

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA ECONOMÍA COMPARTIDA

NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ (*)

Universidad de Alicante

La economía compartida también llamada economía colaborativa o consumo colaborativo (*shared economy*) ha estado asociada en sus orígenes con la idea de compartir bienes infrautilizados y poder disfrutar de experiencias distintas a aquellas que proporcionan las industrias tradicionales. Siendo un fenómeno que ha existido siempre, lo cierto es que en los últimos años ha alcanzado un importante desarrollo.

UN NUEVO MODELO DE ACTIVIDAD ¿MERCANTIL? ¶

La economía compartida también llamada economía colaborativa o consumo colaborativo (*shared economy*) ha estado asociada en sus orígenes con la idea de compartir bienes infrautilizados y poder disfrutar de experiencias distintas a aquellas que proporcionan las industrias tradicionales. Siendo un fenómeno que ha existido siempre, lo cierto es que en los últimos años ha alcanzado un importante desarrollo (Shareable, 2016; Bostman, 2015; Cheng, 2014a y Belk, 2017).

Por su parte, la Comisión Europea (*Digital Single Market* 2016) define la economía colaborativa como «aquella que une individuos o personas jurídicas mediante plataformas *online* (plataformas de economía colaborativa) permitiéndoles la provisión de servicios y/o intercambiar bienes, recursos, tiempo, habilidades, o capital, a veces por un periodo temporal y sin transferir los derechos de propiedad sobre los mismos».

Se trata, como es obvio, de un fenómeno global, que ha propiciado la aparición de *starts up* para compartir los más variados servicios o cosas. Así, desde las más comunes, como son las de compartir trayectos de coche o el propio coche o la vivienda, nos encontramos otras de *crowdfunding*, o para intercambiar productos, para comprar y vender muebles de segunda

mano etc. Señala la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en sus conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (marzo 2016) que se trata de un fenómeno transversal, ya que no se encuentra circunscrito a un sector económico concreto. Sus manifestaciones se extienden a distintos segmentos de la economía, afectando crecientemente a los actuales tres macro sectores de la agricultura, la industria y los servicios, con especial repercusión, en estos momentos, en el sector servicios. Los nuevos modelos colaborativos operan ya de forma destacada en el transporte, el alojamiento, la financiación de proyectos, los servicios personales, la alimentación, la educación o la logística. En otros ámbitos su implantación es aún menor, como en el ámbito de la salud, la generación energética, los servicios empresariales o profesionales, la industria o las propias administraciones públicas, pero cuentan con potencial de crecimiento. También al amparo de estas prácticas colaborativas, han surgido plataformas tecnológicas que ponen en contacto a los oferentes y demandantes, llegando a convertirse en importantes empresas por el volumen de negocio que realizan, como es el caso por ejemplo de Airbnb o de Uber.

Nos encontramos con la suma de dos ingredientes, que han dado lugar a una mezcla que se ha popula-

CUADRO 1
PRINCIPALES TIPOS DE PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA

		Tipo de transacción	
		<i>Peer-to-peer</i> (entre usuarios)	<i>Business-to-peer</i> (empresa-consumidor)
Orientación plataforma	Sin ánimo de lucro	Wikipedia	<i>Market Places</i>
		<i>Couch surfing</i>	
		Bancos de tiempo	
		Mercados de intercambio de alimentos	
	Con ánimo de lucro	Airbnb Homeforhome Homeaway Uber Blablacar	Uber Zipcar UberLyft Cabify

FUENTE: Research for Tran Committee-Tourism and the sharing economy: challenges and oportunities for the EU (Parlamento Europeo), Debating the Sharing Economy (Juliet Schor), 201. Cuadro ampliado.

rizado por su sencillez y por la reducción de costes que supone en general: de un lado, quien quiere compartir u ofertar algo lo puede hacer –hasta el momento– sin grandes dificultades ni exigencias, ante el vacío legal existente; y lo puede hacer de forma muy fácil a través de diferentes canales y plataformas que llegan a una gran cantidad de «posibles demandantes». Desde el otro lado, de una forma también absolutamente sencilla, se obtiene la posibilidad de contratar sin ningún tipo de limitación horaria o espacial y sobre todo, la de obtener y poder comparar entre un gran número de ofertas sin realizar ningún desplazamiento. Y ello, con una clara reducción de los costes para quien demanda, en la medida que, con carácter general, en el peor de los casos solo se paga una comisión al intermediario p2p.

Efectuadas estas consideraciones generales, debe dejarse claro que en realidad no hay un único modelo, sino múltiples variantes. De forma reduccionista, a efectos sistemáticos podrían diferenciarse dos grandes grupos. Encontramos de un lado, las redes sociales p2p donde los usuarios comparten un sistema que les permite intercambiar experiencias y servicios que no implican un coste monetario. Un paso más en el camino hacia las *market places* lo constituyen los modelos de negocio denominados *Flat membership* o tarifa plana, en virtud del cual plataformas ofrecen una suscripción a sus usuarios, los cuales una vez han abonado la cantidad de que se trate, pasan a formar parte de la comunidad de usuarios y pueden usar los servicios ofrecidos por la plataforma durante un periodo de tiempo determinado.

Por otro lado, nos encontramos con las plataformas o *market places* que han ido surgiendo al albur de la economía colaborativa, y que están gestionadas por empresas y donde es evidente la existencia de un negocio para los intermediarios. Primero, encontramos aquellas empresas que reciben una tarifa de servicio (*service fee*), la cual obtienen cuando conectan con éxito compradores y vendedores, huéspedes con hospedantes, etc. Esta tarifa suele consistir en un porcentaje de la transacción económica que tiene lugar entre los usuarios y fluctúa atendiendo a varios factores:

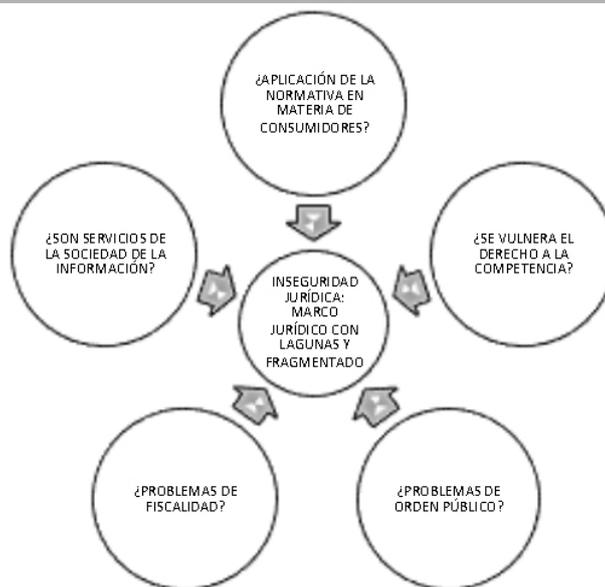
el sector del mercado en que nos encontremos, el valor de la transacción realizada y los servicios prestados. La gran mayoría de los *MarketPlaces* (plataformas que permiten que vendedores y compradores se pongan en contacto y lleven a cabo una determinada transacción) usan este modelo de negocio.

Sin ser posible, vista la diversidad de las posibilidades y modelos que subyacen para un término común, tratar con carácter general la problemática jurídica de la economía compartida, se opta en este trabajo por centrarnos en los dos sectores donde el desarrollo de estos nuevos modelos de negocio ha sido mayor. Estos, son, según el Informe realizado por la CNMC los sectores del transporte y del alojamiento. Ambos sectores son especialmente importantes y plantean aspectos comunes, básicamente la delimitación jurídica de los sujetos que intervienen en la actividad, que tiene incidencia directa en el ámbito del derecho de la competencia. Sin embargo, el del alojamiento presenta, si cabe, más aspectos controvertidos, habida cuenta del carácter autonómico de la normativa aplicable.

La cuestión con todo y con carácter general, cuando hablamos de este modelo de «economía compartida» es delimitar si nos encontramos con negocios entre particulares, entre los cuales la función de las plataformas es meramente la de un servicio de la sociedad de la información, lo que eliminaría los problemas relacionados con el derecho de la competencia; o por el contrario, se actúa como empresarios, teniendo en cuenta el concepto jurídico que del mismo proporciona el Derecho Mercantil, lo que determina la aplicación de un régimen más restrictivo, incluida la normativa de protección a los consumidores, así como aspectos relacionados con el derecho de la competencia. En el caso paradigmático de Uber, entre sus políticas es cierto que no se presenta como un proveedor de transporte, pero también que se considera como una oportunidad para convertir un automóvil «en una máquina de generar dinero» (Uber.com, (2016), *Legal*).

Para ello, y con carácter previo, es preciso delimitar el conjunto de normativas aplicables, que variarán atendiendo al bien o servicio que se comparta.

CUADRO 2
DELIMITACIÓN PROBLEMAS GENERALES



FUENTE: Elaboración propia.

NORMATIVA APLICABLE: LA EXISTENCIA DE LAGUNAS Y DE UN MARCO JURÍDICO FRAGMENTADO †

Normativa Aplicable: La Conjunción de Normas de Aplicación General y de Normas de Carácter Sectorial y de Ámbito Autonómico

Desde un punto de vista jurídico, puede anticiparse que el principal problema es la existencia de un vacío normativo importante y el hecho de que siendo un fenómeno global, sea tratado en algunos sectores muy importantes, como el turismo, de forma absolutamente sectorial, con normas autonómicas con marcadas diferencias e incluso con ordenanzas municipales que pueden incidir en algunos aspectos.

Nos encontramos con actividades en las que participen diferentes sujetos, así como una plataforma tecnológica que les pone en contacto, al margen de que realice otro conjunto de funciones. De ahí, que tengamos que partir primero, de la existencia de dos relaciones jurídicas: la que une a los particulares y la que une a los particulares con la plataforma. Particular importancia tiene la que vincula a los particulares, puesto que atendiendo a la calificación o no como empresario del oferente del bien o servicio, podremos calificar a quien lo demanda como consumidor, y por tanto, resultarse de aplicación la normativa correspondiente. En segundo lugar, que tengamos que tener en cuenta, cuál es el tipo de bien o servicio que se presta. Y, seguidamente, habida cuenta de que nos encontramos con partes que materializan su contrato por vía electrónica, la aplicación de la normativa en materia de comercio electrónico.

La regulación de los denominados alojamientos turísticos viene determinada por la legislación autonómica,

frente a la del transporte por carretera, regulado por ley estatal. Ello es así, porque en el artículo 148.1.18 de la Constitución se reserva a las Comunidades autónomas la competencia exclusiva en materia de «promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial», mediante la atribución expresa de la misma a través de los Estatutos de autonomía. El Estado, en cambio, no se reserva ninguna competencia directa en materia de turismo. El hecho, además, de que cada Comunidad Autónoma haya legislado en materia turística, ha impedido la aplicación de la cláusula prevista en el artículo 149.3 CE, en virtud de la cual, el legislador estatal puede regular en las materias que no hayan sido asumidas por los legisladores autonómicos.

Por tanto, y en resumen, la legislación en materia turística en nuestro país se compone básicamente de normas autonómicas, en las que se regulan aspectos relativos al desarrollo de la actividad turística, a la ordenación del turismo y de los sujetos que intervienen en el turismo. Esto último supone un problema en la medida que no es infrecuente encontrar disposiciones que regulan aspectos mercantiles propios de una ley estatal (Fernández 2015:26). De hecho, todas las normas han debido ser modificadas tras la Ley 17/2009 de 23 de noviembre de libre acceso a las actividades de servicios (conocida como ley ómnibus), que supone la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, la cual ha introducido los principios generales de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios estableciendo un régimen único acorde con el principio de unidad de mercado que informa nuestra Constitución.

En relación con el sector del transporte, por el contrario, como materia mercantil, viene regulada por el Estado.

El concreto sector del transporte de personas por carretera, viene regulado en la Ley 16/87 de 30 de julio de Ordenación del Transporte Terrestre, (LOTT). En esta norma se diferencia los transportes sometidos a un sistema de concesión administrativa o licencia, como es el caso de los taxis y los transportes urbanos de autobuses; y de otro los transportes y actividades sometidas a autorización administrativa, en el que se incluirían el transporte discrecional de viajeros, el alquiler de vehículos con conductor y la actividad de los intermediarios de transporte. Mientras que en el primer caso, los controles son muy rigurosos, en el caso del «transporte privado particular», señala el artículo 102 LOTT que no es precisa la autorización administrativa. Por tanto, es determinante saber si el transporte que se realiza a través de las diferentes plataformas tiene o no el carácter de privado particular o invade la zona de los transportes regulados (Velasco 2015)

Por otra parte, en esta labor de delimitación de la normativa aplicable, nos encontramos con una contratación que se realiza a través de una plataforma tecnológica, en la que los intermediarios ponen en contacto a quienes demandan alojamiento y quienes los ofrecen. Solo por ello ya resulta de aplicación la Ley de Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante, LSSICE), en la que se contempla la figura de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

El grave problema de la Dispersión Normativa en Materia de Alojamiento Turístico

El llamado alojamiento colaborativo es, en primer término, un arrendamiento. Con anterioridad a la modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos por parte de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se utilizaba por parte de los propietarios de viviendas particulares la figura del arrendamiento de temporada previsto en su artículo 3.2. No obstante, la Ley 4/2013 modifica el artículo 5 introduciendo una nueva letra e, en virtud de la cual quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la LAU «La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial». Esta normativa sectorial es precisamente la normativa autonómica turística.

Por lo tanto, cuando se trate de un alquiler de una vivienda para uso turístico, con finalidad lucrativa, queda sometida a la normativa de las comunidades autónomas. Esto es así, habida cuenta que la competencia normativa en materia turística ha sido asumida por éstas en sus Estatutos de autonomía al amparo del artículo 148.1.18 de la Constitución española. En el resto de supuestos, será de aplicación bien la LAU, bien directamente el Código Civil.

Y la cuestión es que cada una de las Comunidades Autónomas ha optado por una regulación diferente, lo

que constituye un verdadero problema tanto para quienes desean impulsar este tipo de actividades, que deben tener en cuenta los requisitos administrativos diferentes, como para los propios clientes, que piensan que en todo caso hay un marco jurídico común que les protege. Baste a modo de ejemplo, aludir a algunas de las normativas existentes.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía el alojamiento turístico viene regulado por el Decreto 28/2016, de 2 de Febrero, de viviendas turísticas de Andalucía. El concepto clave para entender cuando se considera una vivienda como «vivienda turística» es el de la habitualidad, es decir, que si se va a ofrecer de forma habitual la vivienda a turistas entonces estamos hablando de una vivienda turística y, por tanto, debe ser legalizada, esto es registrada en el Registro Turístico. El Decreto no establece de forma taxativa qué debe entenderse por habitualidad, sino que alude a una presunción *iuris tantum*. El decreto nos dice, en el artículo 3.2 y 3.3, que habrá presunción de habitualidad cuando la vivienda sea promocionada o comercializada mediante agencias de viaje, empresas que medien u organicen servicios turísticos y, canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento.

En Canarias, viene regulado por el Decreto 113/2015, situándose como concepto clave la comercialización de viviendas a través de canales de oferta turística que sean alquiladas serán objeto de sanción excepto que se haya presentado la declaración responsable. Además, se prohíbe alojar a turistas en las viviendas que, estando en zonas turísticas o en urbanizaciones turísticas, estén ubicadas sobre suelo turístico (desde el punto de vista urbanístico). Igualmente, tampoco podrán alojar a turistas las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas ni las ubicadas en urbanizaciones mixtas (residenciales-turísticas) conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013 de 29 de Mayo, de renovación y modernización turística de Canarias.

En la Comunidad Valenciana la regulación de este tipo de alojamiento se encuentra recogida en el Decreto 92/2009 de 3 de Julio. La nota determinante para sujetar a regulación el alquiler vacacional es que se realice de forma habitual. Y por tal, se entiende que el proceso de cesión o arrendamiento del inmueble sea hecho a través de: a) empresas gestoras de viviendas turísticas, b) sea puesto a disposición de los usuarios turísticos por sus propietarios o titulares, con independencia de cuál sea el periodo de tiempo contratado y siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera.; c) y se usen canales de comercialización turística, entre los que se incluye Internet u otros sistemas de nuevas tecnologías.

En Cataluña, la Ley 13/2002, de 21 de Junio, de Turismo de Cataluña, por la que se regula el sector turístico en Cataluña, recoge la figura de las viviendas de uso turístico (VUT) y las cataloga como empresas turísticas de alojamiento, al igual que hace con los establecimientos de alojamiento turístico (hoteles, apartamentos turísticos, campings, etc). Las características que han de

tener esas viviendas son establecidas por el Decreto 159/2012, de 20 de Noviembre, que viene a regular tanto los establecimientos de alojamiento como las viviendas de uso turístico y que reproduce la definición contenida en la Ley. Se establece expresamente que Las viviendas de uso turístico se ceden al completo, y no se permite la cesión por estancias. A efectos de este decreto se considera estancia de temporada toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días, y se considera cesión reiterada cuando la vivienda se cede dos o más veces dentro del periodo de un año.

Finalmente, en Madrid, se ha regulado mediante el Decreto 79/2014 de viviendas turísticas, en desarrollo de la Ley 1/1999 de desarrollo del turismo en Madrid. En sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 4219/2016 de 31 de mayo de 2016 esta normativa ha sido parcialmente anulada. En esta sentencia el Tribunal, declara la nulidad del inciso del art. 17.3 del Decreto que dispone que las viviendas de uso turístico «...no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días...» porque no cumple con tales exigencias ni de necesidad ni de proporcionalidad en relación con esos dos objetivos concretos, protección de los consumidores y usuarios turísticos y evitar la opacidad fiscal.

EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES: ¿RESULTA DE APLICACIÓN LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES? †

La aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios, que básicamente viene constituida por el Texto Refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, tiene como presupuesto que exista una relación jurídica entre un consumidor o usuario y un empresario. Esto es lógico, puesto que está pensada para proteger los intereses y derechos de los consumidores como partes débiles de la contratación. Significa, *a sensu contrario*, que si son dos consumidores los que interactúan entre sí, esta normativa no resulta de aplicación.

De ahí, que sea esencial delimitar jurídicamente la posición de quienes intervienen, bien en un alojamiento o transporte colaborativo. Y para ello, debe analizarse si concurren o no en su actuación las notas caracterizadoras de una actividad empresarial, que permiten considerar al sujeto como empresario. Y en este sentido, nos encontramos con situaciones muy variopintas que impiden catalogar con carácter general todos los supuestos del mismo modo. Puesto que será empresario aquél que realice de forma profesional y en nombre propio, aun cuando actúe a través de terceros, una actividad mercantil, tal y como se desprende del artículo primero del Código de Comercio.

Y, no es dudoso que muchos de los particulares que ofertan sus viviendas, que además lo hacen a través de empresas gestoras, realmente están realizando una actividad empresarial y por tanto son empresarios, in-

dependientemente de cuál sea la forma que adopten, esto es, empresario individual o empresario social en cualquiera de sus posibilidades. Y ello, porque el arrendamiento se realiza de forma profesional y habitual, como resulta del hecho de que se oferten en canales al efecto. El problema es que la profesionalidad o la habitualidad, no pueden ser definidas de modo diferente en cada Comunidad Autónoma, puesto que estamos hablando del concepto de empresario, y por tanto, de un concepto único que debe interpretarse en todo el territorio nacional del mismo modo, tal y como marca la Constitución al establecer que la materia mercantil resulta competencia del Estado, y como exige el principio de unidad de mercado, al que en este sentido, sí que alude de forma acertada, la CNMC. Frente a esta, como se ha visto, los criterios de las comunidades autónomas son dispares: desde la fijación del criterio de la comercialización por canales turísticos, entre los que claramente se encuentran las plataformas p2p; pasando por el criterio de la habitualidad, o la profesionalidad en el sentido de número de inmuebles ofertados. Así, se ha visto en alguno de los ejemplos de normativas autonómicas recogidas en el texto, como la de Andalucía que presume la habitualidad, y por tanto, la sujeción a la normativa de alquiler vacacional cuando se oferte mediante canales de oferta turística; la de Baleares que impide el alquiler en viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal; la de Cataluña en la que se consideran viviendas de uso turístico cuando el periodo de cesión a un mismo turista supere los treinta y un días consecutivos; considerándose que forman parte de este concepto las viviendas que se ceden para este uso en más de una ocasión al cabo del año; o la de Madrid que hasta hace poco impedía la contratación de alojamientos en viviendas por un periodo inferior a cinco días.

En cuanto a la protección jurídica que debe dispensarse, resulta claro que una parte, sin duda esencial, de esa protección se referirá a la seguridad física del propio turista. Por esta razón, en los establecimientos reglados hay todo un conjunto de normas dirigidas a tutelarla (normativa en materia de incendios, de salubridad etc...); Por otro lado, está la seguridad de carácter jurídico (De León Arce 2008: 7). Aunque los problemas con los que puede enfrentarse el turista puede ser de diferente índole, lo cierto es que básicamente podrían subsumirse en dos cuestiones: de un lado, aspectos relacionados con la información, no necesariamente por su déficit, sino porque no sea la adecuada, sea errónea o genere confusión; de otro, las dificultades para realizar reclamaciones por la falta de cumplimiento total o parcial de las prestaciones o servicios turísticos contratados. Estos últimos son extensivos también al sector del transporte

En el caso de los alojamientos turísticos contratados mediante una plataforma p2p, el turista se encuentra con información sobre un alojamiento que únicamente puede contrastar cuando llega al alojamiento, puesto que en principio las plataformas alojan información y median- pero sin llegar a considerarse responsables por la información que se facilita. Y por otra parte, el

turista se encuentra indefenso si el anfitrión decide echarse atrás y anula su oferta, más allá de intentar reclamar un incumplimiento contractual. En el caso del transporte, se puede encontrar con personas sin ningún tipo de experiencia y careciendo de los permisos y seguros pertinentes.

Esta situación contrasta claramente con la del particular que ofrece su propia vivienda o habitaciones de su vivienda de forma aislada. Situaciones que cada vez, resultan menos frecuentes. En estos casos, realmente origen del movimiento de la economía compartida, nos encontraríamos con dos particulares que comparan, y que por tanto, se encuentran en situación de igualdad y no necesidad de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico.

Fuera de estos dos conceptos, consumidor o usuario y empresario, no cabe, desde un punto de vista jurídico, establecer ningún otro. Y por ello, resulta a mi juicio, claramente criticable que la CNMC eleve a categoría jurídica el concepto de «prosumidor». Se trata de un concepto propio de la literatura económica y fue acuñado por vez primera por Marshall MC Luhan y Barrington Nevit, en 1972 haciendo referencia a la suma de un productor más un consumidor. Posteriormente fue desarrollado por Alvin Toffler (La tercera ola en 1980) y otros teóricos de la economía digital, y se dirige a identificar aquel consumidor que asume simultáneamente el rol de producción y consumo de bienes y contenidos, esto es, que en relación a éstos, participa de forma activa en su configuración, admitiendo como inherente al canal su eventual conocimiento por otros usuarios (es el caso de YouTube).

LOS PROBLEMAS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ¶

El Derecho de la competencia que regula la actividad de los operadores en el mercado tiene una importancia significativa en la medida en que permite regular la forma de actuación de los distintos competidores. Este derecho cobra una especial importancia en los sectores que tienen una fuerte regulación, como es el caso del sector del transporte y del sector turístico y, muy particularmente, en la actividad que desarrollan los distintos operadores turísticos en el mercado.

Uno de los aspectos más controvertidos en relación con estos modelos de negocios es si han de cumplir algún tipo de requisitos para convertirse en nuevos operadores del mercado, tales como autorizaciones, licencias o unos mínimos estándares de calidad que se vienen aplicando en los sectores tradicionales, como es el caso de los taxis o de los hoteles o apartamentos turísticos. La exigencia del cumplimiento de estos requisitos es una importante barrera de entrada en estos mercados, ya que, además de suponer un elevado coste y sobretodo una gran inversión inicial, no cualquier persona puede adquirir una licencia o una autorización.

La postura de la Comisión Europea es a priori, contraria al establecimiento de estas condiciones para acceder a los mercados, de modo que las plataformas

de economía colaborativa no deberían estar obligadas a la obtención de licencias o autorizaciones, y, en caso de existir, tal obligación debería estar justificada y ser proporcional de acuerdo con el modelo de negocio y los intereses públicos en juego, como pueden ser la protección de la salud pública, la lucha contra la evasión fiscal, etc. De acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, concretamente, con base en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior los prestadores de servicios solamente tendrán que cumplir determinados requisitos de acceso al mercado cuando exista una estricta necesidad de proteger intereses públicos claramente identificados y siempre que estos requisitos no tengan carácter discriminatorio. La Comisión destaca que la regulación del mercado de servicios ha de flexibilizarse, dando paso a un incremento de la productividad y a la entrada de nuevos operadores, permitiendo así un aumento de la competitividad y un descenso de los precios.

Siguiendo esta línea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se ha mostrado partidaria de estos nuevos modelos como forma de incentivar la competencia. Es más, en sus Conclusiones preliminares alude expresamente a que numerosas normativas autonómicas imponen restricciones de acceso y ejercicio injustificadas al mercado de alojamiento turístico, con efectos negativos sobre la competencia y el bienestar. Las barreras a la competencia efectiva generadas por la normativa se oponen a la innovación y reducen el dinamismo del mercado. Y en relación con el sector del transporte, alude que los nuevos servicios que permiten la puesta en contacto, a través de aplicaciones móviles, de vehículos disponibles y usuarios que demandan, en el acto, un transporte urbano de corta distancia dentro de la localidad, ofrecen una alternativa a las prestaciones que tradicionalmente ofrece el sector del taxi y el alquiler de vehículos con conductor (VTC). Estos nuevos servicios se han desarrollado en un contexto de regulación de los mercados de taxi y VTC que contiene importantes restricciones no justificadas a la entrada y ejercicio de la actividad en el mercado, entre las que destacan el numerus clausus de licencias, el limitado ámbito geográfico de la licencia y, para el caso del taxi, los precios regulados en forma de tarifas públicas no flexibles. Estas restricciones dificultan o incluso impiden la entrada de nuevos operadores, generando rentas monopólicas para los incumbentes y un funcionamiento menos eficiente del mercado para la sociedad.

Lo cierto es que si se considera que los conductores de Uber, por ser el caso más paradigmático, están ofreciendo un servicio de arrendamientos de vehículos de turismo con conductor, sería de aplicación el artículo 99.4 de la LOTT, que implica la exigencia de autorización. Y por ello, se han planteado tanto por la Asociación Madrileña del Taxi, en Madrid y por la Asociación Profesional Elite Taxi, sendas demandas contra Uber. En particular el segundo caso, ha dado lugar a una cuestión prejudicial, donde se la cuestión es si Über es un

prestador de servicios de la sociedad de la información o un empresario del sector (Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain, S.L.(Asunto C-434/15) (2015/C 363/27) y por lo tanto, requiere o no autorización administrativa; en cuyo caso, su ausencia podría considerarse un comportamiento desleal.

En relación con la normativa aplicable en materia de competencia, dos son las normas que deben ser tenidas en cuenta: la protección de la libertad de competencia se regula por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la honestidad de las prácticas por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. La circunstancia de que la oferta de alojamientos de economía colaborativa carezca de una normativa expresa podría incidir en ambos sectores, si bien de manera distinta teniendo en cuenta los diversos intereses tutelados por ambas normas.

En relación con la normativa de la Libre Competencia hay que partir de que en la propia Ley se alude a la necesidad del respeto del principio de libertad de empresa y a la importancia de contar con un sistema que permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado. Ahora bien, la libertad de competencia exige previamente que exista igualdad entre los que compiten en el mercado, circunstancia que es precisamente lo que es posible considerar que se está modificando en el caso del turismo colaborativo y del transporte colaborativo. De modo que si se aprecia que la irrupción de las páginas web y los nuevos mecanismos de comunicación comportan una cierta profesionalización de esta actividad, al convertirse los particulares de facto en empresarios, el respeto del principio de la competencia e igualdad entre los operadores económicos debería suscitar la reflexión sobre la procedencia de establecer normas que, de forma proporcionada, aseguren un equilibrio entre los que ofrecen estos servicios en interés de todos los que participan en el mercado (Montero, 2016:243).

En cuanto a la competencia desleal, se trata desde luego de un marco jurídico complicado, que no posible desgranar en un trabajo de estas características. En cualquier caso, para una correcta aplicación de la Ley de Competencia Desleal, es preciso partir de la existencia de dos cláusulas generales, cuya aplicación debe estudiarse en cada caso concreto. Ello partiendo de que el ámbito subjetivo de la primera hace referencia a cualquiera que participe en el mercado, mientras que de la segunda, el sujeto debe ser un empresario o profesional (Bercovitz 2011:106). Por tanto, y aunque en principio podría pensarse que en los supuestos de la economía colaborativa se aplicaría preferentemente la segunda cláusula general, dado que no nos encontramos claramente ante relaciones entre operadores o competidores, esto puede no ser así, teniendo en cuenta que el sujeto activo de la relación debe ser, según la segunda cláusula general, un empresario o profesional (Montero 2016:239).

Es por ello que las Conclusiones de la CNMC resultan, a mi juicio, excesivamente categóricas en algunos as-

pectos, aunque en otros, como el respeto al principio de unidad de mercado no merecen reproche. La necesidad de regular algunos sectores no siempre debe venir motivada por la existencia de fallos de mercado, principal argumento de la CNMC, sino también, por la protección de intereses de carácter general, como puede ser la protección de los usuarios de los servicios cuando nos encontramos con servicios que se prestan de forma "profesional" y alejada por tanto, de los principios inspiradores del consumo colaborativo. A estos se podría unir también otros, que alegan los sectores afectados, como son el desarrollo del turismo de calidad, la ordenación turística de las ciudades, o la cohabitación entre ciudadanos en áreas densamente pobladas, mientras que desde el sector del transporte se alude básicamente a cuestiones de seguridad de los viajeros y de intrusismo (CEHAT, 2016). Por otro lado, es necesario distinguir si la persona que presta este tipo de servicios es un prestador profesional o si se trata de un particular privado que realiza estas actividades de manera ocasional. Puesto que si no, estamos tratando igual a quienes operan con reglas diferentes.

PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS PLATAFORMAS P2P: ¿SON SOLO PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN? ¶

A tenor de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, prestadores de servicios de la sociedad de la información son las personas físicas o jurídicas que proporcionan un servicio de la sociedad de la información (Anexo, letra c). Por tales servicios, se entiende del mismo modo que en la Directiva sobre comercio electrónico de la que trae origen, «los prestados normalmente «a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario» (Anexo letra a), incluyendo además los servicios no remunerados en los supuestos en que constituyan una actividad económica para el prestador.

En nuestra ley, a diferencia de la Directiva de comercio electrónico, se establece en una lista los principales servicios de la sociedad de la información, si bien con mero valor ejemplificativo, en la que figuran, entre otros, la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, el envío de comunicaciones comerciales, el alojamiento de información, aplicaciones o servicios, facilitados por el destinatario del servicio de alojamiento; el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos y el suministro de información por vía telemática. Las plataformas tecnológicas pueden considerarse prestadores de un servicio de intermediación, en la medida que dentro de tales servicios están incluidos los de mera transmisión de información, la provisión de memoria caché, el alojamiento de datos y el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.

Entre los que pueden ofrecer estos servicios señala la Exposición de Motivos de la Ley, los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cual-

quier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet, siendo lo habitual que no desempeñen un sola de estas actividades, sino varias, incluido el comercio electrónico. Como puede apreciarse se trata de una categoría amplísima.

Estas obligaciones deben ponerse en relación con el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 13 a 17 de la LSSICE. Esto es, como tales prestadores quedarán sujetos al régimen previsto por la Ley, lo que no obsta para que queden igualmente sometidos a las normas generales sobre responsabilidad civil, penal y administrativa, y en su caso, a lo dispuesto por la normativa sobre protección de consumidores y usuarios.

La regla general es que los prestadores de los servicios de la sociedad de la información únicamente serán responsables por los contenidos que ellos mismos u otros por cuenta suya, hayan elaborado. Tanto la Directiva como la norma española establecen un sistema de exención de responsabilidad por daños y perjuicios respecto de contenidos ilícitos, cuando los prestadores lleven a cabo una de las funciones de intermediación técnica previstas –es decir, cuando operen como proveedores de la técnica de comunicación–. No serán, por tanto, responsables por los contenidos ajenos que, en el ejercicio de tales funciones, transmitan, copien, almacenen o localicen.

Así, no serán responsables por los contenidos ilícitos ajenos que transmitan, a condición de que no modifiquen, obviamente, el contenido transmitido, salvo manipulaciones de naturaleza técnica, necesarias para llevar a cabo la transmisión. La exención se aplica de forma horizontal, puesto que afecta a cualquier tipo de contenido ilícito, independientemente de la norma que vulnere, y se refiere tanto a la responsabilidad civil como penal. Ahora bien, únicamente se alude a la exención de responsabilidad por daños y perjuicios, lo que deja la vía libre a posibles acciones de cesación. En particular, éstas pueden consistir en órdenes de las autoridades judiciales o administrativas correspondientes por las que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa (artículo 30 Ley de Comercio Electrónico en relación con el 14.3 de la Directiva).

En este contexto legal, nos encontramos con la existencia de intermediarios profesionales cuyo régimen no es claro. En un momento inicial parece lo normal catalogar el servicio que prestan estas plataformas como un servicio de alojamiento o *hosting*. Este contrato consiste básicamente en el alojamiento del sitio web en el servidor del prestador y su conexión a una red de telecomunicaciones para que éste sea accesible a Internet (Sánchez Leía 2011:28). Partiendo de esta base, en el panorama comercial existen diferentes variantes, pero en todas hay un denominador común que es facilitar por medios informáticos la conexión entre dos partes, un oferente y un demandante. Para ello alojan toda la información en la su página web y establecen la cobertura informática precisa para que las partes puedan ponerse en contacto. Es más, facilitan una pasarela de pagos.

No cabe duda de que las plataformas p2p realizan estas funciones. Lo importante es, si además, realizan funciones adicionales. Y en este sentido, puede afirmarse que las plataformas, realizan otras funciones. Técnica-mente facilitan que se realice *online* una reserva de alojamiento, retienen un depósito que sirve como fianza y se encargan de su devolución cuando los anfitriones dan su visto bueno, facilitan el pago mediante una pasarela de pagos. Pueden también «expulsar» de la plataforma al anfitrión sobre el que los huéspedes han presentado quejas, así como hacer recomendaciones sobre cómo ofrecer los servicios. Y todo esto, al amparo de un canal de difusión que vende oferta turística. Todo esto lo realizan a cambio de una contraprestación económica. En el caso de Airbnb sus ingresos proceden de la comisión que se cobra, por un lado, al anfitrión (3%) y, por otro lado, al huésped (10-12%).

Por lo tanto, su actividad se incardina dentro de la propia de la mediación turística. En el ámbito de la prestación de servicios turísticos, nos encontramos con diferentes tipos de intermediarios, aun cuando bien podría decirse que cabe una clasificación entre agencias de viajes y el resto de intermediarios. La mediación podría definirse como aquel contrato en virtud del cual una de las partes se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que se compromete a buscar con ese objeto. Siendo autónoma la competencia en materia de turismo, como se ha señalado, resulta muy complicado establecer una tipología de mediadores turísticos (Bauza 2014:3)

Uniendo ambas facetas, debe exigírsele especialmente que actúen con diligencia, tal y como exige la LSSICE en relación con la información que ponen a disposición del público en general, y retirar la información o impedir el acceso, una vez la plataforma tenga conocimiento de la ilicitud de la misma.

Y esto, si nos llevamos a los alojamientos turísticos vacacionales regulados por las legislaciones autonómicas, implicaría directamente que las plataformas no deberían alojar información ni actuar como mediadores respecto de particulares que ofrecen un alojamiento incumpliendo la normativa existente. El régimen de responsabilidad previsto pretende conciliar los distintos intereses en juego, por un lado, los de los prestadores, evitando que sean responsables por la existencia de información ilegal en sus servidores de la que no tienen conocimiento y, de otro, los de los posibles perjudicados al ser eliminada la información que habían puesto en Internet.

Pero la diligencia no debe ser solo la retirada, sino la de no permitir alojar una información sobre una actividad que se escapa de la legalidad aplicable. En el caso de las viviendas turísticas, las plataformas pueden conocer de primera mano la «regularidad», solicitando como información obligatoria el número de registro de vivienda turística. Lo que, a sensu contrario, implicaría la responsabilidad de las mismas.

Como ya se ha señalado, otro fenómeno de la economía compartida, en este caso en el sector del transporte, ha dado lugar a una cuestión prejudicial, donde precisamente la cuestión es si Uber es un prestador de servicios de la sociedad de la información o un empresario del sector. La cuestión es determinar si la actuación de las plataformas excede de la de un mero prestador de servicios de la sociedad de la información; esto es, si son responsables o no, por los contenidos que se alojan en las plataformas. En sus políticas, se define como «una plataforma tecnológica que permite el acceso a solicitar transporte terrestre bajo demanda que realizan proveedores de transporte independientes. Uber no es un proveedor de transporte». Se trata, por tanto, de un servicio retribuido, tanto para la propia plataforma como para el conductor. Además, como ya hemos mencionado antes, la empresa no se presenta como una plataforma para compartir coche, sino como una oportunidad para convertir un automóvil en una «máquina de generar dinero».

La polémica, por tanto, se suscita en torno a si es posible considerar esta plataforma como un operador de la economía colaborativa o se trata de una empresa que pretende lucrarse poniendo en contacto desde su web o aplicación a pasajeros con conductores profesionales, como si de taxistas se tratase.

Puede decirse que la actuación de las plataformas p2p excede de la de un prestador de servicios de la sociedad de la información que aloja datos. En mi opinión, realizan la prestación de un servicio turístico de mediación. Por ello, uniendo ambas circunstancias, le resulta especialmente exigible diligencia en su actuación de mediación, lo que pasa por el cumplimiento de la normativa correspondiente: tanto la propia de la contratación electrónica, como la turística, que en el caso de nuestro país, viene recogida por normativas autonómicas.

Y semejantes consideraciones puede hacerse en el ámbito del transporte. No se trata aquí de decidir si en este sector debería operarse una desregulación; sino si en este momento, en el que aún no se ha producido, las plataformas están excediendo claramente el papel de meros conectores entre particulares.

CONCLUSIONES †

Puede apuntarse que el principal problema que suscita la economía compartida desde un punto de vista jurídico es que no puede contemplarse de forma localizada y además descoordinada un fenómeno que es global y que incide especialmente en algunos sectores como el alojamiento y el transporte, que a su vez, pueden ser englobados en el más general y significado del turismo. En el fondo, no se trata solo de regular este fenómeno, sino de pensar cual es el modelo turístico por el que se opta.

Como se trata de un fenómeno que ya no va a desaparecer, debe ser objeto de una detenida reflexión. La cuestión está en determinar cuándo nos encontra-

mos por parte del propietario de la vivienda con un alquiler "profesional" o por un transporte de viajeros que excede del ámbito de lo particular para tomarse igualmente en "profesional". En todo caso, los mimbres para resolver esta cuestión, sobre la que después inciden otras esenciales, como es la relacionada con el Derecho de la Competencia, en sus dos manifestaciones –libre competencia y competencia desleal– deben buscarse en el concepto de empresario que proporciona el Derecho Mercantil.

Se hace, por tanto, preciso adoptar medidas de carácter general. En el ámbito del transporte, con una modificación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre. Y en el ámbito del alojamiento, se hace precisa la necesaria coordinación de las comunidades autónomas en sus respectivas normativas; y ello siendo el Estado el que regule los aspectos mercantiles relativos a la contratación turística, al objeto de que se dé cumplimiento al principio de unidad de mercado. El papel de las Comunidades Autónomas es el de fomentar en sus respectivos ámbitos territoriales el turismo y los aspectos relativos a la ordenación y planificación del turismo. Y es en ese ámbito donde pueden establecer marcos regulatorios.

(*) El trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación AICO/2015/047 de la Generalitat Valenciana de la que la autora es Investigadora Principal

BIBLIOGRAFÍA ‡

- BAUZA, F. (2014). «Hacia una legislación básica en materia de turismo. A propósito de las centrales electrónicas de reservas turísticas». *Diario La ley* 8319, 1-22.
- BELK, R. (2007). «Why not share rather than own?». *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 611, nº 1, pp. 126-140.
- BERCOVITZ, A. (2011). «Artículo 4 "Cláusula genera", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Dir), Aranzadi, Navarra, 93-110.
- BOTSMAN, R. (2015). «Collaborative Consumption. *The Sharing Economy: Dictionary of Commonly Used Terms – Collaborative Consumption*. [online] Disponible en: <http://www.collaborativeconsumption.com/2015/11/12/the-sharing-economydictionary-of-commonly-used-terms/> [Consultado a 9 Junio 2016].
- CEHAT (2016). *Observaciones al estudio de la CNMC sobre los nuevos modelos de prestación de servicios*.
- CHENG, D. (2014). *Is sharing really caring? A nuanced introduction to the peer economy*. [online] [Static.opensocietyfoundations.org](http://static.opensocietyfoundations.org/misc/future-of-work/the-sharing-economy.pdf). Disponible en: <http://static.opensocietyfoundations.org/misc/future-of-work/the-sharing-economy.pdf> (Consultado a 9 Junio 2016)
- DE LEÓN, A. (2008) «La protección del consumidor como turista» en *AA W Derecho de los Consumidores y Usuarios*, (dir. De León Arce), Tirant lo Blanch, Valencia.
- DIGITAL SINGLE MARKET. (2016). *Digital Single Market - European Commission*. [online] Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries> [Consultado a 9 Junio 2016].
- FERNÁNDEZ, N. (2015). *El turismo como objeto de regulación en Manual de contratación turística* (dir. Franch), Barcelona, Atelier, pp. 19-38.

KNOK (2016). *Red de viajes para familias..* [online] Disponible en: <http://www.knok.com/es/> [Consultado a 29 Junio 2016].

MONTERO, P. (2016). «La importancia del Derecho de la Competencia en el sector turístico». *International Journal of Scientific Managment Tourism* , nº 2, pp. 233-249

SCHOR, J. (2014). *Debating the Sharing Economy.* [online] Greattransition.org. Disponible en: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy> [Consultado a 15 Julio 2016].

SHAREABLE. (2016). *A Glossary of Collaborative Economy Slang.* [online] Disponible en: <http://www.shareable.net/blog/a-glossary-of-collaborative-economy-slang> [Consultado a 9 Junio 2016].

VELASCO, L. (2015). «El consumo colaborativo en el transporte terrestre de personas». *Diario La Ley* (online). Disponible en <http://diariolaley.laley.es>.