un servicio de la sociedad de la información, y, en ese caso, si se debería beneficiar el servicio electrónico de intermediación del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria —artículo 56 TFUE y Directivas [2006/123] y [2000/31]—

3) En el caso de que se considerara que el servicio realizado por [Uber Spain] 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 concurrente— no sería contrario a la Directiva 2006/123, concretamente al artículo 9 sobre la 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 o desproporcionado, es decir, no puede obstaculizar de modo no razonable el principio de libre establecimiento...

4) Si se confirma que la Directiva [2000/31] es aplicable al servicio prestado por [Uber Spain], la cuestión que se plantea es si las restricciones de un Estado miembro [respecto] a la libre prestación del servicio electrónico de intermediación desde otro Estado miembro, en forma de sometimiento del servicio a autorización o licencia, o en forma de orden judicial de cesación de la prestación del servicio electrónico de intermediación fundada en la aplicación de la normativa nacional de competencia desleal, constituyen válidas medidas que constituyen excepciones al apartado 2 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Directiva [2000/31]”.

consumidores y al Derecho del trabajo”⁷⁴. El TJUE dictó sentencia el 20 de diciembre de 2017⁷⁵ en la que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas. Deja constancia de las diferencias entre un servicio de intermediación y un servicio de transporte urbano⁷⁶, considerando que el servicio prestado por la plataforma *Uber* “no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano...”⁷⁷ y concluyendo finalmente que su actividad “forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información»...”⁷⁸. La misma línea argumental fue seguida por la Sala de lo Contencioso del TS en la Sentencia de 25 de enero de 2018⁷⁹.

Pese a las resoluciones señaladas, coincido con BARNES⁸⁰ cuando afirma que,

“tratar a los titulares de las plataformas colaborativas, que no poseen más que su software, como si fueren proveedores del servicio final mismo (transporte en el caso de *Uber*, alojamiento en el supuesto de *AirBnb*), en lugar de intermediarios informativos, sería dar un salto lógico que *no tendría lugar tampoco en el mundo moderno*. La estrategia consiste más

⁷⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 11 de mayo de 2017.

SR. MACIEJ SZPUNAR. Asunto C- 434/15. *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.* Pueden consultarse en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=833358>

⁷⁵ STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Gran Sala) Asunto C-434/15, procedimiento *Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

⁷⁶ “A este respecto, procede señalar que un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo. Debe añadirse que cada uno de estos servicios, considerados aisladamente, puede estar vinculado a diferentes directivas o disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre prestación de servicios, como considera el juzgado remitente...” Véase Apartado 34

⁷⁷ “... En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano...”, Véase apartado 38

⁷⁸ Véase apartado 40

⁷⁹ STS (Sala de lo Contencioso sección 3) de 25 de enero de 2018 (núm. Rec.313/2016) Roj: STS 120/2018

⁸⁰ BARNES, J.: “Un falso dilema: Taxis vs. Uber”, *Diario La Ley*, núm. 8942, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2017.

bien en establecer regulaciones diferenciadas e innovadoras para las diversas modalidades, es decir, una reforma integral del sector del transporte urbano”.