

Humberto GOSÁLVEZ PEQUEÑO (dir.)
Régimen jurídico del consumo colaborativo¹

M^a del Mar Gómez Lozano

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería

Si existe una materia viva en la actualidad que afecte a la forma de comercializar la prestación de servicios básicos dirigidos a las personas, ésa puede ser la que se ha denominado “economía colaborativa”. Su propio concepto es objeto de controversia, por las diversas realidades que pretenden quedar comprendidas en él, pero qué duda cabe que las nuevas tecnologías han venido a cambiar, de forma casi radical, la prestación de determinados servicios.

Esta irrupción económica y social requiere de estudios jurídicos que analicen la realidad del mercado conforme a las reglas vigentes de diversas ramas del derecho (BOE: Código de Economía Colaborativa) y realicen propuestas de adecuación de esa realidad al ordenamiento jurídico (o a la inversa). A estas necesidades responde la obra colectiva dirigida por el profesor Gosálvez Pequeño (UCO), que lleva por título *Régimen jurídico del consumo colaborativo* y que ha sido publicada por la editorial Aranzadi en este año 2019. Una iniciativa que debe ser felicitada, pues al reunir en un único volumen estos estudios sobre aspectos clave de la economía colaborativa o de plataformas, se facilita su estudio desde el punto de vista jurídico, compendio que facilitará el diseño y adaptación del marco regulatorio.

En ella participan un grupo interdisciplinar de profesores e investigadores de diversas universidades españolas para tratar la diferente y rica problemática que se plantea.

¹ GOSÁLVEZ PEQUEÑO, Humberto (dir.), *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, Aranzadi, 2019.

Con este objetivo, la obra se estructura en dos partes:

- Una parte general, integrada por once capítulos, que analiza diversos aspectos aplicables a cualquier prestación de servicios mediante esta fórmula
- Y una parte especial, en la que los tres capítulos que la integran se dedican a abordar dos sectores clave en los que se utilizan metodologías de consumo colaborativo: el sector del alojamiento y el sector financiero.

Para comenzar cualquier análisis de una realidad social como la que constituye la de la economía colaborativa, resulta imprescindible conocer parámetros de tipo económico y estadístico. Es el aspecto que aborda la profesora Muñoz Benito (UCO) en el capítulo I (“La economía colaborativa: antecedentes, tipologías y perspectivas de futuro”), en el que, tras exponer cómo ha influido la tecnología en este campo, ofrece un análisis de futuro, centrado en tres tipos de elementos: los tecnológicos, los sociales y los normativos. Respecto a este último, cabe destacar que la relevancia del consumo colaborativo desde la perspectiva económica no está sólo en los datos ofrecidos a los usuarios, sino también en los que hacen referencia al empleo vinculado a estas actividades.

El profesor Gallego Domínguez (UCO), realiza una importante aportación a la obra, titulada “El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases”. En ella, el consumo colaborativo se somete a un riguroso análisis, trazando la caracterización y el deslinde de esta figura. Destaca especialmente el examen de la figura de las plataformas colaborativas, así como los problemas que puede generar este (novedoso) tipo de intercambio. Desde la óptica estrictamente jurídica, se plantea la necesidad de contar con una normativa que regule este fenómeno, teniendo en cuenta que esta demandada regulación puede tener un diverso alcance. Se destaca en este trabajo que la base del consumo colaborativo se encuentra en una actuación horizontal, entre pares, caracterizada en la actualidad porque el uso de las nuevas tecnologías permite el contacto entre personas que no se conocen. Se exponen, además, los distintos supuestos y modalidades que se pueden encontrar en la prestación de servicios y acceso a bienes a través de plataformas, utilizando para ello distintos criterios, como el de los sujetos que participan y la finalidad pretendida. En este caso, el autor concluye que debe entenderse por consumo colaborativo en sentido estricto aquel en que los

particulares reciben un servicio o un bien que es prestado, entregado o cedido por otros particulares.

En toda relación jurídica de carácter contractual tienen un especial relieve los problemas que se derivan de los sujetos que intervienen. Así, desde la óptica mercantil, es necesario llevar a cabo un análisis del papel que desempeñan los distintos sujetos, que es el que en esta obra corre a cargo del profesor Serrano Cañas (UCO) y de las profesoras Fernández Pérez (UA) y Benavides Velasco (UMA). El estudio de los distintos modelos de negocio obliga a determinar el carácter profesional o no de los prestadores de estos servicios, sin olvidar el importante papel en el desarrollo de los mismos se lleva a cabo a través de plataformas digitales, teniendo éstas una especial incidencia en los sectores del transporte y del alojamiento. Su actuación en este sector y los conflictos que en torno a ésta se dirimen en los tribunales, plantean una cuestión previa de especial importancia y es la relativa a la consideración de estas plataformas como meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, posición que les exime de cumplir las exigencias que cada uno de estos mercados haga cumplir a los que ofertan estos servicios. En este paquete de problemas aplicables a los sujetos, no puede obviarse el que desempeñan los consumidores y usuarios, no sólo como destinatarios finales de los servicios prestados sino como particulares que prestan determinados servicios a otros consumidores o usuarios.

El profesor Serrano Cañas, en el estudio que lleva por título “Los sujetos (I): Los operadores de la economía colaborativa a examen: régimen legal aplicable a las relaciones jurídicas subyacentes” realiza un examen de los modelos de negocio propios e impropios de la economía colaborativa y de las relaciones subyacentes a éstos. Pone de manifiesto las diferencias entre la adquisición y la participación en el mercado de bienes y servicios, calificando la economía colaborativa como un fenómeno transversal. Hace referencia al reemplazo del término “consumo colaborativo” por el de “economía colaborativa”, siendo éste más general, pues engloba un conjunto de actividades. Y señala, además, que este último concepto ha evolucionado al de “economía de plataformas”. También se refiere a los cambios en la mentalidad económica del ciudadano, que se convierte en “*homo economicus*”, ya que todo lo evalúa con mentalidad empresarial, y denuncia que el sistema regulatorio vigente no se adapta a las nuevas formas de prestación de servicios empresariales y profesionales a través de

plataformas de conexión entre particulares. Al analizar los modelos de negocio propios de la economía colaborativa aborda la problemática de la posible deslealtad de las conductas. En cuanto a la caracterización de modelos propios e impropios de economía colaborativa, afirma que únicamente las plataformas digitales que agrupen “prosumidores” conformarán la economía colaborativa en sentido estricto. A su juicio, las plataformas sólo ofrecen un servicio profesional concreto (la intermediación o puesta en contacto), sin que sea posible pretender homogeneizar a las empresas digitales. Tras el examen de estas realidades, concluye que “los modelos de negocio de la economía colaborativa llevan a cabo una relación triangular, en donde intervienen tres actores”. De las relaciones contractuales entre ellos y de su consideración, dependerá la aplicación de diversas normas, entre las que destaca la normativa general de protección de consumidores. Por último, se procede a realizar un análisis de los criterios para determinar el carácter consumerista o profesional del prestador del servicio y el tipo de actividad profesional que puede desempeñar la plataforma digital.

La profesora Fernández Pérez (“Los sujetos (II): Plataformas y mediadores colaborativos”) se centra en analizar la cuestión de si las plataformas colaborativas pueden ser consideradas como prestadores de servicios de la sociedad de la información. Para ello, centra su estudio en el examen de dos supuestos de referencia: el caso “UBER” y del caso “AIRBNB”, mostrando las diferencias entre ambos y examinando las funciones desarrolladas por las plataformas. A este respecto, entiende que realizan funciones adicionales a las del mero *hosting* y concluye sobre la necesidad de la revisión de la Directiva que regula la sociedad de servicios de la información y del comercio electrónico para que pueda incluirse como una tercera categoría de prestadores de servicios la de aquellos que ofrecen servicios mixtos.

La profesora Benavides Velasco, con su aportación titulada “Los sujetos (III): consumidores y usuarios ante el reto de la economía colaborativa”, se centra en el estudio de las propuestas que desde la Unión Europea se están poniendo en marcha para conseguir una mayor protección de los intereses de los consumidores y usuarios que intervienen en los mercados de economía colaborativa. Con este objetivo, se refiere a la modificación de cuatro directivas en materia de consumo, remitiéndose a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM/2018/185 final]. Alude también a las medidas de carácter no legislativo que en el ámbito europeo se han adoptado, como el “diálogo con los consumidores” o el “aula de consumo” y ofrece algunos criterios para diferenciar al prestador de servicios profesional del que interviene en el mercado de forma ocasional.

En este bloque relativo a las personas se podrían incluir también, aunque no sean parte directa de la relación contractual, las cuestiones relacionadas con los trabajadores. Así, el profesor Costa Reyes (UCO) aborda esta problemática en su estudio (“Economía colaborativa, plataformas digitales y derecho del trabajo”), analizando específicamente el marco laboral aplicable al trabajo en la que denomina “economía de las plataformas”. Considera necesaria una adecuada intervención del legislador para que introduzca mecanismos de tutela del trabajo personal que eviten la precarización y destaca la importancia de la intervención desde el ámbito comunitario para dar respuestas homogéneas, tanto a través de propuestas normativas como a través de los criterios interpretativos del TJUE. Expone también los problemas que se presentan en el caso de plataformas digitales cuya actividad subyacente ofertada es la prestación de un servicio (se produce una actividad de trabajo) y se refiere a diversas cuestiones específicas, como el control de la actividad subyacente y los rasgos de laboralidad. Se plantea además cómo es la relación entre la plataforma y quién presta el servicio (¿es una relación laboral?). Tras esta exposición, concluye que hay que integrar las nuevas realidades de trabajo en las categorías jurídicas tradicionales, aportando flexibilidad a estos conceptos, ya que existen elementos, como el de la “mera disponibilidad”, que aparecen como centrales en este modelo de negocio de las plataformas. Advierte de las dificultades para identificar al empresario-empendedor y propone un análisis del elemento de la ajenidad en la era digital.

Como se indicaba, en toda relación contractual tienen una especial relevancia el tema de los sujetos que intervienen, pero resulta también fundamental que el objeto de ese contrato resulte bien delimitado. En esta obra, este análisis titulado “El objeto: las prestaciones de servicios y las adquisiciones de bienes” corre a cargo de la profesora

Paniza Fullana (UIB), que se detiene también en el aspecto sectorial, en el sentido de reflexionar sobre la cuestión de si se pueden considerar actividades turísticas aquellos contratos de servicios que tienen lugar en este ámbito. Muestra especial atención desde esta óptica a la actuación de las plataformas de alojamiento con referencia a la regulación autonómica de las viviendas de uso turístico y concretamente a la normativa balear. En sus reflexiones finales, se plantea si es necesaria una regulación de las nuevas formas de contratación o si hay que centrar la atención en los nuevos intermediarios, cuestionándose si todo ello requiere o no una nueva construcción jurídica.

Dentro de la misma parte general, se aborda también “El régimen jurídico-administrativo del consumo colaborativo”, un trabajo realizado por el profesor Pizarro Nevado (UCO) en el que analiza el tipo de regulación que debería utilizarse (adaptada a las necesidades que suscita el consumo colaborativo en cada mercado; que considere las características de los sujetos que operan o que se articule con la que resulte de aplicación a actividades de naturaleza análoga). Se contemplan también los límites que debe tener en su regulación y que se encuentran básicamente en la liberalización de la prestación de servicios y en la unidad de mercado. Estas propuestas finalizan con el análisis de los requisitos de acceso a esta prestación de servicios y en el régimen de acceso más concreto de las plataformas colaborativas, que se centra en valorar la necesidad de regulación jurídico-administrativa del consumo colaborativo, estudiando uno de los aspectos básicos de ese régimen, que es la intervención administrativa en el acceso a este tipo de actividades. En definitiva, se trata de contraponer regulación frente a autorregulación y examinar los riesgos que conlleva esta última, como puede ser el olvido de la protección de los intereses económicos de los consumidores y terceros. Considera el autor que el interés general debe estar presente en la regulación estatal (*“lo determinante para fijar el contenido y alcance de la regulación no debe ser si el encuentro entre proveedor y usuario se produce por medios digitales o a través de cauces tradicionales, sino la condición del proveedor de servicios y los resultados que puedan derivarse de la actividad que presta”*), analizando las cuestiones básicas de cualquier regulación (acceso al mercado, prestadores de servicios y plataformas).

En este sistema de consumo colaborativo el aspecto impositivo está también muy presente. La participación de operadores en este nuevo sistema de prestación de

servicios merece un detenido análisis, que es el que lleva a cabo la profesora Mories Jiménez (UCO), tanto desde la perspectiva de la imposición directa (especialmente IRPF) como de la imposición indirecta (IVA e ITPAJD), en su estudio “Régimen tributario de la economía colaborativa”. La autora considera que el futuro de la fiscalidad apuesta por la adaptación de los conceptos y figuras tributarias ya existentes a la nueva realidad frente a la creación expresa de nuevas figuras tributarias, entendiendo que hay que evitar que la economía colaborativa se utilice como medio para eludir obligaciones tributarias. Para ello, se requieren fórmulas de colaboración de la AEAT con las plataformas como ha ocurrido en el caso AIRBNB. Apuesta por la armonización de este aspecto en toda la UE, exponiendo cuáles podrían ser las líneas comunes de esa armonización. En su estudio, incluye referencias a propuestas legislativas presentadas por la Comisión, sobre la base de que, para determinar los aspectos fiscales aplicables a las plataformas, es necesario previamente determinar el papel que éstas desempeñan.

También desde la óptica tributaria se ofrece por la profesora Recio Ramírez (UCO) un análisis sobre el denominado “*insurtech*” (“Insurtech y sus posibles incidencias en el ámbito tributario”), como nuevo mercado en el sector asegurador que se fundamenta en las nuevas tecnologías y que puede ser definido como el “*conjunto de actividades que, mediante el empleo de la tecnología digital, permite la prestación de servicios o la contratación de productos pertenecientes al mercado asegurador*”. Alude a la propagación de esta nueva modalidad de contratación en el ramo de los seguros de daños, procediendo a un examen de las plataformas colaborativas de *insurtech*. Se detectan determinadas peculiaridades, que llevan incluso a eliminar el cálculo matemático actuarial propio del mercado asegurador o a prescindir de la figura del propio asegurador. La perspectiva fiscal, obliga a plantear si el ahorro que supone la contratación de seguros colaborativos podría ser considerado por las administraciones tributarias como un rendimiento. Cada sector tiene sus propias peculiaridades y en éste se alude al hecho de que en las plataformas P2P habría que plantearse que la *insurtech* no sea una mera intermediaria, sino que actúe realmente como la tomadora de una póliza colectiva. Dado que la tecnología digital está transformando el mercado y con ello las relaciones jurídicas, se examina también la actividad de mediación en este nuevo mercado, respecto al que la autora concluye que existe una situación de total incertidumbre en lo que respecta a la aplicación de los tipos impositivos.

En la parte especial, como ya se indicó, se analiza este fenómeno de la economía colaborativa de modo más específico aplicado a los sectores clave: el transporte de personas, por la profesora Carbonell Porrás (UCO) y el alojamiento, por los profesores Gómez Jiménez (UMA), González Cabrera Y Bethencourt González (ULPGC). Este estudio específico culmina con el trabajo de la profesora Mayorga Toledano (UMA) sobre el consumo colaborativo en el sector financiero.

La profesora Carbonell Porrás (“Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el derecho administrativo”), tras las consideraciones generales preceptivas, analiza la naturaleza jurídica del servicio prestado por “UBERPOP”, centrando la cuestión en la respuesta que han dado los tribunales a los conflictos planteados. Ofrece unas reflexiones y apuntes para identificar la naturaleza de los servicios que prestan las plataformas digitales y examina las distintas realidades que presenta el uso colectivo de vehículos de turismo (compartir un coche por asientos; compartir un mismo vehículo de forma sucesiva, [...]). Destaca el estudio realizado de los servicios de transporte público en vehículos turismo (taxi, VTC), tras el que concluye que el conflicto entre el taxi y las autorizaciones VTC no es realmente un problema de economía colaborativa y que habría que decidir qué condiciones y requisitos pueden ser suprimidos o modificados y cuáles se deberían mantener.

La profesora Gómez Jiménez [“El sector del alojamiento (I): el régimen administrativo”], realiza un análisis de la noción de “alojamiento colaborativo” y propone una distinción con otras figuras afines, como el alojamiento en hoteles y establecimientos turísticos y el denominado “*co-housing*”. Determina también qué elementos caracterizan al alojamiento colaborativo, distinguiendo si se trata de un alojamiento colaborativo sin o con ánimo de lucro. En su análisis de los sujetos que intervienen en el alojamiento colaborativo, hace una especial referencia a la figura del denominado “prosumidor”. Aborda también el tema de los retos para una regulación del sector, ofreciendo propuestas sobre la base del debate planteado en España en torno a la regulación de las viviendas de uso turístico, ya que esta normativa ha respondido de forma diversa al problema planteado.

La profesora González Cabrera junto al profesor Bethencourt González [“El sector del alojamiento (II): la problemática de la explotación de las unidades alojativas en régimen de propiedad horizontal en el nuevo marco del consumo colaborativo”], aborda en su aportación dos cuestiones muy relevantes: 1ª) si la contratación de los servicios de alquiler y hospedaje que cuentan con normativa turística propia encajan dentro de la economía colaborativa y 2ª) cómo se compatibiliza esta explotación con la gestión del resto de alojamientos en régimen de propiedad horizontal. Se centra el análisis en el caso de Canarias, previo estudio de la normativa estatal, aunque derogada, que regulaba este tipo de alojamientos. En esta Comunidad Autónoma, la regulación de este tipo de alojamiento se encontraba en la normativa general turística de 1995, pero no parecía estar prevista en la normativa de desarrollo dictada con posterioridad. El examen jurídico realizado se centra en el paso de un régimen jurídico privado para la explotación de estas viviendas (LAU) a un régimen jurídico público (normativa turística). Se exponen además cuáles son las dificultades de aplicación de la LAU a este tipo de viviendas a los que se añaden otros que se plantean en la práctica (la competencia que se hace al sector reglado y la fiscalidad). El criterio general regulatorio a nivel autonómico ha sido la limitación o prohibición de vivienda vacacional como alojamiento turístico para que no exista competencia desleal con el sector tradicional. Pero, además, se muestra un análisis del principio de unidad de explotación como límite a la explotación de alojamientos extrahoteleros y como garante de los derechos del usuario turístico, tras el que los autores consideran que el alquiler de vivienda vacacional no encaja en el fenómeno de la economía colaborativa, pues la vivienda no se comparte, sino que se explota con ánimo de lucro. Se estudian además algunos problemas de gestión relacionados con la explotación de este tipo de alojamientos, como la gestión de zonas comunes y la responsabilidad derivada de su mantenimiento y vigencia o llevanza de los libros de entrada y salida de huéspedes.

Por último, la profesora Mayorga Toledano [“Regulación del consumo colaborativo en el sector financiero”] realiza un trabajo cuyas claves están en analizar la financiación colectiva como modelo especial de financiación. Se refiere al concepto de “finanzas colaborativas”, entendidas como las que atienden a necesidades de financiación, préstamo o inversión al margen de entidades financieras tradicionales y que se refieren tanto a préstamos a particulares y empresas como a inversión en proyectos empresariales y a pólizas de seguros colectivos. La autora expone cuáles son los rasgos

esenciales de la financiación colectiva, destacando que aunque su ámbito de actuación es el mercado financiero, se incluyen dentro del concepto de “*shadow banking*”. Indica que las finanzas colaborativas de carácter financiero se centran en las modalidades de préstamos con interés y de suscripción de instrumentos financieros de participación en el capital o de deuda. Entre los primeros, se incluyen los préstamos participativos. Se estudia también de forma específica el régimen de las denominadas “plataformas de financiación participativa” conforme a la normativa estatal (2015) y a la proyectada normativa europea (2018). La autora se muestra crítica con el concepto de la ley española, pues no se adecua a la normativa sobre servicios de la sociedad de la información, entendiendo que las plataformas han de ser consideradas como intermediarios dentro del sistema financiero. Otro objetivo prioritario de la regulación es la protección de los inversores, que se arbitra en torno a diferentes ejes: la categorización de inversores, el régimen de transparencia y conducta y el régimen de supervisión. Finaliza el trabajo con un interesante análisis del consumo colectivo en el sector de los seguros, destacando que el modelo P2P se ha desarrollado a través de dos esquemas diferentes: modelo colaborativo doble y *crowdsurance*, prescindiéndose en este último caso de las compañías aseguradoras.

Esta obra colectiva reúne por tanto un conjunto de estudios de enorme interés sobre la economía colaborativa, materia que en la actualidad tiene una indudable relevancia económica y social, que, como se indicó al principio, será clave para el presente y futuro desarrollo normativo de la misma en el ordenamiento jurídico español.

Fecha de recepción: 24.06.2019

Fecha de aceptación: 26.06.2019