

EL ÁNIMO DE LUCRO Y LA PROFESIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Pablo Fernández Carballo-Calero

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Vigo

RESUMEN

El presente artículo estudia los cambios que ha experimentado el concepto de economía colaborativa con una especial atención a dos aspectos controvertidos susceptibles de condicionar la propia naturaleza del modelo: el ánimo de lucro y la intervención de prestadores de servicios profesionales. A estos efectos se examinan críticamente los textos que han abordado la economía colaborativa procedentes tanto de la CNMC como de las instituciones comunitarias, así como diversas aportaciones doctrinales orientadas a delimitar su perfil. La mera identificación de la economía colaborativa con la economía digital o de plataformas plantea diferentes escenarios, pero también incertidumbres y retos que deben ser afrontados por el legislador.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, ánimo de lucro, “pares” o particulares, prestadores de servicios profesionales, economía digital.

CLAVES ECONLIT: A19, K22, L10, M21, O17, O33.

PROFIT AND PROFESSIONALISM IN THE FIELD OF COLLABORATIVE ECONOMY

ABSTRACT

This paper aims to study the changes that the concept of collaborative economy has suffered, especially focusing on two of the most controversial elements able to condition the very legal nature of the model: the profit motive and the intervention of professional services providers. For this purpose, the study contains a critical examination of the texts that have tackled the collaborative economy both from the CNMC and from the European institutions. Moreover, diverse doctrinal contributions that have identified the limits of the new economic model are analysed. The bare identification between collaborative economy and digital or platforms economy presents not only different scenarios but also uncertainties and challenges that should be faced by the legislator.

KEY WORDS: Collaborative economy, profit, peers or individuals, professional services providers, digital economy.

SUMARIO

I. Consideraciones previas. II. El concepto de economía colaborativa. 1. El concepto de economía colaborativa en el plano institucional. 2. Del consumo colaborativo a la economía digital. III. Perspectivas de futuro. IV. Bibliografía.

I. Consideraciones previas

La concepción de la llamada “revolución digital” como un fenómeno global no se materializó hasta los albores del siglo XXI. En efecto, si bien el tránsito hacia un mundo digital comenzó a vislumbrarse a mediados del siglo pasado, sólo a principios del actual se consolidó en la población mundial la idea de que todos podían (e, incluso, debían) tener un teléfono móvil y acceso a Internet.

El auge de las nuevas tecnologías, al margen de transformar el modo en que nos relacionamos como individuos, ha alterado la concepción tradicional de la oferta y demanda de productos y servicios en el mercado. Al mismo tiempo, las crecientes posibilidades de un universo cada vez más tecnológico, ha propiciado la aparición de nuevos modelos de negocio que serían impensables en un pasado reciente.

El citado contexto es el que ha elegido la llamada economía “colaborativa” para expandirse. De hecho, pese a que la Historia nos enseña múltiples ejemplos de cooperación entre individuos y grupos, sólo en los últimos años han proliferado una cantidad ingente de actividades de diversa naturaleza que, con mayor o menor justificación, pretenden ampararse bajo el denominador común de la colaboración.

Así las cosas, cabe preguntarse qué es lo que ha motivado la irrupción de una nueva forma de economía o, desde otra perspectiva, por qué la misma no había mostrado todo su potencial hasta ahora¹. En relación con esta cuestión, al margen de que la crisis económica mundial que comenzó en el año 2008 nos llevase a replantear el modelo de consumo vigente y la credibilidad de las instituciones, parece claro que sin la revolución digital apuntada y el consiguiente desarrollo

1. SÁNCHEZ TORNEL, PERONA GUILLAMÓN, “La tecnología como instrumento de la economía colaborativa: sus implicaciones jurídicas”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 96.

tecnológico no estaríamos hablando de la economía colaborativa tal y como la conocemos en su versión actual².

En este contexto, cabe destacar que ni las instituciones ni la doctrina manejan un concepto unívoco del fenómeno. La concepción inicial de la economía colaborativa como “consumo colaborativo”, esto es, actividades sin ánimo de lucro entre particulares con la finalidad de aumentar el uso de bienes infrautilizados y compartir gastos, ha dado paso a la desnaturalización de un término que, en la actualidad, acoge modelos de negocio con muy poco de colaboración y mucho -por no decir todo- de economía³.

II. El concepto de economía colaborativa

1) El concepto de economía colaborativa en el plano institucional

Tal y como acabamos de apuntar, a nivel institucional, las manifestaciones de los diversos organismos sobre la economía colaborativa no han alcanzado el objetivo de delimitar su perfil de manera concluyente.

1.1. En España: la visión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

La CNMC ha sido una de las primeras autoridades de competencia que se ha ocupado del impacto de la economía colaborativa⁴. En el año 2015 puso en

2. Tal y como gráficamente se señala en el documento elaborado por la CNMC, “*Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*”, (marzo de 2016) “en los últimos años, de una forma acelerada, la innovación de las tecnologías de la información, la expansión de Internet, la generalización de dispositivos móviles con geolocalización e intercambio de datos de banda ancha, y la aparición de ecosistemas digitales, privados o abiertos, con nuevas plataformas y aplicaciones, está facilitando el desarrollo de estos nuevos modelos de acceso a bienes y prestación de servicios basados en compartir, reciclar y reutilizar”, p. 12.

3. Expresión utilizada por MIRANDA SERRANO, “Economía colaborativa y competencia desleal: ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, nº. 70, 2017, p. 208.

4. En el ámbito autonómico, la primera autoridad de competencia española que publicó un informe específico sobre economía colaborativa fue, en el año 2014, la Autoridad Catalana de la Competencia con el documento titulado “Transacciones entre iguales (P2P) y competencia”. A este trabajo le seguiría el estudio “Transacciones entre iguales (P2P) y competencia: un paso adelante”, elaborado en 2016.

marcha un estudio sobre la economía colaborativa y los nuevos modelos de prestación de servicios con el objetivo de analizar este fenómeno económico desde el punto de vista de la competencia y la regulación económica eficiente. Con carácter previo a la elaboración del estudio se realizó una primera consulta pública entre noviembre de 2014 y enero de 2015. En ella se preguntó sobre i) los objetivos públicos que debía perseguir la regulación, ii) los efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación y iii) la necesidad y proporcionalidad de la regulación conforme a estas nuevas circunstancias del mercado, con una especial atención a los sectores de transporte de pasajeros y de alojamiento turístico. Esta primera consulta recibió un total de 261 respuestas de particulares, Administraciones públicas, empresas y asociaciones.

Así las cosas, con apoyo en las aportaciones recibidas, en marzo de 2016 la CNMC publicó unas “*Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*”. El análisis de la CNMC identificó preliminarmente la existencia de numerosas ventajas derivadas del desarrollo de los nuevos modelos. Entre otras, una mayor oferta, precios más eficientes, calidad, y fomento de la innovación. Sin embargo, detectó la existencia de una serie de restricciones innecesarias o desproporcionadas en la normativa horizontal y sectorial -y, en particular, en los sectores de transporte y alojamiento- que impedían a los usuarios beneficiarse plenamente de los potenciales beneficios que se derivan del desarrollo de estas nuevas estructuras productivas. Por ello, se realizaron una serie de recomendaciones dirigidas a las administraciones competentes, a nivel nacional, autonómico y local, así como a los operadores económicos, con el objetivo de garantizar la aplicación de una regulación económica eficiente en beneficio de los consumidores y usuarios⁵. De las catorce recomendaciones preliminares, seis están relacionadas con cuestiones generales de la economía colaborativa, tres corresponden al alojamiento en viviendas de uso turístico, cuatro al transporte en taxi y vehículos con conductor (VTC) y una al transporte regular de viajeros en autobús⁶.

Para una visión de los citados textos, vid. ALLENDESALAZAR, “Economía colaborativa y promoción de la competencia”, en *La regulación de la economía colaborativa (Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 265-270.

5. Vid. Nota de prensa de la CNMC de 11 de marzo de 2016.

6. Recomendaciones:

Primera. Aplicación de los principios de regulación económica eficiente por parte de las Administraciones Públicas en la regulación sectorial y horizontal.

Las citadas “*Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*” se sometieron de nuevo a consulta pública como paso previo a una aprobación del documento por el Consejo que, a día de

Segunda. Manifiestar la plena disponibilidad de colaboración de la CNMC con los órganos judiciales.

Tercera. Incorporar por parte de las Administraciones Públicas la actividad de la economía colaborativa en las estadísticas oficiales.

Cuarta. Evitar el establecimiento de barreras a la salida de usuarios por las plataformas colaborativas.

Quinta. Recomendación a las asociaciones de consumidores y usuarios: se recomienda a las asociaciones de consumidores y usuarios la utilización de sistemas de reputación para la detección más eficiente de situaciones de fraude o desprotección del consumidor frente a otros usuarios de la plataforma o frente a la propia plataforma.

Sexta. Mayor libertad de acceso al mercado de viviendas de uso turístico: 6.1 Eliminar cualquier tipo de moratoria en la autorización de nuevas viviendas turísticas. 6.2 Eliminar la inscripción de las viviendas turísticas en un registro y la publicación del número de registro como obligaciones para llevar a cabo la actividad. 6.3 Eliminar cualquier tipo de requisito de estancia mínima o máxima en viviendas turísticas. 6.4 Eliminar cualquier limitación del tipo de vivienda, típicamente excluyendo la tipología de pisos en régimen de propiedad horizontal en favor de viviendas unifamiliares o pareadas. 6.5 Eliminar cualquier tipo de prohibición por localización de la vivienda. 6.6 Eliminar la prohibición del alquiler de una vivienda turística por estancias o de la residencia permanente.

Séptima. Mayores libertades en el ejercicio de la actividad de alquiler de viviendas de uso turístico: 7.1 Eliminar los requisitos técnicos innecesarios o desproporcionados relativos a accesorios de la vivienda y equipamiento mínimo. 7.2 Eliminar la obligación de situar una placa distintiva en el exterior de la vivienda indicando la naturaleza de vivienda turística y contar con una autorización de la comunidad de propietarios. 7.3 Eliminar la obligación de cumplimentar el libro-registro por existir medios más ágiles y menos costosos.

Octava. Seguimiento estadístico de la modalidad de alojamiento en viviendas de uso turístico.

Novena. Mayor libertad de acceso al mercado de taxi y VTC: 9.1 Eliminar cualquier restricción de acceso que suponga la imposición de un *numerus clausus* a la oferta de taxis y VTC. 9.2 Eliminar cualquier restricción en el ámbito territorial de las licencias por crear barreras geográficas innecesarias en el mercado de taxi y VTC. 9.3 Establecer cuantías proporcionadas en las coberturas de los seguros obligatorios. 9.4 Eliminar la obligación de disponer de un número mínimo de vehículos para poder realizar la actividad de VTC.

Décima. Mayores libertades en el ejercicio de la actividad de taxi y VTC: 10.1 Eliminar aquellos requisitos de calidad y seguridad que resulten innecesarios o desproporcionados. 10.2 Eliminar los horarios obligatorios y regímenes de descanso en el sector del taxi. 10.3 Eliminar la limitación de titularidad de las licencias a personas físicas o cooperativas de trabajo, del número de licencias por persona y la posibilidad de que haya conductores distintos al titular de la licencia. 10.4 Eliminar la prohibición de arrendar, traspasar o ceder la explotación o el vehículo. 10.5 Eliminar la autorización administrativa por vehículo para la realización de la actividad de VTC, permitiendo que ésta se otorgue por empresa. 10.6 Eliminar la obligatoriedad de que los VTC deban ser contratados previamente para poder circular y la imposibilidad de que los VTC puedan circular por las vías públicas en busca de clientes ni recoger a viajeros que no hubiesen contratado previamente el servicio.

Décimo primera. Eliminación de las tarifas reguladas en el sector del taxi.

Décimo segunda. Limitar la participación de las asociaciones y organizaciones representativas del sector con carácter previo a la adopción de decisiones administrativas.

hoy, todavía no se ha producido. En la segunda fase de consulta pública, finalizada el 15 de abril de 2016, la CNMC recibió un total de 1150 respuestas de las cuales, el 84,2% correspondió a particulares o autónomos⁷.

Tal y como reza la nota de prensa emitida por la CNMC el 3 de junio de 2016, “las respuestas recibidas muestran que los miembros de autoridades de competencia y de regulación, organizaciones de consumidores y usuarios y universidades perciben la economía colaborativa como una oportunidad para la mejora del bienestar social, la regulación y la competencia (con valoraciones de 4,4, 4,3 y 4,2 sobre 5, respectivamente). Por el contrario, la percepción de sindicatos y agrupaciones de trabajadores ha sido negativa con respecto a estos modelos (1,8 sobre 5), criticando especialmente la necesidad de asegurar el pago de impuestos”. Por lo demás, los consumidores y usuarios han valorado especialmente las oportunidades que ofrece la economía colaborativa en orden a poder actuar como oferentes en estos mercados y tener acceso a una mayor variedad de productos y servicios.

Una vez apuntadas estas cuestiones, cabe señalar que la CNMC ha definido la economía colaborativa como un modelo de consumo que “se basa en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes”. De acuerdo con la autoridad de competencia, los intercambios colaborativos presentan determinadas características específicas que les diferencian del resto de nuevos modelos digitales: a) el intercambio de bienes y servicios se produce entre particulares, no profesionales, sin que dicho intercambio comporte el ejercicio de una actividad profesional remunerada por parte del oferente, aunque sí pueda existir un intercambio económico en razón de gastos compartidos o compensación; y b) los

Décimo tercera. Mayor libertad de acceso al mercado de transporte regular de viajeros en autobús: 13.1 Eliminar la concepción automática de toda línea de autobús como servicio público de titularidad de la Administración sujetas a un régimen concesional de monopolio temporal para su explotación. 13.2 En el caso de que la existencia contratos de gestión de servicios públicos sean adecuados para una determinada ruta, se recomienda la reducción de los plazos de duración de estos contratos. 13.3 Eliminar el derecho de preferencia del artículo 74.3 3 de la LOTT, el cual constituye una barrera de entrada al mercado injustificable.

Décimo cuarta. Creación de una mesa de seguimiento de la economía colaborativa.

7. La proporción exacta de colaboradores fue la siguiente: particulares o autónomos (un 84,2%); Empresas (6,4%); Miembros de autoridades de competencia y regulación nacionales e internacionales, (3,3%); Organizaciones y asociaciones económicas (2,1%); Miembros de administraciones públicas (1,7%); El ámbito académico universitario (1,3%); Sindicatos (0,5%); Organizaciones de consumidores y usuarios (0,3%) Diputados (0,2%).

bienes o servicios intercambiados permanecían ociosos o infrautilizados por el oferente y, por tanto, esos bienes y servicios no han sido creados o adquiridos para proceder a su oferta en el mercado.

De acuerdo con lo expuesto, podemos afirmar que la CNMC, al menos en un primer momento, (la definición apuntada se contiene en un documento de 2014)⁸ opta por el concepto “puro” o restrictivo de economía colaborativa. En efecto, el concepto que ofrece la autoridad de competencia se circunscribe en esta primera etapa a los intercambios de bienes y servicios infrautilizados entre particulares no profesionales, y realizados sin ánimo de lucro más allá de la mera compensación de gastos.

En este sentido se ha apuntado que “por lo tanto, en atención a la definición de economía colaborativa construida por la CNMC, quedarían fuera de la misma todas aquellas actividades que implicasen un intercambio económico que fuera más allá de la mera compensación de los gastos en los que incurra el oferente. Si aplicamos esta premisa de forma estricta, el debate surgido en torno a la economía colaborativa sería artificioso, ya que únicamente iría dirigido al sector de personas que se relacionan de forma gratuita en este nuevo modelo económico. En caso contrario, si se percibiera retribución alguna que superase la mera compensación de los gastos soportados por el oferente, se estaría ante una auténtica actividad económica a la que sería aplicable la normativa general, fiscal y laboral, y también la normativa sectorial que le correspondiese (aunque se tratase de una actividad o servicio de carácter residual o extraordinario). Sin embargo, la propia reglamentación prevé y ampara la existencia de actividades marginales o extraordinarias fuera de la regulación establecida como general para todas aquellas personas que desarrollen una actividad profesional o empresarial”⁹.

Considero al respecto que se están mezclando dos cuestiones distintas. En primer término, es perfectamente admisible que la CNMC se decante por un concepto restrictivo de economía colaborativa. Dicha circunstancia no convierte el debate surgido en torno a la economía colaborativa en artificioso. Por el contrario, simplemente pone en tela de juicio que determinadas actividades que hoy se

8. Vid. “Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación”, p. 2 (2014).

9. Vid. GIRONA CASCALES, PÉREZ RIQUELME, “La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 248.

cobijan bajo el manto de la llamada economía “colaborativa” puedan o deban situarse al margen. Por otra parte, el que no se califiquen como economía colaborativa ciertas actividades no implica, *per se*, que las mismas deban tipificarse como actividades económicas sujetas a la normativa mercantil, laboral o fiscal que resulte de aplicación¹⁰. En este sentido, tal y como se ha señalado, “los trabajos ‘colaborativos’, por el momento, se mantienen al margen del Derecho. Son diversos los factores que explican este hecho: por una parte, suelen tratarse de actividades que reportan escasos ingresos (que, además, suelen ser también ocasionales) al sujeto que los presta; y por otra, se presentan fuertemente vinculadas al ámbito de los trabajos amistosos, pues en gran parte se realizan apoyados en la confianza recíproca que une a los intervinientes y a veces también en los propios domicilios particulares”¹¹.

En cualquier caso, el concepto “puro” de economía colaborativa que la CNMC utiliza en un primer momento (2014) se ve desdibujado en las ya mencionadas “*Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*” (2016). En este documento, la autoridad nacional de competencia declara que “aunque no existe aún una definición comúnmente aceptada de economía colaborativa (*sharing economy*), se puede considerar que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet”¹².

10. Parecen apuntarlo los propios autores citados cuando afirman que “la propia reglamentación prevé y ampara la existencia de actividades marginales o extraordinarias fuera de la regulación establecida como general para todas aquellas personas que desarrollen una actividad profesional o empresarial”.

11. SELMA PENALVA, “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, op. cit., p. 404. Ahora bien, señala la autora que, “lo que no se puede olvidar es que, mientras los verdaderos ‘trabajos colaborativos’ realizados en forma de nuevos trabajos amistosos, por el momento no generan obligaciones ni fiscales ni laborales, no ocurre lo mismo con las relaciones laborales, aunque éstas se hayan ocultado bajo una apariencia de amistad, benevolencia o buena vecindad que no les corresponde. Por lo tanto, desde el punto de vista práctico, el principal objetivo del intérprete recae en diferenciar las colaboraciones prestadas verdaderamente a título de amistad, benevolencia y buena vecindad, de lo que en realidad podrías considerarse relaciones con causa productiva encubierta, tanto si se prestan por cuenta ajena o por cuenta propia. Y es que los difusos contornos de los conceptos de “amistad”, “benevolencia” y “vecindad” hacen particularmente complejo llevar a cabo este proceso de identificación.

12. “*Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*”, marzo de 2016, p. 18.

Obsérvese, por tanto, que la CNMC ya no habla de “particulares”, sino de “agentes”, circunstancia que abre definitivamente la puerta a la intervención de prestadores de servicios a título profesional. El propio documento establece que “en este modelo, son los individuos o empresas, indistintamente, los que entran en relación con otros agentes económicos, a su vez individuos o empresas, para acordar las transacciones económicas en unas condiciones determinadas”¹³. De todas formas, aunque parece clara la intención de la CNMC de ampliar el marco de la economía colaborativa más allá de los particulares no profesionales, supone una *contradictio in terminis* seguir hablando de bienes o servicios “infrautilizados” dado que los mismos –obviamente– no son propios de aquellos que ejercen una actividad de manera profesional.

Por lo demás, el nuevo concepto de la CNMC sustituye la referencia a una “compensación pactada entre las partes”¹⁴ por la posible existencia de “un valor monetario”. El cambio de rumbo es evidente: si en un principio se excluían del concepto de economía colaborativa aquellas actividades con ánimo de lucro en las cuales se verificase una remuneración más allá de la resultante de compartir o compensar gastos, la mención a un valor monetario (sin ulteriores matices) deja vía libre a las transacciones comerciales con ánimo de lucro.

En este contexto, el concepto inicial de economía colaborativa como modelo económico en el cual los particulares no profesionales comparten bienes o servicios infrautilizados da paso a una diversidad de actividades económicas cuyo denominador común es la utilización de la tecnología y, en particular, de las redes de comunicación y plataformas digitales. En esta línea, el presidente de la CNMC ha señalado recientemente en el marco de la jornada “Retos y oportunidades de la economía colaborativa en la logística y en el transporte”¹⁵ que actualmente “se habla más de economía digital o economía de las plataformas que de economía colaborativa”.

13. *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo de 2016, p. 18.

14. Vid. “Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación”, p. 2 (2014).

15. Intervención del presidente en la jornada organizada por organizada por “Uno Logística” “Retos y oportunidades de la economía colaborativa en la logística y el transporte”, 15 de febrero de 2018.

1.2. En la Unión Europea

a) El Dictamen sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI”

En el ámbito de la Unión Europea, el 21 de enero de 2014 el Comité Económico y Social Europeo (CESE)¹⁶ aprobó el Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI»¹⁷. En el documento se señala que “es habitual referirse al consumo colaborativo o participativo como la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar redefinida a través de la tecnología moderna y las comunidades”¹⁸. La utilización de términos como “compartir”, “intercambiar”, “regalar”, etc., podría llevarnos a concluir, en un primer momento, que el Dictamen opta por un concepto de consumo colaborativo en el que los particulares no profesionales actúan sin ánimo de lucro.

Sin embargo, si leemos con atención el texto, podemos observar que el CESE no excluye la posibilidad de que el consumo colaborativo comprenda actividades realizadas con ánimo de lucro. En efecto, ya en la página inicial del Dictamen se destaca que “la complejidad y trascendencia que acompañan a la emergencia del consumo colaborativo o participativo exige que las instituciones pertinentes, a partir de los estudios precisos, acometan regular y ordenar las prácticas que se desarrollan en su seno, de manera que puedan establecerse los derechos y responsabilidades de todos los agentes que en él operan. Por una parte, puede cubrir las necesidades sociales en casos de *enfoque no comercial*, y por otra, contribuir *como actividad con ánimo de lucro*, a generar empleo, cumpliendo con las normas fiscales, normas de seguridad, responsabilidad, protección del consumidor y demás normas imperativas”¹⁹. Por otra parte, el propio documento declara que “no obstante, deberían diferenciarse, en el consumo colaborativo, entre las actividades sin ánimo

16. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) es un órgano consultivo de la UE compuesto por representantes de las organizaciones de trabajadores y empresarios y otros grupos de interés. Emite dictámenes sobre cuestiones de la UE para la Comisión Europea, el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo, y actúa como puente entre las instituciones de la UE con capacidad decisoria y los ciudadanos europeos (https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-economic-social-committee_es).

17. Dictamen sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa), DOUE C 177/1, de 11 de junio de 2014.

18. Vid. p. 3, apartado 3.1.

19. Vid. p. 1, apartado 1.4.

de lucro de las que persiguen como fin obtener una ganancia. Siendo solamente éstas últimas actividades las que deben merecer la atención del legislador de la Unión”²⁰.

Una vez aclarado que el Dictamen incluye en el marco del consumo colaborativo la realización de actividades con ánimo de lucro, expone que “en un intento de ordenar la creciente diversidad heterogénea de iniciativas comprendidas bajo el concepto de consumo colaborativo o participativo, se consideran cuatro ámbitos en la economía del compartir como son: de consumidor a consumidor (C2C), de consumidor a consumidor, pero a través de negocio (C2B), de negocio a consumidor (B2C) y de negocio a negocio (B2B)”²¹.

Por otra parte, llama la atención que el Dictamen aluda a los “recursos infrautilizados” como cuestión nuclear del consumo colaborativo. Y ello porque este tipo de recursos, lógicamente, no son propios de aquellos que llevan a cabo una actividad de manera profesional²². En relación con esta cuestión el documento subraya que “la cuestión radica en la conexión entre las personas que necesitan acceso a un recurso con aquellas otras que dispongan de esos recursos que están infrautilizados y que pueden ser prestados, regalados, intercambiados, alquilados, etc. Esta relación se basa en un sentimiento de comunidad, de compartir y de participación entre los usuarios donde la confianza es el vínculo que permite establecer las conexiones, desarrollar un consumo alternativo y a la larga mantener las relaciones creadas, todo ello necesariamente en un contexto de transparencia, en especial, la de carácter financiero y de responsabilidad de las plataformas que impulsan el consumo colaborativo”²³.

20. Vid. p. 6, apartado 4.7.

21. Vid. p. 6, apartado 4.8. Curiosamente en el Dictamen posterior “La economía colaborativa y la autorregulación”, el Comité Económico y Social Europeo señala que “podemos encontrar casos de auténtica economía colaborativa en los que la relación establecida a través de la plataforma es P2P y el único papel de esta es hacer posible el contacto entre pares, pero también ejemplos de empresas que, bajo una apariencia de plataforma P2P, intervienen de tal forma en el negocio —recibiendo comisiones, siendo los destinatarios de los pagos o prestando servicios accesorios— que no deben tratarse como economía colaborativa, sino como prestadores de servicios B2C, con las consecuencias que ello conlleva” (apartado 6.6.). DOUE c303/36 de 19 de agosto de 2016.

22. Vid. HERRERO SUÁREZ, “La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico. Reflexiones desde la óptica de la competencia desleal”, en Miranda Serrano y Pagador López (Dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 147.

23. Vid. p. 3, apartado 2.9.

Así las cosas, cabe señalar que el Dictamen abre el consumo colaborativo a actividades con ánimo de lucro realizadas por profesionales, las cuales, por su propia naturaleza, difícilmente encajan en el concepto de consumo colaborativo que el propio documento defiende [y que atiende, recordemos, a “la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar redefinida a través de la tecnología moderna y las comunidades”].

b) El Dictamen “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”

Con posterioridad al texto del Comité Económico y Social Europeo, en diciembre de 2015 el Comité Europeo de las Regiones (CDR)²⁴ emitió el Dictamen “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”²⁵. El documento comienza señalando que “la economía colaborativa se basa en modelos sociales, nuevos o recuperados, que tienen implicaciones comerciales, jurídicas e institucionales importantes: las prácticas sociales de compartir, colaborar y cooperar” (apartado 1)²⁶.

24. El Comité Europeo de las Regiones (CDR), cuya sede está en Bruselas, es un organismo consultivo de la UE compuesto por representantes elegidos a escala local y regional, procedentes de todos los Estados miembros de la UE. A través del CDR, los representantes pueden dar a conocer su opinión sobre la legislación de la UE que repercute directamente en las regiones y ciudades. (https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions_bodies/european-committee-regions_es).

25. Dictamen “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”, DOUE C 51/28, de 10 de febrero de 2016.

26. Inmediatamente a continuación se señala lo siguiente: “Por su naturaleza innovadora y dinámica, el concepto no puede definirse de forma terminante. No obstante, abarca fenómenos que presentan las características siguientes:

- i. sus agentes principales no actúan de la manera que suele suponerse en los modelos económicos clásicos (el denominado «Homo oeconomicus»), lo que no significa que no puedan ser racionales y centrarse en objetivos claros,
- ii. 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,
- iii. la economía colaborativa hace un uso intensivo y amplio de las tecnologías digitales y la recogida de datos. Estos constituyen su materia prima. En su mayor parte, los costes fijos se externalizan,
- iv. 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, algunas veces simplemente en una calle o un edificio,
- v. la economía colaborativa puede organizarse con arreglo a modelos centrados tanto en lógicas del mercado como en lógicas sociales”.

En relación a los agentes implicados en la economía colaborativa, el Dictamen “se hace eco de la opinión bastante extendida de que el principal agente de la economía colaborativa ya no es el «consumidor», que desea poseer algo o comprar un servicio, sino un ciudadano, miembro de una comunidad, usuario, realizador, productor, creador, diseñador, colaborador, artesano digital o agricultor urbano que desea acceder a un servicio o activo que le resulta necesario para satisfacer determinadas necesidades” (apartado 3).

Señala, no obstante, que hay quienes defienden que el agente de la economía colaborativa es asimismo, en muchas ocasiones, una persona que desea actuar y cuidar, gestionar, generar o regenerar un recurso común, material o inmaterial, de acceso libre, sin recurrir a intermediarios públicos o privados, a pequeña escala y entre personas, inter pares. Así, el agente de la economía colaborativa no es un mero «agente económico». Es más bien un agente social, personal o cívico para quien las motivaciones económicas tradicionales son secundarias o no tienen importancia alguna. Algunos de los ámbitos de la economía colaborativa no pertenecen necesariamente a la «economía» en sentido estricto, sino que son comunidades y redes sociales de colaboración que dan lugar a nuevas empresas económicas o cumplen una función respecto de las actividades económicas existentes (apartado 4).

Una vez realizadas estas consideraciones, el Dictamen incide en la necesidad de distinguir entre las diferentes modalidades de la economía colaborativa: “todas utilizan el mismo paradigma social: el acto de compartir, colaborar y cooperar. Sin embargo, son muy diferentes. Es preciso determinar claramente cuáles son las modalidades de economía colaborativa que de alguna manera perpetúan la dinámica social y económica del anterior modelo económico y aplicarles un régimen jurídico diferente. Distinguir entre actividades con o sin ánimo de lucro y el tipo de empresa o asociación que emprende el proyecto de economía colaborativa, así como, respecto del Derecho de la Unión, la incidencia en los intercambios transfronterizos, pueden constituir parámetros importantes para delimitar las diferentes modalidades de esta economía y proponer enfoques reguladores diferenciados” (apartado 7).

El documento apunta que “podría establecerse una primera distinción entre la economía colaborativa en sentido estricto y sus diferentes modalidades definiendo estas variantes de participación o cooperación como niveles adicionales. De hecho, se podría distinguir entre las iniciativas de economía colaborativa que crean y perpetúan una distinción entre diferentes tipos de usuarios (consumidores-usuarios frente a proveedores-usuarios) y aquellas que fomentan un enfoque inter

pares en el que cada usuario puede ser proveedor y consumidor al mismo tiempo o incluso implicarse en la gobernanza de la plataforma. También se podría tener en cuenta el modelo de gobierno y control de la transacción económica, distinguiendo los casos en los que la plataforma actúa exclusivamente como instrumento para poner en contacto a los particulares (que celebran el acuerdo de manera autónoma) de aquellos en que el intermediario mantiene el control de la transacción. Una mayor cooperación podría ser signo de que se aplica a la economía colaborativa un enfoque basado en los bienes de utilidad pública. Si los agentes no solo comparten un recurso, sino que colaboran para crear, producir o regenerar un bien común en beneficio de un grupo más amplio, la comunidad, están cooperando y enriqueciendo los bienes de utilidad pública” (apartado 8).

En fin, de acuerdo con el Dictamen parecen estar surgiendo dos importantes categorías y cuatro modalidades diferentes de economía colaborativa: la primera categoría sería la *economía colaborativa en sentido estricto o economía a la carta*, que incluye: i) la «economía de acceso» (*access economy*), para aquellas iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización del acceso a bienes y servicios, no su tenencia. Se trata de un alquiler temporal en vez de una venta definitiva; y ii) la «economía de los trabajos ocasionales» (*gig economy*), para iniciativas basadas en trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital. La segunda categoría sería la *economía de puesta en común*, que incluiría: iii) la «economía inter pares» (*collaborative economy*), es decir, iniciativas que fomentan un enfoque inter pares, implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad, y iv) la «economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública» (*commoning economy*) para aquellas iniciativas de propiedad o gestión colectiva” (apartado 9).

En este contexto, el análisis global del Dictamen trasluce una idea de economía colaborativa que no excluye a los profesionales que actúen con ánimo de lucro. De hecho, el documento insta a la Comisión a que estudie “en detalle las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores de la economía colaborativa” (apartado 17). En relación con esta cuestión, si la economía colaborativa fuese un modelo económico, realizado en la actualidad principalmente a través de plataformas digitales, en el cual los particulares no profesionales comparten bienes o servicios infrautilizados, nunca podríamos hablar de “condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores de la economía colaborativa”. Por lo demás, el texto subraya que “toda la normativa *antitrust*, del mercado interior, fiscal y de protección de los consumidores debería aplicarse en principio a la economía colaborativa de la misma manera que en todos los demás sectores económicos” (apartado 18).

Obviamente, una consideración de este tipo resultaría innecesaria –y hasta extravagante– si el concepto de economía colaborativa únicamente incluyese la actividad de particulares no profesionales sin ánimo de lucro. De todas formas, tales previsiones encajan difícilmente en un ecosistema en el que, según el propio CDR, “las diferentes modalidades de la economía colaborativa utilizan el mismo paradigma social: el acto de compartir, colaborar y cooperar”. En otras palabras, no parece que los trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena que llevan a cabo una actividad remunerada basen su actuación en el citado paradigma.

En cualquier caso, y al margen de estas consideraciones, el Dictamen contiene algunas afirmaciones ciertamente sugerentes sobre la necesidad de establecer un enfoque regulador diferenciado en función de las distintas modalidades de economía colaborativa. A su vez, independientemente de que la economía colaborativa comprenda iniciativas de naturaleza diversa, el documento recalca expresamente que no debería permitirse que tales iniciativas “utilicen el paradigma colaborativo únicamente para falsear los mercados preexistentes solo con miras a una estrategia de reducción de costes basada en evitar los costes reglamentarios aplicables a los servicios y productos similares que no se prestan a través de plataformas” (apartado 18). Asimismo, el texto señala que “debe tenerse en cuenta que las empresas con ánimo de lucro a veces utilizan de forma abusiva las plataformas de la economía colaborativa y, al mismo tiempo, no proporcionan a sus trabajadores cobertura de la seguridad social, lo que afecta, por una parte, al bienestar de los ciudadanos y, por otra, a los presupuestos nacionales, regionales y locales”.

Teniendo en cuenta esta problemática, el Dictamen subraya que “la UE y los entes locales y regionales han de respaldar y alentar únicamente el desarrollo de aquellas iniciativas o plataformas de economía colaborativa que tengan una incidencia social, económica y medioambiental positiva. La potenciación de la comunidad, los bienes urbanos de utilidad pública, la inclusión, la no discriminación, el desarrollo económico local, el emprendimiento juvenil, la conciencia medioambiental y la solidaridad entre personas son los objetivos de política pública que la economía colaborativa debería llevar a primer plano” (apartado 16).

En definitiva, el CDR constata en su Dictamen que en la economía colaborativa confluyen diversas iniciativas, con o sin ánimo de lucro, desarrolladas tanto por particulares como por profesionales. Así las cosas, el organismo advierte de la necesidad de delimitar cuáles son las actividades que, lejos de basarse en la cooperación, reproducen la dinámica social y económica del anterior modelo económico a efectos de aplicarles un régimen jurídico diverso.

c) La Comunicación “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”

La toma de posición del CESE y del CDR supuso el prólogo a la intervención de la Comisión, que, en junio de 2016, presentó al Parlamento Europeo, al Consejo y a los organismos citados la Comunicación titulada “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”²⁷.

La Comunicación no elude la responsabilidad de ofrecer un concepto de economía colaborativa y ya en su primer apartado establece que “a los efectos de la presente Comunicación, el término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”²⁸. La definición, al margen de incidir en la importancia nuclear de las plataformas colaborativas como vehículo habilitante de las distintas actividades y la utilización temporal de los bienes o servicios ofertados, no excluye, por tanto, la posibilidad de que los mismos puedan ser ofrecidos por profesionales.

De todas formas, el párrafo clave es el siguiente: la Comisión señala que: “La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”.

En consecuencia, el órgano ejecutivo deja claro que, desde su perspectiva, la economía colaborativa no es exclusivamente un modelo económico en el cual los particulares no profesionales comparten bienes o servicios infrautilizados. Por el contrario, la economía colaborativa incluye también la actividad de prestadores

27. COM (2016) 356 final, Bruselas, 2 de junio de 2016. Con anterioridad, la Comisión ya había presentado la Comunicación titulada “Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas”, COM (2015) 550 final, Bruselas, 28 de octubre de 2015.

28. Con anterioridad, la Comisión ya había definido la economía colaborativa como “un complejo ecosistema de servicios a la carta y utilización temporal de activos basado en el intercambio a través de plataformas en línea”. Vid. la Comunicación “Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas”, COM (2015) 550 final, Bruselas, 28 de octubre de 2015, p. 3.

de servicios profesionales que, en coherencia con lo anterior, puede realizarse con o sin ánimo de lucro²⁹.

En línea con lo apuntado, la primera problemática que afronta la Comisión es la relativa a los requisitos de acceso al mercado. El órgano comunitario destaca que “además de crear nuevos mercados y ampliar los existentes, las empresas de economía colaborativa entran en mercados atendidos hasta ahora por prestadores de servicios tradicionales. Una cuestión clave tanto para las autoridades como para los operadores del mercado es si, con arreglo a la legislación vigente de la UE, las plataformas colaborativas y los prestadores de servicios pueden estar sujetos a los requisitos de acceso al mercado, y en tal caso, en qué medida. Dichos requisitos pueden incluir las autorizaciones para la actividad empresarial, las obligaciones vinculadas a la concesión de licencias o los requisitos normalizados de calidad mínima (p. ej., el tamaño de las habitaciones o el tipo de vehículos, las obligaciones de seguro o depósito, etc.)³⁰. Al mismo tiempo, subraya que “con arreglo a la legislación de la UE, en particular las libertades fundamentales del Tratado y la Directiva de servicios³¹, los prestadores de servicios no deben estar sujetos a requisitos de acceso al mercado o de otro tipo, tales como regímenes de autorización y requisitos para la concesión de licencias, a no ser que no sean discriminatorios, sean necesarios para alcanzar un objetivo de interés público claramente identificado y sean proporcionados a dicho objetivo (es decir, que se limiten a lo estrictamente necesario). Esto también se aplica a la regulación de las profesiones”³².

Así las cosas, y desde el momento en que se opta por una visión amplia de economía colaborativa (susceptible de acoger la actividad de prestadores de servicios profesionales), la tensión entre prestadores de servicios “tradicionales” y

29. De hecho, la propia Comisión apunta que “las orientaciones facilitadas en la presente Comunicación se centran en actividades económicas. Los servicios de la economía colaborativa pueden ofrecerse gratuitamente, en régimen de costes compartidos o a cambio de una remuneración (p. 3, nota a pie 6ª). Por lo demás, se incide en el hecho de que las transacciones efectuadas no implican, por lo general, un cambio de propiedad. Hubiese sido más correcto utilizar la expresión “por regla general” en el propio concepto dado que, en su redacción actual, y al no incluir esta salvedad, podría interpretarse que restringe el ámbito de la economía colaborativa exclusivamente al “uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”.

30. Apartado 2.1, p. 3.

31. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

32. Vid. Comunicación, p. 4.

“emergentes” resulta inevitable. Las empresas asentadas en el mercado reaccionarán —y, de hecho, lo están haciendo— frente a la competencia de nuevos operadores si la misma se verifica en condiciones más ventajosas³³.

En este contexto, tal y como destaca la Comunicación, “un elemento fundamental para evaluar si un requisito de acceso al mercado es necesario, está justificado y es proporcionado, puede ser si los servicios son ofrecidos por prestadores profesionales o más bien por particulares de manera ocasional. De hecho, una característica específica de la economía colaborativa es que los prestadores de servicios son a menudo particulares que ofrecen activos o servicios entre pares de manera ocasional. Al mismo tiempo, un número cada vez mayor de microempresas y pequeñas empresas utilizan las plataformas colaborativas”.

La legislación de la UE, continúa la Comunicación, “no establece expresamente cuándo un par se convierte en un prestador de servicios profesional en la economía colaborativa. Los Estados miembros utilizan criterios diferentes para distinguir entre servicios profesionales y servicios entre pares. Algunos Estados miembros definen los servicios profesionales como servicios prestados a cambio de una remuneración, en comparación con los servicios entre pares, que tienen por objeto compensar los gastos realizados por el prestador de servicios. Otros Estados miembros han establecido una diferencia utilizando umbrales. Estos umbrales se elaboran a menudo sobre una base sectorial teniendo en cuenta el nivel de los ingresos generados o la regularidad con la que se presta el servicio. Por debajo de estos umbrales, los prestadores de servicios están sujetos normalmente a requisitos menos restrictivos. Los umbrales, utilizados de manera razonable, pueden ser un indicador útil y pueden ayudar a crear un marco reglamentario claro en beneficio de los prestadores no profesionales”³⁴.

33. Vid. en este sentido, SASTRE-CENTENO, INGLADA-GALIANA, “La economía colaborativa: un nuevo modelo económico”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 94, 2018, p. 235.

34. Así, por ejemplo, “en el sector de los transportes, algunos Estados miembros están preparando la exención de los servicios de transporte de personas a pequeña escala —por debajo de un umbral específico de volumen de negocios anual— de los requisitos para la concesión de licencias. En el sector de alojamiento a corto plazo, algunas ciudades permiten arrendamientos a corto plazo y servicios de casa compartida sin autorización previa ni requisitos de registro. Este sería el caso cuando los servicios se prestan de manera ocasional, es decir, hasta umbrales específicos de, por ejemplo, menos de noventa días al año. Otras ciudades aplican normas diferentes en función de que la propiedad sea una residencia primaria o secundaria, partiendo del supuesto de que la residencia primaria de un ciudadano solo puede alquilarse de manera ocasional”. Vid. Comunicación, pp. 5 y 6.

La pirueta de la Comisión es ciertamente compleja. Por un lado incluye dentro de la economía colaborativa a los prestadores de servicios profesionales; sin embargo, a la hora de identificar los operadores que podrían liberarse de los requisitos de acceso al mercado, vuelve en cierto modo a un concepto “puro” de economía colaborativa, y ello en la medida en que los servicios entre pares (que tienen por objeto compensar los gastos realizados por el prestador de servicios) o los realizados de forma ocasional (en función de determinados umbrales relativos al nivel de ingresos generados o regularidad en la prestación del servicio) deberían quedar al margen de los requisitos de acceso al mercado correspondiente o, al menos, beneficiarse, de unos requisitos menos restrictivos .

Por lo demás, la problemática de determinar qué prestadores de servicios han de estar, en su caso, sujetos a requisitos de acceso al mercado se extiende, como no podía ser de otra forma, a las plataformas colaborativas. Desde esta perspectiva, la clave radicará en dilucidar si la plataforma ofrece un servicio de la sociedad de la información (actuando como mero intermediario entre los prestadores de los servicios subyacentes y los usuarios) o, por el contrario, proporciona el servicio subyacente. En este último caso, las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios, en las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad apuntados anteriormente³⁵.

35. De acuerdo con la Comunicación, “normalmente, deberá establecerse caso por caso si una plataforma colaborativa ofrece también el servicio subyacente. Varios elementos de hecho y de Derecho desempeñan un papel a este respecto. El nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios tendrá por lo general una importancia significativa. En particular, puede establecerse a la luz de los siguientes criterios clave:

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

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

- Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente?”

Pues bien, “cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información)”. Vid, pp. 6 y 7.

En este estado de la cuestión, y con la finalidad de recapitular el contenido del documento objeto de análisis, cabe destacar que de acuerdo con la Comisión la economía colaborativa comprende no sólo la actividad de los particulares no profesionales cuando comparten bienes o servicios infrautilizados, sino también las actividades realizadas por prestadores de servicios profesionales con ánimo de lucro. Una vez adoptada esta orientación, el órgano comunitario constata el riesgo de que los Estados miembros sometan los modelos de negocio colaborativos a requisitos de acceso que los hagan por completo inviables.

En este sentido, destaca la Comisión que “las prohibiciones absolutas y las restricciones cuantitativas de una actividad constituyen normalmente una medida de último recurso. En general, solo deberían aplicarse cuando no puedan utilizarse medidas menos restrictivas para alcanzar un objetivo de interés público legítimo. Por ejemplo, prohibir el arrendamiento de apartamentos a corto plazo de modo general parece difícil de justificar porque el uso en alquiler de propiedades a corto plazo puede limitarse a un número máximo de días al año. Esto permitiría a los ciudadanos compartir sus propiedades de manera ocasional sin retirar la propiedad del mercado de alquiler a largo plazo. Además, cuando se requiere legítimamente que los prestadores de servicios obtengan autorizaciones con arreglo a la legislación nacional, los Estados miembros deben garantizar que las condiciones para obtenerlas sean, entre otras cosas, claras, proporcionadas y objetivas, y que las autorizaciones se concedan en principio sin límite de tiempo. Además los procedimientos y trámites administrativos pertinentes deben ser claros, transparentes y no excesivamente complicados, mientras que sus costes para los prestadores deben ser razonables y proporcionados al coste del procedimiento en cuestión”³⁶.

Y es en este punto donde el órgano comunitario, al margen de alertar sobre la ilegalidad de aquellas medidas que supongan una restricción injustificada a la economía colaborativa, insta a los Estados miembros a que traten de una manera más favorable a aquellos particulares que, sin ser pares que se limitan a intercambiar o compartir bienes o servicios, obtienen un ánimo de lucro de manera ocasional. En torno a esta problemática, la Comisión destaca que “a efectos de regulación de las actividades en cuestión, los particulares que ofrezcan servicios entre pares de manera ocasional a través de plataformas colaborativas no deben ser tratados automáticamente como prestadores de servicios profesionales. Establecer

36. Vid. Comunicación, p. 5.

umbrales (posiblemente por sector) con arreglo a los cuales una actividad se consideraría una actividad no profesional entre pares puede ser una manera adecuada de avanzar”. Por lo demás, “se recomienda a los Estados miembros que aprovechen la oportunidad para revisar, simplificar y modernizar los requisitos de acceso al mercado generalmente aplicables a los operadores del mercado. Deberían tener por objeto liberar a los operadores de cargas reglamentarias innecesarias, independientemente del modelo de negocio adoptado, y evitar la fragmentación del mercado único”³⁷.

A nuestro juicio, la Comunicación “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa” realiza un esfuerzo fundamental para alertar a los Estados miembros de la posición de la UE a favor de esta “nueva” forma de economía. La advertencia sobre la ilegalidad de eventuales restricciones injustificadas contrarias a la Directiva de Servicios, el esfuerzo por liberar a determinados particulares de los requisitos de acceso al mercado o la llamada a revisar, simplificar y modernizar tales requisitos, constituyen una buena muestra.

Dicho esto, considero que el problema de la Comisión es manejar una idea de economía colaborativa tan amplia en la que prácticamente entra todo. En efecto, desde el momento en que la economía colaborativa ampara actividades realizadas por “prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias, sean estos particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúan a título profesional («prestadores de servicios profesionales») con o sin ánimo de lucro, resulta muy complicado *a posteriori* concienciar a los Estados miembros de que ciertos operadores que actúan en el mercado de la economía colaborativa merecen un trato diferenciado más beneficioso que el de los operadores tradicionales³⁸.

La Comisión, recordemos, define la economía colaborativa como “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios

37. Vid. Comunicación, p. 8.

38. Esta situación provoca, tal y como se ha destacado, “que resulte prácticamente imposible la plena materialización de los beneficios que la economía colaborativa produce en la Unión Europea y que los sujetos que intervienen en ella aprovechen las lagunas jurídicas que existen a día de hoy para eludir el interés público”. Vid. ORTIZ VIDAL, “La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 86.

ofrecidos a menudo por particulares”. Parece que la mera referencia al uso temporal de mercancías –que no implican, por lo general, un cambio de propiedad- y al papel que desempeñan las plataformas colaborativas no resulta suficiente para delimitar adecuadamente el fenómeno³⁹. De hecho, en la doctrina ya se ha señalado que, en estas circunstancias, “se trata simplemente de digitalizar el comercio tradicional y dotarle, a través de las plataformas informáticas, de una escala nunca vista. Comercio digital, pero comercio al fin y al cabo”⁴⁰.

2) Del consumo colaborativo a la economía digital

Una primera aproximación al concepto de economía colaborativa revela que no existe una definición del término que sea utilizada de manera unánime⁴¹. En cualquier caso, como acertadamente se ha destacado, “la economía colaborativa se caracteriza, desde sus inicios, por la necesidad u oportunidad de obtener un

39. En el documento elaborado por GOUDIN, “The Cost of Non Europe in the Sharing Economy”, European Parliamentary Research Service, también se utiliza un concepto de economía colaborativa que gira en torno a los elementos citados [*The use of digital platforms or portals to reduce the scale for viable hiring transactions or viable participation in consumer hiring markets (i.e. ‘sharing’ in the sense of hiring an asset) and thereby reduce the extent to which assets are under-utilised*], p. 11.

40. GRIMALDOS GARCÍA, “El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios”, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 375.

41. En efecto, tal y como se ha destacado, “pese a la importancia del fenómeno que nos ocupa no existe aún una definición institucional aceptada de economía colaborativa (*sharing economy*). Y es que nos encontramos ante una realidad en plena expansión, cuyos contornos resultan aun imprecisos por su rápida evolución y la amplitud de situaciones que la pueden conformar”. Vid. PASTOR DEL PINO, “La economía colaborativa desde las Instituciones Comunitarias: implicaciones fiscales”, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 545. En una misma línea se ha apuntado que “por contraposición a la Economía Social, la Economía Colaborativa resulta ser un modelo socio-económico de reciente aparición. Este fenómeno ha emergido de forma disruptiva en la última década entre los más variados sectores de producción de bienes y servicios, y dado su carácter contemporáneo carece de una definición consolidada y ampliamente aceptada”. Vid. VICENTE, PARRA, FLORES, “¿Es la economía colaborativa una versión 2.0 de la economía social?”, *Sphera Pública*, nº. 17, vol. I, 2017, p. 70. En el marco de las relaciones entre economía colaborativa y cooperativismo se ha destacado que “el modelo de Economía Colaborativa posee unos perfiles difusos. Bajo dicha denominación actúan operadores que comparten los valores y principios del cooperativismo y otros guiados únicamente por la maximización del beneficio”. Vid. TORRES PÉREZ, “Economía colaborativa y cooperativismo”, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 191.

provecho de bienes o servicios que se encuentran infrautilizados, lo que tradicionalmente se ha ligado al hecho de que ni oferentes ni demandantes se reputan profesionales [...] siendo éstos meros consumidores o usuarios que actúan indistintamente en una posición u otra en cada concreto momento atendiendo a sus necesidades”⁴². De hecho, un concepto “puro” de economía colaborativa sería un modelo económico (realizado en la actualidad principalmente a través de plataformas digitales) en el cual los particulares no profesionales comparten sin ánimo de lucro bienes o servicios infrautilizados. Estaríamos, por tanto, ante operaciones celebradas entre particulares, en las que la contraprestación que, en su caso, habrían de abonar los demandantes de bienes y servicios no respondería a una finalidad lucrativa, sino a la idea de compartir gastos⁴³.

Este concepto “puro” de economía colaborativa (que podríamos identificar con el “consumo colaborativo”) no es, sin embargo, el concepto que se maneja en la práctica; de hecho, podría afirmarse que la expresión economía colaborativa engloba en la actualidad tantas formas de negocio que incluso a veces resulta complicado encontrar un hilo conductor común. En relación con esta cuestión se ha señalado que concebir la economía colaborativa exclusivamente como “economía entre pares” (*peer-P2P-economy*) no resulta operativo en el contexto actual, y ello porque dicha acepción excluiría otras fórmulas de economía colaborativa entre empresarios y consumidores, empresarios y empresarios o, incluso, entre consumidores y empresarios⁴⁴. Por otra parte, parece claro que a día de hoy la economía “colaborativa” está muy lejos de basarse en el mero hecho de compartir gastos. Por ello, quizá resultaría menos utópico –y, de paso, más ajustado a la realidad– partir de la idea de un “capitalismo de base multitudinaria”⁴⁵.

42. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Arbitraje como medio de resolución de conflictos”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 654.

43. MIRANDA SERRANO, “Economía colaborativa y competencia desleal: ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?, op. cit., p. 203.

44. ALFONSO SÁNCHEZ, BURILLO SÁNCHEZ, “La economía llamada ‘colaborativa’”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 54.

45. SUNDARARAJAN, *The sharing economy. The End of Employment and the Rise of Crowd- Based Capitalism*, Mit Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

Tal y como se acaba de exponer, una de las cuestiones que subyace a la hora de decantarse por un concepto extensivo o restrictivo de “economía colaborativa”, es la mayor o menor oportunidad de incluir en este modelo a los profesionales⁴⁶. En este sentido, y a la hora de identificar los agentes que intervienen en la economía colaborativa, una amplia doctrina abre la puerta a su participación⁴⁷. En efecto, la realidad de las plataformas *on line* y del consumo colaborativo es tan diversa que, como acertadamente se ha señalado, “frente a quienes abogan por un concepto restrictivo de economía colaborativa, diferenciado del de economía de mercado, que englobaría únicamente a las plataformas que dan la posibilidad de compartir recursos entre pares o iguales, escapando así a la relación jerárquica entre proveedor y cliente, se ha impuesto una noción amplia o extensa de economía colaborativa o participativa como sinónimo de nuevos modelos de negocio en los

46. Como apunta SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, la característica basada en el intercambio entre iguales “está siendo cuestionada en la actualidad por quienes plantean que ningún obstáculo debería existir para que puedan quedar incluidos dentro de las plataformas de economía colaborativa –en especial, por lo que respecta a los oferentes- verdaderos profesionales del sector. Vid., “Arbitraje como medio de resolución de conflictos en la economía colaborativa”, op. cit., p. 654.

47. Así, por ejemplo, MONTERO PASCUAL señala que “si bien es cierto que la economía colaborativa permite el acceso a prestadores no profesionales, no se limita a éstos. La reducción de los costes de transacción refuerza a personas físicas profesionales e incluso a pequeñas sociedades frente a grandes estructuras empresariales. Excluir a prestadores profesionales del fenómeno de la economía colaborativa sería reduccionista”. Vid. “La regulación de la economía colaborativa”, en *La regulación de la economía colaborativa (Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 32. Por su parte, CAVAS MARTÍNEZ, aboga por que se permitan las plataformas que dan soporte a prestadores de servicios profesionales, matizando que en este caso, “si bien puede resultar interesante adoptar una regulación más flexible y eficiente, que propicie un aumento de la productividad y facilite la entrada en el mercado de nuevos agentes, con reducción de precios y mayor oferta para los consumidores, no parece que la mera utilización instrumental de las tecnologías de la información permita a dichos operadores sustraerse al régimen jurídico (fiscal, administrativo, laboral...) que resulte de aplicación en el sector donde desarrollan su actividad (transporte, alojamiento)”, vid. “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 429-430. A su vez, NAVARRO EGEA, apunta que en la economía colaborativa se identifican tres agentes: “a) los prestadores de servicios, que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias (ya sean particulares que actúan de forma ocasional –peers-, ya sean profesionales que intervienen a título profesional); b) los usuarios de los servicios; y c) los intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (plataformas colaborativas)”, vid. “La economía colaborativa ante la Hacienda Pública”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 525.

que las plataformas digitales permiten conectar a usuarios que buscan algo con usuarios que los ofrecen, sea ese algo un bien o servicio”⁴⁸.

Por otra parte, al margen de que bajo el manto de la economía “colaborativa” se cobijen actividades desarrolladas por verdaderos profesionales del sector correspondiente, la concepción actual del término no excluye que los bienes y servicios implicados (no ya obviamente en el caso de los profesionales, sino también en el de los particulares) se ofrezcan a cambio de una contraprestación económica que excede de la mera compensación de gastos. En otras palabras, ya no se trata exclusivamente de intercambiar o compartir bienes o servicios infrautilizados sin ánimo de lucro, sino de obtener un provecho a través de la explotación económica de los mismos. Así las cosas, actividades puramente colaborativas sin ánimo de lucro o en las que la “retribución” –si así puede calificarse– se halla en el beneficio que genera el propio intercambio de bienes y servicios o una simple compensación de gastos, conviven con actividades en las cuales la prestación del servicio se desarrolla a título lucrativo e independiente (trabajo autónomo) o mediando una retribución (trabajo por cuenta ajena)⁴⁹.

48. Vid. CAVAS MARTÍNEZ, “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, op. cit., p. 412. Gráficamente señala el autor que “en el sector del transporte podemos encontrar ejemplos de uno y otro modelo de economía colaborativa. Así, mientras que Uber permite contratar puntualmente un coche con conductor privado para desplazamientos de personas, donde el conductor actúa realmente como un taxista y busca una contraprestación económica por el servicio prestado, otras aplicaciones como BlaBlacar o Amovens se limitan a ofertar las plazas libres del coche, permitiendo a los usuarios hacer el viaje juntos a cambio únicamente de compartir gastos, con la esencial diferencia de que la primera cobra una comisión por la intermediación realizada y la segunda no”, p. 412. En relación con la participación de prestadores de servicios profesionales apunta LEINENA que “excluirlos del concepto de economía colaborativa resultaría reduccionista e incompleto. De ahí que la incorporación de estos nuevos prestadores personas físicas no se considere un elemento esencial de la economía colaborativa”. Vid. “Los desafíos jurídicos de la economía colaborativa: el caso BlaBlaCar en relación con UberPop”, *Revista de Derecho Mercantil*, 310, 2018, p. 209.

49. Sobre esta cuestión se ha apuntado que las prestaciones de servicios propias de la economía colaborativa “autoproclaman tener una nota caracterizadora común: la falta de ánimo de lucro o de retribución motivada por una solidaridad entre usuarios que, en último término, conduce a calificarlas de actividades colaborativas; elementos que, al estar ausentes en el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena encuadrados en el Sistema español de Seguridad Social, las excluiría, a priori, de su ámbito aplicativo. No obstante, dichas colaboraciones, estrategias, modelos de negocio, o como se las quiera denominar, no se realizan de manera homogénea, sino que se manifiestan de diverso modo, pudiendo generar confusión en su abstracción, lo que impide afirmar, categóricamente que, en quienes presten servicios en el ámbito de la economía colaborativa –por ejemplo, en el sector del transporte o en el hostelería, los más paradigmáticos– siempre estará ausente el ánimo de lucro propio del trabajo por cuenta propia o la nota laboral de retribución característica del trabajo por cuenta ajena”. Vid. LÓPEZ ANOIRTE, ORTIZ GONZÁLEZ CONDE, “Trabajo colaborativo y su encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social”,

En este estado de la cuestión, el concepto de economía colaborativa parece ser un “cajón de sastre” en el que prácticamente entra todo. En efecto, desde el momento en que la economía colaborativa acoge no sólo las relaciones entre particulares, sino también las relaciones entre empresarios y consumidores, empresarios y empresarios e, incluso, entre consumidores y empresarios, con o sin ánimo de lucro, podría decirse que el término corre el riesgo de convertirse en una auténtica “cortina de humo”⁵⁰.

Y es que, si no se busca un elemento diferenciador⁵¹, como ya señalé previamente, en lugar de hablar de economía “colaborativa” habría que aludir a un “capitalismo de base multitudinaria” cuyo único elemento aglutinador sería el recurso a las nuevas tecnologías como instrumento o vehículo habilitante de las concretas transacciones. La economía colaborativa sería, entonces, un “capitalismo de base multitudinaria digitalizado”⁵². Un nuevo modelo económico que,

en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, p. 474. En torno a la problemática que genera deslindar los trabajos colaborativos de las prestaciones laborales de servicios, vid. SELMA PENALVA, “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 389-407.

50. Determinar la existencia del ánimo de lucro y si el desarrollo de la actividad o servicio que se presta es puntual o permanente resulta extremadamente complejo. Y ello porque, como acertadamente se ha destacado, “existen tantos modelos de funcionamiento como plataformas, y en donde es posible que un particular pueda ofrecer un servicio para, digamos, hacer un uso más eficiente y cubrir gastos, pero también para obtener ingresos extra que pueden llegar a ser un salario, teniendo lugar un uso de la misma plataforma, digamos más colaborativo y otro uso, digamos más profesional”. Vid. AZNAR TRAVAL, *Economía colaborativa, alojamiento y transporte*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 29-30.

51. Sobre esta cuestión, destaca acertadamente JARNE MUÑOZ que “resulta necesario en primer lugar que, tras el oportuno periodo de reflexión y consulta, las autoridades ofrezcan criterios para poder determinar cuándo nos encontramos ante una modalidad de consumo colaborativo puro o propio y cuándo, a pesar de concurrir elementos de colaboración o participación, existe un ánimo de lucro u orientación profesional”. Vid. JARNE MUÑOZ, “El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016, p. 70

52. En este sentido, y en relación a la economía colaborativa, se ha señalado que “si bien se trata de un nuevo modelo de negocio dirigido a satisfacer las demandas de los consumidores prestando determinados servicios a través de plataformas digitales, ello no supone el descubrimiento de nuevos ámbitos de actividad. Este fenómeno se caracteriza por el uso de internet y las tecnologías de la información y de la comunicación como instrumentos a través de los cuales el cliente y el proveedor o prestador del servicio se ponen en contacto para satisfacer la demanda de los clientes”. Vid. RODRÍGUEZ EGIO, “Prevención de riesgos laborales en el ámbito de la economía colaborativa”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 499-500.

gracias a las nuevas tecnologías, permite a los particulares (profesionales y no profesionales) competir -¿deslealmente?- en el mercado ofreciendo productos y servicios.

III. Perspectivas de futuro

La economía colaborativa ha dejado de ser exclusivamente un modelo económico en el cual los particulares no profesionales comparten sin ánimo de lucro bienes o servicios infrautilizados. En efecto, en su concepción actual la economía colaborativa ampara también las actividades que con ánimo de lucro realizan tanto los particulares que ofrecen servicios de manera ocasional como los prestadores de servicios profesionales.

La opción por un ámbito de aplicación tan amplio, si bien permite extender el campo de actuación de la economía colaborativa y explorar nuevas posibilidades, no está exenta de dificultades. Parece claro que los particulares que comparten sin ánimo de lucro no plantean ningún problema y han de quedar al margen de la actividad regulatoria (a excepción, por supuesto, de la relativa a orden público, seguridad, etc.). De la misma forma, considero que los particulares que esporádicamente obtienen unos ingresos extra no deberían estar en el punto de mira a riesgo de poner en peligro la subsistencia del modelo. La clave radicará en establecer unos umbrales por sector (teniendo en cuenta ingresos, volumen de actividad, etc.) que permitan asimilarlos a los “pares” que no obtienen un lucro más allá de la mera compensación de gastos⁵³.

53. En este sentido, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/2003(INI)) “insta a la Comisión a que colabore con los Estados miembros para ofrecer nuevas orientaciones sobre el establecimiento de criterios eficaces que permitan establecer una distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional) y profesionales, lo que es esencial para el correcto desarrollo de la economía colaborativa”. En una misma línea RODRÍGUEZ MARÍN propone establecer “un criterio de habitualidad homogéneo, que facilite la diferenciación en relación con las actividades llevadas a cabo en plataformas digitales por parte de particulares, de cuándo estos particulares ejercen ya una actividad más habitual y han de empezar a ser considerados profesionales [...] En este sentido, se hace necesario también determinar un límite cuantitativo de las cantidades ingresadas por estos usuarios a partir de las cuales, igualmente se puede deducir que el sujeto ya no realiza una actividad o presta un servicio no habitual, sino que su actividad ya está profesionalizada”. Vid., “Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales”, en *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (Coords. Rodríguez Marín, S., Muñoz García, A.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 73.

La Comisión Europea apunta en la Comunicación “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa” una serie de criterios a tener en cuenta para determinar cuándo un operador ha de ser considerado un “prestador de servicios profesional” (en realidad, la Comisión hace referencia a “la condiciones que deben darse en una prestación de servicios entre pares para que el prestador del servicio subyacente pueda considerarse un comerciante”, pero este último término podría asimilar al de empresario y, por tanto, al de “prestador de servicios profesional” que, al fin y al cabo, es aquel que ofrece bienes y servicios en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional).

En efecto, siguiendo las orientaciones ofrecidas en la “Guía revisada sobre la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales”⁵⁴, el órgano comunitario destaca como factores relevantes: i) la frecuencia de los servicios prestados, ii) el fin lucrativo y iii) el volumen de negocio. Tales factores, recalca la Comisión, son importantes en el contexto específico de la economía colaborativa y, aunque ninguno de ellos sería por sí mismo suficiente para que un prestador pudiera ser calificado como comerciante, una combinación de los mismos en el caso concreto podría conducir a la citada conclusión.

- *Frecuencia de los servicios*: los prestadores que ofrecen sus servicios solo de manera ocasional (es decir, de manera marginal y accesoria, y no regularmente) son menos susceptibles de ser considerados comerciantes. Cuanto mayor es la frecuencia con que se prestan los servicios, más claro está que el prestador puede considerarse un comerciante, ya que ello podría indicar que está actuando con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión.
- *Fin lucrativo*: Un fin lucrativo puede ser un indicio de que el prestador puede considerarse un comerciante con respecto a una determinada transacción. Los prestadores cuyo objetivo es intercambiar activos o competencias (por ejemplo, en el caso de las permutas de casas o los bancos de tiempo) no reúnen en principio las condiciones para ser considerados comerciantes. Los prestadores que solo reciben una compensación por los costes en una determinada transacción pueden no estar buscando un beneficio. En cambio, es probable que

54. SWD(2016) 163 final, de 25 de mayo de 2016, «Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices» (Guía para la implementación/ aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales).

los prestadores que obtienen una remuneración superior a la compensación de los costes tengan un fin lucrativo.

- *Nivel de volumen de negocio*: Cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante. A este respecto, es importante evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador procede de la misma actividad (p. ej., el uso compartido de vehículos) o de varios tipos de actividades (uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). En el segundo supuesto, un mayor volumen de negocio puede no implicar necesariamente que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, ya que puede no haber sido obtenido necesariamente en relación con el otro negocio (principal) del prestador⁵⁵.

En este escenario, cabe concluir con ORTIZ VIDAL que el Derecho de la UE no determina en qué casos y conforme a qué criterios un particular que opera en el marco de la economía colaborativa se convierte en un prestador de servicios profesional. La problemática se traslada, por tanto a los Estados miembros, que utilizan criterios distintos a la hora de diferenciar entre servicios prestados por profesionales y servicios prestados por particulares⁵⁶. La Comisión Europea se decanta, como hemos visto, por la fijación de unos umbrales por sector por debajo de los cuales hablaríamos de una actividad desarrollada por particulares no profesionales. Una vez identificado a ese particular no profesional (“par” o “prosumidor”⁵⁷) no cabe duda de que, de acuerdo con las instituciones comunitarias,

55. Vid. Comunicación, pp. 10-11. En su Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión el CESE “avala este planteamiento, si bien advierte que será preciso revisar su consideración así como la oportunidad de otros factores en la aplicación de criterios para una categorización adecuada, sin ánimo de exhaustividad dada la complejidad y variabilidad con la que la economía colaborativa puede expresarse y la dificultad en acotar su futuro (un modelo que debería ser independiente, transferible, universal y favorable a la innovación)”. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) de 10 de marzo de 2017 sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Agenda Europea para la economía colaborativa. (2017/C 075/06), apartado 4.3.4.

56. Vid. ORTIZ VIDAL, “La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido”, op. cit., p. 86.

57. Sobre la figura del prosumidor y los desafíos que plantea, vid. JARNE MUÑOZ, “El prosumidor como figura clave en el desarrollo del Derecho del consumo derivado del mercado digital”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 2016, pp. 41 y ss.

los Estados miembros deberían otorgarle un trato más favorable que el dispensado al prestador de servicios profesional⁵⁸.

Llegados a este punto, son los prestadores de servicios profesionales (ya sean éstos particulares que actúan a través de las plataformas o las propias plataformas cuando, lejos de intermediar, proveen el servicio ofertado) los que deben acaparar la mayor parte de los focos. La decisión que se tome en torno a ellos marcará el futuro de la economía colaborativa. Y es aquí donde se hace necesaria una solución que ni implique, por un lado, barreras de entrada y requisitos innecesarios que arruinen todo lo logrado hasta el momento, ni permita, por otro, que la economía colaborativa sea sinónimo de incumplimiento de la legislación mercantil, fraude fiscal y precarización de las condiciones de trabajo⁵⁹.

Tanto las instituciones comunitarias en la UE como la CNMC en España han dado suficientes pistas de hacia dónde debe dirigirse la regulación. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, después de señalar que “si se desarrolla de forma responsable, la economía colaborativa brinda importantes oportunidades a los

58. Vid. la Comisión Europea en la Comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, en la cual destaca que “los particulares que ofrezcan servicios entre pares de manera ocasional a través de plataformas colaborativas no deben ser tratados automáticamente como prestadores de servicios profesionales” (p. 8) y, de manera más contundente, el Parlamento Europeo en su Resolución de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, en la que subraya que los requisitos jurídicos para los particulares que prestan servicios de manera ocasional («pares») deber ser menos rigurosos (apartado 16).

59. Apunta en este sentido DOMENECH PASCUAL que “en situaciones de incertidumbre como la que aquí existe, resulta muy pertinente evaluar experimentalmente las soluciones jurídicas, proceder de manera gradual, paso a paso. Se trataría de establecer normas de alcance limitado que permitan obtener conocimientos sobre sus consecuencias reales que luego puedan ser empleados para garantizar el máximo acierto posible de la regulación general que, una vez finalizado el experimento, se establezca con vocación en principio permanente. Reaccionar frente a la emergencia de un sistema de economía colaborativa cuyos costes y beneficios sociales son todavía inciertos prohibiéndola de manera categórica no parece muy inteligente, por cuanto esta medida dificulta despejar dicha incerteza, impide obtener información que sería enormemente valiosa para encontrar una solución equilibrada”. Vid., “La regulación de la economía colaborativa (El caso “Uber contra el taxi””, *CEF legal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núms.175-176 (agosto-septiembre 2015), pp. 71-72. También sobre la cuestión señala ALFONSO SÁNCHEZ que “a primera vista, la solución podría ser la de exigirles el cumplimiento de las reglas y regulaciones que rigen en los mercados en los que irrumpen, pero los nuevos agentes de la economía colaborativa no son como los tradicionales y las normas previstas para profesionales o grandes compañías podrían acabar con ellos”. Vid. “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 66, 2016, p. 25.

ciudadanos y a los consumidores, que se benefician de una mayor competencia, servicios personalizados, mayores posibilidades de elección y precios más bajos”, literalmente “celebra el hecho de que el auge de la economía colaborativa haya intensificado la competencia y retado a los operadores actuales a centrarse en las demandas reales de los consumidores; alienta a la Comisión a fomentar unas condiciones de competencia equitativas en servicios comparables entre las plataformas colaborativas y entre estas y la empresas tradicionales y destaca la importancia de detectar y suprimir los obstáculos a la aparición y el desarrollo de empresas colaborativas, en particular de reciente creación”. Por su parte, en febrero de 2018, el presidente de la CNMC, después de sustituir el término “economía colaborativa” por “economía digital” o “economía de las plataformas” señalaba que la “economía digital no se puede parar [...] no se debe parar [...] y que la CNMC permanecerá especialmente vigilante para evitar comportamientos de operadores contrarios a la competencia en el sector digital y regulaciones que protegen injustificadamente a los sectores tradicionales”⁶⁰.

Así las cosas, parece claro que la economía colaborativa tiene el beneplácito de las instituciones siempre y cuando, en un marco de competencia leal, se garanticen cuestiones tales como la protección de los consumidores, los derechos de los trabajadores o el cumplimiento de obligaciones fiscales. Lo exponía con toda claridad en octubre de 2018 la comisaria europea de Mercado Interior en el discurso inaugural de la Jornada ‘*Collaborative economy: opportunities, challenges, policies*’, celebrada en Bruselas. “*I want to be clear: Our single market must help these new business models grow because they are about jobs and competitiveness. And frankly, we are not yet there. But at the same time we have to make sure they develop in a responsible and balanced way*”⁶¹.

La economía colaborativa, es cierto, plantea oportunidades para la ciudadanía y retos para legislador. No obstante, debemos reflexionar acerca de si un concepto tan amplio de economía colaborativa, que ha llevado a sustituir incluso la expresión por la de “economía digital”, nos ha alejado en exceso de lo que realmente debería ser. De hecho, quizás sería conveniente repensar si una visión tan amplia del fenómeno lo ha desdibujado por completo, abriendo la puerta a la partici-

60. Sobre la postura de la CNMC en relación con la economía colaborativa, vid. GARRIGUES, “La CNMC se posiciona como defensora de la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 6, 2016, pp. 31 y ss.

61. High-level conference, ‘Collaborative economy: opportunities, challenges, policies’, Bruselas, 11 de octubre de 2018.

pación de sujetos y actividades cuyo interés por colaborar, en realidad, es prácticamente inexistente o nulo. Y es que, no lo olvidemos, el concepto de economía colaborativa ha de girar en torno a la actividad subyacente y no en torno a las herramientas tecnológicas que facilitan la expansión de dicha actividad.

Bibliografía

- ALFONSO SÁNCHEZ: “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 66, 2016.
- ALFONSO SÁNCHEZ & BURILLO SÁNCHEZ: “La economía llamada ‘colaborativa’”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- ALLENDESALAZAR: “Economía colaborativa y promoción de la competencia”, en *La regulación de la economía colaborativa (Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- AZNAR TRAVAL: *Economía colaborativa, alojamiento y transporte*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- CAVAS MARTÍNEZ: “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- DOMENECH PASCUAL: “La regulación de la economía colaborativa (El caso ‘Uber contra el taxi’)”, *CEF legal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núms.175-176 (agosto-septiembre 2015).
- GARRIGUES: “La CNMC se posiciona como defensora de la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 6, 2016.
- GIRONA CASCALES & PÉREZ RIQUELME: “La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- GRIMALDOS GARCÍA: “El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios”, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- HERRERO SUÁREZ: “La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico. Reflexiones desde la óptica de la competencia desleal”, en Miranda Serrano y Pagador López (Dir.). *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons, Madrid, 2017.

- JARNE MUÑOZ: “El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016.
- JARNE MUÑOZ: “El prosumidor como figura clave en el desarrollo del Derecho del consumo derivado del mercado digital”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 2016.
- LEIÑENA: “Los desafíos jurídicos de la economía colaborativa: el caso BlaBlaCar en relación con UberPop”, *Revista de Derecho Mercantil*, 310, 2018.
- LÓPEZ ANOIRTE & ORTIZ GONZÁLEZ CONDE: “Trabajo colaborativo y su encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- MIRANDA SERRANO: “Economía colaborativa y competencia desleal: ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, nº. 70, 2017.
- MONTERO PASCUAL: “La regulación de la economía colaborativa”, en *La regulación de la economía colaborativa (Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- NAVARRO EGEA: “La economía colaborativa ante la Hacienda Pública”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- ORTIZ VIDAL: “La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- PASTOR DEL PINO: “La economía colaborativa desde las Instituciones Comunitarias: implicaciones fiscales”, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.
- RODRÍGUEZ: “Aspectos no jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales”, en *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (Coords. Rodríguez Marín, S., Muñoz García, A.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

RODRÍGUEZ EGIO: “Prevención de riesgos laborales en el ámbito de la economía colaborativa”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 499-500.

RODRÍGUEZ MARÍN: “Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales”, en *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (Coords. Rodríguez Marín, S., Muñoz García, A.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: “Arbitraje como medio de resolución de conflictos en la economía colaborativa”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.

SÁNCHEZ TORNEL & PERONA GUILLAMÓN: “La tecnología como instrumento de la economía colaborativa: sus implicaciones jurídicas”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.

SELMA PENALVA: “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J.), Aranzadi, Navarra, 2017.

SUNDARARAJAN: *The sharing economy. The End of Employment and the Rise of Crowd- Based Capitalism*, Mit Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

VICENTE, PARRA, FLORES: “¿Es la economía colaborativa una versión 2.0 de la economía social?”, *Sphera Pública*, nº. 17, vol. I, 2017.