

Barcelona, 21-22 June, 2018

#idpUOC

Collaborative Economy

Challenges & Opportunities

Collaborative Economy: Challenges and Opportunities

Actas del 14º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 21-22 de junio de 2018

Collaborative Economy: Challenges and Opportunities

Proceedings of the 14th International Conference on Internet, Law & Politics. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 21-22 June, 2018

2018



HUYGENS
EDITORIAL

COLLABORATIVE ECONOMY: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

COORDINADORES

Joan Balcells, Albert Batlle, Ana María Delgado,
Antonio Fernández, Mirela Fiori, Ramon Galindo,
Lluc López, Clara Marsan, María José Pifarré,
Mònica Vilasau

© 2018, los autores

© 2018, Huygens Editorial
Padua, 20 bajo 1
08023 Barcelona
www.huygens.es

ISBN: 978-84-17580-03-2

Editado en España



Esta obra está bajo una licencia Attribution- NonCommercial-NoDerivs
3.0 Unported de Creative Commons. Para ver una copia de esta
licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	16
INTRODUCTION	17

ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y MERCADO LABORAL / PLATFORM ECONOMY & LABOUR MARKET

LOS SISTEMAS REPUTACIONALES DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA ¿UNA BARRERA EN EL DERECHO AL TRABAJO? <i>Antonio Fernández García</i>	20
1. INTRODUCCIÓN	20
2. SISTEMAS REPUTACIONALES: DEFINICIÓN, FUNCIONES Y CLASIFICACIÓN.....	23
2.1. Definición.....	23
2.2. Funciones	23
2.3. Clasificación.....	24
3. LOS SISTEMAS REPUTACIONALES Y LOS TRABAJADORES.....	25
3.1. Sistemas reputacionales y procesos de selección de personal.....	25
3.2. Las recomendaciones y validaciones de LinkedIn	26
3.3. Los sistemas reputacionales de las aplicaciones móviles para buscar empleo	27
4. INCONVENIENTES DE LOS SISTEMAS REPUTACIONALES.....	28
4.1. Falta de fiabilidad y de validez.....	28
4.2. Discriminaciones directas e indirectas	30
4.3. Vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y a la privacidad.....	31
4.4. Valoraciones falsas, dañinas o basadas en represalias	31
4.5. Barrera de entrada y puerta de salida de la plataforma	32
5. EL FUTURO: ¿UN SISTEMA REPUTACIONAL UNIVERSAL?.....	33
5.1. El caso de Guudjob.....	34
5.2. Riesgos para el trabajador (y para la empresa).....	36
5.2.1. Desequilibrios entre profesiones	36
5.2.2. Efecto «normalización del sistema reputacional universal»	36
5.2.3 Discriminación algorítmica	37
5.2.4. Actividad de intermediación laboral digital	38
6. POSIBLES SOLUCIONES A MODO DE CONCLUSIÓN	39
7. BIBLIOGRAFÍA.....	42

THE ZERO-HOUR CONTRACT IN PLATFORM WORK. SHOULD WE BAN IT OR EMBRACE IT? <i>Anna Ginès Fabrella</i>	44
ECONOMÍA COLABORATIVA Y TRABAJADORES INDEPENDIENTES: ¿DEL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA CATEGORÍA DE TRABAJADORES? <i>Carmen Grau</i>	45
1. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA: OPORTUNIDAD Y DESAFÍO	45
2. LA IRUPCIÓN DE UNA NUEVA CATEGORÍA DE TRABAJADOR: EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE	50
3. EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE: LA OPCIÓN MÁS VIABLE PASA POR RELANZAR LA FIGURA DE LOS TRADE	57
4. BREVE EPILOGO	60
5. BIBLIOGRAFÍA.....	61
EL PROVEEDOR DE SERVICIOS EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS: CONTRADICCIONES Y AMBIGÜEDADES DESDE UNA PERSPECTIVA LABORAL. <i>Esther Guerrero Vizúete</i> ...	65
1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA LLAMADA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS	65
1.1. ¿Un nuevo modelo económico o una versión digital del ya existente?	69
2. EL CARÁCTER DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS EN LA ECONOMÍA BAJO DEMANDA.....	70
2.1. La frontera entre el trabajo autónomo y el trabajo asalariado en la economía de las plataformas	73
2.2. La (in)suficiencia de los presupuestos sustantivos clásicos de laboralidad para la determinación de su encuadramiento jurídico.....	76
3. UN APUNTE PARA EL DEBATE: ¿NECESITAMOS UN CONCEPTO DE TRABAJADOR PARA DAR RESPUESTA A LA ACTUAL REALIDAD ECONÓMICA?	78
4. BIBLIOGRAFÍA.....	80
LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMA. <i>Diana Marín Consarnau</i>	82
1. INTRODUCCIÓN	83
2. EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON LA PLATAFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	85
2.1. La calificación como límite a la autonomía de la voluntad: de dónde venimos	87
2.2. El contrato individual de trabajo como concepto autónomo	91
2.3. De la calificación de la actividad a la calificación de la relación con la plataforma	92
3. LA INTERNACIONALIDAD EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL: LAS CONDICIONES DE SERVICIO Y LAS REGLAS DEL JUEGO DEL RBI BIS Y RRI	94
3.1. La internacionalidad en la contratación	94
3.2. Las condiciones de servicio.....	95
3.3. Las reglas del juego en el RBI bis y en el RRI	96

4. REFLEXIÓN FINAL	99
5. BIBLIOGRAFÍA.....	100

HACIA LA NECESARIA CATEGORIZACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. <i>Sarai Rodríguez González</i>	102
1. NUEVOS DESAFÍOS ANTE LA IRRUPCIÓN DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES TRADICIONAL	102
2. PAUTAS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS Y LAS PLATAFORMAS	104
3. EL TRABAJO A DEMANADA VÍA APPS ANTE LOS TRIBUNALES: EL CASO UBER	108
3. SOBRE LA NECESARIA CREACIÓN DE UNA NUEVA CATEGORÍA PROFESIONAL PARA LOS TRABAJADORES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES	112
4. BIBLIOGRAFÍA.....	115

CONSUMIDORES Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES / CONSUMERS, E-COMMERCE & DIGITAL PLATFORMS

RECLAMACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS Y PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO. <i>Silvia Feliu Alvarez de Sotomayor</i>	119
1. LOS TÉRMINOS DE SERVICIO DE LA PLATAFORMA AIRBNB	119
2. TÉRMINOS SOBRE LA RESOLUCION AMISTOSA DE DISPUTAS DERIVADAS DEL USO DE LA PLATAFORMA AIRBNB	120
2.1. Resolución de litigios alternativa a la vía judicial.....	120
3. TÉRMINOS SOBRE LA VÍA JUDICIAL PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DERIVADAS DEL USO DE LA PLATAFORMA AIRBNB	121
4. VALIDEZ DE ESTE TIPO DE CLAUSULAS EN EUROPA.....	123
4.1. El problema de la calificación de los hechos.....	123
4.2. La relación entre Airbnb con el anfitrión.....	124
4.3. La relación entre Airbnb con el huésped.....	125
5. BIBLIOGRAFÍA.....	129

E-BAY DISPUTE RESOLUTION AND REVOLUTION: AN INVESTIGATION ON A SUCCESSFUL ODR MODEL. <i>Luca Dal Pubel</i>	130
1. INTRODUCTION	131
2. UNCITRAL WORKING GROUP III ON ONLINE DISPUTE RESOLUTION	134
2.1. UNCITRAL Technical Notes on ODR	135
3. E-BAY	137
3.1. e-Bay Inc.	137
3.2. e-Bay Dispute Resolution.....	137

3.3. Principles of Fairness and Due Process	140
3.3.1. Accountability and Transparency.....	141
4. BETTER BUSINESS BUREAU	143
4.1. BBB Rating System.....	143
4.2. BBB Customer Reviews	144
5. EBAY CONSUMER REVIEWS.....	145
5.1. Data Analysis	145
5.2. Results	145
5.2.1 eBay Consumer Perception of Fairness and Due Process	145
5.2.2. Consumer Protection	147
5.2.3. Customer Service Efficiency.....	149
6. CONCLUSIONS	151
BIBLIOGRAPHY.....	152

EXPLORING THE ROLE OF SELF-REGULATION IN THE TECHNOLOGY NEUTRAL REGULATION OF ONLINE PAYMENTS. <i>Nikita Divissenko</i>	156
1. INTRODUCTION.....	156
2. SELF-REGULATION AND TECHNOLOGICAL NEUTRALITY	159
2.1. Self-regulation within ‘flexible’ regulation	159
2.2. Self-regulation as a component of technological neutrality.....	163
3. A CASE-STUDY: SECURITY OF PAYMENT INITIATION SERVICES UNDER PSD2	165
3.1. Regulatory technical standards on strong consumer authentication and secure communication.....	165
3.2. Security components.....	165
3.2.1. Strong consumer authentication.....	166
3.2.2. Risk monitoring and assessment mechanisms.....	166
3.2.3. Secure communication – a ‘standardised’ access interface	168
3.3. Technological (and business-model) neutrality under the RTS	169
3.3.1. Technological neutrality	169
3.3.2. Business-model neutrality	170
3.4. What role for self-regulation?	170
4. CONCLUDING REMARKS.....	172
5. BIBLIOGRAPHY.....	173

CONSUMERS CONTRACTING WITH OTHER CONSUMERS IN THE SHARING ECONOMY: FILL IN THE GAPS IN THE LEGAL FRAMEWORK OR SWITCH TO THE BLOCKCHAIN MODEL? <i>Hervé Jacquemin</i>	176
--	-----

PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROTECCIÓN DE DATOS /
INTELLECTUAL PROPERTY & DATA PROTECTION

EL CONSENTIMIENTO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A NO APORTAR DATOS Y DOCUMENTOS QUE YA OBRAN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. <i>Unai Aberasturi Gorriño</i>	178
1. INTRODUCCIÓN	178
2. NORMATIVA.....	180
2.1. Las normas administrativas	181
2.2. Breve referencia a la regulación del consentimiento en la normativa de protección de datos	183
3. EL POSIBLE CUESTIONAMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO A NO APORTAR DATOS Y DOCUMENTOS QUE OBRAN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES PARTIENDO DE LA LETRA DEL RGPD.....	184
3.1. Planteamiento.....	184
3.2. La excepción al consentimiento por ser la Administración quien trata los datos de carácter personal.....	184
3.3. El consentimiento en los datos “hipersensibles”.....	185
3.4. ¿Es libre el consentimiento en las relaciones Administración-ciudadanía?	186
3.5. La vigencia del derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones.....	187
4. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A NO APORTAR DATOS Y DOCUMENTOS QUE OBRAN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES?	188
4.1. Planteamiento.....	188
4.2. El tratamiento de datos comunes por la Administración en el RGPD.....	188
4.3. El tratamiento de datos sensibles.....	190
4.4. Habilitación legal que exceptúa la necesidad de consentimiento en la cesión de datos entre administraciones	191
4.5. El límite al derecho basado en intereses de terceros.....	192
4.6. El principio de lealtad y el derecho a no presentar datos y documentos que obran en poder de las administraciones.....	192
5. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO EXPRESO?	194
6. BIBLIOGRAFÍA.....	195
ROOTS IN COLLABORATIVE INNOVATION: LESSONS FROM ORACLE V. GOOGLE. <i>Kasper Drazewski</i>	197
1. INTRODUCTION: HOW DO WE INNOVATE IN THE 21ST CENTURY?	197
2. THE POTENTIAL OF NON-STRUCTURED EFFORTS	198
2.1. Plain old fun: celebrity face-swapping.....	198
2.2. Clashes with industry incumbents: the short life of Vista PE.....	199
2.3. Common patterns of grassroots effort and the origins of free speech in software	200
3. REINVENTING THE WHEEL: ORACLE V. GOOGLE	202
3.1. The core of the dispute.....	202
3.2. No more reusable best practices: The consequences of Oracle winning.....	204

4. 'BESPOKE NEGOTIATIONS': A VIEW FROM THE EU PERSPECTIVE	207
4.1. The 2013 CRA report for the European Commission	207
4.2. 'Bespoke negotiations' and why they do not matter for networked innovation	208
4.3. Considerations for a potential licensing model for mass-developed innovation.....	209
5. CONCLUSIONS: ORACLE V. GOOGLE AND THE EVOLUTION OF SOFTWARE.....	211
6. BIBLIOGRAPHY.....	213

PRACTICAL CHALLENGES TO THE RIGHT TO DATA PORTABILITY IN THE COLLABORATIVE ECONOMY. <i>Laura Drechsler</i>	216
1. INTRODUCTION	216
2. THE COLLABORATIVE ECONOMY AND THE EU.....	217
3. THE RIGHT TO DATA PORTABILITY OF ARTICLE 20 GDPR	218
4. RIGHT TO DATA PORTABILITY APPLIED TO THE COLLABORATIVE ECONOMY	220
4.1. Volatility of roles in the collaborative economy	221
4.2. Key issues of the right to data portability of relevance for the collaborative economy	225
4.2.1. Format of portability.....	225
4.2.2. Cross-border data transfers to third countries.....	227
4.3. Common issue: Portability of reputational data	228
5. CONCLUSIONS	231
6. BIBLIOGRAPHY.....	233

TRACING THE HISTORICAL ROOTS OF COLLABORATIVE PRODUCTION: EMERGING CHALLENGES POSED BY THREE-DIMENSIONAL PRINTING. <i>Viola Edam</i>	236
1. WEB 1.0: OPTIMISTS VS PESSIMISTS	237
1.1. The Web 2.0 Revolution	238
1.2. Commons-based peer production	240
2. FREE SOFTWARE AND OPEN SOURCE SOFTWARE	241
2.1 Open Innovation	242
2.2. Open Innovation <i>vs</i> User Innovation	243
2.3. Open Source <i>vs</i> Open Innovation	244
2.4. Open Source Hardware.....	245
2.5. Open Source <i>vs</i> Open Source Hardware.....	245
2.6. OSH: non-vertical integration in the 3D printing ecosystem	246
2.7. The Maker Movement.....	248
3. OPEN SOURCE 3D PRINTING COMMUNITY	248
3.1. 3D Printing: a Disruptive Technology	249
3.2. Newcomers	251
3.3. Employment	252
3.4. User Innovation <i>v</i> mass-scale customization	253
3.5. Digital-design-file-sharing and IP theft	254
3.6. Horizontal digital-design-file-sharing: a general feeling of mistrust?	255

3.7. State capacity to regulate the 3D printing landscape is challenged.....	256
BIBLIOGRAPHY	256

SHARING ECONOMY AND DATA PROTECTION LAW IN JAPAN. <i>Hiroshi Miyashita</i>	259
1. SHARING ECONOMY IN JAPAN	259
2. REGULATIONS ADDRESSING THE SHARING ECONOMY	260
Freedom of business	260
Liability of online platform	261
Self-regulation.....	262
3. PERSONAL DATA IN THE SHARING ECONOMY UNDER THE JAPANESE LAW ...	263
Scope: Processing for household and purely private purposes	263
Consent and identification check	264
Supervision and remedy	264
4. COMPARISON WITH EU GENERAL DATA PROTECTION REGULATION.....	265
Scope	265
Consent	266
Supervision and remedy	267
5. SHARING ‘ECONOMY’, NOT ‘PERSONAL DATA’	267

SUING ONLINE PLATFORMS FOR COPYRIGHT INFRINGEMENTS: THE CHOICE OF COURT AND LAW UNDER “PROJECT GUTENBERG” SCENARIO. <i>Maiia Orchenash</i>	270
--	-----

LA REGULACIÓN DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN CIUDADES GLOBALES / REGULATING HOUSE SHARING IN GLOBAL CITIES

LA VIVIENDA Y TURISMO COLABORATIVO, RETOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y RÉGIMEN JURÍDICO EN PORTUGAL. <i>Afonso Café</i>	273
1. NOCIÓN DE ECONOMÍA COLABORATIVA	273
2. TURISMO COLABORATIVO Y ALOJAMIENTO	274
3. REGLAMENTACION EN PORTUGAL.....	278
4. CONCLUSION.....	282
BIBLIOGRAFÍA.....	283

ALOJAMIENTOS VACACIONALES: HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA. <i>José Ignacio Cubero Marcos</i>	285
--	-----

EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL CONTEXTO DE LAS SMARTS CITIES: EL USO DE LAS TIC'S EN LA PROMOCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANO INCLUSIVO EN BRASIL. <i>Patrícia Borba Vilar Guimarães, Douglas da Silva Araújo</i>	286
1. BREVE HISTORIA SOBRE EL DERECHO A LA CIUDAD: DE LA DEFINICIÓN POLÍTICO-FILOSÓFICA AL CONCEPTO JURÍDICO	287
2. PLANIFICACIÓN URBANA, CIUDADES INTELIGENTES Y DERECHO A LA CIUDAD	291
2.1. <i>Smart cities</i> e innovación urbana inclusiva	293
2.2. Planificación urbana, inclusión y tecnología: proyectos y prácticas <i>bottom-up</i> en Brasil.....	296
3. CONCLUSIÓN	301
4. BIBLIOGRAFÍA.....	302
AIRBNB AND THE CITY: ONE CONFLICT, TWO IDEAS OF CITY. THE CASE OF BARCELONA. <i>Paola Imperatore</i>	308
INTRODUCTION.....	308
1. WHAT KIND OF CITY? A BRIDGE BETWEEN SHARING ECONOMY STUDIES AND SOCIAL MOVEMENTS LITERATURE	310
2. METHODOLOGY	311
3. DATA, COSTS AND FRAME BEFORE THE SUCCESS OF AIRBNB	313
3.1 The Airbnbification of Barcelona. Some data about the platform	313
3.2 Who pay for this success? The social cost of AirBnb in Barcelona.....	315
3.3 The social function of AirBnb: reality or strategy? A frame analysis	316
4. MOBILIZING FROM BELOW: CHALLENGERS AND SUPPORTERS OF AIRBNB	318
4.1. #UNFAirBnb: a protest campaign against AirBnb in Barcelona.....	318
4.2 The strategy of the "host movement"	321
CONCLUSION	322
BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES	323
Interviews:	325
LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS ANTE LA ECONOMÍA COLABORATIVA: EL FRACASO EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES GENERALES. <i>Alba Soriano</i>	326
1. INTRODUCCIÓN	326
2. LAS INSTITUCIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO	328
2.2. El informe de la CDCCV de 22 de diciembre de 2016.....	329
2.3. Análisis crítico de la postura de las Comisiones de Defensa de la Competencia	330
2.3.1. La inscripción en el Registro no discrimina a las viviendas turísticas con respecto a los prestadores tradicionales de esta clase de servicio.....	331
2.3.2. La inscripción en un registro público como medida que busca la protección de los intereses generales	331
2.3.3. La medida cumple con los requisitos de proporcionalidad.....	332
3. LAS ENTIDADES LOCALES ANTE EL TRANSPORTE COLABORATIVO.....	335
3.1. Contexto normativo.....	337

3.2. La paralización y denegación de las solicitudes de licencias VTC autorizadas por los tribunales.....	337
4. CONCLUSIONES.....	340
5. BIBLIOGRAFÍA.....	340

RETOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA / CHALLENGES OF THE COLLABORATIVE ECONOMY

ALGUNAS CONSIDERACIONES FISCALES SOBRE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. <i>Ana María Delgado, Rafael Oliver Cuello</i>	345
1. INTRODUCCIÓN	345
2. IMPACTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA IMPORTANCIA DE LA FISCALIDAD	346
2.1. Características de la economía colaborativa	346
2.2. Agentes implicados	347
2.3. Potencialidades y riesgos.....	347
3. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA FISCAL.....	350
4. LA POSICIÓN DE LA OCDE Y LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL.....	352
4.1. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos	353
4.2. La Unión Europea.....	354
5. BIBLIOGRAFÍA.....	356

LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA CIUDAD DIGITAL: EL CASO DE LOS ATENEUS DE FABRICACIÓ EN BARCELONA. <i>Jérémy Diaz, Mariona Tomàs, Sylvain Lefebvre</i>	358
INTRODUCCIÓN	359
1. DE LA SMART CITY A LA CIUDAD DIGITAL	360
2. HACIA UNA INSTITUCIONALIZACIÓN DE ESPACIOS DE FABRICACIÓN DIGITAL: LOS ATENEUS DE FABRICACIÓ.....	365
2.1. Origen	365
2.2 Misión, valores y principios	365
2.3 Despliegue territorial	366
2.4. Modo de operación.....	367
2.5. Actividades y usuarios	371
CONCLUSIÓN	376
BIBLIOGRAFÍA	376

THE COLLABORATIVE ECONOMY AS A MATTER OF COMPETENCES BETWEEN THE EU AND MEMBER STATES - THE CASE S) OF UBER. <i>Graça Enes</i>	381
INTRODUCTION.....	382

1. RIDE SERVICES AND EUROPEAN UNION LAW	383
1.1. The freedom to provide services, ecommerce legislation and transport policy	383
1.2. New services or “the Emperor’s new clothes”?.....	387
1.3. Intermediary digital service or transport service: the tests proposed by the European institutions	388
2. TO REGULATE OR NOT TO REGULATE, THAT IS THE QUESTION (IN EUROPEAN UNION)	391
2.1. Conferral and exercise of European Union competences	391
2.2. The use of Member States powers. Obligations under European Union law	393
CONCLUSIONS	394
BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES	395

DIGITALIZACIÓN DE LA POLÍTICA FISCAL Y LABORAL: ¿CAPRICHOS O NECESIDAD? <i>Anna Merino</i>	396
1. INTRODUCCIÓN	396
2. DIGITALIZACIÓN DE LA POLÍTICA FISCAL	397
3. DIGITALIZACIÓN DE LA POLÍTICA LABORAL	403
4. COLABORACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y PLATAFORMAS DIGITALES	407
5. CONCLUSIONES	409
BIBLIOGRAFÍA.....	409

<i>BLOCKCHAIN</i> , PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. APROXIMACIÓN DESDE LA NORMATIVA URUGUAYA. <i>Rosario Ierardo Uriarte, María Cecilia Montaña Charle, Bárbara Muracciole</i>	412
1. INTRODUCCIÓN	413
1.1. <i>Blockchain</i> : ¿de qué hablamos cuando hablamos de <i>Blockchain</i> ?	413
1.2. Diversos tipos de <i>Blockchain</i>	414
1.2.1. <i>Blockchains</i> públicas	414
1.2.2. <i>Blockchains</i> privadas	414
1.2.3. <i>Blockchains</i> híbridas	415
1.3. Principio de especialidad en materia Derecho Administrativo	415
2. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	416
2.1. Conceptos generales	416
2.2. Contexto nacional	416
2.3. Reglamento General de Protección de Datos	417
3. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	419
3.1. Conceptos generales	419
4. CONCLUSIONES.....	421
5. BIBLIOGRAFIA.....	422

RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA. EL CASO DE UBER. <i>Albert Ruda</i>	424
1. INTRODUCCIÓN	424
2. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y LOS RIESGOS	426
3. RESPONSABILIDAD DE LA PLATAFORMA COLABORATIVA.....	430
3. CONCLUSIONES.....	437
4. BIBLIOGRAFÍA.....	438



INTRODUCCIÓN

Joan BALCELLS
Albert BATLLE
Ana MARÍA DELGADO
Antonio FERNÁNDEZ
Mirela FIORI
Ramon GALINDO
Lluc LÓPEZ
Clara MARSAN
María JOSÉ PIFARRÉ
Mònica VÍLASAU

Collaborative Economy: Challenges & Opportunities ha sido el tema central del 14º Congreso Internacional de Internet, Derecho y Política (Barcelona, 21-22 junio 2018) organizado por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya.

El surgimiento de prácticas colaborativas de producción y consumo basadas en el uso de plataformas digitales cuestiona las formas tradicionales de provisión de bienes y servicios. Estas plataformas pueden ser de varios tipos, desde creación de bienes comunes (por ejemplo Wikipedia), reparto de gastos (BlaBlaCar) o creación de vínculos y relaciones hasta creación u organización de actividades (fijando sus condiciones de ejercicio como en el caso de Uber). Esta nueva realidad conlleva, entre otras cosas, la creación de nuevos modelos de organización económica, a la vez que se transforman las relaciones sociales, se abren nuevas posibilidades en las relaciones laborales y se crean nuevas oportunidades de desarrollo.

Sectores muy diversos han quedado afectados por este nuevo paradigma: la movilidad, el acceso a la vivienda (pensemos en las prácticas de igual a igual o P2P del alquiler turístico), la sostenibilidad, la exclusión social, la accesibilidad o la participación ciudadana.

Algunos autores apuntan que nos encontramos ante una nueva revolución. Ciertamente estamos ante una transformación del modelo económico en la que el proceso colaborativo ocupa un eje principal. Este hecho ha comportado una sustitución progresiva de la figura del intermediario, y se ha pasado de una estructura piramidal a una sociedad en red que quiere facilitar la optimización de bienes y recursos.

Sin embargo, este nuevo paradigma también contiene elementos negativos. Citemos algunos ejemplos: la posible vulneración de algunos derechos humanos y nuevas



formas de discriminación, el enfoque primordial hacia el negocio más allá de la filosofía colaborativa original o de la posible competencia desleal. Asimismo, se consolidan nuevos actores y plataformas transnacionales que aprovechan los vacíos legales para tener mayor cuota y control del mercado.

La economía colaborativa afecta, entre otros aspectos, la configuración de las relaciones laborales, los derechos de los consumidores, el derecho de la competencia, la fiscalidad, el tratamiento de la información personal, la propiedad intelectual, las políticas públicas de las administraciones, el ejercicio de derechos fundamentales, etc.

En definitiva, la economía colaborativa es un fenómeno controvertido que exige una reflexión sobre cuáles son los límites y qué instrumentos de regulación e intervención públicas son necesarios para dar respuesta a los retos que plantea.

El presente libro de actas recoge las comunicaciones que, tras un proceso de revisión por pares, han sido aceptadas para el Congreso. El libro se estructura en cinco bloques temáticos que abordan los principales retos y oportunidades de la economía colaborativa desde el ámbito académico del derecho y de la ciencia política. Estos bloques son los siguientes: (1) economía de plataformas y mercado laboral, (2) consumidores y comercio electrónico en las plataformas digitales, (3) propiedad intelectual y protección de datos, (4) regulación de viviendas de uso turístico en ciudades globales y (5) retos de la economía colaborativa.

Aprovechamos estas líneas para manifestar nuestro más sincero agradecimiento tanto a los autores de las comunicaciones como a los revisores de las mismas que han participado en la presente edición y que han contribuido, una vez más, a convertir este Congreso en un foro de referencia internacional.

INTRODUCTION

“Collaborative Economy: Challenges & Opportunities” was the central theme of the 14th International Conference on Internet, Law & Politics (Barcelona, 21 -22 June 2018) organized by the Faculty of Law and Political Science of the Universitat Oberta de Catalunya.

The emergence of collaborative production processes and consumption practices based on the use of digital platforms challenges the traditional forms of supplying goods and services. These platforms are diverse, ranging from creating common goods (eg Wikipedia), sharing expenses (BlaBlaCar) and creating links and relationships, to creating and organizing activities (while setting the conditions in which they are performed, as in the case of Uber). Among other aspects, this new reality involves the creation of new economic organization models, while at the same time it transforms social relations, opening up new work relationships and creating new development opportunities.



Very different sectors have been affected by this new paradigm: mobility, access to housing (think for example of P2P tourism rental practices), sustainability, social exclusion, accessibility and citizen participation.

Some authors are suggesting that we are on the threshold of a new revolution. We are witnessing a transformation of the economic model in which the collaborative process is playing a key role. This has led to a progressive replacement of the intermediary's role, moving away from a pyramid-like structure and towards a networked society aimed at facilitating the optimization of goods and resources.

However, this new paradigm also has negative side effects. To mention just a few, there is the possible violation of certain human rights and new forms of discrimination; the overriding focus on business logics, beyond the original collaborative philosophy; or possible unfair competition. In addition, new transnational players and platforms are becoming consolidated, taking advantage of legal loopholes to increase market share and control.

The collaborative economy affects, amongst other things, the structure of labour relations, consumer rights, competition law, taxation, processing of personal data, intellectual property, public policies, the exercise of fundamental rights, etc.

To sum up, the collaborative economy is a controversial phenomenon; attention must be given both to working out what its limits are and the public regulation and intervention instruments that are required to address the challenges it poses.

This proceedings book includes the papers that, following a peer-review process, were accepted for the Conference. The book is structured into five thematic areas focused on the challenges and opportunities of the collaborative economy from the standpoint of law and political science. They are: (1) the platform economy & the labour market, (2) consumers, e-commerce & digital platforms, (3) intellectual property & data protection, (4) regulating house sharing in global cities, and (5) the challenges of the collaborative economy.

We would like to take this opportunity to sincerely thank both the authors of the papers and the reviewers who participated in this edition. All of them have contributed, once again, to making this conference a respected international forum.



ECONOMIA DE PLATAFORMAS Y MERCADO LABORAL /
PLATFORM ECONOMY & LABOUR MARKET



LOS SISTEMAS REPUTACIONALES DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA ¿UNA BARRERA EN EL DERECHO AL TRABAJO?

Antonio FERNÁNDEZ GARCÍA¹

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

RESUMEN: Los sistemas reputacionales son una de las principales características de muchas plataformas digitales de la economía colaborativa. Estos sistemas fueron concebidos para evaluar a los usuarios y generar confianza entre ellos. Con la aparición de Uber, Cabify, Deliveroo, etc. han derivado en otros usos como el control de la prestación del servicio, el mantenimiento de estándares de calidad y la justificación para la extinción del contrato entre la plataforma y el usuario que presta servicios a través de ella. Los sistemas reputacionales se están extendiendo, por ejemplo, a las aplicaciones móviles de búsqueda de empleo y en algunos casos están convirtiéndose en sistemas para impedir el acceso a la plataforma de antiguos usuarios con valoraciones negativas. En un futuro podría incluso crearse un sistema reputacional universal donde se concentrarían los datos y evaluaciones de un gran número de trabajadores, en definitiva, una reputación profesional procedente de las plataformas de economía colaborativa pero también de otras fuentes. Ya existen webs similares sobre referencias profesionales y valoración de trabajadores (Guudjob). Este trabajo pretende reflexionar sobre las consecuencias para el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales (protección de datos personales, honor, intimidad, no discriminación, etc.) que tendría el establecimiento y popularización de un sistema reputacional universal.

PALABRAS CLAVE: acceso al empleo, derecho al trabajo, economía colaborativa, plataformas digitales, sistemas reputacionales.

1. INTRODUCCIÓN

La popularización de la economía colaborativa y de las plataformas digitales relacionadas ha adquirido la suficiente entidad como para ser objeto de interés por parte de

1 ORCID ID: 0000-0003-1382-4407. El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya «Fiscalidad, relaciones laborales y empresa». Ref. 2017 SGR 258. Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación I+D del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, ref. DER2017-84726-C3-2-P, «Los consumidores en la vivienda colaborativa», Universidad de Valladolid, 2017-2019, IP: Esther Muñiz Espada.



las instituciones comunitarias. En ese sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, reconoce que se están creando nuevas e interesantes oportunidades empresariales, de crecimiento y empleo², además de posibilitarse el acceso al empleo y el autoempleo de mujeres³ y colectivos vulnerables (jóvenes, migrantes, trabajadores a tiempo parcial y ciudadanos de edad avanzada)⁴. Pero no todo parece tan positivo. La propia Resolución afirma que la falta de una regulación del fenómeno podría dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica y limitaciones en el ejercicio de los derechos individuales y la protección de los consumidores⁵.

Por su parte, 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 [COM (2016) 356 final] establece tres categorías de agentes de la economía colaborativa, a saber: prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias, y que pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúan a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); usuarios de dichos servicios; intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Se trata de un intento de clasificación que no satisface a todos y que muestra la complejidad del fenómeno además del interés institucional en la materia que se ha extendido también a ámbitos inferiores y de *soft law*⁶.

Respecto al ámbito laboral, la economía colaborativa implica riesgos relacionados con la calidad del empleo, el tiempo de trabajo, la protección social de los trabajadores, la salud y seguridad laboral, la acción colectiva, etc. Se acepta que, pese a los intentos de huir del Derecho del Trabajo, algunos de los agentes mencionados actúan como auténticos empleadores por lo que muchos de los trabajadores de la economía colaborativa (conductores de Uber, repartidores de Deliveroo, etc.) prestan servicios por cuenta ajena y así se está indicando por la doctrina científica, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los tribunales⁷.

2 Consideración 5.

3 Considerando G.

4 Considerando H.

5 Consideración 7.

6 Como por ejemplo, el *Código de Buenas Prácticas de las plataformas de economía colaborativa* elaborado por la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Catalunya.

7 Véase al respecto BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018). «Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo». Ponencia presentada a las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social (Barcelona, 8 y 9 de marzo).



Este trabajo va a dedicarse al análisis de una de las características propias de la economía colaborativa: los sistemas reputacionales que incorporan las plataformas digitales y que permiten evaluar el desempeño de un trabajador. No nos importa si se trata de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia. Donde queremos centrar el foco de atención es en la trascendencia que tienen estos sistemas para el trabajador evaluado y sus posibilidades de acceder a futuros empleos o iniciar una actividad por cuenta propia. Nuestra hipótesis es que los sistemas reputacionales creados a través de estas plataformas pueden derivar hacia otros usos mediante distintas tecnologías de la información y comunicación. Ello podría dar lugar a la creación y popularización de un sistema universal de reputación de trabajadores en un futuro no muy lejano.

Este sistema universal creemos que podría suponer un peligro serio para el derecho al trabajo tanto en su aspecto individual como en el colectivo (arts. 35.1 y 40.1 de la Constitución Española, CE). El aspecto individual «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo» (STC 22/1981, de 2 de julio). Entre las medidas utilizadas por esa política del pleno empleo se encuentran la intermediación laboral, la formación y recualificación profesional, el fomento del emprendimiento, etc. contenidas en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE) y normativa que la desarrolla. De ahí que el derecho al trabajo implique también un derecho a recibir esa serie de servicios públicos destinados a favorecer el acceso a un empleo por cuenta ajena (intermediación, formación) o la creación de un empleo por cuenta propia o autoempleo. En ese sentido, el acceso al empleo es un derecho que debe ser garantizado por los poderes públicos por lo que su «no existencia» genera una falta de reconocimiento de derechos y obligaciones en cascada⁸.

En una primera parte de este trabajo definiremos los sistemas reputacionales, los clasificaremos en tipologías y explicaremos las importantes funciones que llevan a cabo para favorecer el funcionamiento de la economía colaborativa. A continuación, nos centraremos en los sistemas reputacionales *online* destinados a evaluar a trabajadores y en figuras similares que se utilizan para decidir si se contrata o no a un trabajador en función de la información disponible sobre él. Haremos hincapié en los problemas actuales que plantean dichos sistemas en relación con los derechos de los trabajadores. Finalmente,

8 AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2017). «Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera». En: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (dir.). *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Editorial Bomarzo, pág. 326.



analizaremos las consecuencias jurídico-laborales que podría tener la creación de un sistema reputacional universal que se nutriera de valoraciones procedentes de las plataformas de la economía colaborativa y de otras fuentes

2. SISTEMAS REPUTACIONALES: DEFINICIÓN, FUNCIONES Y CLASIFICACIÓN

2.1. Definición

Entendemos por sistema reputacional, de reputación, de *feedback*, de clasificación, de *review*, de *rating*, etc.⁹ aquel sistema *online* para evaluar, tras la interacción con un desconocido, la prestación recibida con la finalidad de favorecer los intercambios de prestaciones entre desconocidos¹⁰. La valoración es pública (para otros usuarios o para todo el mundo) y asociada a un prestador (empresa o trabajador). En principio, se evalúa el servicio recibido pero puede personalizarse la valoración en una persona concreta (conductor, hospedador, repartidor, etc.).

2.2. Funciones

Se ha considerado que los sistemas reputacionales tienen una indudable utilidad para fomentar la confianza en el mercado de las plataformas de la economía colaborativa. En este sentido, la herramienta recabaría datos de la actividad de los usuarios (críticas/reseñas y puntuaciones/valoraciones) para posteriormente elaborar clasificaciones con base en un estándar de credibilidad que la plataforma debe respetar¹¹. De este modo, se elimina o corrige la asimetría informativa, es decir, el poder que sostiene una de las partes en un negocio jurídico al poseer más información que la contraparte respecto a la calidad del producto o servicio ofrecido¹². Por lo tanto, la primera función que tienen es-

9 Diferentes términos utilizados en DAGNINO, E. (2015). «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharingon-demand economy*». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol 3, nº 3, pág. 17 y ss.

10 TODOLÍ SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 15.

11 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017). «Rol y régimen jurídico de la plataforma en línea en el *Discussion Draft of a Directive on online intermediary Platforms*». En: *Managing Risk In the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Barcelona: Editorial Huygens, pág. 297.

12 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 111.



tos sistemas reputacionales es la de reforzar la confianza entre los usuarios para que utilicen la plataforma colaborativa o los servicios de una determinada empresa o profesional.

En segundo lugar, estos sistemas permiten predecir el resultado del negocio antes de realizarlo en función de las valoraciones del prestador de servicios¹³. Se contribuye así a formar la opinión del cliente sobre el proveedor y sus productos y, en consecuencia, constituye un factor decisivo en la formación del consentimiento contractual¹⁴.

En tercer lugar, se consiguen opiniones de los usuarios para mejorar la prestación o establecer instrucciones indirectas. Actuarían como una especie de control de calidad del servicio o producto¹⁵.

En cuarto lugar, se ha afirmado que los sistemas reputacionales cumplen diversas funciones relacionadas con los trabajadores: por un lado, el trabajador se autoincentiva para trabajar mejor y aumentar su rendimiento y así ser más contratado y aumentar sus ingresos; por otro lado, los trabajadores exitosos pueden distinguirse del resto (*branding personal*) y aumentar también así sus ingresos¹⁶.

Finalmente, se estima que establecer un sistema reputacional aumenta la satisfacción del consumidor¹⁷.

2.3. Clasificación

Los sistemas reputacionales se pueden clasificar en función de diversas características. TODOLÍ SIGNES ha elaborado la siguiente clasificación¹⁸:

- a) Sistemas centralizados o descentralizados: en los primeros es la plataforma la que verifica determinados aspectos del prestador (identidad, referencias, exigencias legales, etc.); en los segundos es la comunidad de usuarios la que valora a los prestadores en función de sus evaluaciones o puntuaciones.
- b) Sistemas recíprocos o unilaterales: en los primeros el cliente evalúa al prestador y viceversa (Airbnb, Uber). En los segundos solo el cliente (lo más habitual) o el prestador puede evaluar al otro (Cabify, Tripadvisor).
- c) Sistemas de evaluación ciega o visible por la contraparte: los primeros no permiten que el evaluado conozca cuál ha sido el resultado hasta que la contraparte haya

13 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 15.

14 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017), *op. cit.*, pág. 298.

15 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 113.

16 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 113.

17 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 113.

18 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 115.



realizado su evaluación. Se evitan así pactos y alineaciones de evaluaciones o represalias.

- d) Sistemas abiertos o cerrados: los primeros permiten que las evaluaciones sean visibles para cualquiera que navegue por Internet (Tripadvisor, Amazon) y los segundos solo dejan visibles las evaluaciones para los usuarios registrados en la plataforma (Uber).
- e) Sistemas de puntuación, de comentario o mixtos: la puntuación puede ser numérica o bien una media aritmética (Uber), con forma de cifras o iconos (estrellas, etc.). Por su parte, el comentario es una narración de la experiencia y el mixto es una mezcla de ambos sistemas (Airbnb).

Los sistemas reputacionales permiten opinar sobre un servicio o un producto, incluyendo sus condiciones de entrega y servicio postventa (Amazon), e incluso al trabajador individualizado. Este último supuesto es el que analizaremos en el resto de esta comunicación.

3. LOS SISTEMAS REPUTACIONALES Y LOS TRABAJADORES

3.1. Sistemas reputacionales y procesos de selección de personal

Los empresarios siempre han tenido interés en conocer la máxima información de los trabajadores antes de contratarlos. Por ese motivo, suelen diseñar procesos de selección de personal más o menos complejos divididos en distintas fases que van superando los candidatos que más se ajustan al perfil requerido por la empresa. Antes hemos mencionado que una de las funciones de los sistemas reputacionales es la predecir el resultado del negocio antes de realizarlo. Precisamente las pruebas de selección de personal deben tener también una orientación claramente predictiva ya que intentan pronosticar la probabilidad de éxito que tendrían los sujetos en el desempeño del puesto de trabajo, «tanto desde el punto de vista técnico como social y de integración a la empresa»¹⁹. Las pruebas más habituales son las entrevistas de trabajo, el examen del *curriculum vitae*, las pruebas profesionales, las dinámicas de grupo, etc.

Además de las mencionadas, ese interés en conocer las máximas facetas del candidato (tanto las personales como las profesionales) provoca que los empresarios recurran a técnicas de selección con características similares a las de los sistemas reputacionales,

19 LEAL MILLÁN, A. (coord.). (2001). *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*. Madrid: Pirámide, pág. 296.



a saber: la comprobación de referencias, las listas negras de trabajadores, los informes prelaborales o la investigación de la identidad digital. Todas estas incluyen un elemento de evaluación del trabajador realizado por anteriores supervisores, compañeros, subordinados e incluso clientes. Estas técnicas se diferencian de las pruebas de selección en que la información obtenida procede de terceros y no del propio candidato.

A la hora de abordar los inconvenientes de los sistemas reputacionales los compararemos con los inconvenientes de las diferentes técnicas de selección por lo que podremos establecer conclusiones interesantes sobre la eficacia del uso de estos sistemas más allá de su influencia en los derechos fundamentales de las personas afectadas.

3.2. Las recomendaciones y validaciones de LinkedIn

LinkedIn es la red social profesional más importante en la actualidad y la más utilizada por las empresas españolas para seleccionar trabajadores²⁰. Los usuarios crean sus perfiles y los nutren de datos relacionados con su experiencia profesional, titulaciones académicas, etc. Además, pueden contactar con otros usuarios para establecer relaciones de tipo profesional, participar en grupos y debates, publicar múltiple información (fotos, artículos, proyectos, etc.) e inscribirse en ofertas de empleo que difunden las empresas desde sus perfiles propios. Esta red incorpora también dos herramientas que cumplen una función similar a la de los sistemas reputacionales de trabajadores: las recomendaciones y las aptitudes/validaciones destacadas.

Las primeras son comentarios de compañeros de trabajo o de estudios, subordinados, clientes, estudiantes, profesores, supervisores, etc. que hablan positivamente del usuario, resaltando cualidades de él o recomendando su contratación. Estas recomendaciones puede solicitarlas el propio usuario a sus contactos o elaborarlas directamente el usuario evaluador. Quien las recibe siempre tiene la última palabra a la hora de permitir su publicación. Se sabe que existen pactos entre usuarios para redactar estas recomendaciones y mostrar así una imagen positiva del evaluado que no tiene por qué corresponder con la realidad.

Por otro lado, las aptitudes y validaciones destacadas las incorpora el propio usuario o los demás si lo consideran y este les otorga permiso. Se trata de habilidades, competencias, conocimientos, idiomas, etc. que el resto de usuarios puede validar y así el nivel de la aptitud aumenta en un punto (si se desmarca la casilla desciende un punto). Cuantos más usuarios marquen una aptitud mayor nivel tendrá y más experto en ella parecerá el usuario evaluado. Se supone que los usuarios validan aptitudes porque consideran que

20 El 74% de los seleccionadores encuestados recurren a ella para reclutar futuros empleados, INFOEMPLEO-ADECCO (2017). *V informe 2016 Infoempleo-Adecco sobre Redes Sociales y mercado de trabajo*, pág. 51, disponible en <http://www.infoempleo.com/publicaciones/>.



el usuario las posee de forma efectiva. También LinkedIn puede sugerir aptitudes de un usuario a sus contactos en función de los datos que aparecen en el perfil por lo que se incita a que los usuarios incluyan y validen aptitudes sin saber realmente si el evaluado las posee o no²¹.

Por esos motivos, cada vez más las recomendaciones y validaciones destacadas en LinkedIn son consideradas herramientas poco fiables para determinar la reputación o profesionalidad de un usuario²². Lo más positivo es que el usuario tiene en todo momento el control sobre estas dos herramientas, pudiendo eliminar las evaluaciones si lo considera conveniente. Por otro lado, algunas opciones de pago que LinkedIn pone a disposición de los candidatos (*Premium Career*) provocan que este aparezca como «destacado» ante las búsquedas de los técnicos de selección de personal²³. Por todo lo expuesto, evaluar la reputación profesional de un trabajador a través de LinkedIn no resulta muy fiable si nos atenemos a los mecanismos establecidos al efecto.

3.3. Los sistemas reputacionales de las aplicaciones móviles para buscar empleo

Algunas aplicaciones móviles para buscar empleo disponen de un sistema para que el empresario que haya contratado a un trabajador mediante la misma pueda valorar su desempeño tras la finalización de la relación laboral. Por lo tanto, puede decirse que los sistemas reputacionales han nacido en las plataformas digitales relacionadas (o no) con la economía colaborativa y se han extendido a plataformas digitales de intermediación laboral.

Por ejemplo, la *app* Job and Talent habla de referencias profesionales que se recopilan de dos formas (sistema mixto): en primer lugar, a través de campos restringidos, es decir, una puntuación sobre cualidades profesionales de los candidatos; en segundo lugar, cabe recopilar un comentario libre acerca del desempeño profesional. Esta *app* manifiesta que «efectúa un control sobre la información recabada a través de los campos restringidos mediante puntuación, y especialmente de los campos de texto libre, a fin de asegurarse que se observa el principio de calidad de los datos y que estos no resultan excesivos ni desproporcionados para la finalidad perseguida. Asimismo, dicho control per-

21 Se trata de las funciones denominadas «Inclúyeme en las sugerencias de validaciones a mis contactos» y «Mostradme sugerencias para validar las aptitudes de mis contactos».

22 Solo un 27% de los seleccionadores tiene en cuenta las recomendaciones de terceros a la hora de evaluar el perfil de un candidato. Por su parte, un 53% consideran relevantes las habilidades y aptitudes específicas del usuario, INFOEMPLEO-ADECCO (2017), *op. cit.*, pág. 61. Estos porcentajes fueron del 62% y del 82%, respectivamente, en la edición del año 2015 del citado Informe, INFOEMPLEO-ADECCO (2015). *IV informe 2015 Infoempleo-Adecco sobre Redes Sociales y mercado de trabajo*, pág. 54, disponible en <http://www.infoempleo.com/publicaciones/>.

23 <https://www.linkedin.com/help/linkedin/topics/6122/6154/3808>.



mite comprobar que no se recaban datos especialmente protegidos de los candidatos». Si algún candidato desea hacer valer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se indica una dirección de correo electrónico al efecto²⁴.

Por su parte, la *app* Worktoday habla de valoraciones bidireccionales, es decir, el trabajador puede valorar la experiencia de trabajar para un empleador y viceversa (sistema recíproco). Este sistema ha sido diseñado también para impedir al candidato presentarse a ofertas de empleo si anteriormente ha sido valorado negativamente en un número determinado de ocasiones o, incluso, si no se presentó en el puesto de trabajo acordado una vez aceptada la oferta. Nada se explica en cuanto a las opciones que tiene el candidato de solicitar una modificación o cancelación de esas valoraciones en caso de desacuerdo con ellas. Parece que Worktoday actúa de forma similar a algunas plataformas digitales que desactivan a sus trabajadores si el sistema reputacional ofrece puntuaciones consideradas negativas. En este último caso estamos ante plataformas que actúan como empleadores mientras que en el caso de Worktoday nos encontramos ante un intermediador laboral (art. 31 LE y normativa reguladora nacional²⁵) o agencia de empleo privada que únicamente vincula ofertas y demandas de empleo sin pasar a ser parte de las relaciones laborales que puedan derivarse (según la normativa internacional²⁶). En España la actividad de intermediación laboral se considera un servicio público por lo que impedir el acceso al mismo de forma arbitraria o no justificada comporta una irregularidad a la que volveremos al final de esta comunicación.

4. INCONVENIENTES DE LOS SISTEMAS REPUTACIONALES

4.1. Falta de fiabilidad y de validez

Una evaluación de un trabajador no deja de ser una opinión subjetiva moldeada por las propias emociones y preferencias del evaluador que puede no centrarse en la prestación recibida sino en características personales del trabajador²⁷. Para poder pronosticar un buen desempeño futuro del trabajador el sistema reputacional debería cumplir dos condiciones: fiabilidad y validez. Las mismas condiciones se le exigen a una prueba de selección de personal. La fiabilidad implica que, si una técnica de selección es utilizada para medir el grado en el que un candidato cumple uno o varios requisitos definidos, las mediciones que tal técnica suministre deben estar libres de error cada vez que se empleen

24 https://www.jobandtalent.com/es/legal-y-privacidad#our_rights.

25 Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, que regula las agencias de colocación.

26 Convenio OIT n° 181 sobre agencias de empleo privadas.

27 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 115.



sobre un mismo candidato, siempre y cuando los requisitos y características que se tratan de medir no hayan cambiado²⁸. El diseño de las pruebas de selección resulta determinante a la hora de proporcionar fiabilidad a las mismas, pero en ocasiones la fiabilidad depende de la calidad de los juicios emitidos por un evaluador²⁹.

Por su parte, la condición de validez se produce cuando esta mide efectivamente el requisito que se desea medir en el candidato, y a su vez permite predecir el rendimiento futuro del mismo³⁰. Ambas condiciones, fiabilidad y validez, están estrechamente relacionadas en el siguiente sentido: si una prueba tiene poca fiabilidad, su validez predictora también será baja, aunque la existencia de fiabilidad en sí no garantiza su validez³¹.

Puesto que estamos ante opiniones y valoraciones subjetivas sobre un trabajador, para que el sistema reputacional fuera un método fiable, debería darse la condición de que diferentes personas ofrezcan el mismo tipo de información sobre un mismo trabajador. Pues bien, estudios realizados sobre la fiabilidad de la técnica de selección consistente en la comprobación de referencias indican que dicha condición no se cumple, existiendo «más probabilidades de que haya más acuerdo en la forma en que la misma persona describa a distintos candidatos que entre diversos evaluadores que califiquen al mismo candidato»³². Además, la fiabilidad se reduce cuanto menos tiempo hayan interactuado evaluador y evaluado (por ello se prefiere siempre que las referencias de un candidato sean las correspondientes a empleos de duración larga) y cuantos menos conocimientos tenga el evaluador sobre el servicio prestado por el trabajador (por ello se prefiere que las referencias de un candidato las aporte un superior inmediato)³³.

Otros inconvenientes de solicitar una evaluación del trabajador a terceros relacionados con él (por ejemplo, un cliente) son las informaciones excesivamente neutrales o incluso indulgentes. En general, se evita proporcionar valoraciones negativas o duras

28 ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I. (1996). *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*. Madrid: Pirámide, pág. 208.

29 ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I. (1996), *op. cit.*, pág. 212.

30 ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I. (1996), *op. cit.*, pág. 212-213.

31 MONDY, R.W. y NOE, R.M. (1997). *Administración de Recursos Humanos*. 6a. ed. México: Prentice Hall Hispanoamericana, pág. 193.

32 COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G. (2005). *Reclutamiento y selección. Marco de actuación para obtener el éxito*. Madrid: Paraninfo, pág. 156. Véanse también los resultados de los diferentes estudios en CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A. (2010). *Psicología de la selección de personal*. Madrid: TEA Ediciones, pág. 84 y ss.

33 FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2013). *Los procesos de selección de personal en la empresa privada: claves jurídicas*. Valladolid: Lex Nova, pág. 142.



sobre el candidato o trabajador³⁴. En ese sentido, se ha detectado un exceso de valoraciones positivas en anfitriones de Airbnb³⁵ por lo que se desvirtuaría la función del sistema reputacional para generar confianza entre los usuarios y reducir la asimetría informativa. Por lo tanto, el diseño del sistema resulta clave para que exista fiabilidad y validez. Parece que establecer un sistema recíproco y de evaluación ciega sería un buen punto de partida.

4.2. Discriminaciones directas e indirectas

Se ha estimado que los sistemas reputacionales pueden perpetuar conductas discriminatorias por razón de raza, sexo, discapacidad, etc³⁶. Por ejemplo, puede puntuarse más bajo o exigirse más a cierto tipo de personas por razones basadas en estereotipos³⁷. También las autoridades comunitarias han alertado de la importancia de prevenir toda forma de discriminación, a fin de garantizar un acceso efectivo y equitativo a la economía colaborativa, especialmente evitando la discriminación por razón de sexo³⁸.

Una evaluación puede contener discriminaciones directas abiertas (si se explicita el trato peyorativo en el texto de los comentarios) u ocultas (cuando se puntúa negativamente en atención a un factor discriminatorio pero sin indicarlo abiertamente). Pero también cabe la discriminación indirecta cuando el diseño del sistema reputacional o del algoritmo asociado a una plataforma digital, en principio neutro, provoca un impacto adverso o una desventaja particular en un determinado colectivo, a la hora de establecer la valoración del servicio o la retribución. Un ejemplo sería la plataforma Uber en la que, pese al intento de explicar que no existe brecha salarial entre los hombres y mujeres que trabajan para ella, acaba demostrándose que el algoritmo promueve la discriminación indirecta por razón de sexo³⁹.

34 CHAMORRO-PREMUZIC y FURNHAM (2010), *op. cit.*, pág. 87-88.

35 FRADKIN, A., GREWAL, E., HOLTZ, D. (2017). *The determinants of online review informativeness: evidence from field experiments on Airbnb*, disponible en http://andreyfradkin.com/assets/reviews_paper.pdf y ZERVAS, G., PROSERPIO, D. y BYERS, J. (2015). *A first look at online reputation on Airbnb, where every stay is above average*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2554500>.

36 DAGNINO, E. (2015), *op. cit.*, pág. 18.

37 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 115.

38 Consideraciones 12 y 13 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa. Por su parte, el *Código de Buenas Prácticas de las plataformas de economía colaborativa* elaborado por la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Catalunya, en su punto 9 establece que «las entidades sujetas al ámbito de aplicación de este Código de Buenas Prácticas se comprometen a no discriminar a ofertantes y/o personas consumidoras por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

39 BALLESTER PASTOR, M.A. (2018). «Uber saca un estudio que culpa a las mujeres de la brecha salarial», disponible en <https://adriantodoli.com/2018/02/27/uber-saca-un-estudio-que-culpa-a-las-mujeres-de-la-brecha-salarial/>.



4.3. Vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y a la privacidad

En los sistemas reputacionales que permiten introducir un comentario escrito en lugar de una puntuación numérica pueden producirse intromisiones ilegítimas en el honor (insultos, descalificaciones) y en la intimidad (afiliación sindical, orientación sexual, situación familiar, estado de embarazo, etc.) del trabajador⁴⁰.

En lo que respecta al derecho al honor (art. 18.1 CE) pueden publicarse valoraciones y opiniones sobre el trabajador que pueden resultar ofensivas incluso cuando lo que se debe evaluar es un servicio o establecimiento. Por ejemplo, en Tripadvisor se escriben valoraciones referentes a un trabajador o se aportan datos sobre el horario, apariencia física, nombre, etc. que pueden facilitar la identificación de un concreto trabajador. En este sentido, conviene indicar que puede divulgarse un negativo rendimiento o comportamiento de ámbito profesional, siempre que se haga de forma objetiva y sin faltar al honor del afectado⁴¹.

En cuanto al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), se vulnera si en la evaluación se introducen informaciones relativas a la esfera privada del trabajador, como por ejemplo, la afiliación sindical, estado de embarazo, situación familiar, orientación sexual, religión o creencias, etc. Esta conducta puede derivar en futuras discriminaciones y atentar también contra el art. 5.1 c) del Reglamento general de protección de datos (RGPD)⁴² pues se recaban datos no adecuados, no pertinentes y no limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

4.4. Valoraciones falsas, dañinas o basadas en represalias

Se sabe que proliferan ciertas actividades que pretenden influir en la competencia a través de la elevación de manera deshonesta del propio nivel de valoración y de la introducción de reseñas pactadas *ad hoc*⁴³. En ese sentido, la Comisión Europea

40 El art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, considera como intromisión ilegítima «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

41 FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2013), *op. cit.*, p. 48. Véase también la STS de 21 de julio de 2008 (rec. n.º 3633/2001) y las SSTC 223/1992, de 14 de diciembre; 180/1999, de 11 de octubre y 282/2000, de 27 de noviembre.

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

43 DAGNINO, E. (2015), *op. cit.*, pág. 18. Lo mismo se ha indicado en cuestión de técnicas de comprobación de referencias, ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I. (1996), *op. cit.*, pág. 240.



anima a fomentar el comportamiento responsable de las plataformas en línea en forma de acción voluntaria, por ejemplo para ayudar a hacer frente al problema importante de las evaluaciones falsas o engañosas⁴⁴.

En ocasiones no queda claro si nos encontramos ante una buena valoración o ante una acción publicitaria. Por ese motivo, se ha afirmado que los usuarios deben tener acceso a información que les permita saber si las calificaciones realizadas por otros usuarios de un servicio están influenciadas por el proveedor del servicio, por ejemplo mediante publicidad de pago⁴⁵.

Por otro lado, se ha considerado que la publicación de información sobre trabajadores o profesionales que sea accesible a futuros empleadores o clientes puede condicionar el ejercicio de derechos laborales⁴⁶. No solo el despido es la represalia para el trabajador que exige sus derechos sino que la divulgación posterior de una evaluación negativa fundada en ese motivo puede condicionar su acceso a futuros empleos. Este efecto negativo provoca también una barrera frente a la acción colectiva de los trabajadores de la economía de las plataformas digitales⁴⁷.

4.5. Barrera de entrada y puerta de salida de la plataforma

Se ha afirmado que determinados perfiles de trabajadores tienen mayor dificultad para acceder o mantener empleos en las plataformas digitales. Esa dificultad la causa el propio sistema reputacional establecido. Estamos hablando de los trabajadores que acceden por primera vez a la plataforma, de los que prestan servicios de manera discontinua a lo largo del tiempo o de aquellos que, debido a condiciones subjetivas (discapacidad, enfermedad, vejez, pero también formación y educación) no puedan alcanzar los estándares cualitativos de la prestación que le permitan obtener una buena posición en el mercado de la plataforma. Estos colectivos compiten con los trabajadores que ya han adquirido una elevada reputación tras muchos servicios prestados y a su vez han empujado los estándares de prestación hacia niveles más altos⁴⁸.

Nótese que las ventajas de la economía colaborativa inicialmente apuntadas para fomentar el empleo de determinados colectivos como mujeres, jóvenes, migrantes, trabaja-

44 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 [COM (2016) 356 final], pág. 9.

45 Consideración 22 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.

46 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 116.

47 DAGNINO, E. (2015), *op. cit.*, pág. 24.

48 DAGNINO, E. (2015), *op. cit.*, pág. 20.



dores a tiempo parcial y ciudadanos de edad avanzada, disminuyen al trasladarse dinámicas propias del mercado de trabajo tradicional a esta economía basada en plataformas.

En cuanto a la salida de la plataforma, las valoraciones negativas (o escasas) provocan un descenso en la demanda que incluso puede dar lugar a la eliminación de la cuenta del trabajador⁴⁹. Algunas plataformas (Uber, Cabify) establecen unos mínimos ciertamente exigentes para permanecer en el empleo y evitar la desactivación que no es otra cosa que una extinción del contrato de trabajo por razones de rendimiento o disciplinarias (Deliveroo)⁵⁰. Nuestra normativa exige unos requisitos formales y causales para extinguir una relación laboral. Dicha extinción debe ir en consonancia con lo dispuesto en los arts. 49 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores por lo que esgrimir la valoración negativa como causa para el despido puede suponer una irregularidad contraria a dicha norma.

5. EL FUTURO: ¿UN SISTEMA REPUTACIONAL UNIVERSAL?

La importancia de disponer de numerosa información sobre los trabajadores puede hacer que se desarrollen empresas destinadas únicamente a concentrar y almacenar evaluaciones de empleados. Ya existen algunas cuyo principal servicio es permitir el acceso a evaluaciones de empresas (Tripadvisor, Glassdoor) así como sistematizar datos y evaluaciones realizadas por usuarios para el beneficio de otros usuarios⁵¹.

La proliferación de estas prácticas podría derivar en la creación de una plataforma o sistema reputacional universal que extrajera evaluaciones e informaciones de diversas fuentes como el perfil de LinkedIn del trabajador, las diferentes plataformas donde preste o haya prestado servicios, empresas de trabajo temporal, aplicaciones móviles de intermediación laboral, etc. Las evaluaciones podrían referirse tanto a trabajos por cuenta ajena como a trabajos por cuenta propia, incluso a períodos formativos y trabajos no remunerados (convenios de prácticas extracurriculares, prácticas no laborales en empresas) o de voluntariado. Por lo tanto, la reputación profesional de una persona podría verse afectada por toda su carrera laboral entendida en su máxima amplitud.

Para ello serían necesarias dos condiciones: la primera sería la licitud del tratamiento de esos datos de carácter personal vía consentimiento del trabajador [art. 6.1 a) RGPD] o vía la suscripción del contrato con la plataforma de reputación universal [art. 6.1 b) RGPD].

49 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 118.

50 BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018), *op. cit.*, pág. 68.

51 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 115.



La segunda sería la posibilidad de hacer efectivo el derecho a la portabilidad de las evaluaciones aplicando el art. 20 RGPD. Con la redacción actual del precepto, no parece posible garantizar la portabilidad puesto que este se refiere exclusivamente a datos personales que el propio interesado haya facilitado. Puesto que las valoraciones las elaboran otras personas, no estamos ante datos personales facilitados por el interesado. No obstante, en ocasiones las valoraciones de terceros se modifican mediante algoritmos o se cruzan con datos derivados de la actividad del propio trabajador⁵². En ese sentido, el dictamen sobre portabilidad redactado por el Grupo de trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos⁵³ no consideramos que aclare la cuestión. La doctrina ha entendido que esta interpretación literal tiene fuertes argumentos en contra: el hecho de impedir a un trabajador que su reputación profesional esté disponible en las plataformas que él desee estaría legitimando barreras a la libre elección de profesión (art. 35.1 CE), a la libertad de empresa (art. 38 CE) y favoreciendo la competencia desleal⁵⁴. Además, las propias instituciones comunitarias subrayan «la importancia de que los trabajadores de las plataformas colaborativas puedan beneficiarse de la portabilidad de las evaluaciones y calificaciones, que constituyen su valor en el mercado digital, así como de facilitar la transferibilidad y acumulación de las evaluaciones y calificaciones en las diferentes plataformas al tiempo que se respetan las normas relativas a la protección de datos y la privacidad de todas las partes implicadas»⁵⁵. Por lo tanto, parece que en un futuro podría haber cambios legales o doctrina judicial al respecto.

5.1. El caso de Guudjob

Recientemente se ha creado Guudjob⁵⁶, una plataforma destinada a evaluar a cualquier trabajador por cuenta ajena o autónomo «ofreciendo credibilidad a su trabajo a través de las valoraciones de otros»⁵⁷. Sostiene que este sistema ayuda al trabajador a crecer profesionalmente «gracias a las valoraciones que sus clientes ofrecen de sus servicios, dándose así a conocer de una forma atractiva, sencilla, transparente y fiable».

52 Por ejemplo, una plataforma de transporte de viajeros tipo Uber podría cruzar la evaluación realizada por el pasajero con el tiempo que ha tardado el conductor en llevarle al destino asignado y extraer una evaluación final diferente.

53 GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (2017). *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*. WP 242 rev. 01.

54 TODOLÍ SIGNES, A. (2017), *op. cit.*, pág. 143.

55 Consideración 43 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.

56 <http://www.guudjob.com/>.

57 <http://www.guudjob.com/sobre-guudjob>.



El usuario (registrado mediante cuenta de correo electrónico) puede buscar una empresa y valorar a un trabajador, trasladando Guudjob dicha valoración a la empresa y al trabajador. Para evitar el fraude, se usa un algoritmo creado a tales efectos y se delimita el número de valoraciones realizadas en cortos espacios de tiempo. No obstante, se permite valorar a un trabajador en más de una ocasión, sobrescribiendo sobre su anterior comentario y mostrándose la última valoración efectuada. De hecho, se otorgan puntos («puntos *rater*») a los usuarios por cada evaluación que emitan configurándose así una jerarquía de 4 niveles de usuarios que tiene una influencia directa en el sistema reputacional tal y como veremos a continuación.

La plataforma anima al trabajador para que cree un perfil y pida referencias a través de otras redes sociales (incrustando un enlace) o mediante su agenda de contactos. Esta opción resulta especialmente interesante para los trabajadores por cuenta propia ya que Guudjob incorpora también un buscador de trabajadores autónomos («profesionales») valiéndose de la geolocalización. Por lo tanto, la plataforma actúa también como intermediador para este tipo de perfiles.

Los servicios específicos para empresas incluyen la promoción de las mismas mediante el uso de la buena reputación e imagen del trabajador evaluado. Además, Guudjob es complementario con otros sistema de recogida de *feedback* propios o de terceros (Tripadvisor, Booking). Finalmente, ofrece servicios propios de una empresa consultora de Recursos Humanos, como son los programas de evaluación del desempeño para desarrollar políticas de motivación, retribución o formación⁵⁸.

El algoritmo utilizado por Guudjob para establecer la reputación del trabajador tiene en cuenta el número de valoraciones recibidas, la geolocalización del usuario que emite la valoración, su reputación/jerarquía en la comunidad y otras variables que cualifican la nota real del profesional. También cobran relevancia los resultados de los demás profesionales, teniendo en cuenta si un perfil está por encima o por debajo de la media global, tanto en términos cualitativos (calificación media de los comentarios) como cuantitativos (número de valoraciones). Esto supone que la puntuación de un perfil pueda oscilar independientemente de las valoraciones recibidas⁵⁹.

Un trabajador disconforme con alguna evaluación puede responder a dicho comentario. Además, si considera que el comentario debe ser eliminado lo puede comunicar y Guudjob «lo estudiará a la mayor brevedad posible» y «si la valoración cumple con las condiciones de uso, es constructiva y no incurre en situaciones ofensivas o injustas para el profesional, no será borrada»⁶⁰.

58 <http://www.guudjob.com/soluciones-empresas>.

59 <http://www.guudjob.com/noticias/estrenamos-algoritmo-calcular-media>.

60 <http://www.guudjob.com/marca-personal-reputacion-profesional#toggle-id-2>.



Algunas de estas características nos servirán para analizar a continuación los riesgos para el trabajador que tendría la creación de un sistema reputacional universal.

5.2. Riesgos para el trabajador (y para la empresa)

A las carencias detectadas anteriormente para los sistemas reputacionales en general, debemos sumar las siguientes que afectarían a un sistema reputacional universal de trabajadores.

5.2.1. Desequilibrios entre profesiones

El desempeño profesional de un trabajador puede ser evaluado por diferentes actores: supervisores, compañeros y clientes a los que presta (o no) el servicio⁶¹. Por ese motivo, determinados trabajadores estarían más expuestos a recibir valoraciones: por ejemplo, los que trabajan de cara al público podrían recibir valoraciones de los 3 actores enumerados mientras que un operario de una fábrica las podría recibir de su supervisor o compañeros. Por su parte, un trabajador autónomo las recibiría de sus clientes o, como mucho, de trabajadores que hubiera tenido a su cargo si se diera el caso.

Esta disparidad de situaciones provocaría un desequilibrio a la hora de formar parte de la plataforma o de ser evaluado de una forma objetiva, lo que afectaría a la clasificación final de los trabajadores. Asimismo, la condición de fiabilidad de la evaluación (véase punto 4.1) también resultaría afectada. Por ejemplo, una actitud del trabajador puede ser vista positivamente por un supervisor (aceptar la realización de horas extras sin cobrarlas) pero no por los compañeros. En ocasiones cumplir correctamente las directrices de la empresa puede ser valorado de forma negativa por los clientes (horarios de apertura/cierre, procedimientos internos de queja, acciones de telemarketing, etc.). Se descontextualizaría así la información sobre el trabajador porque cada actor valoraría aspectos diferentes de una misma tarea.

5.2.2. Efecto «normalización del sistema reputacional universal»

La creación de un sistema reputacional universal, al igual que la creación de una red social como Facebook, implicaría la creación de determinados incentivos para unirse a ese sistema. La plataforma digital intenta que el máximo número de usuarios se den de alta en ella mediante mensajes para invitar a todos los contactos del usuario, descuentos si se envían dichas invitaciones (Airbnb), etc. Esta situación en la que la mayoría de las personas

61 En Tripadvisor pueden verse opiniones sobre actuaciones de empleados de un restaurante que, sin embargo, no atendieron al usuario que emite la valoración.



se convierten en usuarios ha sido bautizada como «efecto normalización de Facebook» y puede extenderse a cualquier plataforma que utilice técnicas similares para expandirse⁶².

Las consecuencias para los trabajadores podrían ser ciertamente perversas: quien no tuviera presencia en el sistema reputacional universal tendría menos posibilidades de acceder a un empleo ya que las valoraciones del trabajador serían consultadas como procedimiento habitual en los procesos de selección y quien no tuviera una cuenta abierta sería desestimado automáticamente. Ya se han dado casos en los que se ha juzgado negativamente a un candidato a la hora de ocupar según qué puestos precisamente por tener poca presencia (o no tener ninguna) en las redes sociales más importantes⁶³.

De este modo, el trabajador que desease ocultar información que considerase que le podría perjudicar a la hora de acceder a un empleo (sobrecualificación, períodos de inactividad, etc.) quedaría en desventaja frente a otros que hubieran rebajado su umbral de privacidad. Téngase en cuenta que los empresarios consideran contrarias a sus intereses determinadas características de los trabajadores que no son en absoluto ilícitas, por ejemplo, la afiliación sindical, el disfrute de la conciliación laboral y familiar, etc. De ahí que los candidatos a un puesto de trabajo elaboren sus *curriculum vitae* de forma atractiva para el empresario y ocultando determinada información. El hecho de no tener un perfil en el sistema reputacional universal ya estaría ofreciendo una imagen negativa del trabajador a ojos de un empresario.

5.2.3 Discriminación algorítmica

Como se ha visto en el caso de Guudjob, la evaluación de un tercero sobre un trabajador se puede cruzar con otras variables mediante un algoritmo para obtener la evaluación o nota final. Además, estar inscrito en un sistema reputacional implicaría ofrecer información no relacionada estrictamente con valoraciones de terceros, por ejemplo, se informaría sobre las empresas o plataformas donde el usuario hubiera prestado servicio. En el caso de un sistema reputacional universal que almacenase historiales laborales y formativos de toda la vida de un trabajador, podrían tomarse en cuenta para la evaluación final aspectos como el tiempo que ha estado en cada empleo, períodos de inactividad vinculados a la maternidad o al desempleo, localización geográfica, edad, títulos

62 DUMORTIER, F. (2009). «Facebook y los riesgos de la “descontextualización” de la información». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 9, pág. 32.

63 Como ejemplo de puestos de trabajo en los que se exige como requisito esta presencia virtual podemos citar el caso de una empresa estadounidense que, para cubrir una vacante de Director de Mercadotecnia en Medios Emergentes, solicitaba, además de los requisitos más habituales (formación, etc.), tener un mínimo de 250 seguidores en Twitter y un año de experiencia demostrable como usuario activo de blogs, ALASTRUEY, R. (2009). *Empleo 2.0*. Barcelona: Editorial UOC, pág. 102.



académicos, experiencia laboral en cada sector, etc. Toda esa información podría deducirse de los datos aportados aunque el usuario no fuese consciente de ello, lo que podría variar el nivel de reputación del trabajador, penalizándolo.

Estos riesgos para los derechos fundamentales debido al uso de algoritmos informáticos, inteligencia artificial, *Big Data* y decisiones automatizadas han sido advertidos recientemente⁶⁴. Además, está demostrado que los algoritmos reproducen comportamientos discriminatorios⁶⁵ por lo que, dependiendo de la valoración de esos datos, podrían darse discriminaciones directas por razón de sexo (maternidad), edad, origen geográfico⁶⁶, etc. y prácticas de penalización de candidatos sobrecualificados, desempleados, etc. que podrían suponer discriminaciones indirectas por razón de sexo⁶⁷ y edad⁶⁸.

5.2.4. Actividad de intermediación laboral digital

Del mismo modo que algunas redes sociales han implantado funciones para difundir ofertas de empleo y favorecer el contacto entre empresas y trabajadores (LinkedIn, Facebook), una plataforma digital de reputación universal podría imitar estas acciones y convertirse así en un agente de la intermediación laboral. Una vez se forma la base de datos de usuarios jerarquizados por su nivel de reputación, no resultaría complicado permitir que las empresas pudieran acceder a la plataforma para publicar sus ofertas y usar las distintas herramientas de búsqueda de trabajadores. Podrían incluso solicitar que un algoritmo les sugiriese al más adecuado pues ya existen estas opciones en algunos portales de empleo.

64 Considerando i) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley.

65 Ejemplos de discriminaciones por origen racial, étnico o de género pueden verse en MONASTERIO ASTOBIZA, A. (2017). «Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos». *Dilemata*. N.º 24, pág. 198 y ss.

66 La aplicación móvil de búsqueda de empleo CornerJob indica que su sistema de geolocalización de candidatos y ofertas permite descartar a los que residan lejos ya que «siempre está bien saber que la persona que contratas vive cerca de su lugar de trabajo. Las cosas son así más fáciles, pues los trabajadores están más a gusto y son más productivos», <https://www.cornerjob.com/es/faq/> (FAQ 1.3).

67 Respecto a la relación entre la exigencia de una titulación académica y la discriminación indirecta por razón de sexo véase la STS de 4 de mayo de 2000 (rec. nº 3708/1999) y la STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005 (rec. nº 905/2005).

68 Existen rangos de edad donde el desempleo es mucho más elevado (menores de 30 años, mayores de 55 años) por lo que descartar a un candidato por la exclusiva condición de desempleado puede considerarse una discriminación indirecta.



En ese caso debería aplicarse la normativa sobre intermediación laboral (LE y RD 1796/2010)⁶⁹ lo que implicaría, como mínimo, garantizar la gratuidad del servicio de intermediación para los trabajadores⁷⁰, garantizar la protección de sus derechos fundamentales (privacidad, no discriminación, etc.)⁷¹ y someterse a un control administrativo ya que estaríamos ante una actividad de naturaleza pública. Si este control ya es complicado por la deficiente normativa y la dejadez de nuestras autoridades públicas⁷², la internacionalización del sistema reputacional agravaría el panorama de tolerancia respecto a esta importante materia.

6. POSIBLES SOLUCIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

El escenario de las plataformas digitales conforma un contexto difuso, cambiante y repleto de variables, notas que dificultan concebir un sistema apropiado de reputación en línea mediante *feedback* que impida la manipulación, el sesgo o el engaño en las reseñas y valoraciones⁷³. Hemos visto problemas para establecer sistemas fiables y válidos que pronostiquen un futuro desempeño profesional, que además sean respetuosos con los derechos fundamentales, fáciles de controlar por la autoridad competente, etc. Estas cuestiones afectan directamente a «las condiciones laborales y a los derechos de los trabajadores de las plataformas colaborativas así como a su capacidad para conseguir empleo»⁷⁴.

Las instituciones comunitarias no son ajenas a estos riesgos y han apuntado que «los mecanismos de evaluación y calificación deben elaborarse de forma transparente, y que se debe informar y consultar a los trabajadores en los niveles adecuados, así como

69 La actividad de intermediación no desaparece por usarse medios electrónicos, AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2017), *op. cit.*, pág. 313.

70 Complicado puesto que otros intermediadores como los portales de empleo ofrecen servicios de pago a sus usuarios-candidatos con la finalidad de que aparezcan mejor posicionados en las búsquedas efectuadas por los seleccionadores.

71 En el mismo sentido, AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2017), *op. cit.*, pág. 326.

72 FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2018). «Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales». En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (coord.). *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pág. 478.

73 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017), *op. cit.*, pág. 299.

74 Consideración 43 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.



con arreglo a las legislaciones y las prácticas de los Estados miembros, sobre los criterios generales utilizados para la elaboración de dichos mecanismos»⁷⁵.

Nuestra opinión es que los sistemas reputacionales se han aplicado a los trabajadores sin tener en cuenta los riesgos de vulneración de sus derechos fundamentales. Si ya había problemas de eficacia derivados del diseño del sistema, la extensión de la evaluación de la actividad empresarial (Tripadvisor, Amazon), hacia una evaluación del desempeño de los trabajadores ha agravado los inconvenientes de estas herramientas.

En relación al derecho al trabajo en su dimensión individual, podría crearse una barrera ilegítima si se popularizase un sistema de reputacional universal. La libertad de empresa permite seleccionar y contratar al trabajador que se desee siempre que se respeten los límites constitucionales y legales. En ese sentido, no creemos que quepa dentro de ese derecho empresarial basar una contratación en un sistema reputacional que no cumple con las debidas garantías legales pues puede haberse diseñado permitiendo discriminaciones, sesgos, falsedades, etc.

Además, si este sistema reputacional universal adoptase mecanismos para llevar a cabo una actividad de intermediación laboral, se extenderían los riesgos hacia la dimensión colectiva del derecho al trabajo al entrarse en el campo de las políticas activas de empleo de naturaleza pública y reguladas por normativa específica.

A nuestro entender, un sistema reputacional de trabajadores debe pasar por el filtro de dos principios relacionados con la protección de datos de carácter personal. En primer lugar, la garantía del derecho a la protección de datos debe considerarse desde el momento en que se diseña el sistema reputacional, incluyendo la elección de la tecnología que tratará la información. Estamos hablando del principio de la privacidad en el diseño (art. 25.1 RGPD) que se complementa con el principio de privacidad por defecto (art. 25.2 RGPD), es decir, una actitud más un conjunto de objetivos que deben ser tenidos en cuenta al diseñar las operaciones de tratamiento⁷⁶. En ese sentido, el responsable del tratamiento (plataforma que aloja el sistema reputacional universal) debería aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo fueran objeto de tratamiento los datos personales que fueran necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento.

Junto con los dos principios señalados, estimamos que un sistema reputacional universal precisaría de una evaluación de impacto en los términos previstos en el art. 35

75 Consideración 43 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.

76 MIRALLES LÓPEZ, R.M. y MARÍ CARDONA, J. (2017). «El nuevo modelo de gobernanza del derecho a la protección de datos en Europa». En: *Managing Risk in the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Barcelona: Editorial Huygens, pág. 214-215.



RGPD⁷⁷. Una evaluación de impacto sobre la privacidad es un proceso sistemático para evaluar los posibles efectos negativos para la privacidad de las personas que puede llegar a comportar una actuación que trate datos personales, tanto respecto de los efectos de presente, como de los potenciales efectos futuros; dicha evaluación debe incorporar también las decisiones tomadas para eliminar o minimizar ese impacto⁷⁸. Esta evaluación resulta obligatoria, entre otros supuestos, cuando las operaciones de tratamiento, de carácter automatizado, implican llevar a cabo una evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales relativos a personas físicas, incluyendo la elaboración de perfiles y, especialmente, si en base al resultado del tratamiento se toman decisiones que produzcan efectos jurídicos sobre las personas físicas, o que puedan afectarles significativamente.

No cabe duda de que el estado de la tecnología de la que estamos hablando (algoritmos, macrodatos, etc.) permite la elaboración de perfiles y la evaluación de datos diversos de un trabajador (valoraciones de terceros, datos profesionales, etc.) que al final se tienen en cuenta para que sea contratado o no. Por lo tanto, un sistema reputacional afecta significativamente a un trabajador a la hora de acceder a un empleo por lo que el RGPD se configura como la vía principal de tutela en esta cuestión.

Finalmente, otras buenas prácticas a adoptar ante un sistema reputacional universal serían:

- a) Relacionadas con el evaluador: verificar la identidad de los evaluadores⁷⁹ así como indicar que el *feedback* ha sido aportado como contraprestación a un precio⁸⁰ o por compensación directa o indirecta⁸¹.
- b) Relacionadas con las valoraciones: presentar las valoraciones sin demora y en orden cronológico⁸² así como ponderar con más peso las valoraciones más recientes⁸³; especificar el número total de valoraciones cuando se presente una valoración ge-

77 En el mismo sentido, Consideración 30 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa: «destaca la necesidad de evaluar el diferente impacto del uso de los datos en los distintos sectores de la sociedad, de prevenir la discriminación y de verificar el perjuicio que los macrodatos puedan causar a la vida privada».

78 MIRALLES LÓPEZ, R.M. y MARÍ CARDONA, J. (2017), *op. cit.*, pág. 215.

79 Consideración 28 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.

80 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017), *op. cit.*, pág. 298.

81 Punto 6 del *Código de Buenas Prácticas de las plataformas de economía colaborativa* elaborado por la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Catalunya.

82 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017), *op. cit.*, pág. 298.

83 Punto 6 del *Código de Buenas Prácticas de las plataformas de economía colaborativa* elaborado por la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Catalunya.



neral⁸⁴; mostrar la reputación de los usuarios con percentiles en lugar de con un valor bruto⁸⁵.

c) Relacionadas con el trabajador evaluado: proveerle de un mecanismo gratuito de queja/denuncia de valoraciones presumiblemente falsas⁸⁶ o atentatorias contra sus derechos. Recuérdese que el art. 17.1 RGPD regula el derecho de supresión o «derecho al olvido» permitiendo al interesado la supresión de los datos personales que le conciernan, en diversos supuestos que resultan de aplicación a los sistemas reputacionales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2017). «Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera». En: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (dir.). *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Editorial Bomarzo, pág. 295-329.
- ALASTRUEY, R. (2009). *Empleo 2.0*. Barcelona: Editorial UOC.
- ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M. y FLÓREZ SABORIDO, I. (1996). *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*. Madrid: Pirámide.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2018). «Uber saca un estudio que culpa a las mujeres de la brecha salarial», disponible en <https://adriantodoli.com/2018/02/27/uber-saca-un-estudio-que-culpa-a-las-mujeres-de-la-brecha-salarial/>.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018). «Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo». Ponencia presentada a las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social (Barcelona, 8 y 9 de marzo).
- CHAMORRO-PREMUZIC, T. y FURNHAM, A. (2010). *Psicología de la selección de personal*. Madrid: TEA Ediciones.
- COOPER, D., ROBERTSON, I.T. y TINLINE, G. (2005). *Reclutamiento y selección. Marco de actuación para obtener el éxito*. Madrid: Paraninfo.
- DAGNINO, E. (2015). «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharingon-demand economy*». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol 3, n.º 3, pág. 1-31.

84 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017), *op. cit.*, pág. 298.

85 Punto 6 del *Código de Buenas Prácticas de las plataformas de economía colaborativa* elaborado por la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Catalunya.

86 DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017), *op. cit.*, pág. 299.



- DI PIZZO CHIACCHIO, A. (2017). «Rol y régimen jurídico de la plataforma en línea en el *Discussion Draft of a Directive on online intermediary Platforms*». En: *Managing Risk In the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Barcelona: Editorial Huygens, pág. 288-303.
- DUMORTIER, F. (2009). «Facebook y los riesgos de la “descontextualización” de la información». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 9, pág. 25-41.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2018). «Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales». En TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (coord.). *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pág. 459-480.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2013). *Los procesos de selección de personal en la empresa privada: claves jurídicas*. Valladolid: Lex Nova.
- FRADKIN, A., GREWAL, E., HOLTZ, D. (2017). *The determinants of online review informativeness: evidence from field experiments on Airbnb*, disponible en http://andreyfradkin.com/assets/reviews_paper.pdf.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (2017). *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*. WP 242 rev. 01.
- INFOEMPLEO-ADECCO (2017). *V informe 2016 Infoempleo-Adecco sobre Redes Sociales y mercado de trabajo*, disponible en <http://www.infoempleo.com/publicaciones/>.
- INFOEMPLEO-ADECCO (2015). *IV informe 2015 Infoempleo-Adecco sobre Redes Sociales y mercado de trabajo*, disponible en <http://www.infoempleo.com/publicaciones/>.
- LEAL MILLÁN, A. (coord.). (2001). *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*. Madrid: Pirámide.
- MIRALLES LÓPEZ, R.M. y MARÍ CARDONA, J. (2017). «El nuevo modelo de gobernanza del derecho a la protección de datos en Europa». En: *Managing Risk in the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Barcelona: Editorial Huygens, pág. 211-225.
- MONASTERIO ASTOBIZA, A. (2017). «Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos». *Dilemata*. N.º 24, pág. 131-150.
- MONDY, R.W. y NOE, R.M. (1997). *Administración de Recursos Humanos*. 6a. ed. México: Prentice Hall Hispanoamericana.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZERVAS, G., PROSERPIO, D. y BYERS, J. (2015). *A first look at online reputation on Airbnb, where every stay is above average*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2554500>.



THE ZERO-HOUR CONTRACT IN PLATFORM WORK. SHOULD WE BAN IT OR EMBRACE IT?¹

Anna GINÈS I FABRELLAS

Assistant Professor Labor Law ESADE Law School - Universitat Ramon Llull

ABSTRACT: The aim of the paper proposed is to analyze the zero-hour contract in the context of platform work; specifically, the risks and opportunities of this type of provision of services. In the context of the sharing economy and gig-economy, there have emerged multiple App-based companies that have significantly altered the way in which services are provided. Companies like Uber, Lift, Taskrabbit, Deriveroo, Glovo or Amazon Mechanical Turk have introduced new forms of work that have altered the boundaries of Labour Law. The model of these companies is the division of their production in microtasks, the externalization of their entire production to a wide number of independent contractors through an App or webpage and the hiring of each service on-demand. As a result, new technologies have allowed these companies to avoid hiring workers and to provide their services entirely through self-employed workers. The hiring on-demand implies the use, *de facto*, of the zero-hour contract, as platform workers are not subject to a specific working time regime, having absolute liberty to determine, not only their schedule, but also their working time and, even, their willingness to work. In this context, the aim of the paper is to analyze the zero-hour scheme in the context of platform work. The final objective of the paper is to determine, from a *lege ferenda* perspective, if jurisdictions should introduce this type of contract to promote the business model used by digital platforms or, on the contrary, if they should ban it.

KEYWORDS: Sharing economy, platform work, worker, self-employed worker, independent contractor, zero- hour contract.

Comunicación seleccionada para ser publicada en el nº 28/2019, de la Revista electrónica IDP - Internet, Derecho y Política, disponible en: <http://idp.uoc.edu/>

Paper selected to be published in issue number 28/2019 of the e-journal IDP - Internet, Law and Politics. Available at: <http://idp.uoc.edu/>

1 Project supported by a 2016 BBVA Foundation Grant for Researchers and Cultural Creators.



ECONOMÍA COLABORATIVA Y TRABAJADORES INDEPENDIENTES: ¿DEL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA CATEGORÍA DE TRABAJADORES?¹

Carmen GRAU PINEDA

*Profesora TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Las Palmas de G.C. (ULPGC)*

RESUMEN: La economía colaborativa se ha expandido en los últimos años como consecuencia directa de la revolución tecnológica y la transición hacia la Industria 4.0 en el marco de la cual la creación de puntos de encuentro de usuarios para intercambiar o prestar bienes y servicios le ha servido de caldo de cultivo ideal. La economía colaborativa entendida como negocios que se sirven de internet para poner en contacto a clientes con proveedores de servicios a fin de realizar transacciones en el mundo real, se ha convertido en un tema prioritario y recurrente, no solo por la creación de empleo generada sino, sobre todo, a la luz de la sucesiva jurisprudencia internacional que intenta establecer la gobernanza de estas singulares y nuevas relaciones de empleo ante la situación de anomia específica. La aproximación que se propone a este fenómeno en la presente comunicación persigue el abordaje de las dudas que surgen respecto de la calificación jurídica que debe otorgarse a la relación entre la empresa y los prestadores de servicios y su calificación como trabajadores autónomos (por cuenta propia), asalariados (por cuenta ajena) o como ninguna de las anteriores ante el incipiente surgimiento de una nueva categoría jurídica: la de los trabajadores independientes.

PALABRAS CLAVE: economía colaborativa, economía de plataformas, economía digital, revolución tecnológica, Industria 4.0, trabajadores independientes.

1. APROXIMACION AL FENÓMENO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA: OPORTUNIDAD Y DESAFÍO

La economía colaborativa (*sharing o collaborative economy*) se ha expandido en los últimos años como consecuencia de las nuevas tecnologías, permitiendo la creación de puntos de encuentro de usuarios para intercambiar o prestar bienes y servicios. Sobre

1 Investigación propuesta en el marco del Proyecto DER2017-85616-R “Desmontando la economía colaborativa: hacia una nueva forma de comercialización de productos y servicios”.



este fenómeno, de amplio espectro² y contenedor de realidades muy dispares³, interesa hacer una serie de consideraciones previas al abordaje de las dudas que surgen respecto de la calificación jurídica que debe otorgarse a la relación entre la empresa y los prestadores de servicios y su calificación como trabajadores autónomos (por cuenta propia) o trabajadores asalariados (por cuenta ajena), tándem clásico de diferenciación en las relaciones de trabajo.

La economía colaborativa consiste, *grosso modo*, “en una oleada de nuevos negocios que se sirven de internet para poner en contacto a clientes con proveedores de servicios a fin de realizar transacciones en el mundo real”⁴. Por tanto, es aquella manera de compartir o intercambiar tanto bienes tangibles (alojamiento, transporte, etc.) como intangibles (tiempo, espacio, hobbies, etc.) a través de los nuevos espacios tecnológicos y las redes sociales lo que supone, *in fine*, la redefinición de la mecánica tradicional de mercado gracias a los avances tecnológicos. Su mercado está dominado por cuatro sectores (transporte, servicios financieros, alojamiento, distribución), pero no se reduce a estos últimos ni mucho menos. Como toda revolución industrial, recuérdese que estamos en la cuarta, plantea una serie de cambios que pasan por la aparición de actividades nuevas (por ejemplo, repartidores de comida de restaurante), al tiempo que moderniza otras ya existentes (por ejemplo, chóferes) y, cómo no, desestabiliza profesiones antiguas (por ejemplo, taxis, guías de museo o turísticos). La utilidad social de este tipo de intercambio presenta es indiscutible en términos de ahorro de tiempo (inmediatez) y la mejora de la intermediación entre oferta y demanda de bienes y servicios (gracias a la tecnología) lo que “reduce las asimetrías y los costes de transacción que afectan a dichas actividades, permite la explotación de economías de red y reduce los niveles de infrautilización de recursos”⁵.

Dentro de la economía colaborativa, en sentido amplio, se integran, por tanto, las nuevas posibilidades de acceder a bienes y servicios sin intermediación de empresa

- 2 Como ha señalado HERNANDEZ BERAJANO, M.: “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192, 2016, p. 1 de la versión electrónica.
- 3 El Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen de febrero de 2014 al respecto, señala que resulta necesario “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 puede constituir parámetros importantes para delimitar las diferentes modalidades de esta economía y proponer enfoques reguladores diferenciados”.
- 4 SLEE, T.: *Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa*, Publicada por Editorial Taurus, 2015, p. 13.
- 5 VALLECILLO GAMEZ, M^a. R.: “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío, p. legal y la dudosa legalidad”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, p. 2 de la versión digital.



alguna. Es la red la que posibilita la constitución de un mercado “virtual”, que pone en contacto directo a oferentes y consumidores, gracias a las nuevas plataformas digitales que funcionan en Internet, a las que cabe acceder en todo tiempo y desde cualquier lugar, tanto para ofertar bienes o servicios como para conseguirlos y puede suponer sustanciales abaratamientos del coste. De ahí que haya sido el contexto tecnológico el facilitador (caldo de cultivo idóneo) para el desarrollo de este fenómeno.

Con todo, es preciso tener en cuenta que el modelo inicial de economía colaborativa, no es tan reciente como parece y que, con el transcurso del tiempo y el avance de la revolución tecnológica, ha ido evolucionando. De tal modo y manera que lo que al principio no era sino una nueva oportunidad al trueque (intercambiar bienes y servicios de modo temporal: por ejemplo, apartamentos entre individuos durante las vacaciones), después ha sufrido un desarrollo impensable. Siguiendo a AUVERGNON “el “business model” de la economía colaborativa, en su versión 1.0, se basaba entonces en una dinámica no lucrativa y no profesional. La versión 2.0 vio la aparición de plataformas tecnológicas, lo que permitía poner en contacto a individuos, solicitantes de una prestación, con individuos que ofrecían esa prestación, como sucedía con el sitio web de bricolaje. La versión 3.0, que encarnan plataformas actuales de renombre, como Uber⁶”. Esta sería la actual y vigente, en el marco de la cual se constata un tránsito de la mera intermediación, hacia un rol más activo de la plataforma que se erige, ahora y en muchos casos, en prestadora del servicio subyacente. En consecuencia, lo primero sobre lo que quiere insistirse es en el hecho de que, hoy por hoy, parezca más conveniente (por correcto y oportuno) hablar de economía de plataformas (*platform economy*) o digital que de colaborativa como se viene haciendo (incorrectamente).

Pero es que, además, estas nuevas realidades se están desarrollando a una velocidad vertiginosa. La celeridad con que se suceden los cambios es un rasgo idiosincrásico de la revolución tecnológica, de la economía de Internet y de los nuevos modelos de negocio disruptivos que anunciara MERCADER⁷. Repárese se trata de un fenómeno apenas presente a finales de la década anterior –como puede advertirse en la lectura del Informe 2/2008 del CES sobre *Los nuevos modelos de consumo en España*⁸ – y que solo a mediados de esta década empieza a estar presente en el debate social, económico y jurídico en razón tanto del volumen de personas implicadas en estos intercambios como del valor económico que tienen. Asimismo, las previsiones implican que, en un corto período de tiempo (hasta 2025), su importancia aumentará de forma exponencial en términos tan-

6 AUVERGNON, P.: “Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, Revista de Derecho Social y Empresa, nº 6, 2016, p. 3 de la versión electrónica.

7 MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017.

8 <http://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0208>



to absolutos como relativos, como puede advertirse en la comunicación de la Comisión europea sobre *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*⁹.

La Comisión Europea, en este importante documento, advierte que se trata “de una importante contribución al empleo y al crecimiento económico, siempre que se incentive y desarrolle en una manera responsable” y se alinea en la consideración de que “la economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo lineales tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles¹⁰”, refiriéndose a los nuevos modelos de negocio que surgen en el entorno digital caracterizados por un menor coste de transacción, mayor disponibilidad informativa, una mejora de la eficiencia y competitividad de la economía, así como una mayor trazabilidad y transparencia de las transacciones económicas.

Pese a todo, no existe una concepción unívoca y consensuada de economía colaborativa o participativa, distinguiéndose dos posturas enfrentadas¹¹: de un lado, el concepto restrictivo de economía colaborativa que englobaría únicamente a las plataformas que dan la posibilidad de compartir recursos entre pares o iguales; y, de otro, la noción amplia o extensa (mayoritaria) que entiende por tal todos los nuevos modelos de negocio en los que las plataformas digitales permiten conectar a usuarios que buscan algo con usuarios que lo ofrecen, sea ese algo un bien o servicio. Aunque, como se ha tenido ocasión de adelantar, es la acepción estricta del término la que más se corresponde o ajusta al calificativo de “colaborativa”; instituciones como la Comisión Europea se han decantado por la acepción amplia por considerar que es la que da cabida a todos los “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”. Teniendo razón la Comisión, repárese como su explicación a la opción por la acepción amplia del término, llevaría, *in fine*, a la apuesta por la mayor adecuación de la expresión “economía de plataforma”, tal y como venimos sosteniendo.

La confusión terminológica se justifica tanto por la rapidez con que el fenómeno se ha extendido y la celeridad con la que ha ido evolucionando hacia nuevas formas, cual virulento virus que va mutando generando nuevas cepas a las que enfrentarse, como por la traducción directa de términos anglosajones y el desconocimiento del terreno en el que

9 COM (2016) 256 final.

10 *Ídem*.

11 AGOTE, R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, IUSLabor, nº 1, 2017, pp. 1-18.



nos movemos. Entre todas ellas¹², el *crowdwork*¹³ (trabajo colaborativo online) y *work-on-demand-via-app*¹⁴ (el trabajo a demanda vía app) son las que más repercusión tanto práctica como mediática están teniendo. Las une la significativa reducción de los costes de transacción que suponen y que ha supuesto un enorme atractivo para las empresas (principalmente del sector terciario) han querido aprovecharla oportunidad que la economía colaborativa les ofrece, especialmente, en aquellos sectores en los que la actividad empresarial se desarrolla a través de plataformas virtuales y recurren a las tecnologías móviles como medio de interacción entre la oferta y la demanda –concretamente a través de aplicaciones móviles apps gestionadas directamente por el usuario-consumidor desde su propio teléfono móvil–.

Con todo, la mayor presencia de estas empresas de consumo colaborativo, como manifestaciones del capitalismo posmoderno, en el mercado ha despertado, también, suspicacias –no sólo en España sino en todo el entorno europeo– con el fin de valorar, de un lado, si en su actuación incurren en competencia desleal o intrusismo¹⁵; de otro, si las prestaciones de servicios que se producen en su seno son incardinables o no en el trabajo asalariado y, por tanto, en el ámbito de regulación y protección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y es que se dice que estas nuevas formas de prestación de servicios han provocado una huida del Derecho del Trabajo¹⁶. Y ello porque servicios que anteriormente eran prestados por trabajadores por cuenta ajena, en la actualidad pueden realizarse íntegramente de forma descentralizada recurriendo a trabajadores au-

- 12 Para una diferenciación exhaustiva sobre todas ellas, *vid.*, citado por todos, TODOLI SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 14 y ss. Véase también, en este sentido, DE STEFANO, V.: “La “gig economy” y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta Sindical*, nº 27, 2016.
- 13 Específico sobre la materia véase TRIGUERO MARTINEZ, L.A.: ““Gig economy” y prestación de servicios profesionales: puntos críticos”, en TODOLI SIGNES, A. Y HERNANDEZ BEJARANO, M. (Dir.): *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- 14 Específico sobre la materia véase RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, comunicación presentada a las VII Jornadas laborales de la Asociación Canaria de Laboralista, Premio D. Manuel Alarcón 2017, disponible en <http://www.iuslaboristas.com>.
- 15 De este modo, tanto desde la UE como desde la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el enfoque que se ha dado al tratamiento de esta cuestión ha sido la de intentar crear un marco regulatorio claro a nivel nacional y fomentar la libre competencia poniendo fin a los obstáculos que venían dificultando la presencia de este tipo de operadores en el mercado, pero sin abordar los principales riesgos o peligros denunciados al respecto.
- 16 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 25, nº 2, 2007, p. 32.



tónomos (normalmente, microempresarios sin empleados a su cargo) que no gozan de la protección jurídica ofrecida por la normativa laboral ni de Seguridad Social. Y, en este sentido, “es preciso ofrecer un marco jurídico adecuado para que los avances tecnológicos no se constituyan ni se conciban como una afrenta a los derechos laborales. Desde luego, son necesarios los límites para evitar abusos amparados en las posibilidades técnicas, pero esos límites no han de ser de tal calado que, en realidad, supongan impedir el avance mismo¹⁷”.

2. LA IRRUPCIÓN DE UNA NUEVA CATEGORÍA DE TRABAJADOR: EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE

Por si el panorama descrito no fuera lo suficientemente complejo, es preciso tener en cuenta que la compañera de viaje de la revolución tecnológica descrita es la descentralización productiva, sin precedentes, y en el marco de la cual la externalización de actividades se atribuye, sobre todo, a pequeñas empresas (microempresas) y trabajadores autónomos (sin empleados a cargo) que se vinculan con la empresa cliente, provocando que el trabajo independiente o autónomo se descualifique y subordine. Y es aquí donde radica el origen, la génesis, de grandes bolsas de fraude en las que se utiliza la figura del autónomo como mecanismo de elusión del Derecho laboral, de huida del Derecho del Trabajo, generalizándose el “falso autónomo” como forma de calificación fraudulenta de prestaciones de servicios materialmente laborales y, de otra, de nuevas formas de trabajo autónomo, de escasa cualificación y dependientes de uno o pocos clientes, que hacen surgir nuevas demandas de protección legal para este colectivo.

En esta nueva situación, las soluciones tradicionales han dejado de ser operativas, se replantean problemas antiguos y se plantean otros nuevos. Vuelve a ser difícil identificar al trabajador asalariado en contraposición al autónomo en un intento por indagar si aplicar la legislación laboral a trabajadores que no encajan dentro de la definición estricta de asalariados llevando a cabo un ejercicio ampliatorio de sus fronteras tuitivas o expulsarlos definitivamente hacia ámbitos jurídicos como el civil o mercantil. Este debate, recurrente a lo largo de la corta historia de nuestra disciplina, reaparece ahora, en el contexto descrito, y confronta las pretensiones de unos (las plataformas) que pretenden operar al margen del derecho del trabajo y otros (los prestadores del servicio) que ante la precariedad del empleo creador y la desprotección social derivada de lo anterior, postulan en favor de la creación de un *tertium genus*, de una nueva categoría a caballo entre

17 SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, p. 2 de la versión digital disponible en <http://www.ilo.org/madrid/fow/lang--es/index.htm>



trabajo subordinado y trabajo autónomo, acogiendo determinadas formas de trabajo autónomo dependiente con una regulación adecuada a las especificidades de su prestación.

Como se ha apuntado, la pluralidad de los modos que se utilizan para encuadrar el “trabajo digital” se deriva de la diversidad de los “*business models*” pero, también puede revelar la voluntad de eludir los derechos y obligaciones, prácticas antisociales y económicamente desleales. En consecuencia, si como se ha apuntado, lo realmente importante es “«tranquilizar jurídicamente» el trabajo digital para asegurar su desarrollo y, por otra parte, evitar la precarización de los trabajadores afectados, garantizándoles una autonomía que parece determinante para ellos¹⁸”, resulta crucial disponer del marco jurídico necesario, viejo o nuevo, pero generador de seguridad jurídica al fin y al cabo.

Efectivamente, una de las disfuncionalidades que presenta la economía de plataforma, y que la propia Comisión Europea ha puesto de manifiesto en la comunicación adelantada líneas atrás es el referido a la problemática relacionada con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios. Y esto tiene por consecuencia que los intercambios de servicios en este ámbito se vengán desarrollando al margen de los sistemas de protección tradicionalmente establecidos por el ordenamiento laboral, creando incertidumbre en cuanto a los derechos aplicables y el nivel de protección social, al desarrollarse la actividad profesional a través de las plataformas y al considerar que las empresas que las gestionan son meros instrumentos técnicos y que no quedan comprometidas por las obligaciones tradicionalmente asignadas a los empleadores.

Siendo cierto y verdad que algunos de los servicios prestados en este ámbito parecen muy lejanos de los tradicionalmente desarrollados en régimen de dependencia y ajenidad; no es menos cierto que, en muchos casos, los usuarios sólo acceden a los servicios prestados por un trabajador a través de las plataformas que son las que imponen las condiciones respecto de la forma en que se han de prestar los servicios o el precio de los mismos y tienen las facultades para garantizar en régimen de autotutela todas sus expectativas. No resulta fácil excluir que se esté ante verdaderos trabajadores subordinados por cuenta de la plataforma digital, pero tampoco incluirlos sin mayores reparos. De ahí que se haya señalado acertadamente que “al límite, las nuevas tecnologías han implicado la convulsión de las fronteras tradicionales ante el trabajo subordinado y el autónomo, puesto que las nuevas posibilidades de prestar servicios a distancia afectaban a los ele-

18 AUVERGNON, P.: “Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *op. cit.*, p. 11 de la versión electrónica.



mentos esenciales en las que descansaban¹⁹. O, en otras palabras, “este nuevo escenario vuelve complejo el encuadramiento jurídico de la prestación de trabajo y del sujeto que la lleva a cabo como consecuencia de las confusas fronteras entre la potencial condición de trabajador y la de usuario de la Red [especialmente cuando la propia plataforma sostiene que] las relaciones en el mercado se producen entre iguales a través de relaciones de producción de carácter autónomo²⁰. Y es que, junto a los casos más flagrantes de fraude y de los supuestos claros de “trabajo asalariado” o de “trabajo independiente” –los dos extremos–, existen situaciones de actividad profesional que se hallan en una “zona gris²¹”. Como subrayó SUPIOT, hace más de quince años, “el trabajador asalariado no es ya necesariamente una simple rueda desprovista de iniciativa en una organización fuertemente jerarquizada. Y el trabajador independiente no es ya necesariamente un empresario libre para trabajar como buenamente le parezca. El trabajo asalariado deja espacio a lo que cabe denominar la autonomía en la subordinación, mientras que, recíprocamente, el trabajo no asalariado se ha abierto a lo que puede llamarse la lealtad en la independencia²²”. Más recientemente, MERCADER insiste en esta idea al decir que “en esta nueva era se produce una neta mutación en la morfología del concepto clásico de trabajador [y] autonomía, coordinación, participación son los rasgos diferenciadores de este momento frente a las clásicas de dependencia, subordinación y conflicto. Los valores cambian y también los hacen los conceptos jurídicos sobre los que las realidades se asientan²³”.

Resulta fundamental, en este sentido, determinar si las plataformas virtuales intervienen o no de forma directa y activa en la prestación de servicios para considerarlas bien como prestadoras del servicio subyacente o bien como empresas tecnológicas meras intermediarias, de tal modo que “si la actividad se limita a la provisión de una aplicación móvil o página web que permita el contacto entre oferta y demanda y no se incide en la provisión del servicio, estaremos ante una empresa tecnológica y los prestadores del servicio lo harán de forma autónoma. Si, por el contrario, existe una relación –vía contractual– o condiciones impuestas a los prestadores del servicio, la relación se acerca más al

19 GOERLICH PESET, J.M.: “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, en Revista Gaceta Sindical, nº 27, 2016, p. 182.

20 TRILLO PARRAGA, F.: “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, Revista Derecho Social, nº 76, 2016, pp. 59-82.

21 Como ya planteaba LOPEZ GANDIA a finales del siglo pasado en su obra *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch. 1999.

22 SUPIOT, A.: “Les nouveaux visages de la subordination”, Droit social, nº 2, 2000 p. 133,

23 MERCADER UGUINA, J.R.: “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una realidad”, en TODOLI SIGNES, A. Y HERNANDEZ BEJARANO, M. (Dir.): *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 13 de la versión electrónica.



trabajo por cuenta ajena²⁴". Por ello, la calificación jurídica de estas relaciones de empleo no es cuestión baladí sino todo lo contrario. Y ello por el peligro de huida del Derecho del Trabajo que suponen y la creación de un nuevo mercado en el que se produce "una nueva asignación del riesgo y ventura de la actividad productiva, que ha supuesto la acumulación del riesgo económico al último eslabón de la cadena productiva²⁵".

Ahora bien, pretender resolver el problema en términos "clásicos", mediante la contraposición entre trabajo subordinado y autónomo a efectos de decidir la aplicación en bloque de las normas laborales o las del Derecho privado, según corresponda, no parece una solución adecuada en el complejo contexto actual. Una parte de la doctrina viene señalando en este sentido que las diferencias morfológicas²⁶ entre el trabajo a través de plataformas digitales y las formas tradicionales de trabajo son demasiado grandes como para que sea fácil proyectar sin más sobre aquél las soluciones cristalizadas para éste tras un siglo de evolución normativa²⁷ ya que, pensadas para una realidad diferente, estas normas encajan difícilmente en la fisonomía que presenta el "nuevo" trabajo. Éste presenta, por otro lado, problemas inéditos que no se pueden afrontar fácilmente con los instrumentos de que se dispone. Como se ha señalado "la libertad en la determinación del tiempo de trabajo, la fijación del precio del servicio o el empleo de materiales de producción propios, son ejemplos de un claro debilitamiento de los indicios clásicos de ajenidad y dependencia jurídica. Este debilitamiento de notas clásicas de laboralidad es compensado con otras manifestaciones de sujeción e integración en la organización empresarial –procesos de selección, objetivos mínimos o causas de desactivación– que mantienen su caracterización como relación laboral²⁸". Sin embargo, en un futuro, probablemente será necesario el replanteamiento de notas de laboralidad como la dependencia y la ajenidad al ser posible, bajo su manto, pensar en posibles formas de trabajo en las que las notas tradicionales se encuentran fuertemente alteradas o, incluso, desvir-

24 VALLECILLO GAMEZ, M^a. R.: "Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad", *op. cit.*, p. 3.

25 GINES I FABRELLAS, A.: "Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso Amazon Mechanical Turk", en Revista de Derecho Social y de la Empresa, nº 6, 6010, p. 7 de la versión electrónica.

26 BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo", XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social (8 y 9 de marzo de 2018, Barcelona), disponible en <http://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economy-y-contrato-de-trabajo-ponencia/>

27 Como ha puesto de relieve DAGNINO, E.: "Labour and labour Law in the time of the on-demand Economy", Revista de Derecho Social y Empresa, nº 6, 2016, pp. 154 y ss.

28 GINÈS I FABRELLAS, A. Y ÀLVEZ DURÁN, S.: "Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *op. cit.*, pp. 37-38



tuadas. Así, se dice que “el test de laboralidad deberá –seguramente– adaptarse al nuevo entorno digital, pasando de la existencia conjunta de las notas de ajenidad y dependencia jurídica –elementos esenciales en la actualidad para distinguir el trabajo subordinado del trabajo por cuenta propia– a entenderse suficiente la concurrencia de una de las dos notas de laboralidad²⁹”.

Con todo no hay que olvidar que “las notas tradicionales de laboralidad se presentan muy atenuadas en las prestaciones de servicios que tienen lugar en el nuevo entorno digital³⁰”. Concretamente, y como ha venido ocurriendo en otros momentos históricos, las notas de dependencia y ajenidad se erigen en el elemento clave para delimitar en que supuestos existe relación laboral en la prestación de servicios por cuenta ajena. Por eso, determinar la concurrencia de estos elementos configuradores en la relación entre el prestador de servicios y la plataforma “se torna una hazaña difícil ante la existencia de elevadas dosis de libertad y auto-organización favorecida por los medios electrónicos en el entorno digital³¹”. Por tal motivo, en el nuevo panorama de relaciones de empleo a través de plataformas digitales, se vuelve a hablar de “parasubordinación³²”, entendiéndose que concurre la nota de dependencia (no absoluta sino flexibilizada) cuando el prestador de servicios se encuentra inserto en el círculo rector y disciplinario de la empresarial, de modo que la protección laboral alcanza a personas que trabajan previo encargo del cliente o con sin sujeción a un horario establecido, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de una organización empresarial. En definitiva, en la práctica ha de enfrentarse la siguiente disyuntiva: o bien las plataformas virtuales limitan su actividad al mero contacto entre usuarios y prestadores de servicios sin intervenir en el proceso de la prestación (meras intermediarias), o existe una relación con notas más cercanas a la laboralidad o a la figura de los falsos autónomos entre los prestadores de servicios y la plataforma que, más allá de una empresa tecnológica, interviene en la actividad económica, integrando a sus “colaboradores” en el ámbito de dirección y organización de la empresa (prestatarias).

Siendo evidentes las dificultades para ajustar los indicios tradicionales del test de laboralidad a las características que concurren para la prestación de servicios a través de plataformas, entra con fuerza en el ámbito laboral una corriente dogmática que apuesta por la pertinencia de crear una categoría de trabajadores específicos propia y diferenciada para aquellas personas que presten servicios a través de plataforma digitales. El

29 *Ídem*.

30 CAVAS MARTINEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 47.

31 TODOLI SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

32 VALLECILLO GAMEZ, M^a. R.: “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, *op. cit.*



status laboral de la mayor parte de las personas que desarrollan su actividad profesional a través de las nuevas plataformas digitales no se corresponde de forma nítida e indubitada ni con la figura del trabajo autónomo, ni con la propia del trabajador por cuenta ajena, generándose en consecuencia “una mayor vulnerabilidad de este colectivo, en la medida en que no cuenta con la protección legal de las/os asalariadas/os, pero tampoco con las mismas condiciones de las/os autónomas/os³³”. En este sentido, se ha señalado lo importante que resulta “tanto concretar la categorización del trabajo prestado en el entorno digital como también adaptar la regulación existente –o, en su caso, intervenir legislativamente para crearla– a fin de crear herramientas normativas capaces de proteger eficazmente a los trabajadores en la economía colaborativa, delimitando así su propio estatuto³⁴”. O, como apunta MERCADER, “reformular la concepción tradicional de trabajador autónomo e, incluso, demuestran su insuficiencia figuras como el autónomo económicamente dependiente, lo que pugna por hacer nacer formulas particulares y especiales de trabajo autónomo adaptadas a estos patrones de cambio³⁵”. En concordancia con este razonamiento se ha planteado la posibilidad de introducir en el ordenamiento jurídico una relación de tercer tipo, *tertium genus*, entre el trabajo dependiente y el trabajador autónomo, que dotaría de un estatuto jurídico propio a este conjunto de relaciones de prestación de servicio que, como se ha visto, no pueden equipararse a las relaciones laborales en sentido estricto³⁶.

Conviene recordar que la Comisión Europea, en un informe realizado bajo la dirección del profesor SUPIOT, tuvo como objetivo reformular el derecho del trabajo de tal forma que se liberara de las restricciones del trabajo subordinado bajo el contrato de trabajo³⁷. La idea central del conocido como “Informe Supiot” fue la de reconocer y concienciar sobre la existencia de un amplio rango de situaciones en las que los ciudadanos están trabajando a pesar de no encontrarse bajo un contrato de trabajo, no limitándose a ampliar el ámbito subjetivo de la disciplina al “trabajo no subordinado” sino también al “trabajo no remunerado” (cuidados dentro de la familia o tareas domésticas sin retri-

33 ROCHA SÁNCHEZ, F.: “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, disponible en <http://www.ilo.org/madrid/fow/lang-es/index.htm>.

34 RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, *op. cit.*, p. 15.

35 MERCADER UGUINA, J.R.: “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una realidad”, *op. cit.*, p. 14 de la versión electrónica.

36 REVILLA, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 317 y 318.

37 SUPIOT, A. *et al.*: *Beyond Employment. Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, 2001.



bución) en el marco de una ambiciosa propuesta configuraba un estatuto profesional donde se incluirían todos aquellos que prestaran servicios de mano de obra. Repárese en que este cambio “ampliatorio”, además de un sentido teleológico –carácter tuitivo de Derecho del Trabajo, de desequilibrio de posiciones y protección del más débil–, tiene otro “de supervivencia” de la propia disciplina reguladora. Y es que, como dijo ROMAGNOLI a finales del siglo pasado, “en los años 60 y 70 el derecho del trabajo italiano entró en la fábrica (...), pero las fábricas se han vaciado. De improviso y bastante deprisa³⁸”. El trabajo subordinado es el centro gravitatorio en torno al cual gira el Derecho del Trabajo, por lo que de no cambiar nada, puede quedarse sin sujeto jurídico que proteger. Como se ha señalado, “nos enfrentamos al mismo fenómeno, pero llevado a su máximo exponente. En el futuro, la tecnología hará prácticamente innecesario el trabajador subordinado, sin embargo, se está ante un modelo basado, no en mejorar la competitividad y la eficiencia productiva, sino en reducir costes disminuyendo las protecciones sociales y permitiendo la competitividad en retribuciones entre trabajadores. Todo ello, llevará a que aquellas empresas que no deseen entrar en el juego desaparezcan por ineficientes. Desde el momento en el que se permita que ciertas empresas aprovechen dichas “ventajas comparativas”, el resto, o se unen al modelo o desaparecerán³⁹”.

En consecuencia, parece no solo necesaria sino urgente por inaplazable una intervención legislativa que imponga también estándares mínimos de protección para los “nuevos” trabajadores que si no encajan en la definición legal de trabajador no es porque no se enfrenten a la misma realidad social, sino porque tenemos una legislación anticuada/pretérita que no se amolda bien a los nuevos modelos de prestación de servicios. No se olvide que el concepto de trabajo subordinado lleva años adaptándose a las nuevas realidades, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para elegir cuándo realiza el trabajo –o cómo– sea relevante para su calificación jurídica. Es precisamente la elasticidad del concepto la que permitirá su adecuación a la “realidad social del tiempo” en el que ha de ser interpretado⁴⁰. Ahora bien, que se pueda interpretar el contrato de trabajo de tal forma que quepan en ella relaciones “cuasi-independientes”, no significa que la protección dispensada deba ser la misma, sino que será preciso adaptar la regulación laboral a las especialidades de unos y otros.

38 ROMAGNOLI, U.: “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 5, 1999, p. 10.

39 TODOLI SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, *op. cit.*, 2017, p. 45.

40 PEREZ DE LOS COBOS, E.: “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, nº 39, 1993, p. 39. En idéntico sentido, se pronuncia el profesor ROJO, en su utilísimo Blog, en el que en una entrada de julio de 2017 que lleva por título “Mensajeros 1984 - Riders 2017. Tan lejos en el tiempo, tan cerca en la realidad laboral. Materiales para un caso práctico del curso 2017-2018”. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/mensajeros-1984-riders-2017-tan-lejos.html>



3. EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE: LA OPCIÓN MÁS VIABLE PASA POR RELANZAR LA FIGURA DE LOS TRADE

Una de las posibilidades, que en el marco de la ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo se han planteado, gira en torno al status del trabajador en el seno de la economía de plataformas y la posible creación de una nueva categoría profesional denominada “trabajador independiente⁴¹”. En esta línea, uno de los países europeos que ha tomado la delantera y marcado un gran avance en este sentido ha sido Francia (reforma laboral de 2016) al introducir unas obligaciones específicas para los trabajadores independientes que desarrollen su actividad en Francia para compañías que, independientemente de dónde estén localizadas físicamente, conectan personas por medios electrónicos para venderles bienes, prestarles servicios o intercambiar bienes o servicios⁴².

La traslación a España de este debate en torno a la calificación jurídica de los trabajadores a demanda vía app y de las propuestas acerca de la creación de una categoría profesional de trabajadores independientes en el marco de la economía colaborativa ha propiciado propuestas de regulación alternativas. Una de las opciones que se han formulado ha sido la equiparación a la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente (en adelante, TRADE) conforme a lo previsto en Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (arts. 11 y ss.). Esta vía fue la primera que se atisbó como posible y oportuna y la empleada por muchas *startups* de economía colaborativa españolas para intentar cumplir con la legalidad y evitar posibles sanciones de la Inspección de Trabajo (ITSS) por clasificación errónea como autónomos. De hecho, parecía ser la respuesta oficial a la problemática referida dado que, haciéndose eco de la necesidad apuntada en el Informe de la Comisión de Expertos –*Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*– de dar carta de naturaleza a una categoría de trabajadores autónomos que en los últimos años había adquirido una especial relevancia, en gran parte debido a las nuevas estrategias y métodos de organización y producción de la actividad económica, esto es, a las exigencias de flexibilidad laboral que han venido expulsando

41 Citado por todos, HARRIS, S. and KRUEGER, A.: “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker””. The Hamilton Project. Discussion Paper 2015-10. Pero no solo en el mundo anglosajón porque algunas legislaciones nacionales han optado por reconocer la originalidad de la situación del trabajador económicamente dependiente como es el caso de los «parasubordinati» italianos, los «workers» británicos, las «arbeitnehmerähnliche personen» alemanas.

42 Para más detalles sobre la regulación francesa al respecto vid., entre otros, ANTONMATTEI, P. H., SCIBERRAS, J. C., *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?*, Rapport au ministre du Travail, 2008, p. 43 (<http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>) y PESKINE, E.: “Entre subordination et indépendance: en quête d’une troisième voie”, *Revue de droit du Travail*, 2008, p. 371.



del mercado de trabajo a un número creciente de trabajadores asalariados para situarles en los más frágiles y desprotegidos terrenos del trabajo autónomo, colocando a un buen número de ellos en una posición económica muy cercana a la del trabajador por cuenta ajena necesitada de la introducción de medidas de tutela jurídica y de una regulación garantista⁴³, se aprueba la Ley 20/2007, de 11 de julio, reconoce y regula en el Capítulo III de su Título II, aunque no con carácter exclusivo, la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente⁴⁴.

La compleja delimitación de esta nueva categoría de autónomos, pese a los esfuerzos del legislador de eliminar las posibles zonas grises entre las figuras del trabajador autónomo tradicional o común, el TRADE y el trabajador por cuenta ajena, planteó no pocas dudas y reabrió numerosos debates desde la aprobación de la citada norma hace ya una década⁴⁵. Dudas e interrogantes que, diez años después, y en un contexto solo sospechado por entonces, se amplifican y acrecientan. Y ello porque su particular naturaleza de *tertium genus*, a caballo entre el concepto de trabajo por cuenta ajena y el de autónomo ordinario, en el que confluyen una preponderante dependencia económica respecto de un cliente y su ejecución fuera del ámbito de organización y dirección de aquél, intentaba demoler la vieja y siempre problemática frontera entre trabajo subordinado e independiente y, con ello, instaurar nuevas líneas limítrofes: la que separaba al TRADE de los autónomos comunes y la que lo hacía respecto de los trabajadores asalariados⁴⁶, lo que, los acontecimientos posteriores demostraron, que no hizo sino elevar exponencialmente la problemática de su aplicación práctica. Y es que los TRADE ni están sujetos a un contrato laboral común ni están sometidos a una subordinación jurídica, en el sentido estricto del término, merced a la gran autonomía caracterizadora de dichos perfiles ya que trabajan con autonomía e independencia sin disponer de trabajadores a su cargo, ahora bien, ostentan unas particularidades muy singulares cuyos extremos se extrapolan a los instrumentos reguladores.

En definitiva, si bien entonces se señaló que “gracias a dicho texto, nuestro país dejó atrás la construcción doctrinal y jurisprudencial que era objeto esta materia asentando un modelo normativo singular y de vanguardia en el tratamiento de estas categorías por el

43 MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2008, BIB 2008\572.

44 El Capítulo III del Título II aborda dicha figura (arts. 11 a 18 del precitado texto legal). In extenso sobre la misma, vid. MONTOYA MELGAR, A. Y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Cizur Menor, 2007, p. 97.

45 SEMPERE NAVARRO, A.V.: “A propósito del nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo. TRADES y Tribunales”, *AJA*, nº 739, 2007, BIB 2007\1992

46 GOERLICH PESET, J.M.: “La noción del trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos”, *Justicia Laboral*, nº 33, 2008, p. 19.



derecho comparado⁴⁷”; hoy por hoy, la figura del TRADE ha “languidecido” pero “puede renacer (...) a la luz de la nueva economía digital⁴⁸”. Según datos tanto de la EPA como del registro de TRADE del MEYSS, “la fraudulenta figura del trabajador por cuenta propia integrado en estructuras productivas con cadena de mando se dispara con la recuperación de la macroeconomía y la animación del consumo mientras el volumen de Trabajadores Económicamente Dependientes cae por primera vez en una década⁴⁹”. Y es que el desfase entre la cifra de autónomos integrados en estructuras productivas y la de TRADE permite cifrar en unos 335.000 los falsos autónomos que, al albur de la falsa economía colaborativa, ponen de manifiesto la necesidad de intervención urgente. La irrupción de nuevos modelos empresariales disfrazados de economía colaborativa (como es el caso de algunas empresas de reparto) y las prácticas cada vez más extendidas en empresas de multiservicio (sobre todo en el sector servicios –mantenimiento y reparaciones–) unido a los incentivos a la creación de autoempleo (emprendimiento) a través de sistemas como el de tarifa plana, no hacen sino contribuir a “engordar” la bolsa de los falsos autónomos, poniendo, además de relieve, como la figura del TRADE, perfectamente estructurada, está siendo muy mal utilizada. El objetivo a conseguir con el relanzamiento de esta figura no es otro que garantizar, de un lado, los intereses de los trabajadores al construir una relación jurídica asentada sobre un marco jurídico fiable y bien definido; y, de otro, la defensa de los intereses colectivos a través de las asociaciones que los representan. Pero, también, evitar la competencia desleal y el dumping social que, tarde o temprano, acabará con todas las empresas que intenten mantener el modelo clásico.

Con todo, esta solución no es unánime. Entre la doctrina, sus principales detractores argumentan que el TRADE es una “subcategoría de los trabajadores autónomos” sin que pueda tener subordinación, dependencia ni ajenidad de la plataforma o de ningún otro empresario⁵⁰. Y consideran que la propuesta más factible para la categorización de la relación entre la plataforma y los prestadores de servicios y que se abre camino en el horizonte más próximo es la que propugna la creación de una nueva relación laboral

47 ALEMAN PAEZ, F: Memoria de Cátedra, ejemplar multicopiado.

48 MERCADER UGUINA, J.R.: “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una realidad”, *op cit.*, pp. 15-16 de la versión electrónica.

49 Noticia consultada el 13 de abril de 2018 en <http://www.publico.es/economia/335000-falsos-autonomos-sumergen-falsa-economia-colaborativa-precariedad.html>

50 TODOLI SIGNÉS, A.: “¿La figura del TRADE resuelve los problemas laborales de la Uber economy?”, en el Blog *Argumentos de Derecho Laboral*; del mismo autor *El trabajo en la era ...*, *op. cit.*, p. 64. *Vid* también, del mismo autor, “El trabajador en la “Uber economy”: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario (I)”, Revista Trabajo y Derecho, nº 25, 2016.



especial (art. 2 LET)⁵¹, cuya regulación específica habría de introducir las adaptaciones y modificaciones de la normativa laboral –en materia de jornada, retribución, descansos, horas extraordinarias, etc. –que sean requeridas de acuerdo con las particulares características de este modelo de negocio. Especial mención merecerán, por su especial singularidad, las cuestiones relacionadas con la titularidad, uso y protección de los medios de producción (apps, dispositivos móviles, etc.), las cuestiones relativas a prevención de riesgos laborales, así como las referidas a la protección social⁵².

4. BREVE EPILOGO

Sea como fuere, ya se ha tenido oportunidad de adelantar que mientras para algunos es necesario replantearse las notas de dependencia y ajenidad que caracterizan la relación laboral apostando por dar cabida a una tercera categoría de trabajadores independientes por obra de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del derecho del trabajo, para otros caben alternativas distintas y diversas que van desde la regulación de una relación laboral de carácter especial⁵³ hasta los que postulan en favor del desarrollo de las cooperativas (socios-trabajadores)⁵⁴ como alternativa y que nos lleva al terreno de la economía social⁵⁵.

En definitiva, sea cual sea, la propuesta que se adopte tendrá un carácter limitado no siendo válida para en el conjunto de proveedores que actúan en plataformas y que se vinculan con la economía de plataforma. Tan solo para un determinado tipo de plata-

51 TODOLI SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 64-65. Idea ya adelantada en su trabajo “El trabajador en la “Uber economy”: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario (I)”, *op. cit.*

52 Se ha apuntado la oportunidad de crear un sistema especial *ex art.* 11 LGSS dentro del régimen de seguridad social para trabajadores por cuenta ajena (régimen general) y configurar reglas específicas en materia de encuadramiento, afiliación cotización y recaudación CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios ...”, *op. cit.*, p. 54.

53 TODOLI SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 64-65. Idea ya adelantada en su trabajo “El trabajador en la “Uber economy”: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario (I)”, *op. cit.*

54 Más detalles en AUVERGNON, P.: “Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *op. cit.*

55 La economía social –basada en el mercado o tercer sector– hoy por hoy en auge, se supone que irá *in crescendo* a lo largo del presente siglo y que está destinado a ayudar “a dirigir las necesidades personales y sociales que no pueden ser conformadas a través de las leyes del mercado o mediante decretos legislativos”, en RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo. El nacimiento de una nueva era*, Paidós Ibérica, 1996, p. 375.



formas, no siendo posible alcanzar soluciones globales para un fenómeno tan complejo como diverso, tal y como ha querido ponerse de manifiesto en las líneas precedentes. Y es que no deberíamos aceptar que los nuevos modelos de negocio del sistema capitalista, sean de plataforma o no, se sustenten sobre el paradigma de explotación y degradación de las condiciones de trabajo que hicieron surgir el derecho del trabajo como ordenamiento jurídico tuitivo. Deberíamos preguntarnos si el desarrollo tecnológico y lo que supone de mejora de la productividad empresarial es incompatible con el mantenimiento de los sistemas de protección social sustentados sobre el modelo clásico de trabajo en régimen de dependencia. Y, sobre todo, si no merece la pena considerar la posibilidad de instaurar estatutos diversos como el del trabajo económicamente dependiente o del trabajo no asalariado, fundados sobre una base de derechos sociales fundamentales reconocidos a todo trabajador, cualquiera que sea su estatuto. Como acertadamente se ha señalado, “desde luego, sería un progreso, en la medida en que otra alternativa (inquietante) es ya posible en otros países: la elección concedida a las partes de recurrir a un contrato de trabajo o a un contrato civil⁵⁶”. Por tanto, el debate está servido y ya va siendo hora de que el legislador se “ponga las pilas” y acometa tan ardua misión pospuesta ya en demasía. Y es que como ya apunto hace casi una década el profesor SUPIOT⁵⁷ “el problema no consiste en “regular” los mercados como se regula la calefacción central. El problema consiste en reglamentarlos, lo que obliga a regresar al terreno político y jurídico con el fin de restablecer en ellos el orden de los fines y los medios entre las necesidades de los hombres y la organización económica y financiera. Dicho de otro modo, hay que recuperar la inspiración de la Declaración de Filadelfia que, al acabar la guerra, había pretendido poner la economía y el mundo financiero al servicio de los principios de la dignidad humana y de la justicia social (...) [porque] ser fiel el espíritu de Filadelfia significa trazar vías de futuro a la medida de los tiempos presentes”.

5. BIBLIOGRAFIA

AGOTE, R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, IUSLabor, nº 1, 2017

ALVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo vs. El trabajo del futuro: Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Colex, 2017.

56 AUVERGNON, P.: “Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *op. cit.*, p. 18 de la versión electrónica.

57 SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, editorial Península, 2010, pp. 96-97.



ALVAREZ MONTERO, A.: “Yacimientos de falsos autónomos” más allá de las plataformas digitales: ramificaciones de un arraigado problema”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 424, 2018.

ANTONMATTEI, P. H., SCIBERRAS, J. C.: *Le travailleur économiquement dépendant: ¿quelle protection?*, Rapport au ministre du Travail, 2008B(<http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>)

AUVERGNON, P.: “Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo”, XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social (8 y 9 de marzo de 2018, Barcelona), disponible en <http://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economy-y-contrato-de-trabajo-ponencia/>

CAVAS MARTINEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, CEF*, nº 406, 2017.

DAGNINO, E.: “Labour and labour Law in the time of the on-demand Economy”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016.

DE STEFANO, V.: “La “gig economy” y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta Sindical*, nº 27, 2016.

DIAZ RODRIGUEZ, J.M.: “El Derecho del Trabajo ante el futuro (presente) tecnológico y económico: robots, plataformas digitales, nuevos trabajos y viejos tiranos”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018.

EUROPEAN COMMISSION: “The collaborative economy creates new opportunities for consumers and entrepreneurs. The Commission considers that it can therefore an important contribution to jobs and growth in the European Union, if encouraged and developed in a responsible manner”, *Commission Staff Working Document, Brussels*, 2.6.2016. COM (2016) 184 final.

GINÈS i FABRELLAS, A. y GÁLVEZ DURAN, S. “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret*, nº1, 2016.

GINES I FABRELLAS, A.: “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso Amazon Mechanical Turk”, en *Revista de Derecho Social y de la Empresa*, nº 6, 6010.

GOERLICH PESET, J.M.: “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, en *Revista Gaceta Sindical*, nº 27, 2016.

GOERLICH PESET, J.M.: “La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales”, *Trabajo y Derecho: revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 43-44/2018 (julio-agosto).

GOERLICH PESET, J.M.: “La noción del trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos”, *Justicia Laboral*, nº 33, 2008, p. 19.



GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 25, nº 2, 2007.

HARRIS, S. and KRUEGER, A.: “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker””. The Hamilton Project. Discussion Paper 2015-10.

HERNANDEZ BERAJANO, M.: “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 192, 2016.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “El Estatuto del Trabajo Autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo”, Aranzadi Social, nº 2, 2008, BIB 2008\572.

MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017.

MONTOYA MELGAR, A. Y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del Trabajo Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Cizur Menor, 2007.

MONTOYA, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 91, 1998.

PEREZ DE LOS COBOS, F.: “El trabajo subordinado como tipo contractual”, Documentación Laboral, nº 39, 1993.

PESKINE, E.: “Entre subordination et indépendance: enquête d’une troisième voie”, Revue de droit du Travail, 2008.

REVILLA, E.: *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 317 y 318.

RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo. El nacimiento de una nueva era*, Paidós Ibérica, 1996.

ROCHA SÁNCHEZ, F.: “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, disponible en <http://www.ilo.org/madrid/fow/lang-es/index.htm>

RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, comunicación presentada a las VII Jornadas laborales de la Asociación Canaria de Laboralista, Premio D. Manuel Alarcón 2017, disponible en <http://www.iuslaboralistas.com>.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNANDEZ BEJARANO, M. (Dir.): *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017.

ROMAGNOLI, U.: “Globalización y Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho Social, nº 5, 1999.

SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El



futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, p. 2 de la versión digital disponible en <http://www.ilo.org/madrid/fow/lang--es/index.htm>

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “A propósito del nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo. TRADES y Tribunales”, AJA, nº 739, 2007, BIB 2007\1992.

SLEE, T.: *Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa*, Editorial Taurus, 2015.

SUPIOT, A. et al.: *Beyond Employment. Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, 2001.

SUPIOT, A.: “Les nouveaux visages de la subordination”, *Droit social*, nº 2, 2000.

SUPIOT, A.: *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, editorial Península, 2010.

TODOLI SIGNES, A.: “El trabajador en la “Uber economy”: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario (I)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 25, 2016.

TODOLI SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

TODOLI SIGNES, A. Y HERNANDEZ BEJARANO, M. (Dir.): *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

TORUÑO, A.: “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blabacar y Cabify”, *La Ley*, nº 4, 2016.

TRILLO PARRAGA, F.: “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista Derecho Social*, nº 76, 2016.

VALLECILLO GAMEZ, M^a. R.: “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío, p. legal y la dudosa legalidad”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, p. 2 de la versión digital disponible en <http://www.ilo.org/madrid/fow/lang--es/index.htm>



EL PROVEEDOR DE SERVICIOS EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS: CONTRADICCIONES Y AMBIGÜEDADES DESDE UNA PERSPECTIVA LABORAL

Esther GUERRERO VIZUETE

Profesora de DTSS de la Universitat Rovira i Virgili. Investigadora postdoctoral.

ORCID 0000-0001-9710-4823

RESUMEN: Uno de los cambios más importantes que ha traído consigo la economía de las plataformas, también conocida como economía colaborativa, ha sido romper con el monopolio que las empresas o profesionales han venido ejerciendo sobre el mercado productivo. De este modo, los nuevos modelos de negocio permiten que sujetos anónimos, de forma ocasional o intermitente, puedan prestar un servicio o ceder un bien a cambio de una contraprestación económica. Una situación ésta que, dada las implicaciones económicas que está alcanzando, obligará al legislador, sobre todo en el ámbito laboral, a replantear algunos de los conceptos clásicos que hasta la fecha han servido para identificar la posición que los distintos sujetos ocupan en la relación jurídica y delimitar los derechos y obligaciones de distinto signo (laborales, protección social, fiscales...) que le pueden corresponder.

El presente trabajo se centrará en analizar la forma cómo los nuevos proveedores de servicios intervienen en el tráfico jurídico así como el encaje que tienen a la luz de la actual regulación laboral, sus contradicciones y ambigüedades, avanzando algunas propuestas correctoras dirigidas a favorecer la articulación jurídica de las nuevas formas de empleo derivadas de la revolución industrial 4.0.

PALABRAS CLAVE: Prosumidor, economía colaborativa, trabajador digital, trabajador autónomo, calificación jurídica.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA LLAMADA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS

La revolución digital iniciada a mediados del siglo pasado tiene su epicentro en una “fusión de tecnologías que difuminan las líneas entre las esferas físicas, digitales y biológicas”¹. Ello se traduce en una extraordinaria inmediatez en el intercambio de bienes

1 Así definió Klaus Schwab, presidente y fundador del Foro Económico y Mundial, la llamada cuarta revolución industrial.



y servicios, una mayor facilidad en la puesta en contacto entre proveedores y usuarios y una rápida volatilidad del rol que cada uno de ellos asume. Esta última nota definitoria, desde un punto de vista jurídico, adquiere una gran relevancia. Hasta hace relativamente poco, quién era proveedor y quién usuario estaba perfectamente delimitado por una frontera construida sobre presupuestos fácilmente identificables. Sin embargo, en lo que se ha venido a llamar economía colaborativa, o mejor dicho, economía de las plataformas, esa frontera se diluye de forma que el consumidor de bienes y servicios puede, en determinados momentos, ser su prestador, dando lugar a un nuevo concepto, el de *prosumidor*.

Las formas de interacción que se están generando no solo tienen consecuencias en el modo cómo se consumen los bienes y servicios; también el propio proceso productivo² y el skyline de nuestra sociedad se están viendo modificados. Muchas de las plataformas virtuales integradas en este modelo económico surgen tras la previa detección de una necesidad cotidiana no cubierta o que podría serlo de forma distinta a como tradicionalmente ha venido siendo satisfecha. Sirva de ejemplo Keepiz, una start up que oferta una red de cafeterías, restaurantes o pequeñas tiendas con espacio infrautilizado para almacenar bultos, que actúan a modo de consignas. Su objetivo es liberar a los viajeros en tránsito que permanecen poco tiempo en una ciudad de los inconvenientes de pasar con el equipaje.

Las primeras formas de intercambio de bienes y servicios por y entre particulares a través del uso de plataformas tecnológicas quedaron englobadas bajo el término de economía colaborativa. Con ello se quería significar un cambio en la forma de acceso tanto a los bienes, sustituyendo la propiedad por la cesión, como a los servicios, adaptándolos a las necesidades particulares de sus destinatarios, en un mercado abierto a todo tipo de proveedores, tanto profesionales como “amateurs”. No obstante, la multiplicación de este tipo de plataformas y su utilización expansiva transforma a la misma velocidad estas empresas colaborativas en modelos de negocio capitalistas. Es el caso de Blablacar, inicialmente paradigma de consumo entre iguales (peers to peers), que ya explora su conversión en una especie de Uber interurbano con el objetivo de aumentar su base de clientes³. O el de Airbnb, que si bien ofrece soluciones alternativas al alojamiento convencional basado en el intercambio personal, está generando un auténtico nicho de

- 2 Nu Tonomy, start up asiática, tiene ya sus vehículos autónomos (sin conductor) en modo de prueba en Singapur. La proliferación compartida, en un futuro no muy lejano, de este tipo de vehículos tendrá un gran impacto en el sector productivo automovilístico, viéndose obligado a reducir muy probablemente su fabricación mundial con las implicaciones en términos económicos y laborales que ello conllevaría.
- 3 Inicialmente Blablacar se dirigía a poner en contacto a un conductor no profesional con posibles viajeros que tienen el mismo destino desde el mismo origen con el fin de compartir los gastos que del viaje se derivasen. La nueva versión permitirá que sea el viajero quien seleccione el punto exacto de salida y llegada, así como se facilitará al conductor que pueda recoger a otros pasajeros durante la ruta. “Blablacar cambia su aplicación para convertirse en un Uber interurbano”, información publicada en www.elpaís.com (30 de enero de 2018)



mercado para inversores y particulares que pretenden obtener una mayor rentabilidad económica a través del uso turístico de sus inmuebles. Su consecuencia más inmediata es la expulsión de muchos inquilinos de sus viviendas al resultar más ventajoso a los propietarios alquilarlas por cortos periodos de tiempo a turistas ocasionales. A ello hay que unir los problemas de convivencia que surgen entre estos y los residentes. Unas consecuencias, que en realidad, no vienen a ser más que la punta del iceberg, al plantear la necesidad de resolver cuestiones que generan un cisma social al incidir no solo en la forma como se puede acceder a algo tan básico como la vivienda, ámbito en el que el alquiler era la alternativa a la propiedad en un contexto económico tradicionalmente marcado por la precariedad laboral, sino que además su potencial uso turístico genera un efecto colateral de gran trascendencia en el diseño urbanístico de nuestras ciudades y en las propias relaciones de convivencia⁴. En definitiva, su rápida proliferación ha traído consigo que sean también muy heterogéneos los objetivos a los que se dirigen, lo que hace necesaria su distinción y ello por cuanto la identificación del tipo de plataforma incidirá directamente en la calificación jurídica de sus proveedores⁵.

Las plataformas colaborativas, en lo fundamental, prestan servicios de mediación⁶, consistentes en proporcionar un servicio, normalmente a cambio de una remuneración, a distan-

- 4 Una crítica al modo de funcionamiento de algunas de estas plataformas virtuales en Slee, T. (2016). *Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa*. 1ª ed. Barcelona: Taurus. Traducción de Eduardo Iriarte. En relación a Airbnb, el autor señala que esta empresa en su proceso de consolidación como compañía mundial está dejando arrinconadas las ventajas de compartir vivienda de una manera más informal, de forma que cada vez más tiende a profesionalizar a sus inquilinos ofreciendo una experiencia de marca uniforme. De este modo, está desempeñando un papel cada vez más destructivo del turismo global, evitando que las ciudades alcancen el necesario equilibrio entre el turismo y el resto de las necesidades de una ciudad saludable (p. 59)
- 5 Las plataformas se pueden ordenar en 1) *On line Labour Market (OLMs)*, es decir, aplicaciones que permiten la prestación de servicios entregados o transmitidos electrónicamente y 2) aplicaciones *Mobile Labour Markets (MLMs)*, en las que los servicios se prestan físicamente, por lo que están revestidos de un carácter local. A partir de esta clasificación y teniendo en cuenta el perfil cognitivo o manual de las tareas a realizar o la cualificación exigida al prestador, consideran que si los servicios a prestar se realizan bien de forma electrónica o bien de forma física requiriendo una baja o media cualificación, muy probablemente su calificación como actividad autónoma es errónea. Por el contrario, si los servicios a desarrollar requieren de una mayor cualificación, el encuadramiento de su prestador en el ámbito del trabajo por cuenta propia sería acertado. Codagnone C., Abadie, F., Biagi, F. (2016). *The future of work in the “sharing economy. Market efficiency and equitable opportunities or unfair precarisation?* Institute for Prospective Technological Studies, JRC Science for Policy Report, EUR 27913 EN, DOI: 2791/431485
- 6 Montero Pascual, J.J. (2017). “La regulación de la economía colaborativa”. A: *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Montero Pascual (Director), 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 39. Señala el autor que el contrato de mediación no está sujeto a una específica ordenación en el ordenamiento español, siendo la jurisprudencia la que ha identificado sus rasgos principales.



cia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario (art. 1.2, Directiva 98/34). A grandes rasgos, denominador común a todo tipo de plataformas es su posición como intermediaria entre la oferta y la demanda, entre quien precisa un bien o un servicio y quien está dispuesto a proporcionarlo. Señala MONTERO PASCUAL que es frecuente confundir el servicio de mediación que prestan estas plataformas con el servicio subyacente que es mediado. La atribución de la titularidad del servicio subyacente a la plataforma conduce a calificar erróneamente como laboral las relaciones que vinculan a esta con los prestadores⁷. En este contexto, una corriente de opinión tiende a delimitar la titularidad del servicio subyacente centrandose su atención en el grado de control que la plataforma ejerce sobre el servicio, siendo la intensidad de su participación, en concreto la forma a través de la cual se manifiesta, el elemento que sirve para definir la calificación jurídica del prestador de servicios.

Este ha sido el criterio seguido por la STJUE de 20 de diciembre de 2017 cuando determina que UBER “forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y por lo tanto, no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información” en el sentido del art. 1.2 de la Directiva 98/34, sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes” en el sentido del art. 2.2.d) de la Directiva 2006/13”⁸. De este modo, el Tribunal Europeo centra su atención en la previa selección de los conductores por parte de la plataforma, en el carácter esencial de la aplicación informática que proporciona para la efectiva realización y recepción de los servicios y, por último, en la influencia que ejerce sobre las condiciones de realización de la prestación. Todo ello le lleva a concluir que UBER presta un servicio en el ámbito de los transportes, por lo cual, en territorio español, estará sometida a la exigencia de una autorización administrativa previa para poder desarrollar su actividad. Una resolución que si bien aclara la naturaleza de los servicios prestados, no resuelve, en nuestra opinión, de forma definitiva el problema de la calificación jurídica que deba darse a los proveedores del servicio⁹. Básicamente, porque UBER actuará a través de vehículos que cuenten con la correspondiente licencia VTC, cuyos propietarios serán bien conductores profesionales, bien empresas que a su vez cuentan con trabajadores por lo que la cuestión relativa a las condiciones que aplica UBER siguen siendo las mismas a unos y otros.

7 Entiende el autor que las principales plataformas se limitan a prestar un servicio de mediación a los que resultan ser los verdaderos prestadores de los servicios de alojamiento, transporte, servicios profesionales etc. apuntando que el rápido desarrollo de estas empresas requerirá “una cierta protección de los prestadores, especialmente si se ven abocados a una cierta dependencia de la plataforma”. Montero Pascual, J.J.: “La regulación de la economía colaborativa”, *op. cit.* p. 41 a 43

8 Asunto C-434/15 entre Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L., apdo. 40

9 Las recientes sentencias del Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona de 29 de mayo de 2018 (rec. 652/2016) y del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 (rec. 633/2017) en los asuntos Take Eat Easy y Deliveroo, respectivamente, han determinado que la relación que vincula a los repartidores con estas empresas es de carácter laboral.



1.1. ¿Un nuevo modelo económico o una versión digital del ya existente?

La economía de las plataformas se basa en el mismo equilibrio entre oferta y demanda que la economía tradicional. En ambos casos, su finalidad no es otra que proporcionar un bien o un servicio ajustado a las necesidades del cliente. De ahí que la doctrina advierta que el uso genérico del término colaborativo desvirtúa el propio concepto de este modelo de negocio y obliga a una cuidadosa labor de identificación en el modo de operar de las distintas empresas digitales. El intercambio de prestaciones sin un componente económico, llámese permuta, trabajos a título de benevolencia, buena vecindad o cadena de favores siempre ha estado presente en nuestra sociedad. Cuestión distinta son los nuevos modelos de negocio que han surgido amparados en el término “colaborativo”¹⁰. En realidad, la mayoría de las plataformas virtuales no responden más que al tradicional modelo de economía bajo demanda, en la que los bienes y servicios se proporcionan previo requerimiento de los clientes de forma que la producción no se realiza de forma generalizada sino localizada.

¿Cuáles son, entonces, sus rasgos identificadores? En nuestra opinión, básicamente, dos: la innovación tecnológica y la ampliación del concepto de proveedor. El uso de las nuevas tecnologías genera “la desmaterialización del ofertante de los bienes y servicios, en el sentido de que éste no debe estar necesariamente ocupando un espacio físico determinado para realizar su actividad”¹¹. Cualquier persona con un terminal puede inscribirse en una plataforma a través de la cual ofertar bienes y servicios. De este modo, la digitalización universaliza la intervención en el mercado productivo, reduciendo los costes y facilitando el acceso a un número ilimitado de clientes. El instrumento clave en este proceso expansivo es la aplicación informática (App) y el software. En segundo término, los cambios producidos en la forma cómo se pueden poseer los bienes y servicios han modificado a su vez la fisonomía jurídica del proveedor de los mismos. Como indica TRILLO, se asiste a un tipo de trabajo donde la caracterización de éste como empresario, autónomo o trabajador por cuenta ajena resulta disponible por aquel ente etéreo en el que se constituyen dichas plataformas virtuales¹². En otras palabras, el concepto tradicional de trabajador que de forma más o menos estable está integrado en

10 Ginés i Fabrellas crítica la tergiversación que plataformas como Uber, Lift o Airbnb han producido en la esencia de la economía colaborativa al tratarse de manifestaciones del capitalismo postmoderno. Ginés i Fabrellas, A. (2016). “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso Amazon Mechanical Turk”. *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. 6, p. 68

11 Agote, R. (2017). “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *Revista IUSLabor*, vol. 1, p. 5.

12 Trillo, F: “Las relaciones laborales en la economía digitalizada”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, p. 5



una empresa física cede el paso a otro que no encaja completamente en los presupuestos sustantivos que tradicionalmente han venido siendo utilizados para definir su status jurídico. A ello hay que añadir la ausencia de una regulación flexible que dé entrada en la economía formal a estos nuevos prestadores y prestaciones¹³. Una circunstancia que lleva a hablar de una posible obsolescencia del Derecho Laboral¹⁴ y obligará, en nuestra opinión, a reconsiderar la necesidad de delimitar los presupuestos que permitan la calificación jurídica de estas formas atípicas de trabajo.

2. EL CARÁCTER DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS EN LA ECONOMÍA BAJO DEMANDA

Una de las cuestiones más debatidas en relación a la operativa de las plataformas que actúan en la economía bajo demanda es el tipo de vínculo contractual al que se sujetan quienes prestan servicios para ellas. Con este objetivo, el primer paso es definir a quien corresponde la titularidad del servicio subyacente que presta la plataforma y sus proveedores. De este modo, si seguimos la línea propuesta por la Comisión Europea¹⁵, y seguida por el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia antes apuntada, habrá que atender al nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el prestador para determinar si le corresponde o no la titularidad del servicio subyacente. En esta labor, sin embargo, no deben confundirse por un lado, la delimitación unilateral de las prestaciones en el entorno digital; y por otro, las reglas que rigen las condiciones contractuales tradicionalmente establecidas en las relaciones comerciales.

A la hora de delimitar al prestador es donde comienzan las ambigüedades, al tener que determinar cómo va a desarrollar la actividad. Si lo que se proporciona es un bien, infrautilizado o no, la posición jurídica de su titular en relación a la plataforma no plantea dudas. Esta actuará a modo de tablón de anuncios digital en una especie de relación triangular (propietario-plataforma-usuario) a través de la cual se amplifican las posibilidades de cesión/disposición del bien que se oferta. Los eventuales requerimientos sobre las concretas

13 Señala Soria Bartolomé que a menudo los prestadores de la economía colaborativa se ven ante el dilema de perder su rentabilidad si cumplen estrictamente la normativa o preservarla parcialmente mediante la realización de su actividad de modo informal. Soria Bartolomé, B.: “Aspectos económicos de la economía colaborativa” en *La regulación de la economía colaborativa*, Montero Pascual (Director), *op. cit.* p. 81

14 Alamán Calabuig, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. (2017) “La agenda laboral de la economía colaborativa”, Texto publicado en www.expansión.com [fecha de consulta 27.09.2017]

15 Criterios apuntados en su comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, Bruselas 02.06.2016 COM (2016) 356 final.



condiciones de cesión, forma de pago, sistema de valoración destinado a evaluar la satisfacción que ha proporcionado el bien etc. permiten a los propietarios obtener confianza y seguridad, y a resultas de ello, incrementar las oportunidades de cesión sucesiva de sus bienes. Piénsese al efecto en el alquiler de pisos con fines turísticos. En relación al proveedor-propietario la única cuestión conflictiva es la determinación del momento en el que deja de ser un proveedor “colaborativo” y pasa a ser un proveedor profesional.

Nuestro sistema legal se basa en la profesionalidad del proveedor, por lo que encaja mal el creciente protagonismo de las personas físicas que de forma no habitual ofertan bienes y servicios¹⁶. Estamos ante un elemento fundamental pues, en primer término, debe determinarse si la actividad que se desarrolla se realiza de forma profesional para, a partir de ahí, señalar si esa prestación profesional se realiza como trabajador por cuenta propia o como trabajador por cuenta ajena. Esta circunstancia plantea el interrogante acerca del límite que separa una prestación de bienes y servicios de carácter ocasional respecto de una prestación de bienes y servicios realizada de forma profesional e independiente.

La creciente operatividad de los ciudadanos en el mercado productivo a través de las plataformas digitales ha revelado la necesidad de revisar la regulación jurídica para evitar fenómenos de economía sumergida y evasión fiscal. La diversidad de normativas en el orden laboral, administrativo y fiscal, centradas en diferentes parámetros a partir de los cuales atribuir la condición de profesional a un determinado sujeto, dificultan la caracterización unívoca del prestador de bienes y servicios. La realización de una actividad por cuenta propia, asumiendo los riesgos y ventura de la misma, determina la calificación de los ingresos obtenidos como renta derivada de actividad económica. En este sentido, la normativa fiscal obliga al alta en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, trámite con el que se informa del desarrollo de una actividad económica o profesional y por medio del cual se controlará posteriormente otros impuestos como el IVA y el IRPF. Por el contrario, la prestación de servicios por cuenta ajena determina la calificación de esos mismos ingresos como rendimientos derivados del trabajo personal.

Desde un punto de vista administrativo, en relación al fenómeno del alquiler con fines turísticos, los distintos legisladores autonómicos están fijando el umbral a partir del cual esa actividad consistente en la cesión temporal del bien deja de ser ocasional o secundaria para pasar a ser considerada como actividad económica o principal realizada de manera habitual y remunerada. A estos efectos, consideran que existe habitualidad cuando se ofertan los servicios turísticos a través de cualquier medio publicitario o cuando se ha prestado el servicio en una o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo

16 Montero Pascual, J.J. (2017). “La regulación de la economía colaborativa...”, *op. cit.* p. 33



que, en su conjunto, exceda de un periodo que oscila entre un mes¹⁷ o tres meses¹⁸. En cualquier caso, la Agencia Tributaria recuerda que los ingresos que se obtengan a resultas de esta cesión están sometidos a tributación a través del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Una obligación fácilmente detectable en un mundo digitalizado en el que arrendador es identificado a golpe de clic. Con el fin de luchar contra la economía sumergida, se impone a las plataformas la obligación de presentar una declaración a través del modelo 179, por el que se debe comunicar, entre otros datos, la identidad de los propietarios y el importe percibido por las estancias.

Más controvertida es la delimitación de la habitualidad desde la perspectiva laboral y de seguridad social. La Ley 20/2007 de 11 de julio, reguladora del Trabajo Autónomo (LETA) señala que está incluido en su ámbito de aplicación quien de forma habitual, personal y directa realice una actividad económica o profesional a título lucrativo por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. No se ocupa, sin embargo, de señalar qué debemos entender por actividad habitual. El silencio normativo ha sido suplido por la jurisprudencia quien fijó como umbral la obtención de unos ingresos que superen el salario mínimo interprofesional, sin que sea necesario “que esa actividad genere rendimientos tales que ello convierta tal trabajo en un medio fundamental de vida”¹⁹, y sin que sea necesario que se desarrolle de forma exclusiva, pudiendo el trabajador realizar otro trabajo que determine su encuadramiento en cualquiera de los otros regímenes o sistemas especiales que integran el sistema de Seguridad Social²⁰. No obstante, en el ámbito de la Seguridad Social la habitualidad deja de ser entendida en un sentido económico para quedar enmarcada en un aspecto marcadamente temporal: salvo que se considere que la actividad desarrollada ha sido puntual, el prestador viene obligado a cotizar en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos independientemente de los ingresos que obtenga. El principal problema en este ámbito reside en que no está implementada la cotización a tiempo parcial, a diferencia de lo que sucede en el trabajo por cuenta ajena, por lo que el prestador de servicios a través de plataformas digitales quedará integrado en él y deberá cotizar por referencia a un módulo temporal

17 En estos términos se recoge en el art. 30 de la Ley 13/2011 de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía; art. 2 del Decreto 65/2015 de 14 de abril, por el que se establece la ordenación y sistema de clasificación de los alojamientos de turismo rural de la CCAA de Extremadura;

18 Art. 3 del Decreto 79/2014 de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

19 Ballester Pastor, I.: “Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad”, Atelier, Barcelona, 2016, p. 67

20 De ahí que existan voces en nuestra jurisprudencia que aboguen por la implantación de un criterio restrictivo del término, en el sentido de que la actividad ha de ser principal y cotidianamente desempeñada por el trabajador. Guerrero Vizuete, E.: “Aproximación al ámbito subjetivo del trabajador autónomo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 73



(el mes natural) con independencia de los ingresos obtenidos por unos servicios que en muchos casos no se desarrollan ni diariamente ni de forma continuada.

Partiendo del dato de que la actividad es desarrollada con profesionalidad, como antónimo de ocasionalidad o intermitencia a partir de la reiteración de actividades o de la superación de un determinado umbral de ingresos, el siguiente paso es determinar si esa actividad profesional se desarrolla con autonomía o con subordinación. En este contexto, la generalización de estas empresas introduce importantes dudas respecto de la naturaleza del vínculo que les une a los proveedores, en particular sobre si ejercen un control respecto del servicio subyacente o más bien estamos ante unas condiciones generales que en materia de contratación no tienen otro fin que homogeneizar las condiciones de prestación proporcionando seguridad y confianza al extenso colectivo de consumidores.

2.1. La frontera entre el trabajo autónomo y el trabajo asalariado en la economía de las plataformas

La heterogeneidad de plataformas y la escasa respuesta legislativa está siendo suplida por numerosas opiniones doctrinales que, con distinto sentido y tomando como referencia los mismos presupuestos, avanzan el sentido que podría tener una futura regulación²¹. Cómo deba ser calificado el vínculo que une al proveedor de servicios con la plataforma incidirá en la mayor o menor protección que se le quiera investir, si bien, en nuestra opinión, la calificación jurídica no debe pasar por una laboralización generalizada de este tipo de prestaciones, a través de una relación común o especial, forzando los límites de la dependencia y la ajenidad para acoger a estas nuevas formas de trabajo. Mas bien todo lo contrario. Apostamos por un reforzamiento del trabajo autónomo a través de su adecuada protección.

En la comparación que a continuación proponemos al lector se muestra la más importante de las contradicciones en que se incurre a la hora de calificar a los trabajadores digitales: en 2009 con la finalidad de llevar el mercado del taxi al siglo XXI, se creó

21 Entre otros, Todolí Signes se manifiesta favorable a la integración de estos trabajadores digitales en el ámbito de una relación laboral especial si bien limitando las instrucciones a las precisas para la ejecución del trabajo, pues un exceso de órdenes situaría al trabajador en el ámbito de la relación laboral común. Todolí Signes, A.: “El trabajo en la economía colaborativa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 72-73. En contra, Agote para quien la libertad de trabajo que caracteriza estas prestaciones elimina radicalmente el requisito de la dependencia. Agote, R.: “On demand economy...”, *op. cit.* p.14. En la misma línea, Montero Pascual rechaza el carácter laboral de la relación que vincula a los prestadores de servicios con las plataformas al no existir ni dependencia ni ajenidad. Montero Pascual, J.J.: “Regulación de la economía colaborativa...” *op. cit.* p. 53. Incluso hay quien aventura la “formulación en nuestra legislación de relaciones especiales de trabajo autónomo adaptadas a esa *gig economy*.” Sagardoy de Simón, I.- Núñez-Cortés Contreras, P.: “Economía colaborativa y relación laboral:¿un binomio conflictivo?. Cuadernos de Pensamiento Político, enero-marzo, 2017, p. 99



la plataforma Mytaxi.com con un modelo de actividad idéntico al de UBER y cuyos proveedores son los propios taxistas. Se califica así misma como una plataforma que se limita a mediar entre el pasajero y el taxista, proporcionándole la posibilidad de realizar un mayor número de carreras al utilizar su app a cambio de unas comisiones de 0,99€ por cada trayecto gestionado a través de la misma, incrementándose al 1,9% del precio del trayecto si es pagado a través de la aplicación con un cargo adicional de 9 céntimos en concepto de costes de transacción. Entre los requisitos a cumplir se encuentran disponer de licencia de taxi y permiso BTP para transporte de viajeros. El pago del servicio se realiza a través de la plataforma recibiendo el usuario el recibo vía mail y establece el mismo sistema de valoración a través de la evaluación del cliente tanto del taxi como del taxista. Desde 2015 opera en diversas ciudades españolas. Ante estas condiciones contractuales idénticas ¿Qué diferencia a UBER de MYTAXI? ¿Porqué el colectivo de taxistas se opone a que opere UBER y sin embargo se integran en MYTAXI sometándose a unas condiciones contractuales prácticamente idénticas?. Respecto de esta última, o de cualquier otra similar existente actualmente en el sector del transporte urbano de viajeros²², no se aprecia conflictividad en cuanto a su calificación jurídica. Son taxistas profesionales, trabajadores autónomos en su mayoría. Desde diversas instancias, tanto doctrinales como judiciales, se rechaza la calificación de los trabajadores de UBER como trabajadores autónomos, poniéndose el acento en las condiciones concretas a las que la plataforma sujeta la prestación de los servicios.

Ante un mismo modelo de negocio, ¿por qué no se discute si la plataforma digital es empleadora cuando el servicio de transporte es su actividad principal y es desarrollado por los trabajadores como autónomos y sin embargo se rechaza dicha calificación cuando esa misma actividad puede tener un carácter secundario y es realizada por un conductor no profesional?²³ ¿No son condiciones que tienden a precarizar tanto al trabajador autónomo como al asalariado? Quizá la cuestión no gire tanto en torno a la calificación de trabajador por cuenta propia o ajena sino más bien debería centrarse el debate en el contenido de la protección que se dispensa a uno y otro, buscando un equilibrio entre ambas. Solo así podría revertirse esta tendencia hacia el dumping social. Como señala TIROLE “si hay algo seguro es que se tiene que reconsiderar nuestra legislación y el contexto laboral en

22 Son muchas las Apps que actualmente permiten seleccionar a un prestador en el sector del taxi. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre otras, Pidetaxi.es, Ntaxiapp.com (permite además reducir el coste del trayecto compartiéndolo con otros usuarios), Taxies.es, etaxis.es (esta App permite seleccionar el tipo de vehículo y el profesional que necesite el usuario), Taksee.com (se dirige fundamentalmente a las empresas a las que les permite abonar la factura mensualmente).

23 Recientemente la prensa se hacía eco de la vuelta de UBER a la ciudad de Barcelona operando a través de una flota de 120 coches pertenecientes a 3 empresas titulares de licencia VTC. “Uber regresa a Barcelona con el sector del taxi en pie de guerra”, Información disponible en Lavanguardia.com [fecha de consulta 14 marzo 2018]



un mundo en rápida mutación tecnológica”²⁴, evitando encajar nuevas formas de prestar servicios en antiguos esquemas, dado los distintos matices a considerar.

En términos generales, el modelo económico de las plataformas digitales gira en torno a un mercado bilateral integrado por muchos prestadores y muchos consumidores, cuyo rol es intercambiable dando lugar a la figura del prosumidor, en el que se fijan unas condiciones de acceso y permanencia por parte de las plataformas con vistas a ofrecer seguridad tanto a unos como a otros, y cuya nota más destacada desde el punto de vista jurídico es la calificación de los prestadores como trabajadores autónomos. Las peculiares condiciones que conforman la realización de estas prestaciones las acercan más hacia la órbita del trabajo por cuenta propia al no tener, en la mayoría de los supuestos, un adecuado encaje en el marco de la normativa laboral.

En concreto, la independencia se manifestaría en primer término, en la libertad de prestación de servicios al ser el trabajador quien decide si va a trabajar o no. En el ordenamiento laboral español la prestación de servicios se encuentra delimitada por una jornada de trabajo, en cuanto definidora del número de horas que el trabajador debe al empresario, y por un horario de trabajo, que determina el momento de inicio y fin de la prestación temporal debida. En la economía de las plataformas, ambos aspectos son definidos por el trabajador, quedando a su libre decisión realizar o no prestación. Esta disposición no encuentra encaje en nuestro ordenamiento, máxime si tenemos en cuenta que toda la evolución del Derecho laboral ha girado en torno a la limitación del tiempo de trabajo. ¿Qué sucede, entonces, cuando es el trabajador el que decide cuanto tiempo trabajará?. En nuestra opinión, esa libertad organizativa solo es compatible con el trabajo autónomo. De este modo, quedan fuera de tal consideración aquellos trabajadores cuyas prestaciones de servicios están intervenidas por la correspondiente plataforma en términos de fijación de jornada, horario, tiempo de presencia etc.; supuestos que deberían ser calificados como laborales al tratarse de falsa autonomía.

En segundo lugar, nota caracterizadora de estas prestaciones es la libertad de horarios, al ser el trabajador el que determina la duración de su prestación. Y por último, la propiedad de los instrumentos de producción, utilizando sus propias herramientas sin que al efecto sea necesario disponer de una determinada infraestructura económica, al no ser exigida por la LETA en la definición de trabajador por cuenta propia. Una omisión que, como ya hemos manifestado anteriormente, debería ser subsanada introduciendo por esta vía un elemento que permitiese identificar al falso autónomo.²⁵

24 En opinión del autor, la tendencia del legislador de intentar incluir las nuevas formas de empleo en las categorías ya existentes de trabajo por cuenta propia o trabajo por cuenta ajena no conducen a ninguna parte, siendo necesario recapitular sobre los fundamentos del derecho laboral. Tirole, J.: "La economía del bien común", traducción de María Cerdón Vergara, ed. Taurus, Barcelona, 2017, p. 450

25 Guerrero Vizueté, E. "Aproximación al ámbito subjetivo...", *op. cit.* p. 79



La ajenidad en los frutos se muestra en que es el trabajador digital el que hace suyos los resultados de la actividad que realice, descontado los costes de intermediación; La ajenidad en el mercado se observa en que es el trabajador el que entra en contacto con los clientes, ya sea prestando el servicio o facilitando el bien, así como suyos son el riesgo y ventura de la misma, manifestado en la evaluación positiva o negativa que el cliente realice de la misma y que le permite, a su vez, acceder a un mayor número de encargos de trabajo. Porque no debemos olvidar que quien recibe la evaluación del cliente no es la plataforma, es el prestador que ha realizado la actividad. Respecto de la fijación por las plataformas de aspectos tales como el precio del servicio, las características personales y profesionales de los prestadores, las posibilidades de gestión de los pagos etc. entendemos que forman parte de las condiciones generales de contratación a la que se someten ambos contratantes en sus relaciones comerciales. Unas relaciones, en las que es habitual que una de las partes se encuentre en una posición negociadora más débil que la otra. Asimismo, el trabajador digital no tiene garantizada una retribución, ni tan siquiera un ingreso mínimo.

Pese a la forma cómo se manifiestan estas condiciones prestacionales, en las que se hace preciso modular los conceptos de dependencia y ajenidad²⁶, la respuesta administrativa y jurisprudencial se atrinchera en los confines de la laboralidad²⁷ ampliando unos presupuestos que, en términos generales, no son suficientes para delimitar al amplio colectivo de trabajadores digitales.

2.2. La (in)suficiencia de los presupuestos sustantivos clásicos de laboralidad para la determinación de su encuadramiento jurídico

Hay autores que señalan que la dificultad existente en torno a la calificación jurídica de los trabajadores digitales obedece a que estas nuevas formas de empleo no encajan en unos presupuestos pensados para un modelo de producción basado en la industria fordista. Ante la dificultad de categorizarlas, se ha llegado a proponer la inclusión de

26 Un extremo que es reconocido por quienes se muestran partidarios de laboralizar estas prestaciones. Es el caso de Ginès i Fabrellas, quien admite que “las nuevas formas de trabajo en la era digital han introducido un elemento adicional en la gestión del tiempo de trabajo que complica el encaje de estas formas de prestación de servicios en el concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena”. Ginès i Fabrellas, A.: “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo...”, *op. cit.* p. 74

27 Lamarca señala que “muchas plataformas de economía colaborativa no proporcionan instrucciones de trabajo obligatorias en sentido formal pero es cierto que estimulan determinados comportamientos del prestador directo del servicio mediante incentivos económicos adicionales o mediante la asignación de más encargos o en mejores condiciones si se siguen las recomendaciones de la plataforma. Este sistema de estímulo económico es percibido actualmente por la Administración española como una modalidad de subordinación”. Lamarca, J.M.: “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la economía colaborativa” en *La regulación de la economía colaborativa*, *op. cit.* p. 180



estas prestaciones en el ámbito de las relaciones de complacencia al haber desbordado la digitalización sus cauces tradicionales, si bien la frecuencia y la habitualidad en la reiteración de una actividad naturalmente económica son indiciarias de relevancia jurídica, por lo que quedan al margen de aquellas²⁸.

El análisis de la aplicabilidad de los presupuestos sustantivos de laboralidad a las nuevas formas de empleo surgidas de la economía de las plataformas debe tener en cuenta un dato fundamental: la presencia que internet tiene en su desarrollo. Las nuevas tecnologías facilitan las interacciones, el acceso a un mercado global pero también a una mayor información a partir de la cual tomar decisiones y a una mayor eficiencia en el uso de los recursos disponibles.

La frontera entre autonomía y laboralidad ha estado tradicionalmente delimitada por referencia al sometimiento del trabajador al ámbito organizativo y rector del empleador. Un concepto que ha ido modelándose hasta ser entendido en un sentido enormemente flexible, admitiendo una mayor libertad en la ejecución del trabajo y un mayor grado de responsabilidad²⁹, hasta el punto de poner en tela de juicio lo que deba considerarse como trabajo independiente. Sirva de ejemplo la STS de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 2806/2015), en la que se advierte dependencia a pesar de que el trabajador aportaba sus propios medios, no recibía formación ni instrucción alguna sobre cómo prestar el servicio, no estaba sometido a horario de trabajo ni a exclusividad, podía rechazar encargos, ser sustituido por quien considerase oportuno en la realización de la prestación y su contraprestación económica se determinaba en función de los servicios prestados conforme al precio previamente estipulado. En otras ocasiones, se modulan determinados indicios atribuyéndoles un distinto significado. Así, la aportación por el trabajador de los instrumentos necesarios para realizar la prestación (por ejemplo, una motocicleta) dado su escaso valor económico no influye en la calificación como laboral de la relación. Sin embargo, cuando el trabajador recibe de la empresa el instrumento necesario para realizar su prestación (por ejemplo, un teléfono digital), su escaso valor económico no hace que este elemento se relegue a efectos calificadorios, sino todo lo contrario: estamos ante un supuesto de ajenidad en los medios de producción (STS 19 de febrero de 2014, Rec. 3205/2012).

28 “Una cosa es compartir el uso y disfrute gratuitos de los recursos propios en el ámbito de una relación de complacencia y otra distinta es realizar una actividad económica productiva en el ámbito de una relación también pretendidamente de tal género y, en ambos casos, por mediación de un servicio *online*”. Salvador i Coderch, P.: “Relaciones de complacencia en el entorno digital”, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 2015, p. 969-974

29 “El trabajador deviene más responsable, menos sumiso y más autónomo en su trabajo. En este nuevo tipo de trabajadores se aprecia una recuperación del espacio de independencia técnica que da la profesionalidad del trabajador”. Revilla Esteve, E.: “La noción de trabajador en la economía globalizada”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 269



No deja de ser una contradicción el que se intente revertir la independencia del proveedor de servicios, el cual elige si prestar o no servicios, para quien y de acuerdo con unas condiciones comerciales previamente aceptadas mediante su encaje forzado en el trabajo por cuenta ajena. No debemos soslayar que en la economía de las plataformas todos sus integrantes están sometidos a unas reglas voluntariamente aceptadas, con el fin de proporcionarles seguridad y beneficios. Las condiciones de acceso, registro y uso de los bienes y servicios a través de las plataformas permiten homogeneizar las prestaciones y la identificación de los intervinientes. Porque en un mundo digitalizado, todo queda registrado. Es evidente que esa interacción debe regularse, pero con carácter *ad hoc* en lugar de forzar su inclusión en esquemas que no responden a la realidad económica actual.

Llama la atención la preferencia jurisprudencial hacia la laboralización de las prestaciones descartando la utilización de una figura intermedia que precisamente es la que mejor encaja en las actuales formas de empleo digitales: el trabajo autónomo dependiente económicamente (TRADE). Una figura que, aun con importantes déficits en su delimitación³⁰, vino a cubrir una zona intermedia en la que las notas típicas de dependencia y ajenidad quedaban notablemente difuminadas. En ninguna de las sentencias anteriormente señaladas en las que se discute la naturaleza de la relación jurídica se hace mención a esta posible forma de vinculación entre la empresa y el trabajador, aplicando sin ambages la presunción de laboralidad para calificar la relación entre ambas, aun cuando los presupuestos sobre los que se asientan están notablemente debilitados. Una omisión cuando menos paradójica dado que el TRADE permite reunir en el mismo trabajador la independencia en la prestación de los servicios, una protección social próxima a la dispensada al trabajador asalariado y una defensa colectiva homogénea a través de los sindicatos de trabajadores; de ahí su atractivo como fórmula de articulación jurídica en estas nuevas prestaciones.

3. UN APUNTE PARA EL DEBATE: ¿NECESITAMOS UN CONCEPTO DE TRABAJADOR PARA DAR RESPUESTA A LA ACTUAL REALIDAD ECONÓMICA?

La descentralización de la actividad productiva, la deslocalización de los prestadores, la flexibilización de las condiciones vinculadas a las prestaciones a realizar y la necesidad de clarificar el papel que tienen las plataformas respecto del servicio que se presta, conducen a un necesario replanteamiento acerca de qué elementos deben definir con

30 Una crítica a la integración de estos trabajadores en el ámbito del trabajo autónomo en Guerrero Vizueté, E. (2012). El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico-laboral, 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, p. 29-49.



carácter principal a estos trabajadores en los nuevos modelos económicos. Más allá de esta labor redefinidora, entendemos que la respuesta a la cuestión que planteamos debe ser negativa. De ahí que en lugar de crear un nuevo concepto lo que realmente resulta necesario es avanzar hacia una adecuada regulación jurídica del trabajo autónomo, especialmente del trabajo autónomo dependiente económicamente, evitando así el dumping social. La huida del Derecho del Trabajo no se combate con más laboralidad. La flexibilidad que aporta la autonomía individual en la configuración de las prestaciones de servicios debe ser preservada sin que ello deba equipararse a situación de desprotección, apostándose por atribuir al trabajador autónomo un papel muy importante en la economía neotecnológica³¹.

La realidad económica actual muestra la configuración del trabajo digital con una dimensión plural en la que la subordinación pierde sus rasgos identificadores. Autonomía, coordinación y participación son los atributos diferenciadores de este momento frente a las clásicas de dependencia, subordinación y conflicto³². Como apunta SIERRA BENÍTEZ, las plataformas digitales no cuentan con una plantilla de trabajadores sino con una relación de servicios; no se contratan personas sino objetivos y resultados³³, siendo uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Derecho del Trabajo la adaptación de su normativa a “la dependencia digital y el acercamiento al trabajo autónomo... conforme a las Instituciones del Derecho del trabajo como ordenamiento protector de la parte débil del contrato: el trabajador en sentido amplio”³⁴.

En definitiva, los cambios que en la organización del trabajo se están produciendo como consecuencia de las innovaciones tecnológicas requieren avanzar hacia un régimen jurídico más protector del trabajador flexible e independiente en lugar de tender hacia una desorbitada ampliación de unos presupuestos anclados en modelos productivos en vías de transformación. En esta línea se sitúan las instituciones europeas, apuntando en sus estudios hacia la inclusión de los proveedores de servicios en el ámbito del trabajo por cuenta propia³⁵ garantizándoles una adecuada protección social al ser “agentes clave

31 Del Rey Guanter, S.: “Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”, IUSlabor 2/2017, p. 5.

32 Mercader Uguina, J.R.: “El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, Diario La Ley núm. 9, sección Ciberderecho, 2017, p. 8.

33 Sierra Benítez, E.M.: “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, Revista de Derecho de la Seguridad Social núm. 11, 2017, p. 153.

34 Sierra Benítez, E.M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo núm.4, 2015, p. 26.

35 Estudio “The cost of non Europe in the sharing economy” realizado a petición del Parlamento Europeo, enero 2016, p. 31



en el mercado laboral digital³⁶ al tiempo que se simplifican y modernizan los requisitos de acceso al mismo³⁷. Y se sitúa también un ordenamiento próximo, como es el francés, en el que, a través de la Ley nº 2016/1088 de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, a la modernización del dialogo social y el aseguramiento de la carrera profesional se modificó el Libro III del Código de Trabajo introduciéndose un nuevo título con el fin de reconocer una cierta protección a aquellos trabajadores independientes que prestan sus servicios a través de plataformas digitales. Ahí reside el flanco débil del trabajo autónomo: su menor protección social.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGOTE, R. (2017). On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral, Revista IUSlabor, vol. 1.
- BALLESTER PASTOR, I. (2016). Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad, 1ª ed., Barcelona: Atelier.
- CODAGNONE C.; ABADIE, F., BIAGI, F. (2016). The future of work in the “sharing economy. Market efficiency and equitable opportunities or unfair precarisation? Institute for Prospective Technological Studies, JRC Science for Policy Report, EUR 27913 EN, DOI: 2791/431485.
- DEL REY GUANTER, S. (2017). Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos. IUSlabor, núm. 2.
- GINÉS i FABRELLAS, A. (2016). Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso Amazon Mechanical Turk. Revista Derecho Social y Empresa, vol. 6.
- GUERRERO VIZUETE, E. (2012). El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico-laboral, 1ª ed. Valladolid: Lex Nova.
- GUERRERO VIZUETE, E. (2017). Aproximación al ámbito subjetivo del trabajador autónomo, 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- LAMARCA, J.M. (2017). Aspectos laborales y de Seguridad Social de la economía colaborativa en *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Montero Pascual (Director), 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

36 Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo “Las plataformas en línea y el mercado único digital” (2106/2276 (INI)), p. 10

37 Comunicación de la Comisión Europea “Una agenda Europea para la Economía colaborativa”, 2 de junio 2016 COM (2016) 356 final, p. 8



- MERCADER UGUINA, J.R. (2017). El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales. *Diario La ley*, núm. 9, sección Ciberderecho.
- MONTERO PASCUAL, J.J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. en *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Montero Pascual (Director), 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- REVILLA ESTEVE, E. (2003). La noción de trabajador en la economía globalizada”, 1ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2017). Economía colaborativa y relación laboral: ¿un binomio conflictivo?. Cuadernos de Pensamiento Político, enero-marzo.
- SALVADOR i CODERCH, P.: ”Relaciones de complacencia en el entorno digital”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2015.
- SIERRA BENÍTEZ, E.M. (2017). La protección social de los trabajadores ante el desafío del trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica. *Revista de Derecho de la Seguridad Social* núm. 11.
- SIERRA BENÍTEZ, E.M. (2015) “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* núm. 4, 2015.
- SLEE, T. (2016). *Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa*. 1ª ed., Barcelona: Taurus. Traducción de Eduardo Iriarte.
- SORIA BARTOLOMÉ, B. (2017). Aspectos económicos de la economía colaborativa en *La regulación de la economía colaborativa*, Montero Pascual (Director), 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TIROLE, J. (2017). *La economía del bien común*, traducción de María Cordón Vergara, 1ª ed., Barcelona: Taurus.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la economía colaborativa*, 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRILLO, F. (2016). Las relaciones laborales en la economía digitalizada, *Revista de Derecho Social*, núm. 76.



LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMA

Diana MARÍN CONSARNAU

Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN: En el ámbito de la economía de plataforma la contratación internacional está a la orden del día. No es extraño encontrar cláusulas, en las condiciones de servicio, de sumisión a tribunales y/o de elección de ley aplicable que han de regir el contrato. Cláusulas a las que no suelen prestarse demasiada atención, puesto que no son negociadas y se limitan a ser aceptadas por el sujeto que interactúa con la plataforma.

Sin embargo, una vez nace el conflicto, es imprescindible conocer ante los tribunales de qué país o países puede litigarse y qué ley rige la relación contractual, que puede ser la *lex fori* o una ley extranjera, con la correspondiente carga de la prueba del derecho extranjero.

Para analizar la validez y las obligaciones de dichas cláusulas es imprescindible la labor de calificación previa de la relación jurídica entre las partes y la plataforma, máxime si ésta puede calificarse como un contrato de trabajo internacional, debido a que entonces nos situaremos en las reglas que toman en consideración la posición de parte débil del trabajador.

El objeto de la presente comunicación es ofrecer una visión de la importancia de este ejercicio de labor de calificación examinado a la luz del Derecho de la UE. Si éste resulta aplicable podemos proporcionar una protección ante dichas cláusulas distinta a si la relación no es calificada como tal, caso en el que, en aplicación de las reglas del juego del Derecho internacional privado de la UE, el resultado puede ser llevar el conflicto fuera de la jurisdicción española.

PALABRAS CLAVE: economía colaborativa, plataforma, condiciones de servicio, competencia judicial internacional, sumisión, ley aplicable.



1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la economía de plataforma la contratación internacional es una realidad más que frecuente y que no debe ser obviada¹. No es extraño encontrar que la plataforma esté domiciliada en un país y que las partes que se relacionan con ella y/o que la prestación del servicio se localice en un país distinto².

El elemento de internacionalidad ha sido puesto de manifiesto por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, en el marco de la cuestión prejudicial en torno a la calificación jurídica de la actividad de *Uber*, al incidir en que aunque *Uber Systems Spain* ejerce su actividad en España, esta actividad se encuentra vinculada a una plataforma internacional, precisándose que la acción de esta sociedad se analice a nivel de la Unión Europea³. Cuestión que nos hace aventurar que la búsqueda de la calificación de la relación jurídica de la plataforma con las partes contratantes precisa también de un pronunciamiento del TJUE, en el marco de los instrumentos de la Unión Europea, más allá de la calificación que pueda darse en los distintos Estados miembros.

Aun aplicándose por el tribunal interno la interpretación del Tribunal de justicia sobre el concepto de trabajador⁴, esto nos llevaría también a un difícil conflicto de calificaciones entre Estados miembros, debido al abanico de posibilidades de trabajo autónomo o de

- 1 Como ya advierte Todolí la “poca utilización” del Derecho internacional privado” en materia laboral puede llegar incluso a ser temeraria. TODOLÍ SIGNES, A. (2016). “La competencia judicial internacional del contrato individual del trabajo”. *Revista de información laboral*. Núm. 1, pág. 1.
- 2 En el informe explicativo del Convenio de Lugano de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, elaborado por los expertos Jenard y Möller, se incide expresamente en el elemento de internacionalidad al expresar que los Convenios establecen reglas de competencia en los casos internacionales de litigio entre empleador y trabajador y que ello excluye los supuestos en los que el domicilio del empleador, el trabajador y el lugar del trabajo se encuentran en el mismo país. *DOCE*. C 189 (28.7.90), apartado 39. Se puede consultar en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2e7535fd-7882-4a08-b7b1-29e244ccfdea/language-es>
- 3 STJUE, de 20 de diciembre de 2017, Asociación *Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain*, SL, C-434/15. ECLI: EU: C: 2017:981. Apartado 14.
- 4 El debate de cómo determinar la existencia de un contrato de trabajo en el marco de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado va desde una calificación según la ley del foro a una calificación autónoma. PALAO MORENO, G. (2001). “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”. *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a: Derecho internacional privado: trabajadores extranjeros: aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*. Núm. 9, pág. 537-538.



carácter mercantil que pueden llevar aparejadas situaciones de dependencia⁵ o que pueden encubrir dichas situaciones, cuestión última que es la que se debate en torno a la economía de plataforma, debido precisamente a las oportunidades de proyección de su modelo de negocio en los distintos Estados miembros. No podemos dejar de expresar, en este sentido, que nos seduce al respecto la idea de una cuestión prejudicial ante el TJUE⁶.

Y es que el elemento internacional no es una cuestión marginal. Las características que rodean al modelo de negocio de las plataformas fomentan que la contratación se torne internacional: la relación entre los distintos agentes que intervienen con la plataforma es *online*, y la ejecución puede ser o no *offline*. Estas características además, unidas al modelo de negocio de las plataformas, proporcionan el marco ideal para el cambio de escenario en las relaciones jurídicas a las que nos está llevando, con contornos desdibujados, la economía de plataforma⁷.

Esta internacionalidad provoca la llamada a la intervención del Derecho internacional privado. En las relaciones con la plataforma se suelen aceptar unas condiciones de servicio que fijan la existencia de una relación contractual, y en éstas frecuentemente encontramos a) cláusulas de resolución de conflictos extrajudiciales y/o judiciales, incluso con carácter exclusivo, que pueden obligarnos a llevar el conflicto fuera de nuestras fronteras y b) cláusulas de ley aplicable, que logran conducirnos a que, en caso de controversia, rija para la relación entre las partes un ley extranjera, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español⁸.

- 5 Por ejemplo, la categoría de trabajadores “económicamente dependientes” reconocida en la Ley 20/2007, de 11 de julio de 2007, relativa al Estatuto del Trabajador Autónomo. *Boletín Oficial del Estado* (12 de julio de 2007).
- 6 Tzanakopoulou no descarta que una de las herramientas para poner orden al caos en torno a las relaciones laborales en la economía de plataforma sea la confianza de los particulares en los tribunales. TZANAKOPOULOU, M., *Does EU law protect gig economy workers? Tensions in the CJEU's case law*. Publicado en el blog EU Law Analysis Expert insight into EU law developments. Recuperado de: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2018/01/does-eu-law-protect-gig-economy-workers.html>. Confianza que después los tribunales internos deberían encauzar hacia el TJUE.
- 7 Tal y como indica Carrascosa: “El contrato internacional es el vehículo jurídico más perfecto que se conoce para el cambio de las cosas, derechos y servicios entre operadores económicos en el contexto de la economía libre de mercado internacional”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *La redacción de los contratos internacionales*. Madrid: Colex, pág. 22.
- 8 Puesto de relieve por Feliu Álvarez de Sotomayor respecto a las relaciones de las plataformas y los huéspedes con Airbnb. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. (2017). “Reclamaciones internacionales en materia de responsabilidad de las plataformas colaborativas y prestadores de servicios de alojamiento turístico”. Comunicación al *International Conference on legal aspects of housing: ensuring the effective exercise of the right to housing in the EU. Access to adequate and affordable housing for all*. Universitat Rovira I Virgili, Tarragona, 27 y 28 abril de 2017.



Pero, ¿qué validez tienen dichas cláusulas? Ello dependerá de la operación de calificación de la relación jurídica entre el denominado “prestador del servicio” o “colaborador” (como quiera que le denomine la plataforma) y la “intermediaria” que es la plataforma. ¿Es este prestador del servicio o colaborador un trabajador?, ¿estamos en el ámbito de los contratos individuales de trabajo? Si la respuesta a estos interrogantes es positiva, el Derecho internacional privado de la Unión Europea podrá actuar como corrector a la situación de asimetría que se da en la relación jurídica entre las partes, en términos de reglas de competencia judicial internacional y de ley aplicable.

Sin embargo, de no llegar a esta calificación, perderemos dicha oportunidad, sumándonos así al conjunto de desventajas de carácter social que tiene para aquél que con su fuerza de trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, participa en la *platform economy*, aunque no sea consciente de ello. Y es que, por lo general, se trata de pequeñas transacciones, que para el prestador del servicio suponen facilidades como fuente de ingresos, frente a fórmulas de acceso al empleo o a la emprendeduría más tradicionales, pero con un gran impacto económico para el volumen de negocio del intermediario, la plataforma, que está revolucionando los modelos de relaciones laborales y trabajo autónomo, precisamente por el formato que permite la plataforma en línea en un mundo globalizado⁹.

2. EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON LA PLATAFORMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La importancia de la empleabilidad a través de medios digitales ha sido puesta de relieve en las Conclusiones del Abogado General, Evgeni Tanchev, en el asunto *King*¹⁰.

9 La Comunicación de la Comisión de 2 de junio 2016 denominada *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* [COM (2016) 356 final], señala que: “Se estimó que en 2015 los ingresos brutos de plataformas y proveedores colaborativos en la UE ascendió a 28. 000 millones de euros. Los ingresos de la UE en cinco sectores clave casi se duplicaron en comparación con el año anterior y está previsto que sigan expandiéndose con fuerza. El crecimiento ha sido fuerte desde 2013 y se aceleró en 2015, cuando las grandes plataformas invirtieron considerablemente en la expansión de sus operaciones europeas. Algunos expertos consideran que en el futuro la economía colaborativa podría representar para la economía de la UE un aumento de entre 160 000 y 572 000 millones de euros. Existe, por lo tanto, un gran potencial para que nuevas empresas conquisten estos mercados en rápida expansión. El interés de los consumidores es de hecho grande, tal como confirman una consulta pública y una encuesta del Eurobarómetro”. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/es/renditions/pdf>.

10 STJUE, de 29 de noviembre de 2017, *Conley King c. The Sash Window Workshop Ltd y Richard Dollar*, C 214/16, ECLI: EU: C: 2017:914. Conclusiones presentadas el 8 de junio de 2017.



En éste se plantea una cuestión prejudicial en torno a los derechos a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en el caso del contrato de un trabajador por cuenta propia como vendedor a comisión, y que ha dado que hablar a la doctrina sobre sus repercusiones para los trabajadores en el ámbito de la *gig economy*¹¹.

No obstante, a diferencia con el tema que estamos abordando, el estatuto de trabajador del Sr. King no estaba en disputa, cuestión que sí que lo está en el marco de la economía de plataforma¹². Es pues en este modelo de negocio dónde surgen con especial intensidad las zonas grises que vienen preocupando a la doctrina internacional privatista, advirtiendo sobre las dificultades para resolver los problemas de calificación en aplicación de los instrumentos comunitarios¹³.

En este sentido, planteamos que el Derecho internacional privado de fuente institucional también puede llegar ser una puerta atractiva para llegar a la reclamada calificación de la relación entre la plataforma y el “prestador del servicio”, “colaborador” o como se le denomine. Ello se dará en el momento en que se pretenda litigar ante los tribunales de un Estado miembro distinto al que se encuentre en la cláusula de jurisdicción aceptada en las condiciones de servicio de la plataforma o hacer valer un derecho a la una legislación distinta a la acordada en una de estas cláusulas. Se proporcionará, por tanto, una calificación *ex post*, y que como sucede en el caso *King*, atenderá al caso

Apartado 3: “El problema que se plantea en el presente litigio reviste una gran importancia social debido a que cada vez son más las personas que trabajan en la Unión Europea con contratos flexibles, ocasionales e intermitentes. Estas formas de empleo son cada vez más habituales a causa de la prestación de servicios a través de medios digitales en la era de Internet. ¿Quién debería asumir el riesgo de incumplimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas cuando no se haya previsto ningún mecanismo en la relación laboral para el ejercicio de las mismas: el empresario o los trabajadores afectados? ¿Es compatible con el derecho a vacaciones anuales retribuidas de la Unión obligar al trabajador a que tome las vacaciones antes de saber si dichas vacaciones serán retribuidas? En las circunstancias del procedimiento principal, ¿qué límite, en su caso, debería imponerse al importe que un trabajador como el Sr. King podría percibir en concepto de compensación financiera por las vacaciones anuales retribuidas con motivo de la conclusión de la relación laboral, con arreglo al artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88?”.

- 11 El profesor Eduardo Rojo analiza su impacto respecto a lo que denomina las “relaciones laborales ocultas”. ROJO TORRECILLAS, E. *Acumulación de las vacaciones (no disfrutadas) y derecho a su remuneración sin fijación de límite temporal alguno. Notas a la importante sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2017 (asunto C-214/16)*. Publicado en el blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Recuperado de: <http://www.eduardorjojotorrecilla.es/2017/11/acumulacion-de-las-vacaciones-no.html>.
- 12 Cuestión puesta de relieve por Tzanakopoulou, M. *op. cit.*
- 13 GARDEÑES SANTIAGO, M. (2008). “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”. *Anuario español de Derecho internacional privado*, pág. 391-397.



concreto. Y es que tal, y como advierte la doctrina, en las zonas grises o de incertidumbre será difícil que la labor de calificación autónoma *ex ante* por parte del TJUE vaya a zanjar por completo la cuestión¹⁴.

Esto último quizás pueda interpretarse como una contradicción respecto al deseo formulado a la introducción de una labor de calificación por parte del TJUE. Dicha labor de calificación puede ayudar en el contexto actual en el momento del modelo de negocio de una determinada plataforma. Sin embargo, el potencial de estos modelos va unido a un componente tecnológico esencial que permite la proyección de avances en dichos modelos, jugando de nuevo con las fronteras de la laboralidad, unido también inevitablemente a las necesidades que se alimentan en un mercado en el que todos potencialmente podemos llegar a ser *prosumidores*. Ello generará un *continuum* de zonas grises con nuevos interrogantes, pero que puede llegar a tener un efecto freno, al menos, en el contexto de la UE.

Esto ya ocurre en el ámbito de los consumidores y las relaciones con la plataforma, dónde el estándar europeo de la protección al consumidor debe ser tenida en cuenta en las cláusulas de jurisdicción y de ley aplicable. A modo de ejemplo, véase que ocurre en las cláusulas de Airbnb respecto al huésped (consumidor), y compare más adelante, con el apartado tercero de este trabajo:

“Si reside fuera de Estados Unidos o de China, los presentes Términos serán interpretados con arreglo a la legislación irlandesa. La elección de legislación no afecta a sus derechos como consumidor de acuerdo con las normativas de protección al consumidor de su país de residencia. Si actúa como consumidor, usted acepta someterse a la competencia no exclusiva de los juzgados irlandeses. Los procedimientos judiciales que pueda emprender contra nosotros y que se desprendan de, o guarden relación con, los presentes Términos solo podrán entablarse ante un juzgado local situado en Irlanda o un juzgado competente en su lugar de residencia. Si Airbnb desea ejecutar alguno de sus derechos contra usted como consumidor, podremos actuar de tal manera únicamente en los juzgados de la jurisdicción en la usted resida.”

2.1. La calificación como límite a la autonomía de la voluntad: de dónde venimos

Aunque la plataforma exprese en sus condiciones que su actividad es de mera intermediación y que no existe relación de empleabilidad, ello no obsta para que la calificación jurídica sea otra, y como consecuencia, en referencia a lo último, que pueda tambalear o no la validez del clausulado al que nos estamos refiriendo.

14 GARDENES SANTIAGO, M. *op.cit.* pág. 395.



Los problemas para la calificación de la actividad de la plataforma han sido evidenciados en el asunto *Elite Taxi*. ¿Pero qué ocurre respecto a la definición de la relación del “prestador del servicio” o “colaborador”? La calificación de la laboralidad del contrato se releva como un límite a la autonomía de la voluntad¹⁵, en nuestro caso de la plataforma. Desde de la perspectiva del Derecho internacional privado esta cuestión ha sido puesta de relieve, aunque fuera del marco de la economía de plataforma. Tal y como ha señalado con un guiño el Abogado General, Pedro Cruz Villalón, en sus conclusiones en el asunto *Ferho*¹⁶: “lo determinante para establecer la naturaleza del contrato a los efectos del citado Reglamento no es el calificativo que le dieron las partes”¹⁷.

La cuestión prejudicial en el asunto *Ferho*, que retomaremos un poco más adelante, se plantea en el marco de un litigio en el que se requiere la interpretación del concepto autónomo de contrato de trabajo en el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁸ (RBI), predecesor del Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁹ (RBI bis). Instrumento, éste último, que fija las reglas de competencia judicial internacional en los y para los Estados miembros des el 10 de enero de 2015, fecha en la que el RBI bis resultó ser de plena aplicación en las materias cubiertas por éste²⁰.

Mención especial debe recibir el ámbito de aplicación material del RBI bis en este momento. Tal y como indica su título, la norma abriga las cuestiones de competencia, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil. Pero, ¿cubre también la materia laboral? La respuesta es positiva en lo referente al contrato individual de trabajo. La sección 5ª del Reglamento, que comprende los art. 20 a 23, prevé las reglas de competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo con carácter transfronterizo, distribuyendo mediante éstas la competencia de los Estados miembros, y sin precisar que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro cuando el trabajador es el demandante (art. 6).

15 CASADO ABARQUERO, M. (2008). *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Pamplona: Aranzadi, pág. 29-30.

16 STJUE, de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie BV y otros c. Friedrich Leopold Freiherr Spiess von Büllersheim*, C-47/14, ECLI: EU: C: 2015:574.

17 Conclusiones presentadas el 7 de mayo de 2015. ECLI: EU: C: 2015:309. Apartado 23.

18 DO. Núm. L 102 (16 de enero de 2001).

19 DO. Núm. L 351 (20 de diciembre de 2012).

20 Art. 81 en relación con el art. 66.



Cabe advertir, no obstante, que el establecimiento de foros de competencia específicas en los casos de contratos individuales de trabajo no ha seguido la lógica de establecerse, paralelamente en su origen, en normas de competencia y de ley aplicable. Debemos para ello remontarnos a una norma que este año celebra su cincuenta aniversario. Mientras que en el tenor literal del Convenio de Bruselas de 1968 (origen del RRBI y RBI bis) no recibían un tratamiento específico, aunque ello no significaba que estuvieran excluidos, sí lo tenían en el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (aún vigente para los contratos celebrados con anterioridad a 17 de diciembre de 2009).

El no recibir este trato en el Convenio Bruselas 68 no significó que las reglas de competencia en él contenidas no pudieran aplicarse a los contratos individuales de trabajo. EL TJCE declara positivamente en el asunto *Sanicentral GmbH*²¹, en el marco de un litigio promovido por un obrero francés domiciliado en Francia contra una sociedad domiciliada en Alemania, en cuyo contrato existía una cláusula atributiva de competencia en favor de un órgano jurisdiccional alemán, que el Derecho del trabajo forma parte del ámbito material del Convenio y, que por ende, a los litigios surgidos a raíz de un contrato de trabajo éste les resulta de aplicación²². En consecuencia resulta aplicable para determinar la validez de la cláusula atributiva de competencia lo dispuesto en el art. 17 Convenio de Bruselas 1968.

A falta de una cláusula válida que permita la prórroga de la competencia a la luz del art.17, el Convenio de Bruselas 68, prevé únicamente que, en materia contractual, según lo previsto en el art. 5.1, resultan competentes los tribunales del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda²³. Deberemos acudir al ámbito de la ley aplicable para encontrar por primera vez reglas específicas para los contratos individuales de trabajo, cuestión que aparece recogida en el art. 6 del Convenio de Roma de 1980. Sin embargo, vemos como los asuntos que llegan al Tribunal de Justicia tienen que ver con cuestiones de competencia y no de ley aplicable²⁴,

21 STJCE, de 13 de noviembre de 1979, *Sanicentral GmbH c. René Collin.*, C-25/79. ECLI: EU: C: 1979:255.

22 Apartado 3.

23 Como advierte Guzmán Zapater esta es la versión tras el Convenio de Adaptación de 1978 y no la original. La nueva redacción es fruto de la jurisprudencia del TJCE y de las versiones en lengua alemana e italiana del Convenio. GUZMÁN ZAPATER, M. (1985). “El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 12. Núm. 2, pág. 407.

24 Tomadas en cuenta respecto a la interpretación del art. 5.1 en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1991). “Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales”. *Actualidad laboral*. Núm. 3, pág. 525-530.



precisamente por la dificultad de terminar el alcance de la “obligación que sirve de base a la demanda” en casos que afectan al Derecho del trabajo.

En el asunto *Ivenel*²⁵ se plantea el litigio entre un trabajador domiciliado en Estrasburgo y una empresa domiciliada en Baviera, a causa de un incumplimiento derivado de un contrato de representación (calificado como contrato de trabajo por el tribunal nacional) que dio lugar a una demanda sobre pago de comisiones, indemnizaciones, preaviso y vacaciones no retribuidas. Aunque se trata de una cuestión de competencia, el TJCE para interpretar el sentido del art. 5.1 del Convenio Bruselas 68 alude el Informe Jenard²⁶ y subraya el ánimo de que la competencia recaiga ante los tribunales del Estado miembro cuya ley resulte aplicable al contrato de trabajo, tomándose como referencia la solución prevista en el art. 6 del Convenio de Roma, y que nos lleva generalmente al lugar de la realización del trabajo. Para el Tribunal de Justicia la obligación a tener en cuenta para determinar los tribunales competentes es la que caracteriza al contrato y no especialmente la que sirve de base a la acción del demandante. Posteriormente, en el asunto *Shenavai*²⁷, en el que se litiga por una cuestión relativa al cobro de los honorarios de un arquitecto domiciliado en Alemania por la elaboración de un proyecto de construcción de tres casas que había sido encargado por un contratista domiciliado en los Países Bajos, el Tribunal de Justicia, tiene la oportunidad de advertir la existencia de ciertas particularidades a efectos de competencia en los contratos de trabajo, anunciándose como elemento de la laboralidad la relación duradera en el marco de una organización empresarial²⁸. Ahora bien, entiende que en un litigio por pago de honorarios, no se aplica el criterio emanado en el asunto *Ivenel*, sino el de la obligación contractual que sirve de base a la acción judicial.

El Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988²⁹, supuso un paso más e incluyó, a petición de los Estados miembros del ALC, en su art. 5.1 una especialidad en referencia al contrato de trabajo individual, que sigue al art. 6 Convenio Roma 80, cuya escalera de soluciones se incorporará con posterioridad en el RBI, aunque con una sección propia (sección 5^a), que le ubica en la clasificación de los

25 STJCE, de 26 de mayo de 1982, *Roger Ivenel c. Helmut Schwab*, C-133/81. ECLI: EU: C: 1982:199, apartados 12- 20.

26 *Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. DO C 189 (28 de julio de 1990).

27 STJUE, de 15 de enero de 1987, *H. Shenavai c. K. Kreischer*, C-266/85. ECLI: EU: C: 1987:11.

28 Apartado 16.

29 DOCE. Núm. C 189/57 (28 de julio de 1990).



foros de protección de parte débil y apartada de los foros especiales por razón de materia. Esto es, el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda en materia de contrato individual de trabajo se entiende cómo el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo y, si el trabajador no desempeña habitualmente su trabajo en un único Estado, el lugar en el que esté situado el establecimiento que ha contratado al trabajador.

2.2. El contrato individual de trabajo como concepto autónomo

En el Informe explicativo del Convenio de Lugano 1988 elaborado por los expertos Jenard y Möller se resalta que el Convenio no regula la cuestión de la existencia o no de un contrato de trabajo, por lo que es el juez interno quién decidirá esta cuestión. Se indica que a falta de una interpretación autónoma hasta el momento se puede considerar, según dicho informe, que “supone un vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador”³⁰.

No será hasta RBI dónde encontraremos la oportunidad de la interpretación autónoma ante el TJUE, esperada y anunciada por la doctrina³¹, en el asunto *Ferho*³², aunque nuevamente fuera aún del marco de la economía de plataforma. El Sr. Spies, nacional alemán residente en Alemania, comenzó a trabajar como director para Holterman Ferho, una sociedad holding con domicilio social en los Países Bajos y con tres filiales establecidas en Alemania, aunque también desempeñaba funciones de administrador de dicha sociedad, de la cual además era socio. La controversia plantea una cuestión de competencia relativa a la aplicación de las reglas o no de la sección 5ª del RBI, en función de la calificación de la relación contractual del Sr. Spies con la empresa. El Tribunal señala que la calificación del vínculo no puede resolverse mediante el derecho nacional, exigiéndose un concepto autónomo.³³ Los conceptos del Reglamento (CE) 44/2001, ahora Reglamento (UE) 1215/2012, deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos del mismo, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de éste en todos los Estados miembros³⁴. El TJUE indica al órgano remitente que debe analizar en el caso concreto si la persona ha realizado en favor de

30 Apartado 41.

31 GARDEÑES SANTIAGO, M. *op.cit.* pág. 394.

32 STJUE, de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie BV y otros c. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllesheim*, C-47/14, ECLI: EU: C: 2015:574.

33 Apartado 36.

34 Posteriormente el TJUE indica que la interpretación autónoma debe ser homogénea en los instrumentos de competencia y de ley aplicable. STJUE, 15 de marzo de 2011, *Heiko Koelzsch contra État du Grand Ducado de Luxembourg*, C-29-10, ECLI: EU: C: 2011:151.



una empresa y bajo la dirección de ésta durante un cierto tiempo prestaciones a cambio de las cuales percibía una retribución. Aúna así el TJUE su jurisprudencia sobre el concepto de trabajador “cuando una persona proporciona durante un cierto período de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución”³⁵.

Trasladada esta idea al caso de las plataformas que estamos analizando, uno de los elementos más discutibles es precisamente la existencia de dicha subordinación que aunque parece desdibujada puede ser que ésta exista. Lo difícil es que en el contexto de la economía de plataforma puede haber evolucionado respecto al esquema establecido de subordinación. En este sentido, podemos observar dos posibles posturas a examinar caso por caso³⁶: analizar si la subordinación con la plataforma encaja con la idea clásica de subordinación o adaptarse a las nuevas líneas de subordinación que proporciona el modelo de negocio. Cuestionándonos en ambas si no cabría entonces adaptar las reglas en el caso de los trabajadores autónomos que se relacionan con la plataforma³⁷.

2.3. De la calificación de la actividad a la calificación de la relación con la plataforma

Retomando de nuevo los retos jurídicos que plantea la economía de plataforma, la tensión del debate se centra en los retos que presentan los problemas de calificación atendiendo a la realidad de la actividad y a la del contrato, con independencia de la “apariencia” que ha querido proporcionar la plataforma y que ha sido aceptada por la otra parte contratante en las condiciones legales del servicio³⁸. Parte, que aunque se presente como prestadora del servicio puede no ser un profesional, tal y como señala la Comisión euro-

35 Entre otras, STJCE, de 26 de febrero de 1992, *M. J. E. Bernini contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, C-3/90, ECLI: EU: C: 1992:89.

36 STJUE, de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie BV y otros c. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenheim*, C-47/14, ECLI: EU: C: 2015:574. Apartado 46, en el que se indica que la subordinación será examinada en el caso concreto “en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes”.

37 En este sentido el respaldo se encuentra en la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/2003 (INI). Véanse los comentarios de TODOLÍ SIGNES, A. (2017). “Resumen comentado de la Agenda Europea para la economía colaborativa”. Publicado en el blog Argumentos de Derecho Laboral. Recuperado de: <https://adriantodoli.com/2017/06/16/resumen-comentado-de-la-agenda-europea-para-la-economia-colaborativa/>.

38 Idea que ya plantea en su momento GARDEÑES SANTIAGO, M. *op.cit.* pág. 395, en el contexto de la ley aplicable y qué debe considerarse contrato de trabajo en atención al art. 8 RRI.



pea³⁹, manifestándose la calificación de la relación con estos prestadores como uno de los desafíos desbordantes que plantean las relaciones laborales del siglo XXI.

Llegados a este punto, nos sumergimos de nuevo en el problema de la calificación jurídica de la relación entre Uber y el conductor. No puede obviarse que en el asunto *Elite Taxi*, en el que se pregunta al TJUE sobre la calificación jurídica de la actividad de Uber, aparecen como elementos de la argumentación del TJUE algunos que pueden ser tomados en cuenta para calificar al trabajador por cuenta ajena y al contrato individual de trabajo que encontramos en el ámbito de las normas de Derecho internacional privado de fuente institucional. En este contexto, la idea que nos asalta es que la lógica utilizada por el TJUE en el asunto *Elite Taxi* puede nutrir el debate sobre el segundo problema de calificación⁴⁰.

La cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona pregunta al TJUE si la actividad realizada por Uber, con carácter lucrativo, de intermediación- que gestiona los medios informáticos mediante interfaz y aplicación de software para teléfonos inteligentes y plataforma tecnológica-, entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento urbano, debe considerarse a efectos del Derecho de la Unión a) una mera actividad de transporte b) un servicio electrónico de intermediación, o c) un servicio propio de la sociedad de la información. El Tribunal de Justicia evalúa a la luz del Derecho de la Unión cual es la actividad de Uber y tras ese examen descarta que pura y exclusivamente nos encontremos ante una actividad de intermediación que se limite a conectar, mediante una aplicación, a un conductor no profesional con un cliente que desea un desplazamiento y entiende que el servicio de intermediación realizado por Uber está vinculado a un servicio global, cuyo elemento sustancial es un servicio de transporte.

El TJUE observa que Uber crea la oferta de servicios de transporte urbano mediante herramientas informáticas y organiza su funcionamiento. Selecciona a los conducto-

39 Comunicación de la Comisión “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016, en la que señala que los 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)». COM (2016) 356 final.

40 Tal y como señala Sánchez-Urán Azaña: “Lo cierto es que si el TJUE hubiera encajado la actividad de UBER entre los SSI, calificándola como mera intermediaria y sin influencia en el servicio off line subyacente, no hubiera cabido duda alguna en considerar como no laboral esa relación porque entonces el conductor sería un prestador profesional del servicio ofertado hacia el consumidor con la intermediación de la Plataforma”, pág. 14. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. (2018). “Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del trabajo”. *La Ley Unión Europea*. Núm. 57, pág. 14.



res; les proporciona una aplicación y los clientes no pueden recurrir directamente a éstos sin pasar por esta aplicación. Uber es quien establece el precio máximo de la carrera; es quien cobra al cliente remunerando posteriormente al conductor y es quien ejerce un cierto control sobre la calidad del vehículo y del propio comportamiento del conductor, al someterlos a evaluación por parte de los clientes, llegando incluso a poder excluir al conductor o limitando incluso los servicios en función de la asiduidad con que el conductor los acepta. Y estas son circunstancias también tendrán que ser examinadas en la labor de calificación de la relación entre la plataforma y el conductor.

3. LA INTERNACIONALIDAD EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL: LAS CONDICIONES DE SERVICIO Y LAS REGLAS DEL JUEGO DEL RBI BIS Y RRI

Existe una interesante propuesta de abordar el debate sobre qué ocurre con la relación laboral en la economía de plataforma distinguiendo entre aquéllas que meramente prestan un servicio de intermediario (que suele ser cuando lo que se articula es precisamente el disfrute temporal de un bien como, por ejemplo, ocurre en el caso de *Airbnb*) de aquéllas que prestan el servicio que precisamente alegan no prestar, y que es, el servicio subyacente (cuando se ofrece un servicio personal como es el del transporte como, por ejemplo, sucede con Uber)⁴¹, distinguiéndose el nivel de problemas en torno a las relaciones laborales que pueden llegar a plantearse en cada una de las fórmulas de negocio seguidas por la plataforma⁴².

Tomando como referencia esta propuesta vamos a examinar la internacionalidad en la relación contractual en el caso de las plataformas Uber y Airbnb y los problemas que se nos plantean desde la perspectiva de la competencia judicial y de la ley aplicable.

3.1. La internacionalidad en la contratación

Uber Systems Spain es una filial de *Uber B.V.*, una sociedad de responsabilidad limitada constituida en los Países Bajos, con domicilio social en Ámsterdam (Países Bajos). La matriz es la que concentra los servicios del negocio en España y la filial tiene como objeto social prestar servicios de marketing local y apoyo en servicios a la matriz y a

41 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018). “Economía de las plataformas (‘platform economy’) y contrato de trabajo”. Ponencia a las XXIX Jornades Catalanes de Dret Social (marzo 18).

42 CALVO GALLEGO, J. *Tipología de plataformas y su trascendencia laboral*. Publicado en el blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Recuperado de: <http://grupo.us.es/iwpr/economia-colaborativa-y-derecho-social/tipologia-de-plataformas-y-su-trascendencia-laboral/>.



otras empresas del grupo. Las condiciones legales de uso, puestas a disposición por *Uber B.V.*, en el momento de registrarse como conductor, indican que el acceso y el uso de los servicios ofrecidos por ésta establecen una relación contractual con *Uber B.V.* En Éstas también se declara que *Uber* no presta servicios de transporte sino que una plataforma tecnológica que ofrece un servicio de intermediación que permite a sus usuarios registrados, a través de tecnología *smart phone*, organizar y planear su transporte y/o servicios de logística con terceros. Estos terceros, denominados *conductores*, son considerados como proveedores independientes, afirmándose por ésta de forma expresa y contundente que no están empleados por la plataforma⁴³.

Según los términos de servicio de *Airbnb* esta plataforma permite a usuarios registrados, que ofrecen servicios de anfitrión, que publiquen en ella sus servicios de alojamiento y gestionen con los usuarios registrados como huéspedes la reserva de dichos servicios. Si el anfitrión reside en España las condiciones de servicio indican que se está suscribiendo un contrato con *Airbnb Ireland UC*, con domicilio social en Dublín. La relación del anfitrión con *Airbnb* es la de un contratista independiente tercero. En ningún caso, según dichos términos, el anfitrión se considera empleado de *Airbnb* o agente.

3.2. Las condiciones de servicio

La condición de servicio número 6 de *Uber* excluye el acudir a los tribunales y apuesta por los mecanismos alternativos de solución de controversias; la mediación y el arbitraje. A tal efecto, establece que cualquier disputa, conflicto, reclamación o controversia, que resulte de las sus condiciones o que sea en gran parte en relación con las mismas, incluyendo las relativas a su validez, interpretación y exigibilidad, deben someterse forzosamente a procedimientos de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional. Si la disputa no fuese solucionada en un plazo de sesenta días desde la fecha en la que se formaliza la solicitud de mediación, ésta hará que solucionarla exclusiva y definitivamente mediante arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. La ley aplicable también se resuelve en la misma condición de servicio en la que somete el contrato al Derecho material holandés, excluyendo expresamente el reenvío.

En referencia a *Airbnb*, según la condición de servicio número 19, el anfitrión residente en España que quiera iniciar una reclamación contra *Airbnb* en EEUU puede hacerlo sometiéndose a un acuerdo de resolución de disputas amistoso y previo a un

43 A mayor abundamiento, en el momento de iniciar el registro como conductor aparece un banner: “Conduce con *Uber* y gana dinero como autónomo. Cobra cada semana solo por ayudar a nuestra comunidad de viajeros a moverse por la ciudad. Sé tu propio jefe y cobra por conducir en el horario que tú prefieras”.



arbitraje vinculante, renunciándose a un juicio con jurado. En el caso de que el anfitrión no haga uso de esta posibilidad, tal y como consta en la condición número 21, apartado tercero, se acuerda la competencia exclusiva de los tribunales irlandeses. La ley aplicable a la relación de los términos de servicio serán conformes a la ley irlandesa, estableciendo una correlación entre el *forum* i el *ius*.

Como puede observarse, ambas plataformas optan por mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias, aunque con distintas intensidades. En el caso de *Airbnb* se ciñe exclusivamente a éste solamente si pretende reclamar en EEUU. En el caso de *Uber* es el único mecanismo acordado⁴⁴. Respecto a la ley aplicable, ambas plataformas contienen un acuerdo por el cual todo aquello relacionado con dichas condiciones queda sometido materialmente, según nuestra perspectiva, a una ley extranjera; el derecho holandés y el derecho irlandés, respectivamente⁴⁵. Es interesante observar cómo se renuncia expresamente a la figura del reenvío. No interesa, bajo ningún concepto, que través de éste pueda resultar aplicable una ley distinta a la acordada.

En consecuencia, atendiendo a dichas cláusulas, parece que, en principio, nos vemos obligados a solucionar el eventual conflicto fuera de nuestras fronteras y aplicándose el derecho del foro. Sin embargo, como venimos anunciando, calificar o no la relación entre conductor y anfitrión con las plataformas como contrato de trabajo a la luz del Derecho de la Unión Europea, nos puede permitir poder dar una vuelta de tuerca a estas cláusulas.

3.3. Las reglas del juego en el RBI bis y en el RRI

Tanto en el caso de *Uber* como *Airbnb* si el conductor o el anfitrión pueden ser calificados como trabajadores de la plataforma, nacido un litigio con elemento de internacionalidad, encontraremos en el Derecho internacional privado de la UE unas las específicas para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable que permiten someter a estas cláusulas a un examen de revisión.

Respecto a las pautas sobre la competencia, se precisará acudir a lo previsto en el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, (RBI bis). Y, en referencia a la ley aplicable estaremos a lo dispuesto en las normas de conflicto previstas en el Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contrac-

44 Se trata de cláusulas de doble solución de controversias que conducen a acudir a un medio que no suponga inicialmente un enfrentamiento entre las partes. Si la mediación falla entonces se acude al arbitraje. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *op. cit.* pág. 177.

45 La opción es sujetar el contrato internacional al derecho estatal del domicilio de la plataforma en todas las relaciones contractuales de la plataforma, evitándose, costes en la redacción de los contratos. Se trata de cláusulas que no se negocian y simplemente se aceptan por la otra parte co contratante al registrarse. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *op. cit.* pág. 147.



tuales⁴⁶. Y ello en tanto que en el ámbito de la contratación internacional es necesario calificar si la relación contractual puede o no subsumirse dentro de la categoría de los contratos individuales de trabajo en atención a los dispuesto en la sección 5ª del RBI bis y en el art. 8 del RRI.

En referencia al RBI bis, se ofrece al trabajador la posibilidad de litigar ante los tribunales españoles, pero no por ser el lugar del domicilio del trabajador, sino por ser el lugar de desempeño habitual del trabajo (art. 21. 1b), y que coincide con la consecuencia jurídica de la norma de conflicto prevista en el art. 8, que conduce a la ley aplicable al contrato de trabajo a la ley del país de desempeño habitual del trabajo.

Ahora bien, la cuestión que preocupa es la importancia de determinar si el trabajador lo es por cuenta propia o por cuenta ajena, cuestionándose si ambos están incluidos en el concepto de contrato de trabajo individual previsto en ambos instrumentos normativos, o si, por el contrario, el trabajo por cuenta propia queda excluido y nos obliga acudir a los foros del art. 7 RBI bis y a las reglas de los art. 3 y 4 RRI.

La aplicación de la Sección 5ª RBI bis y del art. 8 RRI recae para aquellos contratos por cuenta de otro y bajo su dirección a cambio de una remuneración⁴⁷. No obstante, la dificultad de vislumbrar estos elementos en el marco de la relación con la plataforma, nos lleva ante el planteamiento sobre si existe la necesidad de adaptar esta concepción a la realidad de las relaciones laborales en el contexto de la economía de plataforma. Pare ello es interesante mostrar las distintas consecuencias vinculadas a la exclusión o no del trabajo por cuenta propia:

a) Competencia

En el caso de Uber no tenemos cláusula de jurisdicción, por tanto, nacido el conflicto, y ante el mantenimiento de una postura inclusiva, el conductor podría escoger demandar ante los tribunales holandeses (domicilio de la plataforma) o españoles (desempeño habitual del trabajo⁴⁸) y podría mantenerse la elección de ley aplicable en favor

46 DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

47 Como señala Virgós Soriano: “Decisivo es que el contrato tenga por objeto la prestación remunerada de servicios en régimen de dependencia y siguiendo las instrucciones de otro”. VIRGÓS SORIANO, M. (1995). “Obligaciones contractuales”. En: GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; CALVO CARAVACA, A.L., VIRGÓS SORIANO, M.; AMORES CONRADI, M. A, DOMÍNGUEZ LOZANO, P. *Derecho internacional privado*. Parte especial. Madrid: Eurolex, pág. 174.

48 En referencia a la determinación de este criterio Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2011, *Heiko Koelzsch v. État du Grand-Duché de Luxembourg*, C-29/10, ECLI: EU: C: 2011:151. Véase nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J. (2011). “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado”. *REDI*. Vol. LXIII. Núm. 2, pág. 246-250.



del derecho holandés, pero respetando la aplicación de las normas imperativas españolas (por ser la ley del lugar del desempeño habitual del trabajo, que resultaría aplicable a falta de elección de ley)⁴⁹. Ahora bien, si el conductor es calificado como trabajador por cuenta propia, un autónomo, y ello nos aparta de la sección 5ª del RBI bis y del art. 8 RRI, resulta que las partes se han sometido, como hemos visto, a mecanismos exclusivos de resolución extrajudicial de conflictos y esto es lo que tiene convertirse en un pequeño emprendedor en el ámbito de la contratación internacional.

Un escenario distinto de posibilidades en cuanto a la competencia se nos plantea con Airbnb. Si el anfitrión tiene un conflicto que no quiere resolver en EEUU y pretende acceder a la jurisdicción española nos encontramos con que existe un acuerdo exclusivo de competencia en favor de los tribunales irlandeses. Si calificamos al anfitrión como trabajador y la relación de trabajo entre el anfitrión con la plataforma como de contrato de trabajo individual, a la luz del instrumento europeo, podrá atacarse la validez de dicha cláusula. Según el art. 23 RBI bis sólo resultarán válidos los acuerdos surgidos con posterioridad al nacimiento del litigio o aquellos que permitan con carácter no exclusivo litigar al trabajador ante tribunales distintos al del domicilio del empresario o del desarrollo habitual del trabajo o del establecimiento que ha contratado efectivamente al trabajador. En consecuencia, los tribunales españoles resultarían competentes cuando el desempeño habitual del trabajo es en España, con independencia de dicha cláusula.

Ahora bien, si la relación entre la plataforma y el anfitrión no llega a esta calificación, no puede atacarse la validez de dicho acuerdo en los términos anteriores. El RBI bis permite la autonomía de la voluntad expresa cumpliéndose los requisitos formales previstos en el art.25. Teniendo en cuenta que en su apartado segundo prevé expresamente que se considera hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero la cláusula, en principio, resultaría válida, a no ser que el acuerdo se considere sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según dicho estado miembro, es decir, según el derecho irlandés. No obstante, podría presentarse por el anfitrión la demanda en España, basándonos en los foros de competencia especiales del art. 7, advirtiendo que deberemos de nuevo realizar una operación de calificación de la relación contractual entre la plataforma y el anfitrión. En el caso de que la plataforma contestara a la demanda sin impugnar la competencia, entonces los tribunales españoles resultarían competentes por sumisión tácita (art. 26). Es una posibilidad. Sin embargo, debe tenerse presente que la plataforma puede impugnar la competencia de los tribunales españoles a través de una excepción declinatoria internacional alegando la existencia del acuerdo de sumisión a los tribunales irlandeses. El control de la competencia quedaría pues en manos de la demandada, en este caso la plataforma.

49 En referencia a las reglas para su determinación CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*. Madrid: Colex, pág. 305-311.



Nuevamente el no profesional o no empresario que por su relación con la plataforma se convierte en un pequeño emprendedor será tratado como tal en el marco de la contratación laboral internacional.

b) Ley aplicable

Ambas plataformas contienen acuerdos de ley aplicable en las condiciones de servicio. Ya resulten competentes los tribunales españoles, holandeses o irlandeses, para analizar la validez de dichas cláusulas y su oportunidad en el litigio acudiremos al Reglamento RRI, en cumplimiento de los ámbitos de aplicación material, territorial y temporal. No obstante, varias son las cuestiones que debemos tener presentes:

- Si la relación con la plataforma es calificada como una relación laboral acudiremos a la norma de conflicto del art. 8. Aquí abrimos un nuevo interrogante. ¿La cláusula de elección de ley prevista en las condiciones de servicio cubre la de la relación laboral?
- Si entendemos que sí, el art. 8.1 permite la elección de la ley aplicable al contrato de trabajo. Ahora bien, existe la presunción de que el trabajador no ha estado en la misma posición para negociar. Por tanto, para todos aquellos derechos laborales irrenunciables sea aplicará la ley que asegure al trabajador la protección de la ley que hubiera resultado aplicable de no haberse efectuado una elección de ley. Por tanto, habrá que determinar cuál es la ley aplicable a falta de elección; la del lugar en el que el trabajador desempeña su trabajo de manera habitual, en nuestro caso la ley española (art. 8.2).
- Si entendemos que no, no hay cláusula de elección de ley para la relación laboral. Acudiremos directamente al art. 8.2 RRI que nos llevará a localizar el país en el que el trabajador desempeña su trabajo de forma habitual.
- Si la relación no es calificada como laboral acudiremos al art. 3 RRI y ante una elección válida de ley, la ley aplicable será la elegida por las partes, en este caso la holandesa o la irlandesa, con la correspondiente alegación y prueba del derecho extranjero si la demanda se presenta ante tribunales españoles.

4. REFLEXIÓN FINAL

Evidentemente existe un reto de calificación, ciertamente complejo al encontrarnos en una zona donde predomina la escala de grises. Pero nos planteamos si también el reto está el modo de plantearnos dicha calificación. En el modelo de economía de plataforma parece que no podemos quedarnos en el estadio de si la relación es por cuenta propia o es trabajo autónomo para subsumir las reglas de competencia y de ley aplicable. Preciamos solucionar los grises. El prestador del servicio, en muchísimas ocasiones, es un no profesional y nos movemos por las aguas pantanosas aunque apasionantes de la contratación internacional. Es por ello que nos cuestionamos sobre si ha llegado el momento para el



Derecho internacional privado, como ha sucedido en el ámbito de los contratos de consumo internacionales, abarcar las consecuencias de la contratación *on line*, adaptándonos al cambio de paradigma que la economía de plataforma supone para las relaciones laborales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018). “Economía de las plataformas (‘platform economy’) y contrato de trabajo”. Ponencia a las XXIX Jornades Catalanes de Dret Social (marzo’18).
- CALVO GALLEGO, J. *Tipología de plataformas y su trascendencia laboral*. Publicado en el Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Recuperado de: <http://grupo.us.es/iwpr/economia-colaborativa-y-derecho-social/tipologia-de-plataformas-y-su-trascendencia-laboral/>.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *La redacción de los contratos internacionales*. Madrid: Colex. 317 pág.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*. Madrid: Colex. 436 pág.
- CASADO ABARQUERO, M. (2008). *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*. Pamplona: Aranzadi. 410 pág.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. (2017). “Reclamaciones internacionales en materia de responsabilidad de las plataformas colaborativas y prestadores de servicios de alojamiento turístico”. Comunicación a la *International Conference on legal aspects of housing: ensuring the effective exercise of the right to housing in the EU. Access to adequate and affordable housing for all*. Universitat Rovira I Virgili, Tarragona, 27 y 28 abril de 2017.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1991). “Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales”. *Actualidad laboral*. Núm. 3, pág. 517-532.
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (2008). “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”. *Anuario español de Derecho internacional privado*, pp. 387-424.
- GUZMÁN ZAPATER, M. (1985). “El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 12. Núm. 2, pág. 399-426.
- JENARD, P. *Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. DO C 189 (28 de julio de 1990).



- JENARD, P., MÖLLER, G. (1990). *Informe de los Sres. P. Jenard y G. Möller relativo al Convenio sobre la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988*. DOCE. C 189 (28 de julio de 1990). Puede consultarse en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2e7535fd-7882-4a08-b7b1-29e244ccfdea/language-es>
- MASEDA RODRÍGUEZ, J. (2011). B) . “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado”. *REDI*. Vol. LXIII. Núm. 2, pág. 246-250.
- PALAO MORENO, G. (2001). “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”. *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a: Derecho internacional privado: trabajadores extranjeros: aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*. Núm. 9, pág. 521-581.
- ROJO TORRECILLAS, E. (2017). *Acumulación de las vacaciones (no disfrutadas) y derecho a su remuneración sin fijación de límite temporal alguno. Notas a la importante sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2017 (asunto C-214/16). Su posible impacto sobre las relaciones laborales “ocultas”*. Publicado en el blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Recuperado de: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/acumulacion-de-las-vacaciones-no.html>
- SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, M. Y. (2018). “Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del trabajo”. *La Ley Unión Europea*. Núm. 57, pág. 1-34.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017). “Resumen comentado de la Agenda Europea para la economía colaborativa”. Publicado en el blog Argumentos de Derecho Laboral. Recuperado de: <https://adriantodoli.com/2017/06/16/resumen-comentado-de-la-agenda-europea-para-la-economia-colaborativa/>.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2016). “La competencia judicial internacional del contrato individual del trabajo”. *Revista de información laboral*. Núm.1, pág. 21-47.
- TZANAKOPOULOU, M. (2018). *Does EU law protect gig economy workers? Tensions in the CJEU’s case law*. Publicado en el blog EU Law Analysis Expert insight into EU law developments. Recuperado de: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2018/01/does-eu-law-protect-gig-economy-workers.html>.
- VIRGÓS SORIANO, M. (1995). “Obligaciones contractuales”. En: GONZÁLEZ CAMPOS, J.D; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; CALVO CARAVACA, A.L., VIRGÓS SORIANO, M.; AMORES CONRADI, M. A, DOMÍNGUEZ LOZANO, P. *Derecho internacional privado. Parte especial*. Madrid: Eurolex, pág. 143-207.



HACIA LA NECESARIA CATEGORIZACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Sarai RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

RESUMEN: El presente trabajo toma como marco de estudio el nuevo escenario de prestación de servicios que ha venido a desarrollarse como consecuencia de la expansión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTICs), desencadenando la aparición de nuevas formas de empleo en el contexto de la denominada economía colaborativa (*sharing economy*), caracterizadas por la externalización global del trabajo. En este sentido, se analizan las nuevas formas de prestación de servicios que se producen en el seno de las plataformas digitales que generalmente emplean el crowdsourcing y la prestación de servicios on-demand mediante trabajadores autónomos, evaluando el impacto que estas nuevas formas de prestación de servicios han causado en las tradicionales fronteras del Derecho del Trabajo. De este modo y teniendo en cuenta el elevado grado de heterogeneidad de las prestaciones de servicios posibles en el marco de la economía digital se determina la conveniencia de, por un lado, evaluar si las notas clásicas de laboralidad son adecuadas para detectar posibles supuestos de fraude en la contratación de trabajadores autónomos en el nuevo entorno digital; y, por otro, valorar la necesidad de establecer una regulación específica del trabajo que se lleva a cabo a través de las plataformas digitales con el fin de garantizar un adecuado nivel de seguridad jurídica a la denominada “clase social colaborativa” o “cybertariado”.

PALABRAS CLAVE: economía colaborativa, plataformas digitales, prestador de servicios, subordinación, fraude.

1. NUEVOS DESAFÍOS ANTE LA IRRUPCIÓN DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES TRADICIONAL

El nacimiento y extensión de los nuevos modelos de negocio de economía digital en el mercado laboral ha venido a derivar en un “proceso donde las fronteras entre trabajo, empresa y mercado aparecen difuminadas con una intensidad capaz de confundir los espacios de la empresa y la sociedad, así como hacer intercambiables las posiciones de usuarios, trabajadores, productores, contratistas, consejeros o consumidores” (TRILLO, 2017: 6).

Las repercusiones del impacto de la economía digital en las relaciones laborales pueden concretarse en dos dilemas a los que ha de enfrentarse el operador jurídico. El primero, la dificultad de distinguir y delimitar la función de los operadores económicos



a través de las plataformas virtuales bien como intermediarios en el mercado de trabajo (empresas tecnológicas), o bien como auténticas empresas prestadoras del servicio que ofertan. En segundo lugar, este nuevo escenario vuelve complejo el “encuadramiento jurídico de la prestación de trabajo y del sujeto que la lleva a cabo como consecuencia de las confusas fronteras entre la potencial condición de trabajador y la de usuario de la Red”, especialmente cuando la plataforma virtual sostiene “que las relaciones en el mercado se producen entre iguales a través de relaciones de producción de carácter autónomo” (TRILLO, 2017: 59-82).

Dado que las NTICs permiten a las empresas reducir los costes de transacción hasta casi anularlos, estas han cambiado su sistema organizativo tradicional basado en la existencia de una potente estructura organizativa que albergaba personal propio dependiente o subordinado que realizaba el trabajo, por otro en el que las empresas realizan el trabajo por sí mismas, dentro de una organización preparada para prestar servicios al mercado, reduciendo así también los niveles de infrautilización de los recursos. En este sentido, se ha afirmado que la incorporación de las NTICs al proceso productivo ha propiciado un proceso de transformación de las organizaciones empresariales desencadenando la aparición de nuevas formas de empleo en el contexto de la economía digital caracterizado por el desplazamiento de la figura tradicional del trabajador subordinado heredada de la Revolución Industrial (SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2017; SERRANO, 2017: 19-49). En este nuevo escenario, por lo general, las empresas se erigen como plataformas que actúan como intermediarias que conectan al cliente directamente con el prestador de servicios, pero sin asumir ningún tipo de responsabilidad en caso de fraude, estafa o cancelación (CAVAS, 2017: 30). Así, la plataforma se encarga de poner en conexión oferta y demanda, impidiendo en muchas ocasiones identificar a los sujetos de las relaciones de producción. Los usuarios conectan a través de la plataforma con una serie de trabajadores disponibles para la prestación de trabajo, previamente registrados en aquéllas. Asistimos pues a un tipo de actividad donde se descentraliza el trabajo a un número de proveedores que cumpliendo determinados requisitos estarían en iguales condiciones de prestación del servicio solicitado.

De este modo, emerge en el mercado un nuevo modelo de negocio, una nueva forma de prestar servicios, en la que las empresas no contratan trabajadores (o, de hacerlo, contratan únicamente a los imprescindibles) y actúan como meras intermediarias que se limitan a poner en contacto al demandante del servicio con el proveedor del mismo, siendo éste último un particular. En consecuencia, las nuevas formas de prestación de servicios que se producen en el seno de las plataformas tecnológicas generalmente emplean el crowdsourcing y la prestación de servicios *on-demand* mediante trabajadores autónomos independientes con las correspondientes obligaciones fiscales, administrativas, de Seguridad Social, etc. (TODOLÍ, 2017:70). En estos casos, la relación entre la plataforma y el proveedor del servicio es una mera relación mercantil, siendo habitual que la plataforma aplique una comisión o tarifa por servicio contratado gracias a su intermediación.



Ahora bien, ¿es esta calificación jurídica de los trabajadores al servicio de las plataformas correcta o se aprovecha la plataforma de esta “zona gris” para “escapar de la aplicación de las normas laborales, con la consiguiente reducción de los estándares de protección social, al asumir directamente los costes de producción y no estar cubiertos por la normativa laboral y las tutelas propias del trabajo subordinado” (VALLECILLO, 2017: 5)? La respuesta a este interrogante pasará, como veremos a continuación, por determinar si las plataformas virtuales intervienen o no de forma directa y activa en la prestación de servicios para considerarlas bien como prestadoras del servicio subyacente o bien como empresas tecnológicas (CAVAS, 2017:43-44). De este modo, como se desarrollará más adelante, “si la actividad se limita a la provisión de una aplicación móvil o página web que permita el contacto entre oferta y demanda y no se incide en la provisión del servicio, estaremos ante una empresa tecnológica y los prestadores del servicio lo harán de forma autónoma. Si, por el contrario, existe una relación –vía contractual– o condiciones impuestas a los prestadores del servicio, la relación se acerca más al trabajo por cuenta ajena” (VALLECILLO, 2017:4). Por ello, la calificación jurídica de estas relaciones de empleo no es baladí puesto que “si la prestación de servicios en el ámbito de las plataformas virtuales se excluye de las relaciones laborales sustituyendo estas por el trabajo por cuenta propia, podría pensarse en una huida del Derecho del trabajo o, en forma más suave se podría hablar de un desplazamiento o descentralización del trabajo subordinado por el trabajo por cuenta propia” (VALLECILLO, 2017:3).

2. PAUTAS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS Y LAS PLATAFORMAS

La calificación de los prestadores de servicios como trabajadores autónomos por parte de las empresas no es una cuestión pacífica en los casos en los que las plataformas digitales no se limitan a actuar como meros intermediarios entre los proveedores de los servicios y los usuarios, sino que además ofrecen el servicio. Esta modalidad que ha venido a denominarse “platform economy” o “platform capitalism” ha sido reconocida por la Comisión Europea en la *Agenda Europea para la Economía Colaborativa* precisando que “puede haber casos en los que puede considerarse que las plataformas ofrecen otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios”. Se admite así que, en determinadas circunstancias, una plataforma sea al mismo tiempo proveedora del servicio subyacente (p. ej., servicio de transporte o de alquiler a corto plazo). El conflicto en estos casos, más allá de los requisitos de acceso al mercado (autorizaciones o licencias previstas en la normativa sectorial específica), está en descubrir si verdaderamente se trata de relaciones laborales encubiertas entre la plataforma y los prestadores de servicios, debiendo aplicarse la legislación laboral y la protección social propia de los trabajadores por cuenta ajena.



Esta labor de “levantamiento del velo”, exige hacer un análisis caso por caso, dado que el elevado grado de heterogeneidad de prestaciones de servicios posibles en el marco de la economía digital impide dar una respuesta unívoca y homogénea a este problema. Con el fin de comprobar si la plataforma es una mera empresa tecnológica cuya actividad se limita al contacto entre usuarios y prestadores de servicios sin intervenir en la prestación de servicios, o bien si la plataforma ofrece también los servicios subyacentes, de manera que emplea el *crowdsourcing* y externaliza todo la actividad productiva mediante “colaboradores” que categoriza como trabajadores por cuenta propia, la Comisión Europea propone analizar las circunstancias concurrentes en cada caso en atención a los elementos presentes en la relación de intercambio entre la plataforma y el prestador de servicios a la vista de las características que cada ordenamiento nacional exija para apreciar la existencia una relación laboral, teniendo en cuenta además la prevalencia del concepto de trabajador por cuenta ajena elaborado por el TJUE y que implica la aplicación del Derecho social de la UE.

Para facilitar la identificación de una relación laboral encubierta en los supuestos en que la plataforma ofrece también los servicios subyacentes, la Comisión Europea enumera tres “criterios clave” que permiten evidenciar “el nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el prestador de dichos servicios”. El primero de estos criterios es el precio, valorando si es la plataforma la que se ocupa de fijar el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, o bien si simplemente su labor se limita a sugerir recomendaciones sobre los precios o deja absoluta libertad en este campo al prestador de servicios. El segundo elemento clave se refiere a la propiedad de los activos clase, siendo preciso delimitar si éstos son propiedad de la plataforma o del prestador de servicios. Finalmente, habrá de detectarse posibles notas de subordinación en el resto de condiciones contractuales como, por ejemplo, la existencia de instrucciones de cumplimiento obligatorio en la prestación del servicio, el hecho de que la plataforma sufrague los gastos o asuma los riesgos relacionados con la prestación de los servicios subyacentes; o también la implicación de las plataformas en la gestión y organización de la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera y calidad con que se prestan dichos servicios¹. De esta forma, en los casos en que se cumplan estos tres criterios, se podrá concluir que “hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio

1 Sin embargo, la Comisión aclara que no se aprecia subordinación en los casos en que las plataformas colaborativas se ocupen sólo de asistir al prestador de los servicios subyacentes al ofrecer la posibilidad de realizar determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información ofrecidos por la plataforma como intermediaria entre el prestador de los servicios subyacentes y sus usuarios (p. ej., modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios postventa, etc.). Tales elementos no constituyen indicios de influencia y control respecto al servicio subyacente.



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)”.

A partir de esta constatación sobre la actividad de la plataforma, se debe descender a la calificación de la naturaleza jurídica de la relación entre la empresa propietaria de la plataforma y el prestador de servicio y ello partiendo de la premisa –doctrina consolidada del Tribunal Supremo– de que es absolutamente irrelevante la denominación que las partes hayan atribuido al contrato². La construcción doctrinal y jurisprudencial de la definición de trabajador subordinado por cuenta ajena permite concluir que todas las prestaciones de servicios que se enmarquen en la economía colaborativa y que se presten con las condiciones de ajeneidad y dependencia en su desarrollo, supondrán estar englobadas en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores³ (LET) [PALOMEQUE y ÁLVAREZ, 2016: 473 y ss.].

La Comisión insiste la calificación de la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente debe centrarse en tres criterios esenciales acumulativos que pueden ser complementados por otros similares por parte de los tribunales de los Estados miembros⁴:

- El primero de los criterios es “la existencia de un vínculo de subordinación” (NOGLER, 2009). La dependencia, desde una nueva conceptualización amplia y renovada adaptada a las características de los modelos de la economía digital, existirá siempre que se detecten indicios significativos del prestador del servicio actúe bajo la dirección de la plataforma, que es quien determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales⁵, sin que sea un factor decisivo el que se ocupe de realizar el ejercicio efectivo de la gestión o la supervisión de manera continua⁶.
- En segundo lugar se halla el criterio de la “naturaleza del trabajo”, que implica que “el prestador del servicio subyacente debe llevar a cabo una actividad de valor económico, que sea real y efectiva”, exceptuando las actividades que se lleven a cabo a una escala tan pequeña que puedan considerarse meramente marginales

2 STS de 25 de enero de 2000 (RJ 2000/1312) y STS núm. 170/2009 de 23 de noviembre de 2009.

3 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

4 Estos elementos definitorios ya se habían precisado por la Comisión en su Comunicación “Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes”. COM (2010) 373 final, pág. 4-6.

5 Sobre la apreciación del criterio de subordinación se ha pronunciado el TJUE en la sentencia del caso Jany y otros contra Staatssecretaris van Justitie (C-268/99).

6 Sobre este criterio, STJUE de 11 de noviembre de 2010, Dita Danosa contra LKB Lizings SIA (C-232/09).



y accesorias”. Tal consideración resulta concordante con la previsión en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.3 LET) de exclusión del carácter laboral de las actividades ocasionales, marginales y accesorias (en función de las horas, el salario, o las características del servicios prestado).

- Finalmente, el tercer criterio es el de la “remuneración”. En los casos en que se pueda comprobar la falta de libertad económica del prestador de servicios –toda vez que éste presta el servicio conforme a unos cánones económicos programados– se puede concluir que la plataforma es la que se ocupa de coordinar y dirigir la prestación de servicios y, por ende, se trata de una prestación de servicios en régimen de subordinación (AGOTE, 2017:15).

Con todo, no hay que olvidar que “las notas tradicionales de laboralidad se presentan muy atenuadas en las prestaciones de servicios que tienen lugar en el nuevo entorno digital” (CAVAS, 2017: 47). Concretamente, se aprecia cómo el concepto de subordinación o dependencia se erige en el elemento clave para delimitar en que supuestos existe relación laboral en la prestación de servicios por cuenta ajena, perdiendo relevancia en estos casos el elemento de la ajenidad. Tal afirmación coincide con la postura mantenida por el TJUE al entender este que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”⁷. Además, cabe indicar que “que en muchas plataformas puede concurrir el elemento de ajenidad en su distintas vertientes: a) En los medios, dado que la app y plataforma virtual se consideren el elemento más importante para realizar la prestación; b) En los frutos, en la medida que sea la plataforma quien perciba los importes de la prestación y decida la retribución del prestador; c) en los riesgos de la actividad, en la medida en que sea la plataforma quien asuma las consecuencias de los daños o de los errores; y d) En el mercado, al asumir la política de los servicios, sus características y teniendo la relación directa con los clientes” (AGOTE, 2017:12).

Sin embargo, determinar la concurrencia del requisito de la dependencia en la relación entre el prestador de servicios y la plataforma se torna un hazaña difícil ante la existencia de elevadas dosis de libertad y auto-organización favorecida por los medios electrónicos en el entorno digital (TODOLÍ, 2017:25 y ss.). Por tal motivo, en el nuevo panorama de relaciones de empleo a través de plataformas digitales, se empieza a hablar de “parasubordinación” (VALLECILLO, 2017: 3), entendiéndose que concurre la nota de dependencia (ahora no absoluta sino flexibilizada) cuando el prestador de servicios se encuentra inserto en el círculo rector y disciplinario de la empresarial⁸, de modo que la protección laboral alcanza a personas que trabajan previo encargo del cliente con o sin

7 STJCE de 3 de julio de 1986. Asunto C-66/85.

8 STSJ Navarra 30 de diciembre de 2000 (AS 2001/366).



sujeción a un horario establecido, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de una organización empresarial⁹. Este concepto flexibilizado de la nota de subordinación no es nuevo, ya que es doctrina consolidada de la sala cuarta del Tribunal Supremo entender que el trabajo subordinado no es incompatible con un espacio – indefinido, más o menos amplio – de autonomía en el desarrollo de la actividad profesional¹⁰.

3. EL TRABAJO A DEMANADA VÍA APPS ANTE LOS TRIBUNALES: EL CASO UBER

Hasta el momento, a falta de una normativa específica al respecto, los tribunales han analizado si en la prestación de servicios en este nuevo escenario de la *platform economy* u *on demand economy* concurren los indicios de laboralidad (AGOTE, 2017:7). El ejemplo más paradigmático hasta el momento es el propio de la relación entre Uber y los prestadores de servicio de transporte, pues la empresa se ha ido encontrando con la corrección realizada por los tribunales en países como Estados Unidos¹¹, Dinamarca, Francia, Alemania, Reino Unido¹² y España¹³, que han declarado la naturaleza laboral de Uber con sus conductores –rechazando el carácter de autónomos– por carecer los conductores de una auténtica organización empresarial propia y autónoma y encontrarse sujetos a la dirección, instrucciones y control de Uber (PÁRAMO, 2017: 190-192; TODOLÍ: 2017:56 y ss.; CAVAS, 2017: 48-53; BELTRÁN DE HEREDIA, 2018: 57 y ss.).

La inserción de Uber en el mercado de transporte de personas por carretera en ciudad ha generado una serie de conflictos jurídicos asociados a la pretensión de la empresa de “autodefinirse como simple intermediario entre el cliente y el prestador de

9 STS de 19 de julio de 2002.

10 SSTs de 6 de octubre de 2010 (RJ 5017) y de 19 de febrero de 2014 (RJ 2075).

11 Decisiones del United States District Court (Northern District of California), de 11 de marzo de 2015 (asunto O'Connor et al. Vs. Uber Technologies Inc.) y de 3 de junio de 2015 (asunto Barbara Ann Berwick vs Uber Technologies Inc.). También la decisión de la Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon de 14 de octubre de 2015 y la decisión de 1 de junio de 2015 de la California Unemployment Insurance Appeals Board (case No. 5371509-Reopened)

12 Resolución de 28 de octubre de 2016 del Central London Employment Tribunal (caso número 2202551/2015 y otros).

13 Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (expediente núm. 8/0025767/14). Sobre la actuación de la ITSS, *vid.* Blog de E. ROJO TORRECILLA, de 3 de noviembre de 2016, y de 31 de agosto de 2015. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/11/pues-si-uber-merece-serobjeto-y-lo.html>. [Fecha de consulta 2 de febrero de 2018]. Postura confirmada finalmente en las SSTs núm. 81/2018, de 24 de enero de 2018; núm. 87/2018, de 25 de enero de 2018; núm 921/2018, de 4 de junio de 2018.



servicios a través de su *app* (...) sin atender a ciertas obligaciones y exigencias legales: disponer de una autorización administrativa y contar con una tarifa previamente determinada que impediría la competencia desleal con las empresas” (TRILLO, 2017:8). Uber entiende que no existe relación laboral con los conductores *–partners–* toda vez que su actividad se limita a la puesta a disposición de una plataforma virtual donde los clientes pueden localizar a la persona concreta que prestará el servicio a través de una aplicación móvil gratuita que facilita el acceso vía GPS al conductor de Uber que se encuentre en activo. Para Uber los conductores tienen la consideración de trabajadores autónomos, en tanto que, además de titulares de un vehículo y asumir directamente los gastos de la actividad, deciden “libremente” cuánto y cuándo trabajar, sin estar sujetos a una jornada mínima ni a horarios concretos¹⁴. Esta supuesta libertad organizativa es la que utiliza la empresa para declarar su naturaleza de mera empresa tecnológica, cuya actividad consiste únicamente en disponer los medios técnicos y organizativos para facilitar el contacto entre usuarios y titulares de vehículos para desplazamientos urbanos.

Obvia Uber que en su relación con los conductores concurren todos los presupuestos sustantivos que caracterizan la relación laboral de acuerdo con lo previsto en el art. 1.1 LET (o en la respectiva legislación nacional del país de que se trate o el derecho europeo), de manera que deben ser dados de alta como trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social. De modo simplificado, se enumeran a continuación algunas de las características más significativas de la relación entre Uber y los conductores que han permitido a los tribunales –y a la ITSS en nuestro país– detectar la concurrencia de las notas de dependencia, ajenidad y retribución (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2017: 8; VALLECILLO, 2017:6).

Así, se ha apreciado como primer indicio de dependencia el proceso de selección al que tienen que enfrentarse las personas que desean acceder a la plataforma para ser conductores de Uber, y es que para poder ser socio-conductor de Uber exige superar un proceso de selección consistente en superar un test de aptitud del conocimiento de la geografía de la ciudad donde presta el servicio de transporte de personas, acreditar disponer de un permiso de conducir válido durante un mínimo de tres años, y que el vehículo que se utilice para la prestación del servicio disponga de seguro en vigor y no tenga una antigüedad superior a diez años. Además, Uber posee los datos personales de los pasajeros y de los trayectos, que no comparte con los conductores, y también asume el riesgo de la actividad, puesto que el precio del trayecto es fijado por Uber y abonado por el usuario a Uber, sin que se admita la libre fijación de precios por los conduc-

14 Según consta en la decisión del United States District Court¹⁸, el contrato firmado entre los conductores y Uber establece que las partes “expressly agree that this Agreement is not an employment agreement or employment relationship” Northern District of California, O’Connor *et al.* Vs Uber Technologies Inc., Núm. C-13-3826 EMC, 11 de marzo 2015, pág.3.



tores ni la aceptación de propinas. Otros indicios de la asunción del riesgo por parte de Uber son el hecho de que sea la plataforma la que asuma los costes derivados de la limpieza del vehículo cuando el pasajero lo ensucia, o bien aquellos costes provocados por actuaciones fraudulentas de clientes. En otros casos (como en el de Reino Unido) quedó comprobado que Uber asumía los costes derivados de quejas por los clientes, sin perjuicio de poder detraer esos costes de los importes que abona a los conductores con carácter semanal; y que gestiona esas quejas sin, en ocasiones, consultar la cuestión con el conductor afectado. En materia de tiempo de trabajo, frente a la supuesta “absoluta libertad” de que dispone el conductor, se detecta que Uber establece una “prestación de servicios mínima”¹⁵ reservándose la posibilidad de deshabilitar temporal o definitivamente a un conductor cuando éste haya recibido evaluaciones negativas por parte de los usuarios o rechace demasiados servicios (indicio de poder disciplinario), además de fijar los requisitos para la cancelación de trayectos por parte de los conductores. Como muestra de su poder de dirección y control, Uber prohíbe expresamente a sus conductores permitir a alguien acceder al software o al servicio sin previa autorización por escrito de la empresa o utilizar un conductor que no haya sido autorizado por la empresa para realizar la tarea ofrecida por este servicio (considerándose estas prácticas de incumplimiento del contrato); y establece a los conductores “recomendaciones” (en realidad, auténticas instrucciones empresariales con el fin de estandarizar la prestación de servicio que ofrece Uber a los usuarios) sobre la forma de prestación de los servicios que incluyen: vestir de forma profesional, apagar la radio o reproducir música suave durante un servicio, abrir la puerta al cliente o incluso acompañarlo con un paraguas al entrar y salir del vehículo en caso de lluvia (VALLECILLO, 2017:10).

A la vista de la concurrencia de todos estos factores o indicios de laboralidad que delatan la existencia de una relación laboral, se concluye que a pesar de que Uber se presente como una simple proveedora de tecnología (plataforma tecnológica), esta organización tiene un negocio de transporte y emplea a los conductores que le proporcionan el trabajo cualificado que ella necesita para prestar sus servicios y conseguir sus beneficios. Admitir lo contrario sería satisfacer el “sueño empresarial de alcanzar utilidades patrimoniales a través del trabajo humano sin que ello implique ninguna obligación para con la persona que lo desarrolla, olvidando uno de los principios fundamentales del mal llamado mercado de trabajo como es el hecho de que los conductores que trabajan bajo

15 Según el Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña, a pesar del reconocimiento formal de la libertad horaria de que disfruten los conductores, entiende que Uber les impone de manera indirecta, el seguimiento de un horario establecido, al estar sujetos a un sistema de productividad consistente en estar conectados un mínimo número de horas al día o a la semana, que con carácter previo se fija por parte de Uber según su propia conveniencia.



el control de la empresa Uber son merecedores de una especial protección por cuanto la relación que se establece no es de igualdad, sino de subordinación” (TRILLO, 2017:8).

Y este ha sido precisamente el razonamiento del TJUE en la sentencia de 20 de diciembre de 2017 –Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.– (asunto C-434/15) que respondiendo a la petición de decisión prejudicial elevada mediante auto de 16 de julio de 2016 por el magistrado encargado de la demanda contra Uber por competencia desleal en el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona sobre la legalidad o no de prohibir este servicio en España, ha confirmado la argumentación del abogado general de la Unión Europea (Sr. Maciej Szpunar) recogidas en sus conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2017¹⁶, y finalmente ha resuelto que Uber "está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de servicio en el ámbito de los transportes". A mayor abundamiento se desnaturaliza el modelo original de Uber, denominado UberPop, y se confirma que la *app* de Uber es indispensable tanto para los conductores como para los viajeros particulares y que Uber ejerce una influencia decisiva –indicios suficientes de dependencia– sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores.

En consecuencia, el TJUE determina que debe considerarse que el servicio de intermediación de Uber forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es el transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información”, sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes” y, por ende, “un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios en general, así como del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico”. Al estar considerada como una auténtica empresa de transporte y no una plataforma digital de intermediación entre viajeros, está obligada a trabajar con licencia -como la de vehículos de alquiler con conductor (VTC) con las que actualmente trabaja en España- y no podrá ser operada por conductores particulares.

Sin duda, este pronunciamiento es determinante pues con él se abre la posibilidad a que se pueda aplicar el mismo criterio a otras plataformas como Deliveroo, Airbnb, etc.; reforzándose con ello lo previsto en la *propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles* que pretende garantizar “un nivel de protección universal básico e n las formas contractuales presentes y futuras”, fijando a tal fin “derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión” (art. 1.2), sin olvidar la garantía del acceso a la protección social y a los servicios de empleo prevista por Pilar Europeo de los Derechos Sociales (BELTRÁN DE HEREDIA, 2018: 71 y ss.).

16 Disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-434/15>



3. SOBRE LA NECESARIA CREACIÓN DE UNA NUEVA CATEGORÍA PROFESIONAL PARA LOS TRABAJADORES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Una de las características esenciales por las que la relación entre la plataforma y el prestador de servicios tiene difícil encaje en el contrato de trabajo ha sido la falta de concurrencia de uno de los elementos de la relación sinalagmática laboral, esto es, la falta de concreción del tiempo de trabajo. Si entendemos que el contrato de trabajo debe marcar las características temporales de la prestación, ¿puede calificarse de contrato de trabajo una prestación de servicios caracterizada por la libertad absoluta del prestador para realizar su prestación el número de días y horas que prefiera, sin que exista una obligación de prestación mínima?¹⁷.

Ante la dificultad de ajustar los indicios tradicionales del test de laboralidad a las características que concurren para la prestación de servicios a través de plataformas, algunos expertos han defendido la pertinencia de crear una categoría de trabajadores específicos, propia y diferenciada para aquellas personas que presten servicios a través de plataforma electrónicas. El “status laboral” de la mayor parte de las personas que desarrollan su actividad profesional a través de las nuevas plataformas digitales no se corresponde de forma nítida e indubitada con la figura del trabajo autónomo, ni tampoco con la propia del trabajador por cuenta ajena, generándose en consecuencia “una mayor vulnerabilidad de este colectivo, en la medida en que no cuenta con la protección legal de las/os asalariadas/os, pero tampoco con las mismas condiciones de las/os autónomas/os” (ROCHA.,2017:8). En este sentido, es importante tanto concretar la categorización del trabajo prestado en el entorno digital como también adaptar la regulación existente –o, en su caso, intervenir legislativamente para crearla– a fin de crear herramientas normativas capaces de proteger eficazmente a los trabajadores en la economía colaborativa (al “cybertariado”¹⁸), delimitando así su propio estatuto.

Partiendo de que resulta inadecuada la aplicación en bloque de la normativa laboral a este nuevo tipo de trabajadores en el entorno digital debido a su amplia libertad de decisión sobre cómo y cuánto trabajar, la fluctuabilidad de los ingresos obtenidos, el seguimiento tecnológico permanente de su actividad, etc., se ha considerado oportuno buscar

17 Manteniendo una postura negativa a la existencia de un contrato de trabajo en estos casos, sobre la base de que “la libertad de trabajar cuando y si se quiere elimina radicalmente el requisito de la dependencia –inherente a la relación laboral por cuenta ajena–”, (AGOTE, 2017:14).

18 Así denomina Huws a las personas conectadas a una app a la espera de un encargo. (HUWS, 2003:208).



una solución alternativa¹⁹. En este sentido, se ha indicado que “la equitativa pretensión de dotar de un estatuto protector, inspirado en el que proporciona el Derecho del Trabajo, a ciertas categorías de trabajadores no dependientes, debería discurrir, no por vía de desdibujar el concepto de dependencia para hacer entrar en él formas de trabajo cuasi o semidependiente, sino por la más clara y rigurosa de asimilar dichas categorías a los trabajadores dependientes” (MONTROYA, 1998:724). En concordancia con este razonamiento se ha planteado como posible solución introducir en el ordenamiento jurídico una relación de tercer tipo entre el trabajo dependiente y el trabajador autónomo, que dotaría de un estatuto jurídico propio a este conjunto de relaciones de prestación de servicio que, como se ha visto, no pueden equipararse a las relaciones laborales en sentido estricto (REVILLA, 2003: 317 y 318).

Se estaría, de esta manera, cumpliendo con las previsiones del nacimiento del “trabajo libre por cuenta ajena” que se anunciaba a mediados del siglo pasado²⁰ –pero que choca frontalmente con el criterio mantenido por la jurisprudencia– según el cual el trabajo subordinado no admite espacios de autonomía o la utilización de medios de producción propios²¹. Sobre esta cuestión, resulta especialmente clarificador el razonamiento de quienes afirman que

“en un futuro, probablemente será necesario el replanteamiento de la nota de laboralidad de subordinación y dependencia jurídica. El trabajo en el marco de plataformas virtuales y formas de organización de la producción como el crowdsourcing hace pensar en posibles formas de trabajo en las que la tradicional nota de dependencia se encuentra fuertemente alterada o, incluso, desvirtuada. Esto es, a diferencia del actual trabajo desarrollado en plataformas como Uber, Lift o Taskrabbik que claramente puede definirse como trabajo subordinado, podrían aparecer en el futuro empresas que, a pesar de intervenir en el servicio, no emplearan trabajo subordinado en el sentido actual del término. Las nuevas tecnologías –en un futuro no necesariamente lejano– permitirán formas de trabajo cada vez más independiente” (GINÈS y GÁLVEZ, 2016: 37).

Una de las posibles alternativas que se han planteado en este debate en torno al status del trabajador en el seno de la economía digital ha sido la posible creación de una nueva categoría profesional denominada “trabajador independiente”. Uno de los países que ha marcado un gran avance en este sentido ha sido Francia en su reforma laboral de agosto de 2016 al introducir la “responsabilidad social de las plataformas” y la creación

19 Afirmando que “la protección de las condiciones laborales existentes actualmente no parece que se adapten completamente a los nuevos modelos de negocio”, (TODOLÍ, 2015: 15).

20 Se afirmaba entonces que “En un sentido amplio, que es el que nos parece más defendible sobre todo proyectado con vistas al futuro, el objeto del Derecho laboral vendría representado por ser el trabajo libre por cuenta ajena, comprendiéndose así no sólo el englobado bajo la noción de subordinación, sino también aquel otro que fuese prestado sin atender a tal situación de dependencia”, (ALONSO, 1958: 94).

21 STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1427).



del concepto de “trabajador independiente” (artículos L7342-1 a L7342-6 del Code du Travail). De esta forma, se concretan una serie de derechos para estos trabajadores independientes, como el derecho a concertar colectivamente la interrupción de su prestación de servicios con la finalidad de defender sus intereses profesionales y el derecho de sindicación (HARRIS y KRUEGER, 2015: 16); y de forma específica, a los prestadores que alcancen un determinado nivel de ingresos²², se les garantiza además, la cobertura de accidentes de trabajo y formación profesional continua. (AGOTE, 2017:15 y 16; y BELTRÁN DE HEREDIA, 2018: 56 y ss.).

La traslación a España de este debate en torno a la calificación jurídica de los trabajadores a demanda vía app y de las propuestas acerca de la creación de una categoría profesional de trabajadores independientes en el marco de la economía digital propiciado la aparición de propuestas de regulación alternativas. Una de las opciones que se han formulado ha sido la equiparación a la figura del “trabajo autónomo económicamente dependiente” (TRADE) conforme a lo previsto en Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (arts. 11 y ss.). Esta vía fue la empleada por muchas startups para intentar cumplir con la legalidad y evitar posibles sanciones de la ITSS por clasificación errónea como autónomos. Ahora bien, la figura del TRADE tiene difícil encaje en este nuevo modelo de negocio por constituir una “subcategoría de los trabajadores autónomos” (TODOLÍ, 2016: 64) sin que pueda tener subordinación, dependencia, ni ajenidad de la plataforma o de ningún otro empresario. Por tanto, si se puede detectar que la plataforma interviene en la prestación de servicios ejerciendo el control y dando instrucciones a los prestadores de servicios (como en el caso de Uber), no podríamos hablar de autónomo (sea o no económicamente dependiente) sino de trabajador común (CAVAS, 2017:55). Otra de las razones por las que la figura de los TRADE no puede ser aplicada a los prestadores de servicios de la economía digital se basa en que la legislación exige que estos (los TRADE) tengan un cliente mayoritario (con dependencia económica del 75%). Esto no sucede en el entorno propio de la economía digital, donde las plataformas virtuales ejercen únicamente como intermediarios que ponen en contacto a la persona que desea un servicio con la persona que lo provee, ya que los prestadores de servicios suelen pertenecer a varias plataformas virtuales para poder garantizarse un nivel de ingresos adecuado.

Descartada la posibilidad de emplear la figura del TRADE más allá de aquellos supuestos en que efectivamente se cumplan los presupuestos propios de esta figura, la propuesta más factible para la categorización de la relación entre la plataforma y los prestadores de servicios, es la que propugna la creación de una nueva relación laboral especial (art. 2 LET) [TODOLÍ, 2017:64-65], cuya regulación específica habría de introducir las adaptaciones y modificaciones de la normativa laboral –en materia de jornada, retri-

22 Los umbrales de ingresos vienen fijados por el *Décret n° 2017-774 du 4 mai 2017 relatif à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique*.



bución, descansos, horas extraordinarias, etc.– que sean requeridas de acuerdo con las particulares características de este modelo de negocio. Especial mención merecerán, por su especial singularidad, las cuestiones relacionadas con la titularidad, uso y protección de los medios de producción (apps, dispositivos móviles, etc.), las cuestiones relativas a prevención de riesgos laborales, así como las referidas a la protección social. Respecto a estas últimas, se ha apuntado la oportunidad de crear un sistema especial *ex art. 11 LGSS* dentro del régimen de Seguridad Social para trabajadores por cuenta ajena (régimen general) y configurar reglas específicas en materia de encuadramiento, afiliación cotización y recaudación (CAVAS, 2017: 54).

Con todo, a la luz del reciente pronunciamiento del TJUE anteriormente mencionado, debe aguardarse hasta conocer el sentido en que se abordará en nuestro país el contenido de la Proposición no de Ley de la Comisión de Empleo y Seguridad social del Congreso de los Diputados, aprobada con modificaciones en diciembre de 2017, sobre la definición de las modificaciones normativas necesarias para adecuar las relaciones económico-laborales entre individuos y empresas en el marco de las plataformas digitales.²³

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGOTE, R., (2017). “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”. *IUSLabor*. Núm. 1, pág. 1-18.
- ALONSO GARCÍA, M. (1958). *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*. Barcelona: Bosch.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018), “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”, Ponencia XXIX Jornades Catalanes de Dret Social (marzo'18). Pendiente de publicación.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., (2017). “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”. *CEF-Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 406, pág. 23-55.
- GINÈS i FABRELLAS, A. y GÁLVEZ DURAN, S. (2016). “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”. *InDret*. Núm.1, pág. 1-44.
- HARRIS, S.; and KRUEGER, A. (2015). A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”. Discussion Paper 2015-

23 BOCG núm. D-277 de 29/12/2017, pág. 29.



- 10 [artículo en línea]. The Hamilton Project. Brookings. [Fecha de consulta: 2 de febrero de 2018].
- HUWS, U., (2003). *The Making of a Cybertariat: Virtual Work in a Real World*. Londres: The Merlin Press.
- MONTOYA MELGAR, A. (1998). “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 91, pág. 709-723.
- NOGLER, L. (2009). *The concept of “subordination” in European and comparative Law*. Italia: Universidad de Trento.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2016). *Derecho del Trabajo*. 23ed. Madrid: Ramón Areces.
- PÁRAMO MONTERO, P. (2017). “Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Núm. 128, pág. 183-207.
- REVILLA ESTEVE, E. (2003). *La noción de trabajador en la economía globalizada*. Navarra: Aranzadi.
- ROCHA SÁNCHEZ, F. (2017). “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”. Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2017). “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital”. Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2017). “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”. Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017.
- SERRANO OLIVARES, R. (2017). “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa –o mejor, economía digital a demanda–, trabajo 3.0 y laboralidad”, en *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Bomarzo, págs. 19-49.
- TODOLÍ i SIGNÉS, A. (2015). “El impacto de la “UBER ECONOMY” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUSLabor*. Núm.3, pág. 1-25.
- TODOLÍ i SIGNÉS, A., (2016). “¿La figura del TRADE resuelve los problemas laborales de la uber economy?”, en el Blog Argumentos de Derecho Laboral [Fecha de consulta: 2 de febrero de 2018]
- TODOLÍ i SIGNÉS, A., (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.



- TRILLO PÁRRAGA, F. (2017). “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”. *Revista de Derecho Social*. Núm. 76, pág. 59-82.
- TRILLO PÁRRAGA, F., (2017). “Relaciones de trabajo en la economía digitalizada”. Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”. Madrid, 28 de marzo de 2017.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R., (2017) “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”. Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017.



CONSUMIDORES Y COMERCIO ELECTRÓNICO
EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES /
CONSUMERS, E-COMMERCE & DIGITAL PLATFORMS



RECLAMACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS Y PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR¹

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Islas Baleares*

RESUMEN: Las condiciones generales del contrato de plataformas colaborativas que ofrecen servicios de alojamiento (como es la plataforma *Airbnb*) suelen contener cláusulas sobre jurisdicción para resolver las posibles controversias que se puedan derivar de la prestación de los servicios. Tales cláusulas merecen un especial análisis puesto que en la mayoría de las ocasiones vulneran la normativa europea, en concreto, lo dispuesto en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), así como lo dispuesto en las transposiciones nacionales de la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**, modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

PALABRAS CLAVE: Reclamaciones internacionales, condiciones generales del contrato, Cláusulas de jurisdicción, Airbnb.

1. LOS TÉRMINOS DE SERVICIO DE LA PLATAFORMA AIRBNB

Para entender el contexto de la problemática que presento tomaré como referencia los denominados “Términos de Servicio” de Airbnb. Esto es, las condiciones generales del contrato al que se someten tanto los anfitriones como los huéspedes que se sirven de la plataforma teniendo en cuenta la siguiente disposición:

“Los presentes Términos de Servicio (“**Términos**”) constituyen un contrato legalmente vinculante (“**Contrato**”) entre usted y Airbnb (conforme a lo definido a continuación) que rige su acceso y utilización del sitio web de Airbnb, incluido cualquier subdominio del

1 Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+I Tratamiento Legal del Turismo colaborativo y Plataformas online (DER2017-83073-R) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.



mismo, así como de cualquier otro sitio web a través del cual Airbnb ponga a disposición sus servicios (denominados, conjuntamente, el “**Sitio Web**”), nuestras aplicaciones para móvil, tableta y demás dispositivos inteligentes, así como interfaces de programa de aplicaciones (denominadas, conjuntamente, la “**Aplicación**”) y todos los servicios asociados (denominados, conjuntamente, los “**Servicios de Airbnb**”). En adelante, el Sitio Web, la Aplicación y los Servicios de Airbnb se denominarán, conjuntamente, la “**Plataforma de Airbnb**”. Nuestros Términos de Garantía del Anfitrión, Política de Reembolso al Huésped, Política Contra la Discriminación y demás políticas aplicables a su utilización de la Plataforma de Airbnb, se incorporan por referencia al presente Contrato”.

Siendo así, los “Términos de Servicio” constituyen el contrato vinculante entre las partes. Airbnb alerta así: “Lea detenidamente los presentes Términos de Servicio, ya que contienen información importante acerca de sus derechos legales, recursos y obligaciones. Al acceder a o utilizar la Plataforma Airbnb, usted acepta cumplir y someterse a los presentes Términos de Servicio”. Sin embargo, la primera pregunta que nos hacemos es: ¿Qué porcentaje de anfitriones y huéspedes leen tales condiciones antes de celebrar su contrato?; la segunda pregunta es: aquellos aventurados que lo hacen, ¿son capaces de entender los 22 términos de servicio?

En concreto analizaré el término 21 (Legislación y fuero aplicables) presente en tales condiciones del contrato, centrándome en el fuero aplicable, esto es, lo que en Derecho Procesal Civil Internacional se denomina “Jurisdicción” o “Competencia judicial internacional”. Dicha cláusula sobre fuero aplicable es relevante desde el momento en que el uso de plataformas colaborativas que ofrecen servicios de alojamiento nos sitúa en la mayoría de las ocasiones en el contexto de la contratación internacional, por cuanto normalmente el anfitrión y el huésped no residen en el mismo país y en la que, en el caso que nos ocupa de Airbnb, media una plataforma cuya sede social está radicada en California (EEUU), Irlanda o China.

Siendo así, se presenta necesario prestar especial atención a las condiciones generales del contrato, en concreto a las cláusulas sobre jurisdicción que nos determinarán los tribunales ante los cuales podemos resolver las disputas derivadas del uso de la plataforma Airbnb, bien seamos anfitriones o bien huéspedes.

2. TÉRMINOS SOBRE LA RESOLUCION AMISTOSA DE DISPUTAS DERIVADAS DEL USO DE LA PLATAFORMA AIRBNB

2.1. Resolución de litigios alternativa a la vía judicial

En primer lugar, cabe mencionar que nuestro análisis se centra en la vía judicial. Sin embargo, la Plataforma Airbnb ofrece la posibilidad de solucionar las disputas mediante procesos de carácter amistoso.



En primer lugar, la plataforma ofrece resolver las disputas a través del Centro de Resoluciones (término de servicio 9.8).

Asimismo, la plataforma prevé un sistema de resolución de disputas basado en el arbitraje si anfitrión o huésped reside en Estados Unidos; o no resida en Estados Unidos, pero emprenda una reclamación contra Airbnb en Estados Unidos. Dicho sistema se regula en el término de servicio 19.

Si anfitrión o huésped reside en la UE, Airbnb remite a la plataforma de resolución de litigios en línea de la Comisión Europea (<http://ec.europa.eu/consumers/odr>)², teniendo en cuenta que Airbnb Ireland no se compromete ni está obligada a utilizar una entidad de resolución de litigios alternativa para resolver disputas con los consumidores (término de servicio 22.8).

3. TÉRMINOS SOBRE LA VÍA JUDICIAL PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DERIVADAS DEL USO DE LA PLATAFORMA AIRBNB

Si la disputa no se soluciona mediante procesos de carácter amistoso, cabe acudir a la vía judicial. Es el término 21 el que se pronuncia sobre la legislación y fuero aplicables, esto es, qué ordenamiento jurídico se aplica al contrato y qué tribunales son competentes para conocer las controversias derivadas del contrato con la plataforma Airbnb. Cabe advertir que nuestro análisis se centrará tan solo en el fuero aplicable, esto es, en la competencia judicial internacional³.

Se define la competencia judicial internacional como «la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales». Se trata de determinar en qué casos y con arreglo a qué criterios y principios, los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas españolas pueden entrar a conocer de tales litigios y cuestiones derivadas de situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria. Ahora bien, como apunta GARAU SOBRIÑO la denominación «competencia judicial internacional» no es correcta, a pesar de su

2 Sobre dicha plataforma, véase...

3 Sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción véase Garau Sobrino, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Nº2, pp. 52-91. PELÁEZ DEL ROSAL, M. *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, pp. 167 ss; CALVO CARAVACA, A. L., *La sentencia extranjera*, pp. 74 ss.; QUIÑONES ESCAMEZ A., “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *R.J. Catalunya*, 1987, pp. 660 ss.



utilización tradicional por la doctrina. Se justifica en que funda la jurisdicción *de los tribunales nacionales*, no de los supranacionales y, en segundo lugar, porque no reglamenta la competencia sino la *jurisdicción*. Siendo así, la competencia judicial internacional activa la potestad jurisdiccional de los tribunales españoles; en otras palabras, les otorga *jurisdicción*⁴.

La plataforma Airbnb dispone de tres tipos de cláusulas sobre legislación aplicable y jurisdicción, dependiendo del país de residencia del anfitrión y huésped.

- Así, si el país de residencia de anfitrión o huésped es Estados Unidos, se aplicará la legislación del estado de California y de los Estados Unidos de América y los procedimientos judiciales deberán entablarse en los juzgados estatales o federales de San Francisco, California, salvo pacto en contrario.
- Si el país de residencia de anfitrión o huésped es China, el contrato se someterá a la legislación de China y las disputas se someterán a la Comisión internacional china de arbitraje comercial y económico (CIETAC) para su arbitraje en Pekín, que se desarrollará con arreglo a las reglas arbitrales de la CIETAC vigentes en el momento del arbitraje.
- Si su País de Residencia de anfitrión o huésped no es Estados Unidos ni China (por ejemplo, España), el término se complica: “Si reside fuera de Estados Unidos o de China, los presentes Términos serán interpretados con arreglo a la legislación irlandesa. Queda excluida la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). La elección de legislación no afecta a sus derechos como consumidor de acuerdo con las normativas de protección al consumidor de su país de residencia. Si actúa como consumidor, usted acepta someterse a la competencia no exclusiva de los juzgados irlandeses. Los procedimientos judiciales que pueda emprender contra nosotros y que se desprendan de, o guarden relación con, los presentes Términos solo podrán entablarse ante un juzgado local situado en Irlanda o un juzgado competente en su lugar de residencia. Si Airbnb desea ejecutar alguno de sus derechos contra usted como consumidor, podremos actuar de tal manera únicamente en los juzgados de

4 El concepto de «jurisdicción» debe interpretarse a la luz del art. 117.3 CE («el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos [...] corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»). Ahora bien, el concepto es multívoco pues comprende no sólo el significado derivado del mencionado artículo, sino también el referido al *orden jurisdiccional* que va a entender de un asunto. En este último sentido se habla de jurisdicción civil, penal, contencioso administrativa y social o laboral. Véase GARAU SOBRINO, F.F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2008, pp. 22-23.



la jurisdicción en la usted resida. Si actúa como empresa, usted acepta someterse a la competencia exclusiva de los juzgados irlandeses”.

Esto es, se distingue si el demandante es consumidor o es empresario (por ejemplo los denominados “prosumidores”, esto es, particulares anfitriones que se convierten en empresarios). Si el demandante es un consumidor se determina la competencia bien de los tribunales de Irlanda o los tribunales del lugar de residencia del consumidor. Si el consumidor es demandado por Airbnb, se determina la competencia exclusiva de los tribunales del lugar de residencia del consumidor. Si el demandante es considerado empresario, se declara la competencia exclusiva de los tribunales irlandeses.

4. VALIDEZ DE ESTE TIPO DE CLAUSULAS EN EUROPA

La cuestión que se plantea aquí es la siguiente: ¿Puede la plataforma airbnb insertar este tipo de cláusulas en sus condiciones generales de la contratación si dirige su oferta a países europeos? El huésped de los servicios de esta plataforma o el anfitrión que desee interponer una demanda contra Airbnb ¿debe siempre y en todo caso resolver sus posibles controversias surgidas del uso de la plataforma en los tribunales descritos en sus cláusulas?

Si planteamos el supuesto desde una perspectiva europea, deberemos atender a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis) y por otro lado, a lo dispuesto en las correspondientes transposiciones a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**, recientemente modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

4.1. El problema de la calificación de los hechos

La admisibilidad de dichas cláusulas se encuentra relacionada con la calificación de las relaciones entre los operadores de plataformas colaborativas y los usuarios de las mismas, que en el caso de Airbnb son el anfitrión y el huésped.

Teniendo en cuenta que las posibles controversias que se puedan derivar de la prestación de los servicios pueden plantearse en tres direcciones: entre Airbnb-anfitrión; entre Airbnb-huésped o entre anfitrión y huésped, conviene calificar la responsabilidad derivada de esta nueva forma de contratación de viviendas vacacionales.

El Derecho europeo distingue los foros en materia contractual y extracontractual, por lo que la calificación del tipo de relación entre los operadores de dichas plataformas es determinante. A su vez, resulta imprescindible determinar si se trata de relaciones



contractuales con consumidores o no. Estas cuestiones no quedan claras en el ámbito de la contratación mediante plataformas colaborativas y son las que plantean mayores problemas para determinar los foros aplicables.

Las cláusulas sobre jurisdicción insertas en las condiciones del contrato que se suscribe con Airbnb son aplicables a la relación entre Airbnb-anfitrión y entre Airbnb-huésped, y no en la relación entre anfitrión-huésped. Siendo así interesa resolver cómo se plantean las relaciones de huésped y anfitrión con Airbnb para determinar la validez de tales cláusulas.

4.2. La relación entre Airbnb con el anfitrión

La relación entre Airbnb con el anfitrión es claramente contractual. No hay duda que la relación que se establece entre los intermediarios y los proveedores de servicios es contractual de manera que, para que un proveedor aparezca en la plataforma es necesario que se haya celebrado un contrato entre ellos.

Siendo así, la determinación de la validez de las cláusulas de jurisdicción, insertas en las condiciones generales de la contratación, vendrán determinadas por lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis, toda vez que se descartan los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores, por considerarse que el anfitrión no es un consumidor en los términos establecidos en el propio Reglamento Bruselas I bis. A pesar de ello, el debate sobre si el anfitrión puede considerarse consumidor (“consumidor”) es un debate abierto que plantea muchas cuestiones también en el ámbito procesal. Téngase en cuenta que, de considerarse consumidor, le sería de aplicación la sección 4ª del Capítulo II del Reglamento Bruselas I bis, que contiene una regulación específica sobre la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores.

Partiendo de la idea de que el anfitrión no es considerado un consumidor le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis. Conforme establece el artículo 25, “las partes pueden acordar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Y dicha competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes”.

El acuerdo atributivo de competencia debe respetar los siguientes requisitos formales:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita;
- b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.



2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

[...]

Conforme a lo establecido en el art. 25, las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato con Airbnb serán válidas si cumplen con tales requisitos formales, siempre que:

- 1) Otorguen la competencia a tribunales de un Estado miembro. El término que afecta a los anfitriones considerados empresarios, que no residen ni en Estados Unidos ni China, declara la competencia exclusiva de los tribunales irlandeses. Por el momento tales cláusulas son válidas desde la perspectiva europea. Sin embargo, deberemos esperar a ver cómo afecta el Brexit a Irlanda, teniendo en cuenta que Irlanda del Norte no pertenecerá a la UE mientras que Irlanda del Sur continuará perteneciendo a UE. En este sentido, las cláusulas que otorgan la jurisdicción a los tribunales de Irlanda no resultan válidas en la medida que Irlanda no forme parte de la UE.
- 2) No sean nulas de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. En España debemos atender a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, resultado de la transposición al ordenamiento interno de la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.**

Para determinar que este tipo de cláusulas son nulas, se debe demostrar un abuso de la posición dominante. El juez debería declarar la nulidad de tal condición general por entenderla como abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

4.3. La relación entre Airbnb con el huésped

La relación entre Airbnb y el huésped es la que plantea mayores problemas a la hora de calificarla como contractual o extracontractual. En principio, la relación parece claramente contractual puesto que se exige un registro en la plataforma. Sin embargo, la responsabilidad de Airbnb en todo el proceso queda reflejada en la cláusula 18 del contrato celebrado entre Airbnb y el anfitrión en la que se rechaza la responsabilidad contractual de Airbnb si surge algún problema en relación con el cumplimiento del contrato, aplicable en consecuencia también al huésped.

Por ejemplo. Si un huésped ha sido engañado y no existe la casa arrendada, ¿puede reclamar a Airbnb? En principio parece que la cláusula de exoneración de responsabilidad exime de toda responsabilidad a Airbnb. En tales casos, el usuario quedaría despro-



visto de protección porque en su relación contractual con Airbnb está claramente dicho que Airbnb no es responsable por esos prejuicios, una vez que actúa solamente como agente, sea de cobros u otra.

Sin embargo, el Profesor Vidal⁵ defiende en tal caso una responsabilidad extracontractual objetiva, esto es la que opera independientemente de la culpa. Así, en opinión del autor, los intermediarios pueden ser llamados a responder por daños del usuario si no han tenido los cuidados que son exigibles al hombre medio (negligencia). Por ejemplo, si el intermediario no se preocupó por confirmar la identidad del proveedor y se verifica que su identificación en el portal es falsa, o si el intermediario no se preocupó de confirmar la existencia de las licencias exigibles. Se trata, en definitiva, de encontrar soluciones legislativas que minimicen los potenciales daños de los usuarios.

La opinión del autor se halla en línea con el artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico. Con arreglo a la legislación de la UE, las plataformas en línea, como proveedoras de servicios intermediarios de la sociedad de la información, están bajo determinadas condiciones exentas de la responsabilidad de la información que almacenan (véase el artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico).

La aplicabilidad de esta exención de responsabilidad dependerá de los elementos de hecho y de derecho, relacionados con la actividad realizada por la plataforma colaborativa y dicha exención se aplica cuando las actividades en cuestión se consideran servicios de alojamiento de datos con arreglo a la Directiva sobre el comercio electrónico. Para ello, su realización debe ser meramente técnica, automática y pasiva.

La exención de responsabilidad se aplica a condición de que la plataforma colaborativa no desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de la información ilícita y en cuanto tenga conocimiento actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Siendo así, Airbnb debería responder por daños causados y tendría derecho de regreso frente al anfitrión.

En tal caso, la determinación de la validez de las cláusulas de jurisdicción insertas en los términos de servicio se determinará en función de que entendamos la relación entre Airbnb con el huésped como contractual o extracontractual pues los foros varían.

5 Ponencia impartida en el Congreso Internacional denominado *Legal Aspects of Housing, Ensuring the effective exercise of the right to housing in the EU. Access to adequate and affordable housing for all*, Workshop *European instruments, policies and jurisprudence*, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, el 27 y 28 de Abril de 2017, con el título “*Viviendas vacacionales colaborativas: aproximación a los problemas de responsabilidad en la Unión Europea*”.



- a) Si entendemos que existe una **responsabilidad extracontractual objetiva**, la validez de dichas cláusulas vendrá determinada por lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis (ya analizado)
- b) Si entendemos que existe una **responsabilidad contractual**, la incorporación del acuerdo en el contrato vendrá determinada por lo dispuesto en la sección 4ª del Capítulo II del Reglamento Bruselas I bis, por cuanto se entiende que el huésped es un consumidor en los términos del Reglamento.

El Reglamento Bruselas I bis contiene la regulación sustantiva sobre la admisibilidad de tales acuerdos atributivos de jurisdicción, así como lo relativo a su forma y efectos⁶. En concreto, la sección 4ª del Capítulo II del Reglamento Bruselas I bis contiene una regulación específica sobre la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, aplicable cuando se cumplan las condiciones descritas en el propio artículo 17. Los foros del artículo 18 únicamente pueden ser alterados mediante un acuerdo de jurisdicción que reúna las *condiciones de admisibilidad* que establece el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis.

El artículo 19 Reglamento Bruselas I bis fija las *condiciones de admisibilidad* de las cláusulas de elección de foro cuando nos situamos ante contratos celebrados por consumidores, regulados en la sección 4ª del Capítulo II. Se trata de condiciones adicionales que persiguen la protección del consumidor, considerada la parte jurídicamente débil del contrato, las cuales no son exigibles en la contratación entre partes jurídicamente iguales. Conforme establece el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis, los acuerdos atributivos de competencia deben ser: posteriores al nacimiento del litigio; o que permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la misma sección o bien que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan la competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, siempre que la ley de éste no prohibiere tales acuerdos.

A tales condiciones de fondo se les deben sumar condiciones de *forma*, las cuales se regirán por lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 25 Reglamento Bruselas I bis.

Si el acuerdo sobre jurisdicción respeta las exigencias antes descritas, desplegará los *efectos* establecidos en el propio Reglamento Bruselas I bis. Entre ellas, la creación de una competencia exclusiva, salvo pacto en contrario de las partes. De no respetarse dichas exigencias, el convenio atributivo de jurisdicción no produciría efectos, por lo que la compe-

6 Véase in extenso, FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 29, 2015, pp. 1-36.



tencia judicial recaerá en los órganos judiciales designados por el artículo 18 Reglamento Bruselas I bis. Esto es, en caso de que el consumidor actúe como parte demandante tendrá la posibilidad de interponer la demanda *ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor*. Cuando el consumidor sea la parte demandada, *sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor*.

Una vez descritos los aspectos procesales relativos a los acuerdos atributivos de jurisdicción como son la *admisibilidad, forma y efectos*, que se regulan en el Reglamento Bruselas I bis, resta por analizar las cuestiones civiles como la *existencia y validez material* de los acuerdos de jurisdicción, contenidos en las cláusulas generales del contrato. La eficacia de las mismas podría verse condicionada por lo dispuesto en la normativa sobre condiciones generales de la contratación, en concreto por entender que dichas cláusulas, en el marco de contratación internacional de consumo, se entienden abusivas y por tanto nulas de pleno derecho.

La normativa que regula las condiciones generales de contratación se encuentra armonizada en el ámbito europeo por la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**⁷, recientemente modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores⁸ -en adelante, Directiva 2011/83/UE-. En España, el 29 de marzo de 2014, entró en vigor la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁹ -en adelante Ley 3/2014-. En consecuencia, mediante la Ley 3/2014 se procede a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹⁰, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE.

Por lo que respecta a la validez de las cláusulas de elección de foro no negociadas y contenidas en las condiciones generales del contrato, como es el caso que nos ocupa de Airbnb, se deberá atender a lo dispuesto en los artículos 82-91 del TRLGDCU, ambos inclusive.

7 *DOUE L 095, de 21 de abril de 1993.*

8 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE L 304/64, de 22 de noviembre de 2011.*

9 *BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.*

10 *BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2007.*



El artículo 90 se pronuncia en materia de cláusulas abusivas sobre competencia declarando que son abusivas las cláusulas que establezcan bien «*la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble*» (art. 90 apartado segundo).

En consecuencia, las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato de Airbnb podrían considerarse nulas de pleno derecho si no se corresponden con lo descrito en el art. 90 TRLGDCU.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA VIDAL, J., Ponencia impartida en el Congreso Internacional denominado *Legal Aspects of Housing, Ensuring the effective exercise of the right to housing in the EU. Access to adequate and affordable housing for all*, Workshop *European instruments, policies and jurisprudence*, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, el 27 y 28 de Abril de 2017, con el título “*Viviendas vacacionales colaborativas: aproximación a los problemas de responsabilidad en la Unión Europea*”.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 29, 2015, pp. 1-36.
- GARAU SOBRINO, F.F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2008.
- GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Nº2, pp. 52-91.
- PELÁEZ DEL ROSAL, M. *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974.
- QUIÑONES ESCAMEZ A., “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *R.J. Catalunya.*, 1987.



E-BAY DISPUTE RESOLUTION AND REVOLUTION: AN INVESTIGATION ON A SUCCESSFUL ODR MODEL

LUCA DAL PUBEL¹

*Information and Knowledge Society,
Universitat Oberta de Catalunya, Ph.D. Candidate.*

ABSTRACT: With the continuing growth of electronic commerce and markets a need for consumer protection has become a priority. The increase of transnational trades through e-markets has raised the number of low, value high-volume disputes in the ecommerce arena. Therefore, to effectively protect consumers, alternative forms of justice should become available and accessible to anyone who operates online. In the last two decades, we have assisted to a significant development in the practice of resolving disputes via the Internet and other modern digital applications. However, Online Dispute Resolution (ODR) has not advance as rapidly as the number of disputes for which there is no access to justice and no effective redress². Since its creation, eBay has been at the forefront of creating and developing resources for supporting ODR processes. Its Dispute Resolution Center is one of the biggest ODR systems in the world and has been considered by many the most successful example of Online Dispute Resolution. This study aims to examine whether eBay ODR system embodies principles of fairness, due process, accountability, and transparency. Additionally, this study will present a qualitative analysis of data collected from over two hundred reviews left by eBay consumers on the Better Business Bureau website with the aim of investigating issues experienced by eBay sellers and buyers with eBay Resolution program.

KEYWORDS: Online Dispute Resolution, eBay Dispute Resolution, Consumers, Consumer Protection, e-Commerce, Better Business Bureau.

- 1 Luca Dal Pubel is a Ph.D. Candidate on Information and Knowledge Society at the Universitat Oberta de Catalunya and an adjunct professor for the International Security and Conflict Resolution program at San Diego State University. His is email address is ldal_Pubel@uoc.edu
- 2 M. Ethan Katsh and Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes* (New York, NY: Oxford University Press, 2017).



1. INTRODUCTION

The innovation of information and communication technologies and the raise of Internet have reshaped the world economy. Consequently, social interaction has changed dramatically in the last two decades. Every day millions of trades are taking place on a virtual market square increasing profits for businesses around the globe. According to the recent report presented by the United States (U.S.) Census Bureau of the Department of Commerce³, total U.S. e-commerce retail sales for 2017 were estimated at \$453.5 billion, an increase of 16.0 percent ($\pm 1.2\%$) from 2016. Total retail sales in 2017 increased 4.4 percent ($\pm 0.4\%$) from 2016. E-commerce sales⁴ in 2017 accounted for 8.9 % of total sales while in 2016 accounted for 8.0 percent of total sales. Because of the spread of the Internet and digital payments, the number of digital buyers is expected to grow to over 2.14 billion people worldwide in 2021, up from 1.66 billion global digital buyers in 2016⁵. It is estimated that in 2020 four trillion of business transaction will take place online⁶. With such a rapid expansion of e-commerce more and more people trade, purchase, and negotiate online creating virtual interactions that are often the cause of real disputes. However, despite the variety of marketplaces available, consumers still find it hard to access justice remedies and resolve disputes when they arise out of online transactions. As noted by Schmitz and Rule, “Most resolution options available to consumers resemble those available decades ago: a 1-800 number, a complaint form, or an unsatisfying online chat process.”⁷ Customer services are often difficult to reach with consumers spending time on the phone on hold and customer service representatives that may at times not have the authority to provide remedies⁸. Also, some companies may restrict the remedies available to consumers by adding arbitration clauses to pur-

3 U.S. Census Bureau News. https://www.census.gov/retail/mrts/www/data/pdf/ec_current.pdf (accessed January 20, 2018).

4 The U.S. Census Bureau defines e-commerce sales as sales of goods and services where the buyer places an order, or the price and terms of the sale are negotiated over an Internet, mobile device (M-commerce), extranet, Electronic Data Interchange (EDI) network, electronic mail, or other comparable online system. Payment may or may not be made online.

5 Statista. <https://www.statista.com/statistics/251666/number-of-digital-buyers-worldwide/> (accessed January 20, 2018).

6 Retail & Commerce, “Worldwide Retail Ecommerce Sales Will Reach \$1.915 Trillion This Year,” *emarketer.com*, August 22, 2016, <https://www.emarketer.com/Article/Worldwide-Retail-Ecommerce-Sales-Will-Reach-1915-Trillion-This-Year/1014369> (accessed November 19, 201).

7 Amy J. Schmitz and Colin Rule, “The New Handshake: Where We Are Now,” *International Journal on Online Dispute Resolution* 3, no. 2 (2016): 85.

8 Ibid.



chase contracts. Instead, some others have understood the importance of providing fair, accessible, and effective redress to gain consumer's trust. As stated by Nadler, "A major concern for retail e-commerce is that it is often difficult for consumers to ascertain which websites are trustworthy. Websites lack many of the features that people typically rely on when making a judgment about whether a company is reputable."⁹ As reported by the Digital Single Market Strategy for Europe, e-commerce in the European Union (EU) is growing, but only 15% of consumers buy online from another EU country and 8% of all companies sell cross-border¹⁰. It has become clear that to boost e-commerce it is necessary to increase trust in online purchases and trades. Such e-confidence also depends on responsive redress systems that can be available to the individual when online transactions do not go as expected. Online Dispute Resolution provides solutions especially for low-value cross-border disputes. As noted by Ebner and Zeleznikow, "The unsatisfied purchaser of an item on eBay is more likely to prefer an online process for achieving redress rather than pursuing litigation with the seller, who may be based in another country."¹¹ Considering the most recent data that suggests that the average value of global online shopping orders as of 4th quarter 2017, by device ranges between \$94.59 and \$147.03¹², it seems obvious that more traditional forms of dispute resolution including Alternative Dispute Resolution (ADR) such as arbitration do not represent optimal solutions for low-value claims in the context of e-commerce. In the last decade, much innovation in Online Dispute Resolution has come from the private sector due to the high cost of maintenance and the difficulties of applying common national and international laws and jurisdictional. Already large-scale online transaction providers such as eBay, Amazon and Alibaba provide their own low-cost dispute-resolution systems with the primary goal of not resolving large number of disputes but instead maximizing the number of successful transactions¹³. Among those, eBay Dispute Resolution Center has an incredible successful story in dealing with consumers' dispute and it is now one

- 9 Janice Nadler, "Electronic - Mediated Dispute Resolution and e-Commerce," *Negotiation Journal* 17, no. 4 (2001): 334.
- 10 *Digital Single Market*. Boosting e-Commerce in the EU. Retrieved from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/ecommerce> (accessed November 30, 2017).
- 11 Noam Ebner and John Zeleznikow, "Fairness, Trust, and Security in Online Dispute Resolution," *Hamline Journal of Public Law and Policy* 36, no. 2 (2015): 144-145.
- 12 *Statista*. Average value of global online shopping orders as of 4th quarter 2017, by device (in U.S. dollars). <https://www.statista.com/statistics/239247/global-online-shopping-order-values-by-device/> (accessed December 30, 2017).
- 13 Katsh and Rabinovich-Einy, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, 6.



considered one of the biggest ODR provider in the world¹⁴. It is estimated that eBay Resolution Center resolves over 60 million disputes between small traders every year¹⁵ through a platform that allows traders and buyers to resolve their disagreements through direct communication and for the most part without a third party human intervention.

Such evolution in resolving low-value high volume online disputes has started an eBay-inspired Revolution in the civil justice system¹⁶. In a 2015 report¹⁷ from the United Kingdom's Civil Justice council on the potential of ODR for low value civil claims, eBay was included as an example of working online dispute resolution system. Furthermore, eBay's Dispute Resolution center has gained the attention of both researchers and entrepreneurs in the ODR world.¹⁸ Its dispute resolution system is built around a model of problem diagnosis followed up by automated negotiation and ends with (mediation and) arbitration¹⁹. Such model reflects the stages of an ODR proceeding indicated in the Technical Notes on Online Dispute Resolution adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) at its forty-ninth session in 2016²⁰.

This article investigates whether the ODR procedures applied by eBay's Dispute Resolution comply with the principles of fairness, due process, accountability, and transparency as set by the UNCITRAL Working Group III and adopted by the UNCITRAL in its Technical Notes on Online Dispute Resolution. Additionally, this study will analyze over two hundred reviews left by eBay consumers on the Better Business Bureau website²¹. This data will be examined with the aim of understanding key issues experienced by eBay consumers with eBay ODR mechanisms.

- 14 Jie Zheng, "Access to Information and Justice: Where does ODR lead us to?" *Mediate.com*, August 4, 2017, <https://www.mediate.com/articles/ZhengJ1.cfm> (accessed December 2, 2017).
- 15 Louis F. Del Duca, Colin Rule, and Kathryn Rimpfel, "eBay's De Facto Low Value High Volume Resolution Process: Lessons and Best Practices for ODR Systems Designer," *Year Book on Arbitration & Mediation* 6, no. 10 (2014): 205.
- 16 Nigel Morris, "Online courts modelled on eBay to settle legal disputes." *Independent.co.uk*, February 16, 2015, <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/online-courts-modelled-on-ebay-to-settle-legal-disputes-10047780.html> (accessed November 26, 2017).
- 17 *Civil Justice Council's Online Dispute Resolution Advisory Group. Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf> (Accessed November 26, 2017).
- 18 Zheng, "Access to Information and Justice: Where does ODR lead us to?," p. 1
- 19 *15th ODR Conference*. <https://2016odr.wordpress.com/2016/04/14/odr-platforms-ebay-resolution-center/> (accessed November 30, 2017).
- 20 Official records of the General Assembly, Seventy-First Session, Supplement No. 17 (A/71/17) para. 217.
- 21 *Better Business Bureau*. <https://www.bbb.org/losangelessiliconvalley/business-reviews/internet-shopping/ebay-in-san-jose-ca-204015> (accessed December 11, 2017).



2. UNCITRAL WORKING GROUP III ON ONLINE DISPUTE RESOLUTION

The UNCITRAL Working Group III on Online Dispute Resolution (ODR) was established in 2010 with the aim of creating standards and mechanisms for online dispute resolution that could offset the lack of adequate redress for international disputes arising out of cross-border e-commerce transactions²². As noted by Esther Villalta²³, the United Nations (U.N.) recognized that small claims that result from transnational e-commerce needed a legal framework that would favor effective means of resolution and ultimately contributed to the expansion of global commerce and economic growth. Moreover, it was generally accepted that traditional judicial venues like national courts cannot overcome the issues of conflict laws and jurisdiction making hard for consumers to access justice remedies and resolve disputes that originate from online transactions. Therefore, the U.N. gave mandate to the Working Group III to suggest specific rules and standards that could be applied by ODR providers worldwide to both Business-to-Business (B2B) and Business-to-Consumer (B2C) transactions²⁴. However, the challenge for the Working Group laid in conceiving rules that would overcome the differences and restrictions imposed by national laws regarding pre-dispute agreements to use ODR. A disagreement arose inside the Working Group between those jurisdictions like the U.S. that allow pre-dispute agreements to arbitrate with consumers and consider the resulting arbitral awards valid and enforceable, and those jurisdictions like the member states of the European Union that deem pre-dispute agreements to arbitrate as non-binding upon consumers²⁵. Moreover, some delegations pushed for ODR processes compatible with the 1958 New York Convention, even though the secretariat had warned delegates to consider “whether the application of the enforcement mechanisms provided by the New York Convention should be regarded as an optimal solution for small value claims in the context of ODR²⁶.” For five years, the Working Group worked on drafting proce-

22 Clara Flebus, “Report: UNCITRAL Working Group III on Online Dispute Resolution—A change of focus in the outcome document,” *NYSBA International Law Practicum* 29, no. 1 (2016): 60.

23 Esther Villalta, A., “ODR and E-Commerce,” in (Eds.), *Collective efficacy: Interdisciplinary perspectives on international leadership*, eds. Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsch and Daniel Rainey (The Hague, NL: Eleven International Publishing, 2012).

24 Official records of the United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Online Dispute Resolution), Twenty-second session, A/CN.9/WG.III/WP.105, para. 2.

25 Flebus, “Report: UNCITRAL Working Group III on Online Dispute Resolution—A change of focus in the outcome document,” 60.

26 Official records of the United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Online Dispute Resolution), Twenty-second session, A/CN.9/WG.III/WP.105, para. 75.



dural rules for ODR and tried to propose compromising solutions. Firstly, with a two-track system that separated binding arbitration from other non-binding ODR processes²⁷, and then with a three-stage process that would comprise negotiation, negotiation settlement facilitated by a third neutral party, and a final determination presented by the ODR administrator to the parties that would include a non-binding recommendation or a binding arbitration. In February of 2015, both the US and the European Union suggested that work should be abandoned since no consensus could be reached as to the content of said rules. Though, in July 2015 the UNCITRAL Commission decided to redefine the Working Group's mandate to develop a non-binding document that would "reflect elements of an ODR process, on which elements the Working Group had previously reached consensus, excluding the question of the nature of the final stage of the ODR process²⁸" (arbitration or non-arbitration). The UNCITRAL Commission gave the Working Group a year to produce the document that were to be completed by the end of its thirty-third session²⁹. At its thirty-third session, the Working Group agreed to submit the draft outcome document entitled "Technical Notes on Online Dispute Resolution" to the UNCITRAL Commission for its consideration and eventual adoption³⁰. The UNCITRAL Commission finalized and adopted the Technical Notes on Online Dispute Resolution at its forty-ninth session³¹ in 2016. In adopting the technical notes, the General Assembly recommended to all states the promotion and the "use of the Technical Notes in designing and implementing online dispute resolution systems for cross-border commercial transactions³²."

2.1. UNCITRAL Technical Notes on ODR

The UNCITRAL Technical Notes on ODR, were adopted to "foster the development of ODR and to assist ODR administrators, ODR platforms, neutrals, and

27 One track of which would end in a binding arbitration phase ("Track I"), and one track of which would not ("Track II"). See Official records of the United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Online Dispute Resolution), Thirty-first session, A/CN.9/WG.III/WP.133, para. 4.

28 Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement No. 17 (A/70/17), para. 352.

29 UNCITRAL Working Group III, Thirty-third session took place in New York from February 29 to March 6, 2016.

30 Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirty-third session, A/CN.9/868.

31 Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Forty-nine session, A/71/17, paras. 203-218.

32 Official records of the General Assembly, Seventy-first session, A/RES/71/138.



the parties to ODR proceedings.”³³ They are expected to contribute significantly to the development of systems that offer resolution and settlement of disputes that arise from cross-border low-value sales or service contracts concluded using electronic communications³⁴. Though, the notes are not intended to be used “as rules for any ODR proceeding and do not impose any legal requirement that is binding upon the parties or the people/entities involved in administering or facilitating an ODR proceeding”³⁵. Instead, they are proposed to be of assistance regardless of the structure and framework of an ODR system, which may offer a variety of dispute resolution mechanisms such as conciliation, negotiation, mediation, facilitated settlement, and arbitration. Moreover, the Notes describe practices and procedures of ODR mechanisms that should be based upon principles of fairness, due process, accountability, and transparency, and should be simple, fast and efficient. Regarding the procedure, the Notes describe ODR as a process that may include three stages: negotiation, facilitated settlement, and a third final stage. In the first stage of proceedings — a technology-enabled negotiation — the parties negotiate directly with one another through the ODR platform³⁶. If that negotiation process fails, the process may move to a second, “facilitated settlement” stage, in which the ODR provider assigns a third neutral who helps the parties to reach an agreement³⁷. If the facilitated settlement stage also fails for any reason or where one or both parties to the dispute request to move directly to the next stage of proceedings³⁸, a third and final stage may be commenced in which the ODR administrator inform the parties, or set out for the parties, possible process options to choose³⁹. Regarding the proceedings, notes indicate also that the ODR process requires a platform for generating, sending, receiving, storing, exchanging or otherwise processing communications⁴⁰. Ultimately, the notes provide specific direction on the commencement of the proceedings, the first two stages, appointment, power and functions of the neutral, language to be used, and governance of the proceedings.

33 UNCITRAL Working Group III, Thirty-third session, A/CN.9/WG.III/WP.140, para. 1.

34 Official records of the General Assembly, Seventy-first session, A/RES/71/138.

35 UNCITRAL Working Group III, Thirty-third session, A/CN.9/WG.III/WP.140, para. 5.

36 *Ibid.*, para. 19.

37 *Ibid.*, para. 20.

38 *Ibid.*, para. 41.

39 *Ibid.*, para. 21.

40 *Ibid.*, para. 26.



3. E-BAY

3.1. e-Bay Inc.

Founded in 1995 in San Jose, Calif., eBay is a multinational e-commerce corporation and one of the world's largest marketplaces⁴¹ for the sale of goods and services by individuals and businesses. Currently, there are 100 million eBay registered users who operate in 23 countries⁴². In 2016, eBay enabled \$83 billion of gross merchandise volume (GMV) and delivered for the quarter ended September 30, 2017 a GMV of \$21.7 billion, increasing 8% on an as-reported basis and 7% on a foreign exchange (FX) neutral basis⁴³. The company expects net revenue between \$9.53 billion and \$9.57 billion, for the full 2017 year. eBay operates through its Marketplace, StubHub and Classifieds platforms. The Company connects buyers and sellers around the world and has 164 million active buyers worldwide⁴⁴. Its platforms enable sellers around the world to organize and offer their inventory for sale, and buyers to find and purchase it. The Company's platforms are accessible through an online experience (desktop and laptop computers), from mobile devices (smartphones and tablets) and by application programming interface (API) (platform access for third-party software developers). Born as an auction website, eBay now offers a variety of products from electronics to collectibles, from sporting goods to heavy equipment.

3.2. e-Bay Dispute Resolution

As stated in the Technical Notes on Online Dispute Resolution adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in 2016⁴⁵, there has been a need for mechanisms of resolving dispute which arise from online cross-border transactions. Consumers and businesses operating on e-marketplaces agree

41 *Worldatlas*. The 25 Largest Internet Companies in the World, <http://www.worldatlas.com/articles/the-25-largest-internet-companies-in-the-world.html> (accessed November 30, 2017).

42 *BBB Accredited Business Profile*. <https://www.bbb.org/losangelessiliconvalley/business-reviews/internet-shopping/eBay-in-san-jose-ca-204015> (accessed November 30, 2017).

43 *eBay Inc.* Reports Third Quarter 2017 Results. <https://www.ebayinc.com/stories/news/eBay-inc-reports-third-quarter-2017-results/> (accessed November 30, 2017).

44 *eBay Inc.* eBay Q2 2016 Company Fast Facts. <https://static.ebayinc.com/static/assets/Uploads/PressRoom/eBay-Q22016FactSheet-Investor-Site.pdf> (accessed November 30, 2017).

45 Official records of the General Assembly, Seventy-First Session, Supplement No. 17 (A/71/17) para. 217



in promoting fair, equal and effective online redress especially for low value cross-border disputes⁴⁶. Therefore, online dispute resolution should increase access to justice by providing consumers with effective and economic redress mechanisms that would meet their legal needs and increase consumer trust and contribute towards building a more competitive market⁴⁷. As noted by Schmitz and Rule, large internet intermediaries like Amazon, eBay, and PayPal, “realized very early on that the consumer trust problem was creating friction on the Internet and that solving it could provide a valuable market advantage⁴⁸.” An empirical research done at eBay⁴⁹ on the Economic Benefits of Effective Redress, confirmed that providing consumers with online solutions to their disputes enhances trust and increases usage of the market place regardless the outcome; more so in an on-line, business-to consumer transaction, where the business is not supported by a well-recognized brand name and the consumer might have doubts about the quality of goods, or the legitimacy of the business itself⁵⁰. *De facto*, eBay represents the greatest examples of the success that large online marketplaces have in providing ODR. Since its creation eBay Dispute Resolution has resolved millions of disputes becoming the second largest dispute resolution provider in the world⁵¹. eBay has developed an efficient automatic process that enhances online negotiation helping buyers and sellers to communicate more effectively when there is a problem with a transaction. eBay’s goal is to let buyers and sellers to solve transaction issues between themselves before escalating to a level where eBay must intervene. Nevertheless, in case they cannot find a solution on their own, eBay users can bring their claim to the eBay Resolution Center which eBay defines as the most secure way for sellers and buyers to communicate when either has a problem with a transaction⁵². The eBay Resolution Center offers a multifaceted approach to resolve problems. To start the resolution process an eBay consumer can visit

46 Del Duca, Rule, and Rimpfel, *eBay’s De Facto Low Value High Volume Resolution Process: Lessons and Best Practices for ODR Systems Designers*, 217.

47 Pablo Cortes, “Online Dispute Resolution Services: A Selected Number of Case Studies,” *Computer and Telecommunications Law Review*, 20, no. 6 (2014): 172.

48 Amy J. Schmitz and Colin Rule, “The New Handshake: Where We Are Now,” 97.

49 Colin Rule, “Quantifying the Economic Benefits of Effective Redress,” *University of Arkansas Little Rock Law Review*, 34, no. 6 (2012): 767-776.

50 Janice Nadler, “Electronically-Mediated Dispute Resolution and E-Commerce,” p. 336.

51 In 2012 eBay Dispute Resolution handled over sixty million disputes with an 80 percent satisfactory outcome second only to Alibaba’s Dispute Resolution system that handles over hundreds of millions of disputes. See M. Ethan Katsh and Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes* (New York, NY: Oxford University Press, 2017).

52 *eBay Seller Center*. <http://pages.ebay.com/seller-center/service-and-payments/case-resolution.html> (accessed February 8, 2018).



the eBay Resolution Center page and click on the following options: under “I bought an Item”, the buyer can choose between “I haven’t received yet” or “I received an item that does not match the seller’s description”; under “I sold an Item”, the seller can select “I haven’t received my payment yet” or “I need to cancel a transaction”⁵³. If the problem is not among those listed by the Resolution Center, the eBay customer is directed to the Customer Service page where additional information is given about tracking an order, returning an item for refund, or cancelling an order⁵⁴. Because eBay is primarily a forum that connects buyers to sellers rather than an online retail site, eBay has struggled to maintain the same reputation for safety and good customer service of retail platforms like Amazon.com. To address this problem, eBay has taken steps to enforce some basic requirements on sellers regarding return policies⁵⁵. The eBay Money Back Guarantee was created to help facilitate the return of defective, damaged, or otherwise ‘Not as Described’ items. Under eBay Money Back Guarantee, the seller has three business days to respond to the buyer with a solution (through either a replacement, a return, or a refund). If the seller does not offer a solution or the buyer is unsatisfied with the solution, the buyer has 30 days to ask eBay to step in and help otherwise. In this case, eBay reviews the case and decides within 48 hours. Once a decision is made, buyers and sellers have 30 days to appeal the decision by providing appropriate documentation⁵⁶. To be covered by the eBay Money Back Guarantee, the buyer has certain obligations. Generally, the buyer is responsible for accepting the purchased item when it arrives. If the buyer does not receive the item, the buyer needs to report that the item has not arrived by submitting a form. The buyer has 30 days from the estimated delivery date to inform the seller that the item was not received. Once informed, the seller has 3 business days to provide a delivery update, offer a replacement, or give you a refund⁵⁷. If the item received does not match the seller’s description or the item is damaged, the buyer must request a return no later than 30 days after the actual (or latest estimated) delivery date and if the seller does not respond within 3 business days, the buyer must ship the item back to the seller within 5 business days from when the buyer starts the return. If the seller shipped a replacement or exchange and the buyer has not shipped the original item

53 *eBay Resolution Center*. <https://resolutioncenter.ebay.com/> (last accessed February 8, 2018).

54 *eBay Customer Service*. <https://www.ebay.com/help/home> (accessed, February 8, 2018).

55 Aron Hsiao, “How eBay’s Buyer Protection Works”, *Thebalance.com*, January 23, 2018, <https://www.thebalance.com/how-ebay-s-buyer-protection-program-works-1140370>, (accessed February 8, 2018).

56 *eBay Money Back Guarantee Policy*. <https://www.ebay.com/help/policies/ebay-money-back-guarantee-policy/ebay-money-back-guarantee-policy?id=4210> (accessed February 8, 2018).

57 *eBay Customer Service*. <https://www.ebay.com/help/buying/returns-refunds/get-help-item-hasnt-arrived?id=4042&st=7#section2> (accessed, February 8, 2018).



back within 20 business days of the buyer starting the return, eBay charges the buyer's PayPal for the replacement or exchange⁵⁸. Because eBay is now selling quite a few very high-priced items including major equipment and cars, it has instituted specific buyer protections for such items. Under the eBay Business Equipment Purchase Protection (BEPP) program for items purchased on or after September 1, 2016, a buyer's capital equipment purchase is protected for up to \$100,000. For items purchased prior to September 1, 2016, the capital equipment purchase is protected for up to \$50,000⁵⁹. eBay Vehicle Purchase Protection (VPP) provides protection, against certain losses associated with fraud, up to a maximum amount of a buyer's purchase price paid (not exceeding \$100,000)⁶⁰. eBay also offers a protection policy for sellers to assure them that they operate in a marketplace they can trust. eBay protects the seller from many events outside seller's control such as: an item that arrives late but was shipped by the seller on time; a returned item that has been opened, used or damaged; issues relating to carrier disruptions; bugs, or severe weather; issues with a buyer that retracts their bid or doesn't pay. eBay supports sellers in dealing with eBay Money Back Guarantee requests⁶¹. Lastly, the eBay Security Center allows consumers to report concerns regarding a buyer or a seller, possible scams, and fraudulent activities which are investigated by a security team⁶².

3.3. Principles of Fairness and Due Process

As discussed in Chapter 2.1, the UNCITRAL Notes on ODR suggest that procedures of ODR mechanisms should be based upon principles of fairness and due process. To understand whether eBay Dispute Resolution complies with such principles, it is necessary to define what principles of fairness and due process mean. In defining the concept of fairness, we could say that a dispute resolution mechanism should provide participants with a fair and equal process. However, to determine if a process is fair and produces fair outcomes, we need to consider the concept of due process. Due process can be defined "as a course of formal proceedings carried out regularly and in accordance

58 Ibid.

59 *eBay Business Equipment Purchase Protection*. <https://www.ebay.com/help/buying/paying-items/ebay-business-equipment-purchase-protection?id=4637> (accessed, February 8, 2018).

60 *eBay Vehicle Purchase Protection*. <http://pages.motors.ebay.com/buy/purchase-protection/> (accessed, February 8, 2018).

61 *eBay Customer Service Seller Protection Policy*. <https://www.ebay.com/help/policies/selling-policies/seller-protection-policy?id=4345> (accessed February 8, 2018).

62 *eBay Security Center*. <https://pages.ebay.com/securitycenter/> (accessed February 8, 2018).



with established rules and principles called also *procedural due process*⁶³.” Due process is composed from two fundamental principles. The first principle *nemo iudex in parte sua*, can trace its origin in roman law⁶⁴. It means no person should be a judge in a case in which they have an interest. The second principle *audi alteram partem* or fair hearing, means that each party should have an equal opportunity to present evidence and law⁶⁵. The first concept ensures that the third side in a dispute resolution process treats each party equally and impartially; the second concept ensures that each party can participate in the process and present their case, and have the right to appeal the case of the opponent. As described in Chapter 3.2., eBay gives equal opportunities to the users to initiate the resolution process by going to the Resolution Center page and choose among the options given to the buyer or the seller. The automated process offered by eBay seems to be designed to offer no systemic benefit to one party over the other. Additionally, when a dispute regarding a transaction arises eBay allows the parties to negotiate directly before stepping in. In case one of the parties opens a claim, eBay notifies the other that a case has been opened. The seller has three days to respond to the buyer, and the buyer has four days to respond to the seller. Therefore, we may conclude that eBay guarantees that each party participates in the resolution process by providing equal, fair, and impartial opportunities to report a problem and open a claim, and by assisting the parties through its customer service. In the event the parties are not able to resolve the dispute on their own and eBay has to intervene and render a decision, both the seller and the buyer have the right to defend themselves by sending information to support their case. Once a decision is made, both parties have 30 days from the day the case is closed to appeal the decision by providing the appropriate documentation through the eBay Resolution Center. The right guaranteed to sellers and buyers to defend their case and rebut the case of the opponent, may suggest the eBay Resolution Process applies the second principle of due process.

3.3.1. Accountability and Transparency

As suggested by the UNCITRAL Notes, any ODR schemes must be transparent and clear on the process used to pursue dispute resolution. In order to trust online

63 *Merriam-Webster*. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/due%20process> (accessed February 8, 2018).

64 A Latin Brocard that can be found in the Codex Iustinianus repetitae praelectionis (534 C.E.), C. 3.5.1. The Codex, formally Corpus Juris Civilis (“Body of Civil Law”), is a collection of laws and jurisprudence developed and issued by order of the Byzantine emperor Justinian I from 529 to 565 C.E.

65 Jaap van den Herik and Daniel Dimov, “Can the eBay’s Community Review Forum Fairly Resolve Disputes,” *Proceedings of the 23rd Benelux Conference on Artificial Intelligence* 4, (November 2011), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1955505 (accessed December 2, 2017).



dispute providers, users should rely on transparent and accountable resolution mechanisms. Without transparency and adequate knowledge of their rights and obligations, and of the process needed to obtain a resolution to their dispute, consumers cannot gain sufficient insights regarding the alternatives offered. The principle of transparency makes available the information that parties need to know when participating in a resolution proceeding. Under “My Account Settings”, eBay users can access the Dispute Center where they can find information on how to resolve a problem they are having with a transaction. eBay provides information on what to do when an item is not received or it is not as described, when a payment is not received, and when users need to cancel a transaction⁶⁶. To start a resolution process, eBay users need to fill in a standard claim form to identify the type of dispute and the solutions available to them. Therefore, we may assert that eBay provides customers with transparent and accessible information regarding their rights and the steps needed to process and resolve a dispute. As noted by Devanesan and Aresty, “it could be argued that transparency of ODR processes is not a necessary element of the system⁶⁷.” Disputants may not care about the technological steps taken between the moment they file a claim and the moment a decision over a dispute is made. If they believe that the decision is agreeable and satisfactory, they may not want to know what kinds of algorithms work to produce recommended outcomes. Consumers look for fast and easy ways to resolve their issues in order to minimize the risk of losing money and not getting the product, they purchased and expected. However, a disputant’s sense of fairness in each dispute resolution depends on both the outcome and the process of dispute resolution⁶⁸. A crucial step for increasing transparency in ODR processes is to ensure that parties are aware of any disputes initiated against them. When an eBay buyer or seller files a claim the other party is immediately notified and given the opportunity to solve the problem before eBay steps in. Another important factor for the dispute resolution process to be transparent, is that users can have access to information throughout the various stages of the proceeding. In this regard, on their account eBay sellers and buyers can find and track open requests or cases, or retrieve information regarding requests and cases that have been closed. Finally, to trust that an outcome is fair to them, disputants need some knowledge on who is deciding their dispute (a human-decision vs. a computer-decision), how the documentation used to support their case is evaluated, and whether the decision process is uniform and pre-

66 eBay Resolution Center. <https://res.ebay.com/ws/eBayISAPI.dll?ResolutionCenter&ssPageName=STRK:ME:LNLK> (accessed November 28, 2017).

67 Ruha Devanesan and Jeffrey Aresty, “ODR and Justice,” in (Eds.), *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsch and Daniel Rainey (The Hague, NL: Eleven International Publishing, 2012), 279.

68 Ibid.



dictable. Under the eBay Case Resolution page⁶⁹, both buyers and sellers can get the information needed to know how and when a decision is made and what documentation they may need to upload, to defend or appeal a case. We may conclude that trust and transparency seems critical to the eBay experience. One of the benefits of eBay ODR platform, is its accessibility and transparency, as well as being able to provide users with clear information which enables them to find a solution to their problems. When transparency exists, it provides a powerful tool for enabling sellers and buyers to hold the opposing side accountable. eBay hold sellers accountable through a public reputation system, allowing buyers to leave positive, negative, or neutral review for sellers. At the same time, eBay hold buyers accountable through private reporting from sellers; it relies on sellers to inform when a buyer has violated policy. Through its feedback system, eBay aims to protect and award sellers and buyers and make them accountable for possible unprofessional and dishonest behaviors.

4. BETTER BUSINESS BUREAU

Founded in 1912, the Better Business Bureau (BBB) is a nonprofit organization consisting of 106 incorporated local organizations in United States (U.S.) and Canada. BBB provides service to businesses and consumers all over the U.S., Puerto Rico and the Caribbean territories, Mexico and all of Canada except for French speaking Quebec. In 2016, more than 384,000 businesses were BBB accredited and 220 million direct-service interactions were provided by the Better Bureau system to businesses, charities and the public⁷⁰. BBB is one the most important resources for consumers who seek background information on businesses and charities. Moreover, it protects consumers against unfair, misleading, or fraudulent advertising and selling practices.

4.1. BBB Rating System

As stated on its website, the Better Business Bureau (BBB) ratings represent the organization's opinion of how a business is likely to interact with consumers⁷¹. The BBB

69 *eBay Case Resolution*. <https://pages.ebay.com/seller-center/service-and-payments/case-resolution.html> (accessed November 28, 2017).

70 *Better Business Bureau Annual Report*. <https://www.bbb.org/globalassets/local-bbbs/council-113/media/annual-reports/2017-annual-reports/2016-cbbb-annual-report.pdf> (Accessed November 30, 2017).

71 *Better Business Bureau*. Overview of BBB Grade. Retrieved from <https://www.bbb.org/council/overview-of-bbb-grade> (accessed November 30, 2017).



rating system is based on information that attain the business obtained directly from businesses and from public data sources, and includes complaints received from the public. BBB assigns ratings from A+ (highest) to F (lowest). In some cases, a business may not be rated due to insufficient information or because the business's file has been reviewed or updated. Profiles generally explain the most significant factors that raise or lower a business's rating. Yet as stated by the Better Business Bureau, BBB ratings are not a guarantee of a business's reliability or performance. It is recommended that consumers consider other available information about the business besides the business's BBB rating⁷².

4.2. BBB Customer Reviews

On BBB.org consumers can access BBB online data base and search for businesses, read their profile, file a claim or leave a review. According to the BBB 2016 annual report, more than 340,000 consumer reviews were published. Both consumers and businesses reported feedbacks to be important when researching companies on the BBB's website. To them, feedbacks allow for positive experiences to be shared on the website⁷³. In fact, BBB allows any consumer to leave a positive, negative or neutral review on a business but also provides businesses with opportunity to challenge whether a consumer had an interaction with their business and to respond to the reviewer online. Businesses that prove the reviewer is not truthful can have the review suspended while BBB investigates and requests evidence of the interaction. No anonymous or third-party reviews are accepted on BBB.org, and reviewers are required to verify their email address. BBB monitors and tracks IP addresses and investigates when many reviews come from the same IP address. Once a review is submitted, Businesses are notified and have an opportunity to respond before it is posted publicly. After the submission of the review is verified or the time allowed (10 days) to respond is expired, the review is posted and stays on a company's BBB Business Review for three years⁷⁴. If a business addresses a customer's problem posted on a customer review, the customer can choose to withdraw the review. Customers can also update the information in their original review. However, consumers are not allowed to leave a negative review and file a formal BBB complaint on the same issue. They can either chose to post the review or have the BBB help them with the resolution.

72 Ibid.

73 *Better Business Bureau Customer Review F.A.Q.s.* <https://www.bbb.org/north-east-florida/reviews/about-bbb-customer-reviews/customer-review-f.a.q.s/> (Accessed November 30, 2017).

74 Ibid.



5. EBAY CONSUMER REVIEWS

For the purpose of this articles, a quota of 229⁷⁵ consumers reviews were collected on eBay's BBB profile from December 2016 to December 2017. Of the 229 reviews, 215 were negative, 8 positive and 6 neutral. 57% of the reviews were left by sellers and 43% by buyers. Reviews centered on a wide variety of issues, including problems with transactions, items not delivered, items refund but not return to seller, defective items, shopping or selling frauds and scams, protection policies, and customer service. As today, eBay Inc. has received 3.74 out of 5 stars based on 270 Customer Reviews and a BBB Rating of A+⁷⁶.

5.1. Data Analysis

The data obtained are qualitative data. The data collected were analyzed considering the research objectives. Consumer reviews were read several times to obtain a sense of the overall data. At the same time, memos were written, such as short phrases, ideas or key words, in the margins to facilitate later analysis.

5.2. Results

This chapter presents the findings resulting from the analysis of 229 eBay consumer reviews. The analysis synthesized the eBay buyers and sellers' comments and is organized around the following major thematic units: fairness and process (5.2.1), consumer protection (5.2.2.) customer service efficiency (5.2.3). These themes allowed careful analysis of the perspectives of eBay buyers and sellers.

5.2.1 eBay Consumer Perception of Fairness and Due Process

The first theme explored by the data was that of eBay user perception of fairness and due process applied by eBay Resolution system. Due process⁷⁷ represents a fundamental principle in all legal matters and proceedings. It guarantees that all legal procedures set by statute and court practice must be followed for everyone so that no

75 This represents the actual number of reviews that were posted on the BBB's website by eBay customers from December 1, 2016 to December 31, 2017.

76 *BBB Accredited Business Profile*. <https://www.bbb.org/losangelessiliconvalley/business-reviews/online-shopping/ebay-in-san-jose-ca-204015/reviews-and-complaints> (accessed February 24, 2018).

77 The universal guarantee of due process can be found in the Fifth Amendment to the United States Constitution, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-10-6.pdf>



prejudicial or unequal treatment will result⁷⁸. It is based on the principles explored in chapter 3.3. of impartiality and fair hearing. Parties in a proceeding should receive a fair and equal treatment by a third impartial party. A decision should be made by a third impartial and independent judge based on evidence presented by both parties. Parties should also be allowed to appeal the case of the opponent. The Technical Notes on ODR adopted by the UNCITRAL commission, encourage providers to implement practices and procedures of ODR mechanisms based among others, upon principles of fairness and due process⁷⁹. In that regard, the analysis of the data collected from reviews left by eBay users reveals major concerns regarding the principle of impartiality. Among the users who left a negative review on the BBB eBay webpage, 33% of them (27% sellers vs. 5% buyers) believe that eBay's adjudication process is not impartial. Concerns were raised especially by sellers⁸⁰ who felt that when called to intervene and decide a claim eBay "[They] always side with the buyers." Other sellers commented that if a dispute arises eBay "[They] will always rule in favor of the buyer," or "unfortunately eBay always favors the word of the buyer over the word of the seller 100% of the time."⁸¹ Only a small number of buyers left reviews claiming that eBay sides with sellers⁸². This suggests that the issue of a fair and equal resolution process may concern more the sellers than the buyers. In fact, sellers are concerned with the "cost of doing business" that consists in insertion fees, final value fees, shipping costs⁸³, PayPal fees, and if they lose a claim opened by a buyer there might be the risk of having to issue a refund without the certainty of receiving their items back. Though, some buyers claimed of having lost many disputes because eBay "takes kindlier their merchants than their buyers." On the principle of fair hearing, some sellers claimed that "eBay decides in favor of Buyer without hearing the Seller", and "believes Buyer's statement without verifying facts." Another seller reported his personal experience and felt very dissatisfied with eBay dispute resolution process. In his review, he stated "I have sent pictures to eBay but they still insist they made the right decision of refunding the buyer. eBay rule is not fair to me and all other honest sellers." Most sellers felt like eBay would not consider the evidence presented by the sellers or would not review the facts of the case to arrive at a fair resolution of the dispute. Most of the cases dealt with the return of items by buyers as not described or defective. The

78 *Dictionary Law*. <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=595> (accessed February 24, 2017).

79 UNCITRAL Working Group III, Thirty-third session, A/CN.9/WG.III/WP.140, para. 4.

80 22% of sellers left comments stating that eBay favorites or sides with buyers when deciding claims.

81 50% of seller's negative reviews were about eBay's "unfair" resolution process.

82 0.05% of the total reviews.

83 Aron Hsiao, "What Does It Cost to Trade on eBay?," *The Balance*, September 3, 2017, <https://www.thebalance.com/what-does-it-cost-to-trade-on-ebay-1140175> (accessed February 25, 2018).



issue of eBay's "Buyer Is Always Right" grievance policy concerning disputes between buyers and sellers⁸⁴, appeared in one of the plaintiff's claims in the *Campbell vs. eBay, Inc.* lawsuit. Also, it has been at the center of a debate that may suggest an economic interest behind eBay dispute resolution decisions in favor of buyers⁸⁵.

5.2.2. Consumer Protection

The second major theme in the conceptual framework and findings of this study was the perception of consumer's protection by eBay users, both sellers and buyers. As noted by Neacsu, "Fast and easy development of e-commerce has led to the necessity of consumer protection in cyberspace, where trade takes place, to ensure consumer safety and security matters"⁸⁶. For e-commerce providers, maintaining the trust and confidence of customers is a critical factor to business success. Therefore, providing the best possible consumer protection is paramount. The data collected in this study investigate eBay users' issues with eBay protection policies (Money Back Guarantee, Seller Protection) offered to both sellers and buyers. In this regard, 30% of reviewers (51% sellers v. 49% buyers) expressed concerns regarding eBay protection policy. Two were the main issues of complain indicated by sellers in regard to the Money Back Guarantee policy for buyers. First, sellers claimed that this policy promotes buyer's dishonesty and fraudulent behaviors⁸⁷. A seller's comment states, "I sold a pair of Prada shoes that were in excellent condition. When the buyer got them they falsely claimed they were defective. A case was opened against me. The buyer sends me a pair of shoes similar to but not the same as the ones I sent. [...] "eBay refunded the buyer and also charged me for the return shipping." Another seller claims that, "eBay's policies are unfair to sellers and make it easy for dishonest buyers to defraud them. [...] I don't recommend eBay for selling nor buying. Their rules are not fair to sellers you have people that use items for the last moment then request a return." Many sellers reported their experience with returning items as not described or defective. Some of them claimed that buyers used the items and then returned them; others reported that a refund was issued to the buyer but the purchased item was never return. One seller comments, "Policies as of 2016 December

84 *Legal*. *Campbell vs. eBay, Inc.*, <https://www.leagle.com/decision/infdc020130906696> (accessed February 25, 2018).

85 David Segal, "Lesson from a Doughnut Fryer Debacle: Let the eBay Seller Beware," *New York Times*, July 30, 2016, <https://www.nytimes.com/2016/07/31/your-money/lesson-from-a-doughnut-fryer-debacle-let-the-ebay-seller-beware.html> (accessed February 25, 2018).

86 Nicoleta Andreea Neacsu, "Consumer Protection in Electronic Commerce," *Bulletin of the Transilvania University of Braşov* 9, no. 1 (2016): 301.

87 10% of Sellers reported similar experiences with the Money Back Guarantee program.



are set to be Buyer centric only. Seller policies do not prevent any abuse / fraud by customer as their return policy is strictly accepting all returns on the trust of the Customer.” This suggests that even though eBay’s rules require⁸⁸ buyers to send disputed items back, refunds are sometimes released before this happens. Sometimes buyers are refunded even when they sent back used, damaged or in certain instances substitute items. This brings up the second issue reported by sellers with the Money Back Guarantee Policy. By eBay’s rules, when a buyer returns a damaged or substitute item a seller can ask eBay to intervene before issuing a refund. A seller has a week to resolve the dispute with the buyer before eBay intervenes and issues a refund. However, a dishonest buyer can ignore contact and open a claim directly with eBay. Reviews left by sellers, may suggest that in some cases eBay will issue an automatic refund without considering the sellers’ evidence. In his review a seller states, “You can order anything and within 30 days, say it was not as described and open a claim to get a full refund. The judge and jury for the claim: eBay! And they assume the buyer is telling the truth, no matter who the buyer is.” Another says, “I sold an item on eBay. It was working without any issues when I packaged it and sent it. However, the buyer stated it didn’t work and opened a claim. eBay decided to side with the buyer with no input from me merely taking their word over mine.” The overall seller’s experience raises issues about buyer’s accountability and how eBay may enforce or apply policies to prevent buyers’ dishonest behaviors. Many buyers also left negative reviews regarding eBay’s buyer protection policy. One buyer argues that “eBay is quick in refunding but does not address issues related to packaging and shipping.” Another buyer, feels like eBay “is quick in sending a refund if problems occur instead of addressing the real issues.” Other buyers shared their negative experience with items that were purchased but never delivered or items that were returned to the seller but a refund was not issued. Other buyers revealed being victims of scams such as purchasing non-existing items from reputable sellers. One buyer states, “eBay allows fraudulent activities from Sellers to take place without protecting Buyers.” This may suggest a lack of transparency of the seller that at times may appear to have a legitimate reputation. Another specific complaint regarded the feedback system and policy. Sellers argue that eBay Feedback policy is unfair to sellers and favors buyers’ abusive behaviors. Since 2008, eBay does not allow sellers to leave negative or neutral feedback for buyers⁸⁹. They are only allowed to leave positive feedback. Instead, buyers can leave both positive and negative feedback for sellers on any item sold until seven days after purchase. One seller comments, “[they] won’t even allow sellers to leave negative or even neutral feedback on

88 *eBay Money Back Guarantee Policy*. <https://www.ebay.com/help/policies/ebay-money-back-guarantee-policy/ebay-money-back-guarantee-policy?id=4210> (accessed February 25, 2018).

89 *eBay Protecting the Seller Reputation*. <http://pages.ebay.com/services/forum/sellerprotection.html> (accessed February 28, 2017).



a buyer's account, yet will allow buyers to leave negative feedback on a seller's account, even if it is unwarranted." Sellers argue that buyer can ruin their reputation by leaving untruthful feedback. One seller states, "the buyer had left me a terrible negative review which ruined my entire eBay account. No one is currently bidding on my items ever since due to her negative feedback." Complaints regarding eBay feedback policy, come also from buyers. One buyer in his review says, "eBay allows sellers to defraud buyers and when the buyer complains and the seller asks eBay to step in, eBay removes any trace of the fraud by deleting the feedback." Another buyer complained that was unable to leave neutral or negative feedback for seven days because the seller was a Power Seller⁹⁰. The analysis of the data may suggest that buyer accountability and seller transparency should be adjusted in order to make eBay a safer marketplace. Also, the analysis reveals that both sides have concerns and issues with the eBay feedback system.

5.2.3. Customer Service Efficiency

The third theme explored by the data was that of eBay users' problems with eBay Customer Service. As noted by Lu, Berchoux, Marek and Chen, customer service quality is an important driver and predictor of customer satisfaction⁹¹. Customer satisfaction measures how happy customers feel when they do business with a company⁹². It provides business owners with a metric to understand how well a product or service meets or exceeds a customer's expectation. A number of studies⁹³ have investigated the relationship between service quality and satisfaction, and may suggest that customer service does influence consumer's choice of retailers and other service providers. In fact, often consumers make their choices based on their perception of the level of customer

90 To become a Top-Rated Seller, also known as 'Power Seller', one must have an eBay's account that has been active for at least 90 days and have at least 100 transactions and \$1,000 in sales during the last 12 months.

91 Carol Lu, Celine Berchoux, Michael W. Marek and Brendan Chen, "Service Quality and Customer Satisfaction: Qualitative Research Implications for Luxury Hotels," *International Journal of Culture, Tourism, and Hospitality Research* 9, no. 2 (2015): 170.

92 *Cambridge Dictionary*. <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/customer-satisfaction> (accessed February 28).

93 Gordon H.G. McDougall and Terrence Levesque, "Customer Satisfaction with Services: Putting Perceived Value into the Equation," *Journal of Services Marketing* 14, no.5 (2000): 392-410; Steven A. Taylor and Thomas L.Baker, "An Assessment of the Relationship between Service Quality and Customer Satisfaction in the Formation of Consumers' Purchase Intentions," *Journal of Retailing* 70, no. 2 (1994): 163-168; Jeffrey G. Blodgett, Kirk L. Wakefield and James H. Barnes, "The Effects of Customer Service on Consumer Complaining Behavior," *Journal of Services Marketing* 6, no. 4 (1995): 31-42.



service they expect to receive after the sale in case a problem arises⁹⁴. Retailers and service providers should strive to provide a customer service that helps dissatisfied customers by listening to their complaints and provide solutions to their problems. Consumers who feel they receive a fair and respectful treatment when a problem arises, are more likely to purchase again from the same seller⁹⁵ and may even engage in positive word-of-mouth behavior⁹⁶. The quality of the customer service is a critical to the long-term profitability and growth of a business. The data collected in this study show that 20% of the reviews left by eBay users regarded issues with Customer Service. Of this 20%, the clear majority (95%) reported a negative experience with Customer Service. eBay sellers and buyers in this study often described their level of dissatisfaction in terms of interactions with eBay representatives. Reviews such as “customer service was rude”, “customer service talked to me like I was no more valuable than the dirt beneath their feet” or “no apology, no concern over the loss of my package [...] and rudely telling me to just suck it up”⁹⁷, suggest that dissatisfied customers expected not only to receive a fair solution to their problem but also to be treated with courtesy and respect. Another issue was the time users spent on the phone dealing with customer service. Many eBay users⁹⁸ both sellers and buyers, reported long waits before being able to talk to a representative or having to make several calls before getting some help. Comments like “customer service takes forever and is little more than an answering service”, or “huge waste of time and energy”, express the frustration experienced by eBay users when dealing with eBay customer service. Some consumers reported to have spent many hours on the phone with eBay representatives. Others, were transferred from department to department without a resolution (“five calls, totaling over 2 hours on the phone did not resolve the problem”). Difficulties in talking to a supervisor were also described: “I beg them to talk to a supervisor, and then someone higher than a supervisor. Most of the time everyone is too busy”; “I requested a supervisor and they told me they were all tied up on other calls.” Many eBay users complained about the overall professionalism of the customer service representatives⁹⁹.

94 Jeffrey G. Blodgett, Kirk L. Wakefield and James H. Barnes, *The Effects of Customer Service on Consumer Complaining Behavior*, 31.

95 Ibid, 32.

96 Ibid, 31.

97 Of the 20% of eBay users who complained about customer service, 27% described customer service as “rude”.

98 31% reported long waits and phone calls.

99 77% described eBay customer service as unprofessional, unhelpful, not trained, misleading, and uninformed about eBay policies.



Representatives were referred as not trained, unprofessional, unhelpful¹⁰⁰, unknowledgeable of eBay policies, misleading and contradictory. Comments like, “customer service representatives make up rules that are not even in their policies” or “when I spoke with eBay on 3 separate occasions, I was told 3 different outcomes”, suggest that users questioned eBay customer’s service professionalism, knowledge and ability to help resolve their problems. The analysis of the data indicates that once eBay users seek help by contacting the customer service, two main factors may determine their satisfaction with the service provided: whether the customer feels that the remedy offered was quick, professional and helpful, and whether the customer was treated with courtesy and respect.

6. CONCLUSIONS

The experience of the UNCITRAL Working Group on ODR shows that attempts to adopt uniform dispute resolution procedures for online setting has proved to be a difficult task. It is observed that whenever proponents of Online Dispute Resolution face skepticism about the true capacities of online dispute resolution, the same argument is used: eBay ODR mechanism works. However, today even the eBay Resolution scheme that resolves millions of disputes and may well represent the very best example of effective ODR, is facing harsh criticism. Some have argued that eBay ODR system have been replaced by what is essentially a chargeback system¹⁰¹. Considering the principles established in the UNCITRAL Notes on ODR, this study aims to investigate and tackle some key issues experienced by sellers and buyers with eBay Resolution Center. The findings suggest that four are the main areas that may require consideration and improvement: impartiality, customer service efficiency, accountability and transparency.

100 In 35% of the reviews, the word “unhelpful” was used when complaining about eBay customer service.

101 Karim Benyekhlef and Nicholas Vermeys, “The End of ODR,” *slaw.ca*, October 1, 2015, <http://www.slaw.ca/2015/10/01/the-end-of-odr/> (accessed February 27, 2018).



BIBLIOGRAPHY

- BENYEKHLEF, KARIM and VERMEYS, NICHOLAS. “The End of ODR.” *slaw.ca*, October 1, 2015, <http://www.slaw.ca/2015/10/01/the-end-of-odr/> (accessed February 27, 2018).
- BLODGETT, JEFFREY G., WAKEFIELD, KIRK L. and BARNES, JAMES H. “The Effects of Customer Service on Consumer Complaining Behavior.” *Journal of Services Marketing* 6, no. 4 (1995): 31-42.
- Cambridge Dictionary. <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/customer-satisfaction> (accessed February 28).
- Civil Justice Council’s Online Dispute Resolution Advisory Group. Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf> (Accessed November 26, 2017).
- CORTES, PABLO. Online Dispute Resolution Services: A Selected Number of Case Studies. *Computer and Telecommunications Law Review*, 20, no. 6 (2014): 172-178.
- DEVANESAN, RUHA and ARESTY, JEFFREY. “ODR and Justice,” in (Eds.), *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsch and Daniel Rainey (The Hague, NL: Eleven International Publishing, 2012).
- DEL DUCA, LOUIS F., RULE, COLIN and RIMPFEL, KATHRYN. “eBay’s De Facto Low Value High Volume Resolution Process: Lessons and Best Practices for ODR Systems Designer.” *Year Book on Arbitration & Mediation* 6, no. 10 (2014): 203-219.
- Dictionary Law*. <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=595> (accessed February 24, 2017).
- Digital Single Market*. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/ecommerce> (accessed November 30, 2017).
- HSIAO, ARON. “Understanding the eBay Automatic Bidding System,” *The Balance*, March 16, 2018, <https://www.thebalance.com/understanding-the-ebay-auction-automatic-bidding-system-1140186> (accessed March 18, 2017).
- EBNER, NOAM, and ZELEZNIKOW, JOAN (2015). Fairness, Trust, and Security in Online Dispute Resolution. *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 36, (2): 143-160.
- 15th ODR Conference*. <https://2016odr.wordpress.com/2016/04/14/odr-platforms-ebay-resolution-center/> (accessed November 30, 2017).
- FLEBUS, CLARA. “Report: UNCITRAL Working Group III on Online Dispute Resolution—A change of focus in the outcome document,” *NYSBA International Law Practicum* 29, no. 1 (2016): 60-62.



- HILL, NIGEL AND ALEXANDER, JIM. *The Handbook of Customer Satisfaction and Loyalty Measurement* London: Routledge, 2006.
- KATSH, M. ETHAN, and RABINOVICH-EINY, ORNA. *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*. New York, NY: Oxford University Press, 2017.
- LU, CAROL, BERCHOUX, CELINE, MAREK, MICHAEL W. and CHEN, BRENDAN. "Service Quality and Customer Satisfaction: Qualitative Research Implications for Luxury Hotels." *International Journal of Culture, Tourism, and Hospitality Research* 9, no. 2 (2015): 168-182.
- MCDUGALL, GORDON H.G. and LEVESQUE, TERRENCE. "Customer Satisfaction with Services: Putting Perceived Value into the Equation." *Journal of Services Marketing* 14, no.5 (2000): 392-410.
- NADLER, JANICE (2001). Electronic - Mediated Dispute Resolution and e-Commerce. *Negotiation Journal*, 17, (4): 333-347.
- NEACSU, NICOLETA ANDREAA. "Consumer Protection in Electronic Commerce." *Bulletin of the Transilvania University of Braşov* 9, no. 1 (2016): 301-308.
- MORRIS, NIGEL. "Online courts modelled on eBay to settle legal disputes." *Independent.co.uk*, February 16, 2015, <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/online-courts-modelled-on-ebayto-settle-legal-disputes-10047780.html> (accessed November 26, 2017).
- Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement No. 17 (A/70/17).
- Official records of the General Assembly, Seventy-First Session, Supplement No. 17 (A/71/17).
- Official records of the General Assembly, Seventy-first session, A/RES/71/138.
- Official records of the United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Online Dispute Resolution), Twenty-second session, A/CN.9/WG.III/WP.105.
- Retail & Commerce, "Worldwide Retail Ecommerce Sales Will Reach \$1.915 Trillion This Year," Emarketer.com, August 22, 2016, <https://www.emarketer.com/Article/WorldwideRetail-Ecommerce-Sales-Will-Reach-1915-Trillion-This-Year/1014369> (accessed November 19, 2017).
- Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirty-third session, A/CN.9/868.
- Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Forty-nine session, A/71/17.
- RULE, COLIN. "Quantifying the Economic Benefits of Effective Redress." *University of Arkansas Little Rock Law Review*, 34, no. 6 (2012): 767-776.



- SEGAL, DAVID. "Lesson from a Doughnut Fryer Debacle: Let the eBay Seller Beware," *New York Times*, July 30, 2016. <https://www.nytimes.com/2016/07/31/your-money/lesson-from-a-doughnutfryerdebacle-let-the-ebay-seller-beware.html> (accessed February 25, 2018).
- SCHMITZ, AMY J., and RULE, COLIN. "The New Handshake: Where We Are Now." *International Journal on Online Dispute Resolution* 3, no. 2 (2016): 84-101. *Statista*. <https://www.statista.com/statistics/251666/number-of-digital-buyers-worldwide/> (accessed December 30, 2017).
- Statista*. Average value of global online shopping orders as of 4th quarter 2017, by device (in U.S. dollars). <https://www.statista.com/statistics/239247/global-online-shopping-ordervalues-by-device/> (accessed December 30, 2017).
- Statista*. Number of digital buyers worldwide from 2014 to 2021 (in billions). <https://www.statista.com/statistics/251666/number-of-digital-buyers-worldwide/> (accessed January 20, 2018).
- TAYLOR, STEVEN A. and BAKER, THOMAS L. "An Assessment of the Relationship between Service Quality and Customer Satisfaction in the Formation of Consumers' Purchase Intentions." *Journal of Retailing* 70, no. 2 (1994): 163-168.
- UNCITRAL Working Group III, Thirty-third session, A/CN.9/WG.III/WP.140. *U.S. Census Bureau News*. https://www.census.gov/retail/mrts/www/data/pdf/ec_current.pdf (accessed January 20, 2018).
- VAN DEN HERIK, JAAP and DIMOV, DANIEL. "Can the eBay's Community Review Forum Fairly Resolve Disputes." *Proceedings of the 23rd Benelux Conference on Artificial Intelligence* 4, (November 2011), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1955505 (accessed December 2, 2017).
- VILLALTA, ESTHER A. "ODR and E-Commerce," in (Eds.), *Collective efficacy: Interdisciplinary Perspectives on International leadership*, eds. Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsch and Daniel Rainey (The Hague, NL: Eleven International Publishing, 2012).
- Worldatlas*. The 25 Largest Internet Companies in the World. <http://www.worldatlas.com/articles/the25-largest-internet-companies-in-the-world.html> (accessed November 30, 2017).
- ZHENG, JIE. "Access to Information and Justice: Where does ODR lead us to?" *Mediate.com* August 2017.



About the Author

Luca Dal Pubel
ldal_pubel@uoc.edu

Prof. Dal Pubel is a Conflict Resolution and Online Dispute Resolution practitioner. He teaches courses on Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution for the International Security and Conflict Resolution program and Political Science at SDSU. Also, he is a professor of Negotiation and Leadership at the Lorenzo de' Medici – Marist College in Florence, Italy. He is a Ph.D. Candidate at Open University of Catalunya. His research and teaching interests are in the areas of Digital Justice, Online Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution, e-Governance and Leadership.

Department of Political Science
San Diego State University
5500 Campanile Drive
San Diego, CA 92182



EXPLORING THE ROLE OF SELF-REGULATION IN THE TECHNOLOGY NEUTRAL REGULATION OF ONLINE PAYMENTS

Nikita DIVISSENKO

PhD Candidate, Law Department, European University Institute

ABSTRACT: Security and innovation in online payments are equally important for the development of e-commerce. The importance of these objectives is reflected in regulatory technical standards (RTS) on strong consumer authentication and secure communication adopted in line with the framework of the revised payment services directive (PSD2). However, the new directive has required difficult trade-offs to ensure that the RTS are in line with other, often competing, regulatory objectives. This paper explores the role of self-regulation as a tool providing for a balance between competing regulatory objectives in an environment prone to constant innovation-driven processes of change. By tracing self-regulation through the ‘flexible’ regulatory settings of a ‘post-regulatory’ world, the first part of the paper shows that self-regulation is inherent to, and as such is indispensable for, these ‘flexible’ regulatory strategies. The case-study in the second part of the paper, in turn, leads to an observation that in the regulatory environment, characterised by technological complexity, self-regulation enters the regulatory equation through the need to ensure technological neutrality. Moreover, as a component of technologically neutral regulation it can be used as a tool for achieving a certain degree of flexibility of regulatory framework indispensable for making trade-offs between various regulatory objectives. Despite these potential benefits of self-regulatory mechanisms, the paper outlines several drawbacks and identifies considerations to be taken into account when designing a regulatory strategy involving self-regulation.

KEYWORDS: self-regulation; payments; technological neutrality; regulatory technical standards; PSD2.

1. INTRODUCTION

Despite the crackdown on self-regulation in the aftermath of the latest data security scandal and irrespective of already ongoing regulatory initiatives directed towards online platforms and fintech companies,¹ the alleged ‘end of self-regulation’² as a rule-making

1 For instance, the recent proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business, COM(2018)113. Also, see BUSCH, C. *et al* (2016). Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. In: Journal of European Consumer and Market Law 164-169.

2 SHIELD, T., DENNIS, S.T., FRIER, S. “Senators Tell Facebook CEO the Days of Self-Regulation May End”. Bloomberg Technology. [Online article] [Accessed on 15.04.2018].



mechanism is far from being near. Even more, as this paper will show, a share of self-regulation is often indispensable for a well-functioning regulatory environment.

In the realm of a ‘post-regulatory’ world, characterised by the fragmentation of knowledge and complexity,³ self-regulation appears to be an inherent component of the regulatory regimes aimed at overcoming the deficiencies of strict command-and-control regulation, such as increased entry barriers and hindered innovation. Such deficiencies are especially relevant for the regulation of the markets characterised by fast technological innovation, where strict substantive rules tend to fail to keep up with the speed of technology-driven change. However, the self-regulation and command-and-control (or statutory regulation) dichotomy is often misleading. Reducing self-regulation to voluntarism does not reflect the actual role of the phenomenon in either regulatory theory or actual regulatory settings. Tracing and locating self-regulation within the regulatory framework is important both to understand its functioning and to locate regulatory shortcomings and inefficiencies. This paper, therefore, aims to show the inherent character of self-regulation within a ‘flexible’⁴ regulatory setting, exemplified by the case-study of the regulatory technical standards (RTS) on strong consumer authentication and secure communication⁵ adopted under the revised payment services directive (PSD2).⁶

The RTS on strong consumer authentication and secure communication have been adopted in accordance with Art. 98 PSD2 to ensure the security of remote electronic (online) payment. This paper focuses on the security requirements introduced under the RTS insofar as these apply to third-party provided (TPP) payment initiation services.⁷ Payment initiation service providers enable payers to use a ‘specialised third-party soft-

3 See, for instance, BLACK, J. (2001). "Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a "post-regulatory" world". In: *Current Legal Problems*, 54 (1), p 107.

4 See FORD, C. (2017). *Innovation and the State: Finance, Regulation, and Justice*. Cambridge: Cambridge University [Kindle DX version], for an in-depth analysis of the origins and the characteristics of flexible regulation, that this paper largely follows.

5 Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017 supplementing Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards for strong customer authentication and common and secure open standards of communication, 2018 L 69/23 (hereinafter the RTS). According to Art. 38 RTS, the regulation will become applicably from 14 September 2019 except for paragraphs 3 and 5 of Article 30 which shall apply from 14 March 2019.

6 Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, 2015 O.J. L 337/35 (hereinafter the PSD2).

7 References to ‘online’ payments made throughout the paper shall be understood as references to payment initiation services provided by TPPs.



ware' to authorise the execution of a specific remote payment to a 'defined recipient' (e.g. an e-merchant) via her online bank.⁸ While it is the payer herself executing the payment (logging in to the online bank and confirming transaction with her credentials), the use of third-party provided software breaks up the bank-controlled online payment infrastructure and introduces more competition to the online retail payments market. Considered as crucial for further development of e-commerce, TPP payment initiation services (as opposed to account servicing payment service provider (e.g. bank, ASP-SPs) sponsored payment initiation solutions) have been introduced within the revised EU retail payments framework under the PSD2. While the PSD2 seeks to strengthen competition between the TPPs and ASPSPs, which supports innovation creating more choice and better options for both consumers and online merchants, the ultimate rationale behind the adoption of the RTS has been the need to ensure the security of online payments. The paper analyses the requirements of the RTS, both on strong consumer authentication and secure communication, and explores the instances of use of self-regulation within this regulatory instrument.

The technological complexity of online payment services as a regulated environment makes technological (and business-model) neutrality a crucial component of the regulatory framework. According to Art. 98 (3) PSD2, the RTS must ensure the security of payment services, the safety of users' funds, technological and business-model neutrality and fair competition, while allowing payment service users to benefit from these innovative means of payment. Striking the balance between several often-competing regulatory objectives is not easy and this exercise often implies the need to make trade-offs. This paper therefore, first, looks at the role of self-regulation within the concept of technological neutrality. Furthermore, the case-study allows us to examine the role of self-regulation when balancing between the objective of creating a technology and business-model neutral regulation and other regulatory objectives of the PSD2 and the RTS.

The first part of the paper (2.) provides the basis for further analysis and discussion by tracking the place and role of self-regulation within flexible and technology neutral regulation. The following part of the paper (3.) consists of a case study of the mechanisms introduced under the RTS and the correlations between self-regulation and technological neutrality within the context of online payments. Finally, I provide a few concluding remarks (4.).

8 European Payment Institutions Federation (EPIF, 2013). Position Paper on Payment Initiation Services, p 3.



2. SELF-REGULATION AND TECHNOLOGICAL NEUTRALITY

2.1. Self-regulation within 'flexible' regulation

Self-regulation may appear in a 'multitude of institutional arrangements'⁹ and indeed does so in most of what can be jointly framed as 'flexible'¹⁰ regulatory settings. Cristie Ford characterises flexible regulation as 'shifts in regulatory theory' towards 'a new, more variable and interactive kind of state regulatory apparatus'.¹¹ Having its roots in the ideas of 'reflexivity' and 'responsiveness', 'flexible regulatory approaches aim to transcend the public/private divide through public/private collaborative initiatives that involve a multiplicity of diverse stakeholders.'¹² Unsurprisingly, market-based or privately created rules constitute an important part of such strategies. These approaches are outlined below.

Reflexive regulation

Reflexive regulation, having its roots within the systems theory,¹³ is directed towards overcoming 'inter-system conflicts' and ensuring well-functioning 'coordination processes'.¹⁴ To this end, self-regulation represents an object of coordination efforts best performed by 'procedural' rules.¹⁵ This coordination aims to increase the 'cognitive' or learning capability of the regulatory framework.¹⁶

Responsive regulation

In responsive regulation the 'enforced' self-regulation model introduced by Ayres and Braithwaite¹⁷ represents a custom-made regulation 'subcontracted' to individu-

9 OGDEN, A. (1995). "Rethinking Self-Regulation". In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 15, Issue 1, p 99.

10 See FORD, C., *supra* n 4.

11 *ibid*, Introduction, Section 4.

12 *ibid*, Chapter 2, Section 4.

13 The roots of reflexive law and regulation are most often attributed to Niklas Luhmann. See, for instance, LUHMANN, N. (2014) *A sociological theory of law*. Translated by Elizabeth King-Utz, Martin Albrow (ed.). Abingdon, Oxon: Routledge.

14 TEUBNER, G. (1983). "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law". In: *Law & Society Review*, 17(2), p 277.

15 TEUBNER, G. (1984). "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law". In: *EUI Working Paper No. 100*. European University Institute, Florence, Law Department, pp 19-20;

16 *ibid* p 24. On the idea of 'cognitive capacity', NONET, P., SELZNIK, P. (1978). *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*. Octagon Books, p 105, 112.

17 AYRES, I., BRAITHWAITE, J. (1992). *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press. Initially, BRAITHWAITE, J. (1982). "Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control." In: *Michigan Law Review* 80(7): 1466-507.



al firms to allow a more cost-efficient regulation through ‘private self-enforcement’.¹⁸ Thereby the role of the state-made rules set the ‘criteria’ leading to the creation of ‘standards’ to be followed by the regulated undertakings.¹⁹

Co-regulation

Co-regulation sees self-regulation as an inherent part within the process of ‘a complex interaction of general legislation and a self-regulatory body’,²⁰ whereas statutory rules are intended to ‘monitor’ and ‘analyse’ the process and the outcomes of industry self-regulation.²¹

Meta-regulation

In turn, the literature on meta-regulatory strategies²² similarly sees self-regulation as one of the layers within the regulatory framework whereby the regulators create incentives, monitor, and provide standards and evaluation processes for intra-firm self-regulation.²³

Smart regulation and new governance

Finally, smart regulation sees industry self-regulation as an informal and thus flexible ‘mechanism of social control’²⁴ deployed by the state to enable learning and improving the knowledge of the regulated field.²⁵ New governance, in its turn, refers to self-regulatory capacities that the governance models need to promote for the purposes of interaction between the social fields.²⁶

Despite its presence in various regulatory architectures, self-regulation is not always easy to recognise. Julia Black distinguishes between four types of industry self-regulation: voluntary self-regulation with no ‘direct or indirect government involvement’; coerced self-regulatory setting where the industry ‘formulates and imposes regulation but only in response to a threat of statutory regulation’; mandated self-regulation whereby

18 AYRES, I., BRAITHWAITE, J., *supra* n 17, pp 102-103.

19 *ibid* p 108.

20 MARSDEN, C. (2011). *Internet Co-Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, p 46.

21 *ibid* p 57.

22 Also referred to as ‘meta-management’.

23 PARKER, C. (2002). “The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy”. Cambridge: Cambridge University Press, p 246.

24 GUNNINGHAM, N., SINCLAIR, D. (2017). “Smart Regulation”. In: DRAHOS, P. (ed.), *Regulatory Theory: foundations and applications*. ANU Press, Chapter 8, p 134.

25 See, also GUNNINGHAM, N., SINCLAIR, D. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Oxford University Press.

26 LOBEL, O. (2004). “Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”. In: 89 *Minn. L. Rev.* 342, p 10.



the government requires from the industry to produce specific rules within its 'broad framework'; and, finally, sanctioned self-regulation, where the industry 'formulates rules which are then approved by the government'.²⁷

To make sense of the heterogeneity of regulatory settings and the shapes that self-regulation takes therein, it is useful for the present purposes to distinguish between collective or industry²⁸ and individual or corporate²⁹ self-regulation. While the former is understood as self-regulation produced by an industry or sector-wide association, firm self-regulation refers to internal rules of an individual undertaking. While some regulatory arrangements focus either on individual undertaking self-regulation and others on industry self-regulation, I suggest using this distinction as a guiding tool to differentiate between various facets of self-regulation. This distinction makes it possible to outline the degree (or the amount) of self-regulation in a regulatory regime and the level at which it has been invoked – either at industry-wide or at intra-firm level. It is outlined in the table below by reference to the flexible strategies described above, adding 'voluntary' self-regulation and 'statutory regulation' as two extreme conditions.

Table 1. *Grouping types of self-regulation as contained within flexible regulatory strategies*

regulatory strategy	corporate self-regulation	industry self-regulation
no regulation	none/voluntary	none/voluntary
reflexive regulation	mandated/sanctioned	mandated/sanctioned
responsive regulation	mandated/sanctioned	none/mandated
co-regulation	none/sanctioned	mandated/sanctioned
meta-regulation	mandated/sanctioned	none/mandated
smart-regulation	none/mandated	mandated/sanctioned
new governance / experimentalism	none/mandated	mandated/coerced
statutory regulation	none	none

This table is indicative and does not precisely outline the full range of ideas expressed and approaches adopted within one or another regulatory setting. For instance,

27 BLACK, J., *supra* n 3, p 118. The list used for the purposes of this article is not exclusive and the literature also suggest other options for describing types of self-regulation. See, for instance, Marsden, who counts 12 distinct types of self-regulation. MARDSEN, *supra* n 20, p 62.

28 GUNNINGHAM, N., SINCLAIR, D., *supra* n 24, p 140.

29 PARKER, C., *supra* n 23.



we can very well imagine a coerced self-regulation strategy applied within a regulatory framework otherwise using a smart-regulatory approach or, similarly, a voluntary industry self-regulation initiative being supported within an otherwise experimentalist setting. However, despite its simplicity, or precisely because of it, this picture allows us to make two important observations. The first is that self-regulation is inherent to the contemporary regulatory strategies aiming to incorporate flexibility to ‘respond to the profound dynamism, uncertainty, and complexity’³⁰ of the post-regulatory world. And as such it plays a key role. As we have seen above, in line with the ideas of reflexive law, all flexible regulatory arrangements employ self-regulation as a necessary tool to achieve ‘proceduralisation’³¹ of rules indispensable to increase the ‘cognitive capacity’ of the legal framework. This latter objective is crucial for the regulation in the environment characterised by (technological) complexity and high value of knowledge³² for it avoids the deficiencies of public-made ‘substantive’ (i.e. prescriptive) rules by delegating the rule-making to the best-informed stakeholders. Furthermore, the flexibility and knowledge achieved through self-regulatory arrangements contribute to the overall success of a regulatory framework by facilitating the balance between often competing regulatory objectives. For instance, limiting the number of prescriptive rules makes it possible to reduce compliance costs and hence keep the entry barriers low while promoting fair competition. Another example would be the balance that needs to be struck between the objectives of security and innovation, often relevant in a technologically complex environment.

Despite all the benefits, the second observation is that the application of self-regulation within flexible regulatory strategies is always somewhat limited and most often takes the shape of mandated or sanctioned self-regulation. As has been aptly put by Ayres and Braithwaite with respect to responsive regulation, which equally applies to all flexible regulatory regimes, the final amount of self-regulation used within a regulatory setting depends on the structure of the industry and its core characteristics.³³ Innovation in financial services leading to the 2008 crisis and the current concerns with regard to platform self-regulation are examples of a regulatory failure caused by the regulators being unable to adequately assess and co-ordinate the self-regulatory activities of certain market players. Moreover, restrictions to market entry and economic rents earned by incumbents have been often (and validly) emphasised as a negative externality for industry

30 FORD, C., *supra* n 4, Chapter 2, Section 3.

31 TEUBNER, G., *supra* n 15, p 20.

32 BLACK, J., *supra* n 3, pp 106-107.

33 AYRES, I., BRAITHWAITE, J., *supra* n 17, p 103.



self-regulation.³⁴ The remainder of the paper will further explore the role of self-regulation considering the potential benefits of self-regulation that make it an inherent element of the flexible regulatory strategies; however, these benefits will be considered with due regard to the limits and potential deficiencies of self-regulation.

2.2. Self-regulation as a component of technological neutrality

The principle of technological neutrality has been extensively discussed in the context of electronic communication networks and services (ICT). Directive 2002/21/EC³⁵ provides a two-element definition of technological neutrality as a requirement for the regulation (i) not to impose the use of a particular type of technology and (ii) not to discriminate in favour of any particular technology.³⁶ According to Kamecke and Körber, the first and the core element of definition is best described as a ‘substantive prohibition’ dealing with ‘effects’ and directed against ‘unjustified [extension] of regulation’ and ‘unjustified differentiation between different technologies’. The second component of the definition can be seen as ‘relative prohibition of discriminatory practices’ which prohibits discrimination yet does not exclude ‘consideration of technological aspects’.³⁷

Maxwell and Bourreau distinguish between three types or three different usages of the concept of technology neutral regulation. First, a technology neutral approach is aiming to ‘describe the result to be achieved but should leave companies free to adopt whatever technology is most appropriate to achieve the result’.³⁸ This approach is synonymous with ‘performance’ standards as opposed to ‘design’ standards and is aimed at protecting competition by avoiding lock-in of dominant (and often outdated) technologies by giving market participants more freedom to choose the technology and other means to achieve the desired outcome.³⁹ The second type of use requires the regulator to apply ‘the same principles of market analysis to all networks and services’ in response to

34 OGUS, A., *supra* n 9, pp 98-99.

35 Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002 L 108/33.

36 *ibid*, preamble (point 18).

37 KAMECKE, U., KORBER, T. (2008). “Technological Neutrality in the EC Regulatory Framework for Electronic Communications: A Good Principle Widely Misunderstood”. In: *European Competition Law Review*, 29(5), p 335.

38 MAXWELL, W., BOURREAU, M. (2014). “Technology Neutrality in Internet, Telecoms and Data Protection Regulation”, p 1. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2529680>.

39 *ibid* p 2.



‘convergence’ between different telecommunication networks and services.⁴⁰ Finally, the third distinct use of technological neutrality is directed at restricting the activities of the regulator who intends to ‘nudge’ the market towards a particular structure.⁴¹

Technological neutrality is closely linked with self-regulation in that it supports the unrestricted development of markets and services through ‘free and undistorted market decisions among competing technologies possible’.⁴² Moreover, because technological neutrality is against any regulatory expansion not based on economic assessment it eventually endorses self-regulation as the natural impetus behind industry technological development.⁴³ Using the distinction proposed by Maxwell and Bourreau this approach corresponds to the first type of technological neutrality, which suggests that market participants make technological choices in a self-regulatory process.⁴⁴ However, where a less stringent regulatory approach has been adopted, such as, for instance, voluntary self-regulation or sanctioned self-regulation within a co-regulatory setting, the principle does not preclude such ‘lighter’ rules from being more ‘technology-specific’.⁴⁵

Similarly to self-regulation in the flexible regulatory setting, technological neutrality is a tool directed towards tackling complexity in a way that does not hamper innovation. Accordingly, the use of this tool may be complicated by the trade-offs between competing concerns over security, but also integrity and legal certainty, which often lead to the lack of concrete rules that would ensure their harmonious implementation. The following case-study looks at how the correlation between self-regulation and technological neutrality enters this balancing process between different, and often competing, regulatory objectives.

40 *ibid* p 2-3.

41 *ibid* p 4.

42 KAMECKE, U., KORBER, T., *supra* n 36, p 331.

43 KOOPS, B.-J. (2006). “Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?”. In: KOOPS, B.-J., LIPS, M., PRINS, C., SCHELLEKENS, M. (eds.), *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-liners*. In: *IT & Law Series*, Vol. 9, 77-108, The Hague: T.M.C. Asser Press.

44 MAXWELL, W., BOURREAU, M., *supra* n 37, p 2.

45 *ibid* p 12.



3. A CASE-STUDY: SECURITY OF PAYMENT INITIATION SERVICES UNDER PSD2

3.1. Regulatory technical standards on strong consumer authentication and secure communication

Based on Art. 98 PSD2,⁴⁶ the RTS are applicable to all payment service providers regulated by the directive. Drafted by the EBA and adopted by the European Commission, the core objectives of the RTS are to ensure security of payment services, safety of user's funds, fair competition among all payment service providers, technology and business-model neutrality and development of user-friendly and innovative means of payment. In accordance with Art. 98 (2) (a) the RTS have been developed to ensure an 'appropriate level of security' of payment services by adopting 'effective' and 'risk-based' requirements. This latter conditionality reflects the inescapable need to 'make difficult trade-offs'⁴⁷ between distinct objectives of the RTS, leading to a more nuanced rule-making. Technological and business-model neutrality has therefore played a crucial role in ensuring that the right balance is struck between the security of payments on the one hand and competition amongst payment service providers, consumer experience and innovation on the other. In what follows, the paper analyses the core security components of the RTS, the meaning of the concepts of technological and business-model neutrality and the role of self-regulation in ensuring the effective application of the security mechanisms.

3.2. Security components

To ensure the security of payment services, the RTS introduce requirements on (3.2.1) strong consumer authentication, (3.2.2) risk monitoring mechanisms for the purposes of implementation of the security measures, and requirements relative to (3.2.3) secure communication between payment services providers to ensure safety and security of users' funds. These three key elements of the framework introduced by the RTS are discussed below.

46 Security related aspects of PSD2 enabled framework have been delegated to EBA, who has adopted guidelines on operation and security risks (Art. 95(3) PSD2), guidelines on incident reporting (Art. 96 (3) PSD2) and drafted the regulatory technical standards (RTS) on strong consumer authentication and secure communication in accordance with Art. 98 PSD2. Adopted by the European Commission as a delegated regulation under Art. 290 TFEU, it is the latter instrument, praised as ground-breaking for banking industry, that will constitute the subject of the following inquiry.

47 Final Report Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), 2017 EBA/RTS/2017/02, p 3.



3.2.1. Strong consumer authentication

Strong consumer authentication is generally applicable to all payment service providers executing payment transactions indicated in Art. 97 (1) PSD2 involving payer's access to payment account online, initiation of an electronic payment and carrying out an action through a remote channel which may imply risk of payment fraud or other abuse. The minimum requirements set down in the RTS have been designed to fulfil its objective of ensuring the security of electronic remote payment transactions (online payments) from the risk of fraud or other abuse.

According to the RTS, strong consumer authentication shall be based on two or more elements which are categorised as 'knowledge', 'possession' and 'inherence', resulting in the generation of an authentication code. In addition, the RTS set out requirements for each separate element and on more specific security measures with respect to the authentication code, including the requirement to ensure independence of the elements. Finally, Art. 5 RTS requires payment service providers to adopt security measures defined as 'dynamic linking', aimed at ensuring security of authentication procedure from fraud.

To create a balance between the 'interest in enhanced security' and the 'needs for accessibility and user-friendliness of payments in e-commerce',⁴⁸ Art. 1 (b) RTS, based on Art. 98 (1) (b) PSD2, provides for an option for payment initiation and other service providers to exempt certain transactions from strong consumer authentication requirements.

3.2.2. Risk monitoring and assessment mechanisms

The RTS have introduced requirements for payment service providers to have in place transaction monitoring mechanisms that enable them to detect unauthorised or fraudulent payment transactions, aimed to ensure effective implementation of strong consumer authentication, and to allow for an exemption of certain transactions. The minimum requirements for such monitoring mechanisms have been set based on a 'risk-based' approach allowing payment service providers to design and implement these internal mechanisms based on the risks specific to the services provided. In line with this approach, Art. 2 (2) RTS provides for general requirements for transaction monitoring mechanisms that have to be put in place by payment service providers to comply with the RTS, which include a list of risk-based factors that need to be taken into account.

⁴⁸ RTS, preamble p 12.



Furthermore, the ‘opt-out’ option⁴⁹ allowing payment service providers to exempt certain transactions from the application of strong consumer authentication, is provided in Art. 18 RTS and is based on the criteria stipulated in Art. 98 (3) PSD2. The three transaction-related characteristics are (i) the amount and the recurrence of the transaction, (ii) the payment channel used to execute the transaction and (iii) the level of risk involved in the transaction. Accordingly, the RTS prescribe the maximum amounts of transaction (EUR 500) and fraud rates. Moreover, while they consider that remote (online) payments initiated through a third-party provider pose a significant risk, the RTS leave the assessment of risk by means of transaction risk analysis to be internally adopted and conducted by payment service providers. Based on the conditions and minimum requirements provided in Art. 18 RTS, two mechanisms are left to be implemented by payment service providers:

a) Real-time risk analysis

In accordance with Art. 18 (2) (c) RTS payment service providers have to perform a real-time risk analysis based on the following considerations:

- abnormal spending or behavioural pattern of the payer;
- unusual information about the payer’s device/software access;
- malware infection in any session of the authentication procedure;
- known fraud scenario in the provision of payment services;
- abnormal location of the payer and/or high-risk location of the payee.

b) Risk scoring

Art. 18 (3) in turn provides a ‘minimum’ list of risk-based factors to be taken into account by the risk scoring mechanism set to determine whether a transaction is a ‘low risk transaction’ that can be exempted from strong consumer authentication requirement:

- the previous spending pattern of the individual payment service user;
- the payment transaction history of each of the payment service provider’s payment service users;

49 Initially absent from the draft RTS, the conditions for the exemption have been largely debated throughout the public consultation conducted by EBA up until the adoption of the final draft of the RTS. The utmost concerns have been raised by e-commerce industry representatives in relation to the effects of strong consumer authentication requirements on the development of user-friendly and innovative payment methods, having potentially detrimental impact on further innovation and development of e-commerce in the internal market. See, for instance, comments by Ecommerce Europe. Accessed on 15.04.2018.



- the location of the payer and of the payee at the time of payment transaction in cases where the access device or the software is provided by the payment service provider;
- the identification of abnormal payment patterns of the payment service user in relation to the user's payment transaction history.

These considerations and risk-based factors constitute the minimum requirements introduced by the RTS and provide the basis for the rules created by the payment service providers for real-time analysis and scoring models. These rules incl. (pre-defined) rules for predictive models and rules on risk definition within the software solutions to be developed internally (or outsourced) and implemented by the payments service providers.

3.2.3. Secure communication – a 'standardised' access interface

Finally, Section 2 of the RTS sets out the rules on access interfaces to ensure common and secure open standards of communication for the purposes of identification, authentication, notification and information as stipulated in Art. 98 (1) (d) PSD2. Thus, Art. 30 (1) RTS specifies the payment initiation service provider's right to access the payer's account data as set out in Art. 66 (3) (d) PSD2 establishing certain obligations of ASPSPs (banks or other payment service providers). The latter have to provide access to payer's payment account through an interface which allows payment initiation service providers to identify themselves to the ASPSP and to be able to communicate securely to initiate payment order from the payer's payment account and to receive all information on the initiation and execution of the payment transaction. Furthermore, Art. 30 (2) RTS obliges the ASPSPs to provide such interface, listing its core requirements:

- to allow submission of instructions between payment service providers to start the authentication based on the consent of the payment service user;
- to establish and maintains communication sessions between payment service providers throughout the authentication;
- to ensure the integrity and confidentiality of the personalised security credentials and of the authentication codes transmitted by or through a payment service provider.

In addition to the general rules thus provided by Art. 30 (1) and (2), Art. 30 (3) RTS also obliges ASPSPs to ensure that the interfaces they provide access for follow standards of communication which are issued by international or European standardisation organisation.



3.3. Technological (and business-model) neutrality under the RTS

3.3.1. Technological neutrality

Technological neutrality has been at the centre of considerations leading to the adoption of the RTS; indeed, it was one of the core concerns raised by the stakeholders responding to the Consultation Paper⁵⁰ issued by the EBA prior to the adoption of the RTS.⁵¹ The main areas of concern have been (a) the elements of strong consumer authentication and (b) the standards for secure communication.

- a) To avoid the risk of lock-in to the detriment of future innovation the EBA removed several references to more specific technologies used as examples of technologies to be applied to implement the three elements of the strong consumer authentication.⁵² Some concern has been voiced with regard to the requirement to generate an authentication code, which can be seen as limiting technological neutrality. However, with reference to the absence of any technology-specific requirement to the elements that constitute the authentication code, the EBA has concluded that the requirement is ‘as technology neutral as possible’.⁵³
- b) The main concern regarding the secure communication standards, which initially included references to ISO messaging standards, has been their restrictive potential with respect to new technologies as well as the fact that such standards have been mainly used in bank-to-bank communication.⁵⁴ Despite initial contradiction by the EBA referring to the limited use of the standards to message ‘templates’ (ISO 20022) to ensure the use of common messaging format as ‘essential to the good functioning of the interface between the different PSPs’,⁵⁵ the references to partic-

50 Consultation Paper on the draft Regulatory Technical Standards specifying the requirements on strong customer authentication and common and secure communication under PSD2, EBA-CP-2016-11. <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1548183/Consultation+Paper+on+draft+RTS+on+S-CA+and+CSC+%28EBA-CP-2016-11%29.pdf> [Accessed on 12.04.2018].

51 In total 224 respondents submitted over 300 responses / issues identified. For summary of the responses, see Final Report Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), 2017 EBA/RTS/2017/02, pp 48-153.

52 Final Report Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), 2017 EBA/RTS/2017/02, p 8, 60-61.

53 *ibid* p 145.

54 *ibid* p 128.

55 *ibid* p 8, 127-128.



ular standards do not appear in the adopted version of the RTS; instead, Art. 30 (3) refers to international and European standardisation organisations that have to develop the communication standards in co-operation with ASPSPs.⁵⁶

In light of the amendments made by the EBA to the final draft of the RTS, largely based on the concerns raised by the stakeholders, it can be followed that the principle of technological neutrality as adopted for the purposes of the RTS is ‘outcome-specific’. This approach corresponds to the type of usage of the principle synonymous to ‘performance’ standards which focus on the desired outcomes⁵⁷ produced by the addressees of the regulation. Furthermore, this approach appears to be in line with the overall objectives of the RTS and follows naturally from the difficult task faced by the EBA of balancing between different regulatory objectives at stake, notably those of security and innovation in online payments.

3.3.2. Business-model neutrality

Although explicitly referred to in Art. 98 (2) PSD2 and throughout the RTS, the distinction between business-model neutrality and technological neutrality might appear rather blurred, especially as these two objectives of the RTS are used alongside each other. Yet, the two can be clearly distinguished in the context of the considerations related to (automated) access to payment accounts. The cornerstone of the PSD2 created framework, access to payment accounts of payment service users held by ASPSPs (usually banks), is crucial to ensure payment initiation service providers are able to provide services to their users on equal footing with other market participants. The principle of business-model neutrality is therefore invoked in balancing between the objective of security of online payments, on the one hand, and competition and consumer choice, on the other.

3.4. What role for self-regulation?

If the final draft of the RTS outlines the issues of technological and business-model neutrality as central to the effectiveness of the regulatory instrument, one cannot find any reference to self-regulation. However, mechanisms introduced under the RTS contain several elements of self-regulation.

First, risk monitoring and risk assessment (real-time risk analysis and risk scoring) mechanisms (3.2.2 above), based on risk-based approach, allow for a certain degree of

56 Preamble of the RTS (point 21) underlines the importance of such standards for ‘interoperability’ of different technological communication solutions.

57 See *supra* n 37.



flexibility for the obliged undertakings to design ‘customised’ solutions, using the risk-based factors and considerations provided by the RTS as a guidance. Based on the minimum requirements introduced by the RTS, the rules underlying these mechanisms can be defined as ‘sanctioned’ corporate self-regulation,⁵⁸ for they are introduced (pre-defined) by the individual market participants⁵⁹ and are subject to audit and supervisory review and approval.⁶⁰ This approach based on high-level principles is intended to allow the regulator to strike the balance between the competing objectives of the RTS – while minimum requirements ensure security of online payments and fair competition amongst different market participants, individual solutions support the development of user-friendly and innovative means of payment. Moreover, invoking this type of flexibility plays a crucial role in the effective functioning of the outcome-oriented standards which ensure technological and business-model neutrality. However, although self-regulatory elements can be traced within the framework, it has to be noted that the room for manoeuvre left to the individual undertakings is rather limited. This is especially evident from the requirements concerning the authentication code (3.2.1 above), incl. the use of independent elements (‘knowledge’, ‘possession’ and ‘inherence’) and dynamic linking – despite the removal of reference to specific technologies, which service providers are free to choose, the set-up of the RTS leaves little space for individual firm solutions that would ensure an equivalent outcome.⁶¹ Therefore, the requirements of the RTS, largely based on the existing technologies, led to concerns over technological neutrality and, subsequently, the potential risk of lock-in with detrimental effects on innovation.

Second, the open standards for access interface under the secure communication provision of the RTS introduce elements of ‘mandated’ industry self-regulation. Displaced to the level of international or European standardisation bodies the standards will be elaborated and adopted in co-operation between standardisation organisations and industry representatives. To date, in addition to the European Standardisation Author-

58 See p 4 (Section 2.1) above.

59 In addition to being introduced by individual firms, these rules are also subject to regular intra-firm review and assessment.

60 See Art. 3 and Art. 21 RTS.

61 EBA has been referring to the need to follow the requirements of the PSD2 here. However, PSD2 only refers to ‘authentication codes’ as an example of what ‘may’ result from applying security measures and does not explicitly require limiting available options to this technology (see point 96 of the preamble of the PSD2).



ities (ESAs),⁶² also a private standardisation association – the Berlin Group⁶³ – is developing communication standards to be applied in compliance with the RTS and PSD2. Moreover, the standardisation initiatives are overseen and supported by the European Retail Payments Board through its respective Working Group⁶⁴ with the Commission acting as an observer. Once again, the reference to self-regulation and the choice of the particular type of self-regulation appears to be guided by the need to ensure technological neutrality – all initial references to existing ISO standards have been removed. In addition, mandated industry self-regulation helps to create balance between competing regulatory objectives. On the one hand, these are the objectives of fair competition amongst market participants and market integrity. On the other hand, allowing the industry to create its own standards is beneficial for innovation. Yet, similarly to the example of corporate self-regulation, reference to this instrument does not guarantee a perfect outcome. Notably, reliance on standards instead of formal regulation poses several risks, including the potential increase of market concentration (leading to monopoly power) and lock-in of old technologies in case of strong network externalities.⁶⁵ While the monitoring and supervisory mechanisms mitigate such risks, it remains to be seen whether the framework created by the RTS in line with the PSD2 will be implemented effectively.

4. CONCLUDING REMARKS

The first part of the paper has shown that self-regulation is inherent to and as such is indispensable for ‘flexible’ regulatory strategies. The case-study in the second part of the paper, in turn, led to the observation that in the regulatory environment characterised by technological complexity self-regulation enters the regulatory equation through the need

62 It appears that to date the European Telecommunications Standards Institute (ETSI) is charged with the assignment with respect to standardisation of the certificate requirements for the PSD2. See Euro Retail Payments Board (ERPB), (2017). Final Report of the ERPB Working Group on Payment Initiation Services. ERPB/2017/012, p 4.

63 The Berlin Group has already published its first version of the NextGenPSD2 Access to Accounts (XS2A) on 8 February 2018. See <https://www.berlin-group.org/psd2-access-to-bank-accounts>. [Accessed 15.04.2018]. Also, another example of mandated self-regulation in work is the ‘Open Banking’ initiative in UK, which aims at developing its own API-based open communication solution for the purposes of the PSD2. <https://www.openbanking.org.uk/about-us/news/uks-open-banking-launch-13-january-2018/>. [Accessed 15.04.2018].

64 See supra n 60.

65 See, for instance, PELKMANS, J., RENDA, A. (2014). “Does EU regulation hinder or stimulate innovation?” Centre for European Policy Studies, Special Report No. 96, p 13.



to ensure technological neutrality. Moreover, as a component of technologically neutral regulation it can be used as a tool for achieving a certain degree of flexibility of regulatory framework indispensable for making trade-offs between various regulatory objectives.

However, self-regulation-based mechanisms as such do not guarantee that the right balance is struck between competing regulatory objectives, as has been seen in the case-study in the second part of this paper. To ensure the ‘effectiveness’ of a regulatory framework, the framework must be based on ‘explicit normative choices about regulatory priorities’.⁶⁶ Such choices need to be made prior to engaging with the choice of the most appropriate regulatory strategy and instruments. Therefore, while this paper has aimed at unveiling a somewhat blurred role of self-regulation within a technologically complex regulatory environment, further discussion is needed to ensure optimal regulatory outcomes of the use of this tool. What is important is that such prior considerations are equally indispensable in both cases – where the existing regulatory framework is being amended in order to increase its flexibility and ability to respond to ongoing processes of innovation-driven change, but also where no regulation is yet in place and the regulator undertakes to reduce the amount of self-regulation. The case-study undertaken in this paper has outlined some essential considerations to be made, such as the analysis of characteristics of the regulated environment (incl. the level of technological complexity, competition and composition of the actors), the monitoring mechanisms to be put in place and the costs associated with such mechanisms. Further research and analysis are needed to ensure that the regulatory tools, employed within complex environments such as those of online payments or e-commerce, are based on systematic considerations leading to the best possible choice of the instruments for a regulatory strategy.

5. BIBLIOGRAPHY

Primary sources

Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017 supplementing Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards for strong customer authentication and common and secure open standards of communication, 2018 L 69/23.

Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, 2015 O.J. L 337/35.

⁶⁶ FORD, C., *supra* n 4, Chapter 9, Section 2.



- Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, 2007 O.J. L 319/1.
- Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002 L 108/33.

Secondary sources

- AYRES, I., BRAITHWAITE, J. (1992). *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press.
- BLACK, J. (2001). "Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a "post-regulatory" world". In: *Current Legal Problems*, 54 (1), 103-146.
- BRAITHWAITE, J. (1982). "Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control". In: *Michigan Law Review* 80(7), 1466–507.
- BUSCH, C., DANNEMANN, G., SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, A., ZOLL, F. (2016). Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. *Journal of European Consumer and Market Law* 164-169 (Publishers: C.H. Beck, Nomos and Wolters Kluwer). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2821590>.
- European Banking Authority. Consultation Paper on the draft Regulatory Technical Standards specifying the requirements on strong customer authentication and common and secure communication under PSD2, 2016 EBA-CP-2016-11.
- European Banking Authority. Final Report Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), 2017 EBA/RTS/2017/02.
- European Payment Institutions Federation (EPIF), (2013). Position Paper on Payment Initiation Services.
- Euro Retail Payments Board (ERPB), (2017). Final Report of the ERPB Working Group on Payment Initiation Services. ERPB/2017/012, ERPB PIS 034-17.
- FORD, C. (2017). *Innovation and the State: Finance, Regulation, and Justice*. Cambridge: Cambridge University (Kindle file).
- GUNNINGHAM, N., SINCLAIR, D. (2017). "Smart Regulation". In: DRAHOS, P. (ed.), *Regulatory Theory: foundations and applications*. ANU Press, Chapter 8.
- KAMECKE, U., KORBER, T. (2008). "Technological Neutrality in the EC Regulatory Framework for Electronic Communications: A Good Principle Widely Misunderstood". In: *European Competition Law Review*, 29(5), 330–37.



- KOOPS, B-J. (2006). "Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?". In: KOOPS, B-J., LIPS, M., PRINS, C., SCHELLEKENS, M. (eds.), *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-liners*. In: IT & Law Series, Vol. 9, 77-108, The Hague: T.M.C. Asser Press. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=918746>.
- LOBEL, O. (2004). "Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought". In: 89 Minn. L. Rev. 342.
- MARSDEN, C. (2011). *Internet Co-Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MAXWELL, W., BOURREAU, M. (2014). "Technology Neutrality in Internet, Telecoms and Data Protection Regulation". Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2529680>.
- NONET, P., SELZNIK, P. (1978). *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*. Octagon Books.
- OGUS, A. (1995). "Rethinking Self-Regulation". In: Oxford Journal of Legal Studies, Volume 15, Issue 1, 97–108.
- PARKER, C. (2002). "The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy". Cambridge: Cambridge University Press.
- PELKMANS, J., RENDA, A. (2014). "Does EU regulation hinder or stimulate innovation?" Centre for European Policy Studies, Special Report No. 96.
- TEUBNER, G. (1983). "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law". In: Law & Society Review, 17(2), 239-285.
- TEUBNER, G. (1984). "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law". In: EUI Working Paper No. 100. European University Institute, Florence, Law Department.



CONSUMERS CONTRACTING WITH OTHER CONSUMERS IN THE SHARING ECONOMY: FILL IN THE GAPS IN THE LEGAL FRAMEWORK OR SWITCH TO THE BLOCKCHAIN MODEL?

Hervé JACQUEMIN¹

Professor at the University of Namur (Belgium), Head of eCommerce Unit at the Research Center Information, Law and Society (CRIDS, member of NaDI), Member of the Brussels Bar.

ABSTRACT: Numerous legal provisions were enacted at the EU level in order to protect consumers contracting with professionals, especially in a digital environment (see, in particular, the protection measures provided by directive 2011/83/EU on consumer rights; directive 2005/29/EC on unfair commercial practices; directive 2000/31/EC on electronic commerce, etc.). With the development of the web 2.0 and the so-called “sharing economy”, consumers are now entitled to conclude easily agreements with other consumers through intermediation platforms. EU Consumer Acquis shall normally be applicable to the relationship between the platform and each of the peers (the seller or the provider on one hand, the buyer or the recipient on the other hand), with exclusion of C2C relationships. The objective of the paper is to highlight the potential issues and gaps in the context of consumer protection (lack of information, warranty issues, no right of withdrawal, etc.), resulting from the fact that C2C agreements are normally out of scope of the EU Consumer Acquis (and only governed by the traditional contract Law). Some propositions de lege ferenda will also be made, in order to ensure a higher level of protection to the benefit of consumers (with additional legal duties prescribed to the intermediaries, for instance). Blockchain technology and smart contracts shall also be taken into account, since they should normally give rise to a “disintermediation” process. It should however be assessed whether the consumer protection shall get advantage from this disintermediation or not.

KEYWORDS: Sharing economy, consumer protection, platforms, information duties, C2C agreements, Blockchain.

Comunicación seleccionada para ser publicada en el n° 28/2019, de la Revista electrónica IDP - Internet, Derecho y Política, disponible en: <http://idp.uoc.edu/>

Paper selected to be published in issue number 28/2019 of the e-journal IDP - Internet, Law and Politics. Available at: <http://idp.uoc.edu/>

1 herve.jacquemin@unamur.be.



PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROTECCIÓN DE DATOS /
INTELLECTUAL PROPERTY & DATA PROTECTION



EL CONSENTIMIENTO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A NO APORTAR DATOS Y DOCUMENTOS QUE YA OBRAN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Unai ABERASTURI GORRIÑO

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco (UPV-EHU).

RESUMEN: El artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administración Común (LPAC) reconoce el derecho a no presentar datos y documentos que ya obran en poder de las administraciones públicas. Además, se amplía el alcance de este derecho en comparación a lo que disponían anteriores normas. El ejercicio de este derecho se hace depender del consentimiento del titular de los datos. La regulación del consentimiento en la citada Ley es ciertamente confusa al apelar a una especie de “consentimiento presunto”. Esta regulación debe coherenciarse con la prevista en la normativa de protección de datos. En la actualidad, el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) refuerza la institución del consentimiento al exigir una “declaración o una clara acción afirmativa” para que un tratamiento de datos se entienda como autorizado. La lectura conjunta de ambas normas no es tarea sencilla, pues la regulación que se hace del consentimiento no es coincidente. Es así que se deben plantear diferentes interrogantes a fin de aclarar cómo se debe ejercer el derecho mentado. Esencialmente deben plantearse dos interrogantes de gran alcance, a saber: en primer lugar, ¿es necesario realmente el consentimiento del titular de los datos para que la persona interesada en un procedimiento pueda ejercer el derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones?; y, en segundo lugar, ¿qué tipo de consentimiento debe requerirse en estos casos?

PALABRAS CLAVE: protección de datos, consentimiento, reglamento general de protección de datos, administración electrónica, principio de lealtad.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración ha sido uno de los ámbitos en los que con mayor intensidad se han incorporado las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)¹. La necesidad de implantar las nuevas tecnologías en la Administración no responde tanto a cues-

1 COTINO HUESO, “Derechos del ciudadano...”, 2008, p. 119.



tiones de operatividad interna, sino a la conveniencia de desarrollar una nueva forma de entender la relación ciudadanía-Administración². La Administración Electrónica conlleva un cambio sustantivo, de fondo, estructural, de valores³, situando más que nunca a la ciudadanía en el centro de la organización. La relación entre ésta y la Administración se desarrollará, supuestamente, en parámetros diferentes, de mayor cercanía, eficacia, celeridad y simplicidad⁴, a los que hasta hace poco se venían llevando a cabo⁵.

La consecución de esos objetivos está condicionada en gran medida por dos factores. Primero, porque se reconozca un nuevo catálogo de derechos de quienes van a relacionarse con la Administración. Y, segundo, porque se implementen sistemas de información que simplifiquen los flujos de datos entre administraciones, y entre éstas y las personas. Ambos condicionantes son interdependientes: el que esos derechos no se vean condenados a convertirse en meros principios programáticos dependerá en gran medida de que se articulen mecanismos técnicos que garanticen la posibilidad de ejercerlos. Y, viceversa, los sistemas de información deberán acomodarse a las exigencias que plantea la necesidad de garantizar determinados derechos. La relación entre lo técnico y lo jurídico debe analizarse en cada uno de los instrumentos que se ponen a disposición de la ciudadanía desde la Administración electrónica, más allá de una reflexión general, abstracta, sobre la inevitable relación entre el Derecho y las Nuevas Tecnologías.

Uno de los aspectos concretos que merecen un análisis particular es el referido a uno de los derechos que se reconocen en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) dentro del nuevo catálogo de derechos. Se trata del “derecho a no presentar datos o documentos que ya obran en las administraciones públicas”, que aunque ya se recogía en anteriores normas, se ha visto reforzado en la actual regulación, lo que es, *a priori*, algo positivo. Se dice que el derecho se refuerza porque se refiere a “las administraciones” en general, no únicamente a la Administración actuante, y a los “datos y documentos”, no únicamente a los documentos, como sucedía antes.

Por un lado, resulta evidente que desde la perspectiva del interesado afectado por un procedimiento administrativo la posibilidad de ejercer este derecho de una manera sencilla facilitará y agilizará su participación en dicho procedimiento⁶. Es conocido, sobre todo para quienes tienen una relación más o menos constante o intensa con la Administración,

2 PIÑAR MAÑAS, “Nuevas tecnologías...”, 2008, p. 971; GAMERO CASADO y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Legislación de Administración...*, 2008, pp. 16-17.

3 CRIADO GRANDE y RAMILO ARAUJO, “eAdministración, ¿un reto...”, 2001, p. 14.

4 PÉREZ LUÑO, *Manual de Informática...*, 1996, pp. 83-84.

5 JORDANA, “Las Administraciones...”, 1999, p. 17.

6 BOCANEGRA REQUENA y BOCANEGRA GIL, *Administración electrónica...*, 2011, p. 229. STS 30 de mayo de 2012, nº rec. 2847/2011, FJ 5.



que uno de los principales obstáculos a la hora de relacionarse con ella es el mayúsculo trabajo que supone muchas veces el tener que aportar innumerables documentos para poder presentar una solicitud o justificar una situación determinada en la tramitación de un procedimiento administrativo. Son innumerables las ocasiones en que se debe aportar en procedimientos diferentes el mismo documento. Esta circunstancia se repite de manera tozuda, como en algún caso han puesto de manifiesto incluso los defensores del pueblo⁷ y el Supervisor Europeo de Protección de Datos al referirse al principio de “solo una vez”⁸. Frente a esta situación, el reconocimiento del derecho que aquí se analiza constituye un avance en el proceso de simplificación de los procedimientos administrativos.

Por otro, el que el derecho se encuentre correctamente regulado garantiza la seguridad jurídica no sólo del interesado sino también de la Administración. Y es que en muchas ocasiones este derecho se ha argumentado de manera un tanto abusiva por los interesados en un procedimiento, con la intención de convalidar ciertas carencias a la hora de justificar determinadas situaciones que argumentaban, por ejemplo en una solicitud, pero que no podían probar⁹. Una correcta regulación de este derecho vendría a delimitar los supuestos en que se puede ejercer y cómo, de manera que una posible responsabilidad de la Administración por no hacerlo efectivo quedaría mejor delimitada.

Una de las cuestiones más relevantes a analizar en relación al derecho es el relativo al consentimiento que, en su caso, debe prestarse para hacerlo efectivo. Este análisis es interesante en la medida en que la letra de la LPAC plantea algunas interrogantes de gran de interés si se pone en relación con la normativa de protección de datos. Fundamentalmente se trata de analizar dos cuestiones, a saber: ¿hay argumentos en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que hacen que este derecho sea inaplicable en la práctica?; ¿es necesario el consentimiento del interesado para que la Administración acceda a sus datos?

2. NORMATIVA

A la hora de determinar el marco jurídico que regula el consentimiento en el derecho a no presentar datos y documentos que obran en poder de las administraciones debe tenerse en cuenta que el ejercicio de ese derecho implica un tratamiento de datos

7 Resolución 20/2009, 30 de enero, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra.

8 Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento relativo a la creación de un portal digital único y al principio de “solo una vez”, 1 de agosto de 2017.

9 STSJ País Vasco 23 de mayo de 2013, nº rec. 220/2011, en la que se analiza el caso en que el derecho se había ejercido a fin de subsanar la falta de acreditación de unos méritos que una persona había alegado.



por parte de la Administración actuante. Es por ello por lo que deberán tomarse en consideración tanto las normas que regulan el funcionamiento y la organización de la Administración como las que regulan el derecho a la protección de datos.

2.1. Las normas administrativas

El reconocimiento derecho analizado se lleva a cabo hoy día en el artículo 28 de la LPAC. De su texto parece resultar el reconocimiento de un derecho general de las personas interesadas a no aportar datos y documentos que ya obran en las administraciones públicas o que las normas no exigen. Este artículo 28 se ve reforzado posteriormente en la misma Ley cuando se prevén los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo, en el artículo 53.1.d). Este reconocimiento se hace también en otras normas. Más allá de la ya derogada Ley 30/1992 o la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos de 2007 (LAE), el derecho se prevé en normas autonómicas que regulan la Administración electrónica como el Decreto del País Vasco que regula la Administración electrónica¹⁰, o el Decreto de Cantabria sobre simplificación documental en los procedimientos administrativos¹¹, o la Ley Foral Navarra para la implementación de la Administración electrónica¹², la Ley del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña¹³, la Ley de proyectos estratégicos, simplificación administrativa y evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia¹⁴ o la Ley de la buena Administración y del buen gobierno de las Illes Balears¹⁵. También se pueden encontrar referencias en normas sectoriales como la Ley General Tributaria (LGT)¹⁶.

10 Artículo 6 Decreto 21/2012, 21 de febrero, de Administración Electrónica, País Vasco.

11 Artículo 8 y ss. Decreto 20/2012, 12 de abril, de Simplificación Documental en los Procedimientos Administrativos, Cantabria.

12 Artículo 4.p) Ley Foral 11/2007, 4 de abril, para la implementación de la Administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

13 Artículo 21 Ley 29/2010, 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña. Este precepto tiene desarrollo en la Orden GAP/459/2010, 22 de septiembre, por la que se aprueba el protocolo de interoperabilidad, que tiene la finalidad de poner a disposiciones de la Administración de la Generalidad y de entidades vinculadas a la misma los datos y documentos que pueden obtener a través de la Plataforma de Integración y Colaboración Administrativa (PICA) para hacer efectivo el derecho que aquí se comenta.

14 Artículo 17 y ss. Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

15 Artículo 16 y ss. Ley 4/2011, 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.

16 Artículo 34.1.h) Ley 58/2003, 17 de diciembre, General Tributaria.



Estos textos recogen algunas referencias al consentimiento que debe guiar el ejercicio del derecho que aquí se estudia. La LPAC dispone, con una redacción un tanto desafortunada, que “Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal”. La referencia a la “presunción” parece abrir la puerta al consentimiento presunto lo que plantea algún que otro problema interpretativo, ya que podría permitir que la Administración utilice los datos aunque no haya habido una clara posición del interesado a favor de esa operación. Esta interpretación podría venir reforzada en otras normas. Es el caso del RD que regula la aportación de documentos que acreditan la identidad de las personas en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado, que reconoce esta posibilidad para acceder a datos dirigidos a identificar a las personas¹⁷, así como de otras normas autonómicas¹⁸. En el supuesto de la Ley Balear citada este planteamiento se deja entrever cuando se señala que no se exigirá a los interesados la aportación de documentos que las administraciones puedan recabar de la Administración autonómica u otras administraciones, matizando que este tratamiento de datos se llevará a cabo siempre “dentro de los límites de la normativa de protección de datos”¹⁹. Lo mismo podría desprenderse del ordenamiento navarro que expresamente se refiere a la verificación de determinados datos “de oficio por el órgano o unidad administrativa encargada”, si bien remite a la necesidad de tomar en consideración la normativa de protección de datos²⁰. Podría interpretarse que sobre esos datos su intercambio se puede llevar a cabo prácticamente de oficio, por las administraciones, sin mayor garantía para los afectados que la posibilidad de oponerse a la operación. Esta idea podría venir refrendada también por el principio de lealtad que en algún momento han argumentado los tribunales a la hora de justificar la eficacia de este derecho, y que reclama que la Administración no puede actuar como si no conociera unos documentos que tiene a su alcance²¹.

Otras normas parecen apostar de una manera más nítida por requerir un consentimiento claro e inequívoco. La LAE, en su articulado, exigía el consentimiento, si bien sin concretar el tipo de autorización. Su Exposición de Motivos reclamaba un consen-

17 Artículo 1 RD 522/2006, 28 de abril.

18 Artículo 1 Decreto 68/2008, de 26 de febrero.

19 Ley 4/2011, 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Artículo 16. Aportaciones documentales.

20 Acuerdo del Gobierno de Navarra, 13 de mayo de 2015, por el que se aprueban instrucciones de simplificación documental en los procedimientos administrativos.

21 SSTSJ Andalucía 8 de abril de 2014, nº rec. 34/2012, FJ 3; 10 de enero de 2014, nº rec. 205/2012, FJ 2.



timiento “expreso”. El reglamento que desarrolla la LAE, todavía vigente, dispone que el ejercicio del derecho a no aportar datos o documentos implica, siempre que haya habido una previa información al respecto por parte de la Administración actuante, el consentimiento a que la transmisión de datos se produzca²². El Decreto del País Vasco que regula la Administración electrónica mantiene prácticamente la redacción empleada por el reglamento que desarrolla la LAE²³. En el caso del Decreto de Cantabria que regula la Simplificación Documental en los Procedimientos Administrativos parece que se exige el consentimiento expreso, al reclamar que dicho consentimiento conste en la solicitud de ejercicio del derecho²⁴. La Ley Foral Navarra que regula la Administración electrónica exige el consentimiento expreso²⁵. Lo mismo hace la normativa que regula la simplificación administrativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia²⁶.

2.2. Breve referencia a la regulación del consentimiento en la normativa de protección de datos

La necesidad de acudir a la regulación en materia de protección de datos es evidente desde el momento en que algunas normas que regulan el derecho a no aportar datos y documentos remiten expresamente a la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD)²⁷. Actualmente, la norma de referencia en esta materia es el RGPD. Una de las principales novedades del Reglamento es, precisamente, el régimen jurídico del consentimiento al exigir que este derive de “una declaración o una clara acción afirmativa”²⁸, lo que parece reforzar las exigencias para que la autorización sea válida, cerrando la puerta al consentimiento tácito. El nuevo reglamento también reconoce excepciones a la exigencia del consentimiento que pueden ser aquí de interés: si se tratan datos ordinarios, no sensibles, cabe la excepción si dicho tratamiento se lleva a cabo “en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable”²⁹, siempre y cuando este trata-

22 Artículo 2.1.a) RD 1671/2009.

23 Artículo 6.2 Decreto 21/2012, 21 de febrero.

24 Artículo 12.1 Decreto 20/2012, 12 de abril.

25 Artículo 4.p) Ley Foral 11/2007, 4 de abril.

26 Artículo 19 Ley 2/2014, de 21 de marzo.

27 Así sucedía, por ejemplo, en la LAE, o en el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos indetificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica, artículo 2.

28 Artículo 4.11 RGPD.

29 Artículo 6.1.e) RGPD.



miento tenga base legal y la finalidad esté concretada en esa norma³⁰. Si se tratan datos sensibles el consentimiento no será necesario si el tratamiento se justifica por “razones de un interés público esencial”, siempre que haya una base legal para ello³¹. A estos límites se les podrán añadir otros.

3. EL POSIBLE CUESTIONAMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO A NO APORTAR DATOS Y DOCUMENTOS QUE OBRAN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES PARTIENDO DE LA LETRA DEL RGPD

3.1. Planteamiento

La primera cuestión a resolver consiste en determinar si el derecho que aquí se analiza y que expresamente aparece reconocido en la LPAC tiene alguna virtualidad práctica. Se plantea esta interrogante debido a que de la letra del nuevo RGPD podrían desprenderse argumentos dirigidos a negar el sentido mismo de la existencia del derecho. Como se verá en el siguiente apartado su ejercicio pasa porque el titular de los datos consienta que la Administración acceda a esa información. De esta forma, si el acceso a los datos por las administraciones se hace depender del consentimiento, el derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones no tendrá sentido si el acceso a esa información se puede hacer sin necesidad de recabar la autorización de las personas interesadas, titulares de los datos. Así, los límites que las leyes pueden imponer al derecho a consentir podrían llevar a cuestionar la existencia misma del derecho que aquí se analiza. Se trataría esencialmente de tres supuestos que se analizan a continuación.

3.2. La excepción al consentimiento por ser la Administración quien trata los datos de carácter personal

En primer lugar, es sobradamente conocido que la Administración utiliza datos de carácter personal de manera regular y constante. La mayoría de los casos, además, lo hace sin necesidad de recabar el consentimiento de su titular. Ha sido suficientemente analizado por la doctrina³², que el legislador ha venido justificando el tratamiento de datos por las administraciones, sin tener que requerir autorización alguna del titular de los

30 Artículo 6.2 RGPD.

31 Artículo 9.2.g) RGPD.

32 GUICHOT, *Datos personales...*, 2005.



datos, en la necesidad de emplearlos para llevar a cabo sus funciones ordinarias, dirigidas a satisfacer intereses generales como la protección de la salud o la seguridad. Partiendo de esta idea, si la Administración puede tratar los datos sobre la ciudadanía de oficio argumentando finalidades de interés común, sin tener que apelar al consentimiento del titular de los datos, cabe preguntarse qué sentido tiene que, como sucede con el derecho que aquí se analiza, un uso de datos por la Administración se haga depender de que la persona interesada ejerza activamente ese derecho.

A día de hoy no parece que esa posición sea defendible. Primero, porque la relación entre el titular de los datos y la Administración que nace con el ejercicio del derecho a no aportar datos y documentos que ya obran en poder de las administraciones es una relación muy concreta, con características particulares. En este caso el tratamiento de datos no se desarrolla en el marco de una relación ordinaria entre Administración y ciudadano o ciudadana en la que la Administración lleva a cabo funciones concretas en materias como la sanidad o la seguridad, sino que nace de una relación particular entre estos sujetos que cuenta como base el ejercicio voluntario de un derecho por parte de la persona interesada que pide que se utilicen esos datos. Y, segundo, porque, como hasta ahora la práctica ha demostrado, las excepciones al consentimiento que favorecen la actuación de las administraciones no se han interpretado de una manera laxa sino todo lo contrario.

Siendo así, puede admitirse que el ejercicio del derecho a no presentar datos y documentos que obran en poder de las administraciones tiene en la actualidad cierto recorrido, para los casos en que las administraciones no cuentan con una habilitación legal, u otra causa justificativa, para tratar los datos. En cualquier caso no está demás apuntar que resulta necesaria una profunda reflexión sobre la necesidad o conveniencia de ampliar las opciones de las administraciones para tratar los datos de la ciudadanía³³. Debe plantearse, *a futuro*, si teniendo en cuenta que la Administración en todo caso “sirve con objetividad los intereses generales” no está justificado que se haga una interpretación expansiva de los límites al consentimiento que las normas de protección de datos prevén para estos supuestos.

3.3. El consentimiento en los datos “hipersensibles”

Es sabido que en las normas de protección de datos se han venido distinguiendo entre datos comunes y sensibles. Una de las principales causas justificadoras del tratamiento de esos datos ha sido el consentimiento de su titular. Se ha venido interpretando que cada uno tiene total libertad para utilizar sus datos como estime oportuno. Esta premisa que hasta ahora venía admitiéndose sin mayor crítica se cuestiona en el RGPD al entender que puede haber un tipo de datos sobre los que su titular no puede disponer.

33 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Régimen jurídico...”, 2010.



Esta consideración parte de la conclusión de que en la actualidad existen motivos para pensar que la ciudadanía no cuenta con las herramientas suficientes para comprender las consecuencias que tienen determinados tratamientos de datos, sobre todo en la Red, sobre su persona. Es así que el Reglamento europeo prevé la posibilidad de que el Derecho interno disponga, que el consentimiento del titular de los datos no puede ser argumento suficiente para tratar un determinado tipo de datos³⁴. Acogiéndose a esta opción el proyecto de nueva LO de protección de datos regula que “a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”³⁵. Así, si el ejercicio del derecho a no presentar datos y documentos que obran en poder de las administraciones pasa porque el interesado consienta dicho tratamiento, parece evidente que sobre los datos hipersensibles que se citan en el artículo 9.1 del Proyecto de nueva LO de protección de datos será difícil ejercer ese derecho. Si el consentimiento del titular de los datos no basta para justificar su uso difícilmente podrá la Administración actuante acceder a esos datos basándose en dicho consentimiento.

Deben realizarse dos matices a esta afirmación. Primero, deberá esperarse a lo que diga definitivamente la letra de la nueva LOPD para determinar el alcance definitivo de esta previsión. Y, segundo, debe fijarse en que el señalado precepto es aplicable a los supuestos en que la finalidad principal del tratamiento sea “identificar” la ideología, afiliación sindical, etc. de una persona. Parece que pocas veces un tratamiento de datos llevado a cabo por las administraciones puede tener como finalidad principal identificar a las personas atendiendo a esos criterios. Y es que identificar a las personas partiendo de su ideología, orientación sexual o religión puede resultar altamente discriminatorio. Este tipo de tratamientos requiere, sin lugar a dudas, una justificación muy motivada. No hay que olvidar que hasta ahora la LOPD prohibía expresamente la creación de ficheros con la única finalidad de almacenar datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o la vida sexual de las personas³⁶.

3.4. ¿Es libre el consentimiento en las relaciones Administración-ciudadanía?

En el RGPD el consentimiento sigue reconociéndose como una causa más que justifica el tratamiento de los datos. Sin embargo, el RGPD ha puesto en cuestión la virtualidad del consentimiento en el ámbito de la Administración. El Reglamento exige que el

34 Artículo 9.2.a) RGPD.

35 Artículo 9.1 Proyecto de nueva LOPD.

36 Artículo 7.4 LOPD.



consentimiento sea emitido “libremente” por el titular de los datos³⁷. Si la autorización del interesado se otorga sin libertad no será válida. Pues bien, dispone el Reglamento que en determinados ámbitos hay una situación de desequilibrio entre los agentes intervinientes, responsable del tratamiento y titular de los datos, que hace que sea difícil que el segundo pueda actuar con la autonomía suficiente como para otorgar un consentimiento que pueda calificarse como “libre”. Esta circunstancia se daría, según la norma europea, en el ámbito de las administraciones³⁸. Una interpretación amplia de este argumento podría llevar a concluir que en ese entorno el consentimiento no puede ser empleado como causa que justifica un tratamiento de datos. Si esto fuera así carecería de sentido reconocer la existencia del derecho a no aportar datos y documentos que ya obran en poder de las administraciones, al ser un derecho que se ejerce partiendo de la voluntad del titular de los datos, que autoriza su tratamiento. Esta conclusión no se comparte en este trabajo.

Primero, porque esta previsión se recoge en un considerando, no en el articulado. Segundo, porque si se llevara a cabo una interpretación amplia del precepto se llegaría a la conclusión de que la Administración debe amparar todo tratamiento de datos en causas diferentes al consentimiento. Esta circunstancia llevaría a dificultar en muchas ocasiones el tratamiento de datos por parte de las administraciones, que se verían impelidas a buscar una base jurídica concreta a cada uno de los tratamientos. Tercero, porque no todas las relaciones entre las administraciones y la ciudadanía tienen las mismas características. Es evidente que pueden darse situaciones en las que ese desequilibrio es evidente, caso de los procedimientos desfavorables para las personas interesadas o de actuaciones en que están en juego bienes jurídicos de importancia como pudiera ser su salud. Sin embargo, también hay relaciones en que ese desequilibrio es más difícil de justificar, caso de los procedimientos en que es el propio interesado el que inicia el procedimiento. Cuarto, porque el propio considerando permite una interpretación más restrictiva de su alcance. La referencia a la “autoridad pública”, concepto cuyo sentido tampoco está claro, y a las “situaciones particulares” abren la puerta a que en cada caso se tenga que hacer una valoración sobre si existe o no un desequilibrio en la relación Administración-ciudadanía.

3.5. La vigencia del derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones

A pesar de que atendiendo al RGPD pueden encontrarse argumentos que cuestionan la virtualidad, y también la necesidad, del derecho aquí analizado, lo cierto es que hay argumentos suficientes a día de hoy para entender que la referencia a dicho

37 Artículo 4.11 RGPD.

38 Considerando 43 RGPD.



derecho no sobra del catálogo de derechos que la LPAC reconoce a favor de quienes se relacionan con las administraciones. El mentado derecho puede encontrar un ámbito propio de actuación. Sería el supuesto en que la Administración no encuentra una causa que justifique el tratamiento de unos datos sin necesidad de recabar el consentimiento de su titular, en los que el interesado quisiera hacer valer unos datos o documentos que obran en poder de las administraciones en un procedimiento administrativo. El derecho tendría sentido en la medida en que se trataría, simplemente, de hacer efectiva la voluntad de las personas interesadas en un procedimiento de aportar cierta documentación o determinados datos que la Administración no ha recabado por sí misma.

4. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A NO APORTAR DATOS Y DOCUMENTOS QUE OBRAN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES?

4.1. Planteamiento

Como punto de partida, se debe considerar que el acceso por parte de las administraciones a datos y documentos obrantes en bases de datos o ficheros de otros órganos o administraciones constituye un nuevo tratamiento de datos, distinto al que justificó inicialmente la recogida y uso de esos datos a los que se pretende acceder. En la mayoría de casos se trataría de una cesión de datos entre la Administración que reclama la información y la Administración que la aporta, bien remitiéndola o bien permitiendo el acceso a la misma. En la medida en que el ejercicio del derecho implicará un nuevo uso de datos de carácter personal por parte de las administraciones será necesario, de inicio, el consentimiento del interesado autorizando esa acción³⁹. Cabe plantearse, sin embargo, si existe causa alguna que justifica la excepción a este consentimiento.

4.2. El tratamiento de datos comunes por la Administración en el RGPD

En el supuesto de los datos comunes, no sensibles, se justifica su tratamiento si tiene como objetivo el cumplimiento del “interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”⁴⁰. Esta excepción deberá encontrar

39 Dictamen AVPD CN11-031, en la que se concluye que “aún siendo cierto que la LOPD no contempla expresamente la cesión interadministrativa, la misma debe quedar sometida al mismo régimen jurídico general al que se somete la cesión o comunicación de datos”.

40 Artículo 6.1.e) RGPD.



base jurídica en el Derecho de la UE o en el Derecho interno⁴¹ y deberá fundarse en la consecución de un fin concreto de interés público⁴². Además, el Reglamento puede interpretarse, siguiendo sus considerandos, en el sentido de que los datos recabados para la persecución de un fin podrán emplearse posteriormente para una finalidad diferente siempre y cuando se trate de un objetivo “compatible” con el que inicialmente justificó la recogida de datos⁴³. Podría argumentarse que la defensa del interés público justifica por sí mismo, por ser un fin compatible, que cualquier administración pueda acceder a cualquier dato en manos de otras administraciones, a saber: las administraciones podrían acceder a las bases de datos de otras administraciones alegando que esas cesiones de datos se enmarcan dentro del ejercicio de potestades que las leyes les atribuyen para actuar en beneficio del interés público.

Se entiende aquí que esta conclusión no es justificable. Primero, porque, como luego se verá, a día de hoy no hay previsión legal alguna que exceptúe, más allá de lo que dispone el RGPD, el consentimiento para este supuesto concreto sino todo lo contrario.

Segundo, porque, a pesar de que el Reglamento ha recogido el criterio de compatibilidad, el principio de finalidad debe interpretarse de una manera especialmente garantista. Los tribunales desde hace tiempo han concluido que unos datos no pueden emplearse, salvo contadas excepciones, para fines “distintos” a los que inicialmente justificaron la recogida de datos⁴⁴. El criterio de compatibilidad no puede llevar a asumir la creación de un flujo ilimitado de datos entre administraciones, tal como ha prohibido expresamente el TC⁴⁵. Es así que el RGPD, a pesar de reconocer el principio de compatibilidad, también recoge criterios específicos que se deben tener en cuenta para justificar la compatibilidad, a saber: contexto, relación entre las finalidades, la naturaleza de los datos, existencia de garantías suficientes...⁴⁶. Atendiendo a esos criterios no parece que en términos generales pueda admitirse, que el tratamiento de datos que implica el ejercicio del derecho aquí analizado pueda entenderse compatible en todo caso con el primer objetivo que justificó la recogida de datos. No se puede obviar que los datos a los que se accederá serán muy variados y que los expedientes a los que se pretenden incluir los datos y documentos también se tramitan con fines heterogéneos.

Tercero, porque la finalidad que se persigue con la cesión de datos derivada del ejercicio del derecho reconocido en la LPAC no es en sentido estricto de interés público.

41 Artículo 6.3 RGPD.

42 Artículo 6.3 RGPD.

43 Artículo 6.4 RGPD y Considerando 50.

44 SSAN 8 de marzo de 2002, FJ 6; 6 de abril de 2006.

45 STC 17/2013, 31 de enero, FJ. 4

46 Artículo 6.4 RGPD.



Se entiende aquí que no se está ante un supuesto en que la Administración requiere del tratamiento de unos datos concretos para poder ejercer sus potestades en beneficio del interés general, caso de la salud pública, la protección social, la gestión de los servicios sanitarios⁴⁷. Se está ante tratamientos derivados del ejercicio de un derecho concreto por parte de una persona interesada que va a llevar a beneficiar a dicha persona que no tendrá que aportar esos datos y documentos. En este sentido, en caso de que la persona interesada no consienta el tratamiento de sus datos deberá asumir las consecuencias de ello, que no son otras que la obligación de aportar por ella misma los datos y documentos requeridos.

4.3. El tratamiento de datos sensibles

El RGPD regula el tratamiento de datos sensibles⁴⁸. Entre las causas que justifican el tratamiento de estos datos se encuentra el tratamiento necesario “por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados internos, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”⁴⁹. No es sencillo interpretar el contenido del concepto “interés público esencial”, sobre todo si se tiene en cuenta que el interés público se ejemplifica, como antes se ha señalado, en materias como la protección de la salud o la protección social. En sus considerandos el Reglamento se refiere al interés público esencial poniendo algún ejemplo como la protección social, incluidas las pensiones o las alertas sanitarias⁵⁰.

El ejercicio del derecho a no aportar datos y documentos que ya obran en las administraciones en algunas ocasiones puede afectar a la protección de los datos sensibles. Podría plantearse si es posible aplicar la excepción del “interés público esencial” a ese supuesto. Resulta complicado asumir una tal interpretación, no ya por los motivos que se han dado en el apartado anterior, sino porque es difícilmente sostenible que la relevancia de salvaguardar el derecho que aquí se analiza pueda considerarse de suficiente entidad como para justificar un tratamiento de datos sensibles sin la autorización de la persona interesada.

47 Considerando 45 RGPD.

48 Artículo 9.1 RGPD.

49 Artículo 9.2.g) RGPD.

50 Considerando 52 RGPD.



4.4. Habilitación legal que exceptúa la necesidad de consentimiento en la cesión de datos entre administraciones

Atendiendo a la letra del RGPD cabe preguntarse si es posible reconocer alguna previsión legal concreta que exceptúe el requisito del consentimiento. Se entiende aquí que la habilitación legal no constituye en este caso una causa que justifica el tratamiento de datos por la Administración, que limite el derecho a consentir del titular de datos.

Primero, porque se desconoce la existencia de leyes específicas que lleven a exceptuar expresamente el requerimiento del consentimiento. Podría interpretarse que la propia previsión del artículo 28 LPAC es la Ley habilitadora. Así podría concluirse si se atiende al Informe de la AEPD sobre el anteproyecto de la Ley estatal, que afirma que el consentimiento presunto podría constituir “una habilitación legal para la cesión de datos entre órganos de una misma Administración o entre Administraciones Públicas u Organismos Públicos”⁵¹. No se comparte esta interpretación aquí. No parece tener sentido que la LPAC exija el consentimiento, aunque sea presunto, para después interpretar que lo que se reconoce es una habilitación legal que exceptúa dicho consentimiento. Así parece haberlo entendido también la AVPD, aunque refiriéndose a la LAE⁵². La interpretación de que la LPAC dispone una habilitación legal a favor de que la Administración trate los datos llevaría a concluir que lo que se prevé en esa Ley cuando se hace referencia a la oposición es, simplemente, la posibilidad de ejercer el derecho de oposición previsto en la normativa de protección de datos⁵³. Este derecho únicamente reconoce la facultad del titular de los datos a oponerse a un tratamiento en principio justificado. Pero no debe olvidarse que en la LOPD el ejercicio del derecho de oposición se sujeta a la condición de que el interesado justifique un interés concreto que legitime que la Administración no pueda tratar los datos. Es decir, el tratamiento se llevaría a cabo a no ser que el titular de los datos argumentara “motivos fundados y legítimos” para una oposición al mismo. No parece que la LPAC se esté refiriendo a este supuesto, sino más bien a la facultad de consentir el tratamiento de datos.

Segundo, porque cabría preguntarse si bastaría con la previsión formal de una Ley para justificar la excepción. No hay que olvidar que todo límite a un derecho fundamental debe basarse en la persecución de un interés de suficiente entidad que lo justifique,

51 Informe jurídico AEPD sobre el Anteproyecto de la LPAC.

52 Dictamen AVPD CN15-016, en el que la Agencia concluye que la LAE “no contiene ninguna habilitación legal para el tratamiento de datos personales, sino que se limita a establecer una obligación para las Administraciones Públicas a fin de garantizar la efectividad del derecho a no aportar que la ley reconoce a los ciudadanos”.

53 Artículo 6.4 LOPD.



tal como ha reconocido el TC⁵⁴. En el caso que aquí se analiza no se adivina qué bien jurídico podría ser el que justificara esta transmisión de datos. Como ya se ha dicho, entran aquí en juego el derecho a la protección de datos del interesado y el interés por “simplificar” la participación de los interesados en el procedimiento, reduciendo la carga de tener que aportar determinados datos y documentos. La simplificación no constituye por sí sólo un argumento sólido y suficiente para implementar un flujo de datos que afecta directamente al derecho a la autodeterminación informativa.

4.5. El límite al derecho basado en intereses de terceros

En algunas ocasiones puede suceder que el ejercicio del derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones afecte a intereses de terceros. La persona interesada en un procedimiento, que es la que ejerce el derecho, y la persona titular de los datos a los que se va a acceder no tienen por qué ser siempre coincidentes. Piénsese en los casos en que la persona interesada reclama que una Administración acceda a unos documentos en los que obra información sobre la condición económica de sus familiares.

En estos casos, que no son infrecuentes, debe partirse de la idea que en anteriores apartados ya se ha señalado, a saber: que en el supuesto que aquí se analiza no hay una causa o una Ley que justifique el acceso de la Administración a dicha información. Si esto es así el uso de esos datos dependerá de la voluntad del titular de la misma. Así, de la misma manera que cuando dicho acceso se hace depender de la voluntad del interesado, cuando los datos afectan a su persona, lo mismo sucede si afectan a una tercera persona, que tendrá que autorizar el acceso a los datos que le conciernen.

4.6. El principio de lealtad y el derecho a no presentar datos y documentos que obran en poder de las administraciones

Atendiendo a los argumentos expuestos resulta fácil concluir que el derecho a no aportar documentos o datos ya obrantes en las administraciones debe partir de la autorización de los interesados. Esta conclusión se ve reforzada no únicamente por argumentos estrictamente jurídicos sino también prácticos. Resulta más efectivo reclamar una participación activa del interesado en el ejercicio del derecho a no aportar datos y documentos, a fin de facilitar la propia tarea de las administraciones que tienen que recabar o acceder a los mismos. Y es que en ocasiones será necesario que el propio interesado indique dónde se encuentran algunos de los datos y documentos sobre los que se ejerce,

54 STC 17/2013, 31 de enero, FJ. 4



tal como reconocen la propia LPAC, la LGT⁵⁵, y la normativa de Islas Baleares, que señala que cuando sea necesario la administración pedirá al interesado que identifique el expediente en el que se encuentran los datos y documentos⁵⁶.

El que se trate de un derecho que se ejerce activamente implicará que el titular de los datos tendrá un mayor control sobre ellos. Pero también tiene otro tipo de consecuencias. El que el ejercicio del derecho deba partir del consentimiento del titular de los datos llevará a la contingencia de que el interesado no pueda esperar que la Administración actúe de oficio a la hora de recabar los datos y documentos. Si no lo ejerciera el interesado no podría interpretar que le asiste dicho derecho⁵⁷. Esta idea se plantea debido a que en ocasiones se ha vinculado el derecho a no presentar datos y documentos que obran en poder de las administraciones con el principio de “lealtad”. Atendiendo a este principio las administraciones que tienen a su alcance unos datos o documentos de una persona no pueden actuar en un procedimiento administrativo como si no los tuvieran⁵⁸. De la aplicación de este principio podría interpretarse que aunque el interesado no hubiera ejercido activamente el derecho mentado, la Administración actuante debería haber tomado en consideración los datos y documentos que tuviera a su alcance. Este principio se ha venido alegando en supuestos en que el interesado quería hacer valer un dato o documento que no presentó en su día pero que obraba en poder de las administraciones. Se entiende aquí que esta interpretación no se corresponde con la mecánica que ha de guiar el ejercicio del derecho. Se estarían confundiendo dos contenidos. Por un lado, el principio de lealtad tiene virtualidad para reclamar una actuación diligente por parte de la Administración actuante, a pesar de que el interesado no haya ejercido activamente el derecho a no presentar datos o documentos⁵⁹. Esta diligencia debida únicamente podría conllevar la posibilidad de reclamar a la Administración que actúe teniendo en cuenta datos y documentos con los que ya cuenta, pero no otros. Por otro, se encontraría el derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones, que debe ejercerse consintiendo el tratamiento de datos. Este derecho va más allá del principio de lealtad, pues permite a una Administración acceder a información que opera en cualquier Administración y que no podría recabar si no fuera con la autorización de la persona interesada. En esta línea, pueden encontrarse decisiones judiciales que han admitido expresamente que el ejercicio del derecho pasa en primer lugar porque el interesado informe a la Administración de que tiene intención de llevarlo a cabo⁶⁰.

55 Artículo 34.1 LGT.

56 Artículo 16.1 Ley 4/2011, 31 de marzo.

57 SSTs 12 de mayo de 2014, nº rec. 2048/2013, FJ 2; 9 de mayo de 2014, nº rec. 1392/2013, FJ 6.

58 STSJ Andalucía 8 de abril de 2014, nº rec. 34/2012, FJ 3.

59 STSJ Islas Baleares 15 de febrero 2013, nº rec. 657/2012, FJ Único.

60 STSJ Castilla la Mancha 17 de junio de 2013, nº rec. 559/2009, FJ 4.



5. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO EXPRESO?

La LPAC dispone que el consentimiento se presumirá “salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso”. Esta apelación al consentimiento presunto ha sido criticada⁶¹. Y es que, como se ha apuntado, el RGPD exige que el consentimiento derive de una declaración o acción positiva, afirmativa, clara. Pudiera parecer que la norma administrativa y la que regula la protección de datos se contraponen.

Pudiera interpretarse que la previsión de la Ley se refiere al consentimiento tácito, que es el que resulta de la falta de acción o declaración. En la LPAC la autorización deriva de la falta de “oposición expresa” de las personas afectadas por el tratamiento de datos. La falta de oposición se refiere a una inacción, a un silencio, de dicho sujeto, lo que llevaría a interpretar que se trata de un consentimiento tácito. Esta posibilidad sería contraria al RGPD. Si, según esta norma, el consentimiento tiene que partir de una declaración o acción afirmativa, no parece que pueda derivar de una omisión, como parece sugerir la LPAC. La referencia a la “declaración” o a la “clara acción afirmativa” no deja resquicio alguno a interpretar que la autorización pueda deducirse de una inacción, silencio o acción negativa. Así, no cabría admitir, por ejemplo, el consentimiento derivado de una casilla que al interesado se le presenta ya marcada, pues en ese caso la autorización partiría de una inacción. Debería ser el propio titular de los datos quien rellenara la casilla, para que se entendiera que se está consintiendo el tratamiento de datos⁶².

Pudiera interpretarse que la previsión de la LPAC se refiere al consentimiento presunto, que deriva de una acción o actitud concreta de la persona interesada que da a entender que autoriza el tratamiento de datos. Este consentimiento presunto puede tener alguna cabida en el ordenamiento dependiendo de cómo se interprete. Si se parte de la idea de que la LPAC habilita a la Administración actuante a acceder a unos datos siempre que no conste la oposición expresa de su titular, no se puede considerar que la previsión legal es acorde al RGPD. La presunción no puede basarse en el mero hecho de que una persona participa como interesada en un procedimiento y no se opone a un tratamiento de datos, sino que debe requerir de mayores garantías. Debe realizarse otra interpretación de la letra de la LPAC. Esta interpretación pasa por admitir que la presunción de que la autorización se ha otorgado se basa no tanto en la falta de oposición del titular de los datos, sino en el ejercicio activo por parte de la persona interesada del derecho a no presentar datos y documentos que ya obran en poder de las administracio-

61 Dictamen AVPD CN 16-030 en el que la Agencia vasca concluye que el consentimiento presunto no es acorde con la letra del RGPD.

62 Considerando 32 RGPD.



nes. Este ejercicio activo del derecho puede llevar a entender que la persona interesada expresamente autoriza el tratamiento de datos. Es decir, se estaría admitiendo que la referencia en la LPAC a lo presunto no se fundamentaría tanto en la asunción del consentimiento presunto como una forma válida de otorgar el consentimiento, sino en la consideración de que esa presunción deriva de una clara acción o declaración afirmativa. Se trataría, en realidad, de un consentimiento expreso. El ejercicio activo del derecho implica una actuación del propio titular frente a la Administración. Es el propio titular quien reclama positivamente la acción de la Administración. Esta interpretación encajaría sin mayor problema con lo previsto en el RGPD para que un consentimiento sea válido, al derivar la autorización de una “clara acción afirmativa” consistente en el ejercicio positivo del derecho. Parece lógico pensar que quien argumenta el derecho a no aportar datos y documentos que obran en poder de las administraciones consiente que el órgano administrativo correspondiente haga lo necesario para hacer efectivo dicho derecho. Siendo así, bastaría con informar al interesado en el momento en que ejerza el derecho sobre las implicaciones que tiene esta acción, para comprender que se está ante un consentimiento expreso que valida la operación.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BOCANEGRA REQUENA, J. M. y BOCANEGRA GIL, B., *Administración electrónica en España*, Atelier, Barcelona, 2011
- COTINO HUESO, Lorenzo, “Derechos del Ciudadano”, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008
- CRIADO GRANDE, Juan Ignacio y RAMILO ARAUJO, Mari Carmen, “eAdministración, ¿un reto o una nueva moda? Problemas y Perspectivas de Futuro en torno a Internet y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Administraciones Públicas del siglo XXI”, *RVAP*, nº 61, 2001
- GAMERO CASADO y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Legislación de Administración electrónica y de protección de datos*, Tecnos, Madrid, 2008
- GUICHOT, Emilio, *Datos personales y Administración pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- JORDANA, Jacint, “Las Administraciones Públicas y la Promoción de la Sociedad de la Información: Opciones Estratégicas y Modalidades de Intervención”, *GAPP*, nº 16, 1999
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, “Régimen jurídico del intercambio electrónico de datos, documentos y certificaciones entre administraciones”, *RAP* nº183, 2010.



PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996

PIÑAR MAÑAS, José Luís, “Nuevas tecnologías, Administración Pública y protección de datos personales”, VVAA, *Derechos Fundamentales y otros estudios. Homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo (Volumen I)*, Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, El Justicia de Aragón, Caja Inmaculada, Ibercaja y Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2008



ROOTS IN COLLABORATIVE INNOVATION: LESSONS FROM ORACLE V. GOOGLE

Kasper DRAZEWSKI
European University Institute

ABSTRACT: In late March this year, Oracle won on appeal against a jury verdict that said Google's inclusion of Java access point interfaces (APIs) in the Android system was fair use. Over years the case had produced all kinds of headlines, with highlights like the testimony of former CEO of Sun Microsystems likening APIs to breakfast menus at fast food restaurants, to much graver matters like where lines should be drawn on what constitutes code and what should be copyrighted. What is equally important, however, is that – to paraphrase Sarah Jeong of Motherboard – with Java APIs, an entire nerd subculture of innovation was put on trial. Years earlier, Java – devised as an all-universal programming language – had been born into a world with memories still fresh of the computer revolution being powered largely by geeks. These often self-taught programmers worked outside of their day jobs, on whatever equipment they could get their hands on, sharing and exchanging, rather than selling the results of their work. Until Oracle took over Sun and decided to sue Google for a slice of Android, nobody had even thought that programming languages should be copyrightable; their value lie in their widespread, uninhibited use and not in bringing license fees. Aside from its consequences to software development, the case marks a good entry point to a discussion on how one of the pillars of evolution of our digital world had been the collaboration of networked groups of individuals who believed in sharing, reusing the work of others and continuously having further and better iterations of their work built by their peers. It also reminds us how little legal room our world now has for this type on innovation today.

KEYWORDS: Oracle v. Google, innovation, copyright, Java, open source.

1. INTRODUCTION: HOW DO WE INNOVATE IN THE 21ST CENTURY?

What connects Java, Linux, the early IBM PC and Deepfakes face-swapping software? All these projects have their roots in a certain culture which, at its core, encompasses social processes which seemingly go against the traditional understanding of economy of the industrial era. Blurring the lines between the creator and the user, they involved large pools of individuals working together to solve problems, adding minor improvements and sharing, instead of selling, the results of their work. In 2006, Yochai Benkler offered that processes of this sort signify a shift in the economy, displacing centralized



ownership of means of production to replace it with granular, structured networks of individuals, often working for non-economic motivations; failure is common but cheap and the entry barriers are low enough to allow new value to be thus created.¹

This paper discusses how processes involving networked creativity and innovation have been the driving factor in the early stages of the innovation that powered the 20th century digital revolution and still survive today, occasionally meeting with a backlash from the incumbents of the industry. An example of such a clash is the court battle between Oracle and Google which showed the incompatibility of two different mindsets: one relying on openness, sharing and constant improvement of the building blocks that our digital reality is made of, and the other simply seeking to derive profits from intellectual property, even at the price of hampering its further development. It has also showed how little headroom – despite its role in the recent history of humanity – such networked innovation receives within the existing system of copyright; as will be demonstrated, this is also the case in the European context.

2. THE POTENTIAL OF NON-STRUCTURED EFFORTS

2.1. Plain old fun: celebrity face-swapping

As noticed by Benkler in his analysis, in building such ad-hoc development communities, entertainment is a strong motivator. In 2017, a wave of panicked articles rolled over the media after news of an open-source face-swapping software having been released on Reddit, allowing a large network of users to ‘train’ the underlying AI in order to replace the faces of people in videos. The tech, dubbed ‘Deepfakes’, owed its name to deep learning processes used at its core. While still imperfect at close inspection, the illusion got better with community training. To some extent, that ended up being its downfall: as community members moved from manipulating clips of politicians to inserting faces of celebrities into adult videos, the result had become convincing enough to earn the 90,000-strong community² enough interest to get it banned from Reddit

- 1 Benkler Y., *The Wealth of Networks, How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006; *Growth-Oriented Law for the Networked Information Economy: Emphasizing Freedom to Operate over Power to Appropriate*, in Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth, *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth through Legal Reform* 313, 313–14 (Kauffman 2011). See also Benkler, Y. *Law, Innovation and Collaboration in Networked Economy and Society* 13 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 2017.
- 2 Farokhmanesh M., *Deepfakes are disappearing from parts of the web, but they’re not going away*, *The Verge* February 9, 2018, <https://www.theverge.com/2018/2/9/16986602/deepfakes-banned-reddit-ai-faceswap-porn>.



and other major sites.³ Leaving aside the potential uses of the technology, which can indeed be murky in a world where wars between countries are seemingly powered by social media, there is one interesting aspect from the perspective of evaluating networked potential: in December 2017, commentators from VICE magazine predicted a year before the technology would become automated. However, after the establishment of the training community, the automatic version was available within a month. Despite the ban from the original forum, the technology is still being perfected by a network of contributors on Github.⁴

2.2. Clashes with industry incumbents: the short life of Vista PE

The story dates back to the origins of Vista and the considerations of the recording industry in regard to allowing high-definition content to be played on consumer PCs. Not unexpectedly, the main worries pertained to the PC being used as a copy machine, thus annihilating much of the anticipated revenues from sales. Microsoft saw the future in the Windows PC as a media center and went to great lengths to ensure that the long-anticipated successor of Windows XP would constitute a safe environment for playback of such content. The result was an operating system whose main goal was to protect data from its user, or, paraphrasing Ed Felton of Princeton, to making water not wet. The technological protection solutions implemented in Vista were numerous: forced reduction of playback quality, elimination of unified drivers, end-to-end encryption of signal between pieces of hardware within the PC, disabling of non-protected ports like S/PDIF, denial of service through blacklisting drivers and devices that were found to carry the risk of the premium signal being intercepted, as well as prohibition of playback where content-protection could not be enabled due to hardware limitations (at times leading to surprising results - e.g. DVD content refusing to play on a TV-incompatible machine due to failure to launch of Macrovision protection to disable the TV-out port that never existed in the first place). With other implications such as suddenly disabling video output, should Vista decide that hi-def content was being played e.g. by heart monitors in a hospital, it has been commented by Peter Gutmann

3 Lee D., Deepfakes porn has serious consequences, BBC.com, February 3rd, 2018, <http://www.bbc.com/news/technology-42912529>; Mix, Reddit bans Deepfakes community that made AI-generated celebrity porn, The Next Web February 8th, 2018, <https://thenextweb.com/apps/2018/02/08/reddit-deepfakes-ai-celebrity-porn/>; Mix, Someone is finally purging the AI-made fake celebrity porn from Reddit, The Next Web 31st January, 2018, <https://thenextweb.com/artificial-intelligence/2018/01/31/fake-celebrity-porn-ai-reddit/>.

4 See e.g. <https://github.com/deepfakes/faceswap>; <https://github.com/shaoanlu/faceswap-GAN>.



of Auckland that the Vista Content Protection specification read like the longest suicide note in history.⁵

The alleged undefeatability of Vista content protection causing quite a stir in user forums around the world was perhaps no surprise; it was a painful example of efforts aimed at forcing manufacturers of computing devices to deliberately limit the functionality of their devices and format them into them tools of copyright enforcement, at the expense of the versatility that seemingly had been the underlying characteristic of every PC since the dawn of personal computing. It may never come to light how many people worked on seeking out the vulnerabilities of the Vista protection system, but the results were as foreseen earlier in the predictions of the Microsoft Darknet Paper⁶: with all this effort that went in the creation of possibly the most hated and least reliable Microsoft operating system since the pre-SP1 Windows 95, Vista's famed Protected Media Path (PMP) was announced as broken within days of its premiere. A decade later, at a time of streaming services pushing fixed HD data carriers out of the market, echoes of the same struggle could be heard in last year's announcements about Microsoft Edge being the only browser cleared to play Netflix at 1080p, and with further content protection arrangements with makers of peripheral devices concerning 4K video playback.⁷

2.3. Common patterns of grassroots effort and the origins of free speech in software

What these stories have in common is the general viral orientation and the spontaneous involvement of users in a collective effort with no promise of tangible profits due to the project being considered largely as entertainment. It should also be observed that the nature of the processes described here is clearly related to that observed in free software and open-source software in general. While the driving dynamic and motivations may be of a similar nature, free- and open-source programming has shown remarkable success in structuring and management of a large workforce, dedicated to what may

5 For Gutmann's extensive comment on the specifications of Windows Vista Protected Environment, the Protected Media Path and their technical implications, see https://www.cs.auckland.ac.nz/~pgut001/pubs/vista_cost.html#functionality.

6 Biddle P., England P., Peinado M., Willman B. (2003) The Darknet and the Future of Content Protection. In: Becker E., Buhse W., Günnewig D., Rump N. (eds) Digital Rights Management. Lecture Notes in Computer Science, vol 2770. Springer, Berlin, Heidelberg.

7 See e.g. <https://blogs.windows.com/windowsexperience/2016/07/13/get-better-quality-video-with-microsoft-edge/#vsqQUutlyUV3DWca.97> (posted 13th July 2016); <https://www.digitaltrends.com/home-theater/getting-hd-netflix/> (posted 7th March 2018); <https://www.pcworld.com/article/3181818/browsers/tested-microsoft-edge-is-the-only-browser-to-run-netflix-in-4k.html> (29 March 2018).



well be a fantastically complex project. In this sense, the words of Steve Weber, Apache and Linux demonstrate that “*a large and complex system of software code can be built, maintained, developed, and extended in a nonproprietary setting in which many developers work in a highly parallel, relatively unstructured way*”⁸ may raise some eyebrows, particularly in the light of his own observations about the thousands-strong structure keeping Linux alive and updated, under the benevolent and charismatic dictatorship of Linus Torvalds.⁹ From a more general perspective however, looking back on the genesis of free software, these words are very correct, as will be explained below.

In 1983, Richard Stallman, a software developer with a Harvard BA in physics and a few years of operating system development in the Artificial Intelligence Lab at MIT, announced that a Unix-like operating system would be built that would be entirely free – not as distributed for free, but free in terms of free speech, as he put it.¹⁰ Stallman, born in 1953, was a representative of a generation of programmers who still remembered the ideals of the 60’s and early 70’s, with software often distributed as public domain and open-source, developed, changed and improved upon by academics and hobbyists.¹¹

Stallman’s system was to be called GNU – shortcut for GNU is Not Unix – which would be able to run Unix programs, but not be Unix itself; it would retain some of its characteristics while offering something new in the areas where Unix felt lacking. According to Stallman’s manifesto published in 1985, proprietary modifications would not be allowed; the idea was to keep all versions of GNU free. As regards the motivations of himself and other programmers willing to work on the project, he named disenchantment with the progressing commercialization of system software and retreat of the friendly environment that programmers used to create before their contracts forced them to treat each other as competition. Complete system sources would be available to all users, meaning that any user who would need to make any changes would be free

8 Weber, Steve, *The Success of Open Source*, Harvard College, 2009, p. 128.

9 Ibid, p. 89.

10 See <https://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>; Stallman actually made a specific reference to quitting MIT so that it would not stop him from ‘giving GNU away’, thus contributing to the understanding of free software mainly because of being available at no charge. Later, however, he became very strict about that not being the original idea behind the original wording, particularly when combating against the confusion of free software with open source.

11 As late as 1988, IBM went under fire for announcing a new closed-architecture policy that would ‘protect the internal design of its programming’. It was criticized for leading to potentially higher prices, fewer alternative suppliers, fewer complementary offerings and less innovative products’ Martin Goetz, *Computerworld*, 8 February 1988.



to do so.¹² This was the beginning of the Free Software Foundation, and of the four freedoms that would determine free software in its intended meaning. Using Stallman's original numbering, those meant the freedom to:

- (0) to run the program,
- (1) to study and change the program in source code form,
- (2) to redistribute exact copies, and
- (3) to distribute modified versions.¹³

The story of GNU and the ideals of free software rings familiar tones when analyzed from the perspective of crowd-sourced innovation. The Free Software Foundation represented an effort at maintaining a framework for unrestricted evolution of non-proprietary software along the lines of a basic set of rules, and led to the creation of highly regarded pieces of Unix-compatible software. Because of their popularity and dedication to writing enhancements, ports and updates to these applications, the main objective – building a new operating system – was never completed. This task was later fulfilled by another project that arose using GNU utilities, known today as Linux.¹⁴ That idealist culture of sharing programming tools and building upon each other's progress was put on trial in 2010, when Oracle decided that application programming interfaces (APIs) of Java, a programming language freely distributed earlier by Sun Microsystems, were actually copyrightable and getting infringed upon.

3. REINVENTING THE WHEEL: ORACLE V. GOOGLE

3.1. The core of the dispute

In mid-2016, the former CEO of Sun Microsystems, Jonathan Schwartz went on the stand in *Oracle v. Google* to offer the jury an explanation of what application programming interfaces (APIs) actually were. By the time Schwartz went to testify, Oracle's campaign had already seen a loss on grounds of patents, a loss on copyrightability, then a staggering win on copyrightability on appeal and was now being waged on the aspect of fair use.

12 In the manifesto, Stallman cites a policy that was once upheld at Harvard, according to which no software was allowed to be installed unless its sources were on public display.

13 Due to the linguistic confusion surrounding the term free, a few years later, the term open source was coined.

14 Id.



When Schwartz's testimony famously likened APIs to items on a restaurant breakfast menu, Judge Alsup (who, incidentally, had actually learned Java himself to better understand the case) was quoted for saying "I don't know what the witness just said. The thing about the breakfast menu makes no sense."¹⁵ Schwartz then offered a more precise analogy: two restaurants could use the word 'hamburger' on their menus, and, instead of fighting over who was the first to come up with the name, (and, by implication, force the other to come up with a different name first) they should compete in who makes the better implementation – this being the better burger.

This was an important point to make. Oracle had been trying to *post factum* grab hold of 37 APIs which had been freely distributed by Sun and widely used as such to ensure interoperability - and then partly replicated by Google in the course of their development work on Android. The taking itself had been of extremely minor nature and comprised mainly of function names where the implementing code had been rewritten from scratch, and a small number of lines of code as a result of employing former employees of Sun Microsystems by Google. On a grand scale, the partial replication of the Java APIs had amounted to a neglectably small part of Android, and one of a declining commercial significance in a world where Oracle's APIs are being abandoned in mobile devices.¹⁶ However, amidst the difficulties of having die-hard nerds explain to a layman jury what APIs were and why they should not be copyrighted, it had been widely commented that the significance of the case actually extended far beyond the set of reproduced function names, beyond the struggle of two IT titans with \$9 billion on the table and beyond the clash of a nerd culture living still partly in Richard Stallman's realms of free-software with a world ruled by cold hard cash. What is truly important is the possible implications of a final ruling in favor of the plaintiff, the full consequences of which could be difficult to fathom.

Two years before the case was reexamined by the District Court on the aspect of potential fair use, the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit famously ruled in 2014 that APIs were, after all, copyrightable. In doing so, the USFC basically repeated the arguments presented by the attorneys for the plaintiff.¹⁷ In the words of Anette Hurst of Orrick, Herrington & Sutcliffe, APIs were code, and there could be no 'special'

15 Jeong S., In Oracle v. Google, a Nerd Subculture Is on Trial, May 12th 2016, Motherboard, https://motherboard.vice.com/en_us/article/in-google-v-oracle-the-nerds-are-getting-owned.

16 See e.g. Google switches to open-source license for Java APIs in Android: will this limit Oracle's case to past damages?, December 30, 2015, Fosspatents.com; <http://www.fosspatents.com/2015/12/google-switches-to-open-source-license.html>

17 See Oracle v. Google, United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 2013-1021, -1022, Decided: May 9, 2014, https://www.eff.org/files/2014/11/10/oracle_v_google_13-1021_opinion.5-7-2014.1.pdf, p. 21 and on.



types of code that would not be copyrightable – just like there are no ‘special’ types of music which cannot be protected by copyright, or in art when one could not dismiss abstract expressionism as being too basic to merit protection.

The USFC copyrightability decision was met with harsh criticism noting the judges being both unclear on what an API was, and in going against established law. Pamela Samuelson made a point on how functional requirements for achieving compatibility, which APIs are understood to be, are part of what is unprotectable by copyright law under the provisions of 17 U.S. Code § 102b.¹⁸ As she noted, it had been settled law since 1992 that the functional requirements for achieving compatibility are beyond the scope of copyright protection that is available to programs. On an even stronger note, Samuelson said that the matter of APIs being copyrightable “*essentially [brought] us back to the mid-1980s when the copyrightability of APIs had seemed to be a plausible interpretation of the statute*”. Samuelson observed that, although copyrighting software clearly merited its own special regime due to the functional aspects of software,¹⁹ one could not disregard law that precludes copyrighting a process, procedure, system, or method of operation: “*there is a reason Congress put these words in the statute so that specifically the scope of copyright protection for computer programs would not be too broad.*”

3.2. No more reusable best practices: The consequences of Oracle winning

At the time of writing, the 2016 unanimous jury verdict in favor of fair use in fair use Oracle v. Google has just been reversed by the USFC²⁰. With the Supreme Court already having denied certiorari after USFC’s decision of 2014, it may well be that this marks the final stage of the proceedings. The implications of a win by Oracle have been widely covered in amicus briefs to the court and in other publications by scientists interested in the case.

One of the key considerations was that of the detrimental effect that making interface specifications proprietary would have on creating new software that would be interoperable with existing systems, and thus able to compete in the market. This argument was shared in a number of amicus briefs signed by computer scientists. The

18 17 U.S. Code § 102b: ‘In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.’

19 See Pamela Samuelson, Randall Davis, Mitchell D. Kapor, A Manifesto concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 Columbia Law Review 2308-2431.

20 Susan Decker, Google Could Owe Oracle \$8.8 Billion in Android Fight, Bloomberg March 27, 2018 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-27/oracle-wins-revival-of-billion-dollar-case-against-google>



Computer and Communications Industry of America offered a straightforward line of reasoning as to why software needs to be protected differently than literary works of intellect: a novel stands on its own as a standalone product, they argued, while a software product may only be operable “*in conjunction with hardware and other software, including an operating system.*” The hardware and operating system must be compatible, i.e. conform to the same set of technical rules – known as interface specifications.²¹ Quoting Paul Goldstein, “*late-arriving hardware or software producers must, to compete, make their products compatible with the products sold by entrenched industry leaders, an effort that will characteristically require them to copy the industry leaders’ interface specifications – the key that opens the lock to their operating systems.*”²² The CCIA warned that making these specifications proprietary creates a toolkit for companies with a strong market position to reaffirm their dominance by deciding who of their small competitors may actually produce software to run on their system, much to the detriment of competition and the position of customers.²³

The aspect of disrupting a long-running assumption of openness of APIs and the possibility to reimplement them to create new software was also mentioned in the brief of computer scientists of November 7, 2014.²⁴ Further down the alley of avoidance of overprotection as an important condition to allow software innovation, the brief took the opportunity to reiterate that reverse engineering for interoperability and compatibility had long been recognized by U.S. courts and the USFC among them, as often leading to “*significant advances in technology*”,²⁵ while disallowing access to interface specifications as a tool of large incumbents to hinder competition in the market has been discussed at large since *Franklin*²⁶ and *Whelan*²⁷. On a side note, nearly a decade later,

21 Amicus curiae brief of the Computer and Communications Industry of America, on a petition for a writ of certiorari to the USCAFC, November 7, 2014, p. 3.

22 Goldstein P., Goldstein on Copyright § 8.5.1 (Aspen, 2d ed. 2005)

23 Amicus curiae brief of the CCIA, p. 4

24 Amicus curiae brief of Computer Scientists in Support of Petitioner, November 7, 2014, signed

25 *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 160 (1989).

26 *Apple Computer v. Franklin Computer*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983) was the first instance when a court decided on the copyrightability of an operating system.

27 *Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986) was a case that led to software protection being extended beyond literal copying and into the realm of structure, sequence and organization. The ruling was criticized for commencing a period of overprotection stifling innovation. See Abramson, B., *Promoting Innovation in the Software Industry*, Trustees of Boston University 2011.



the issues again sparked a debate at the time of *Lotus v. Borland*,²⁸ illustrating the balance that courts must strike between overprotection and access to protect the innovation of future products,²⁹ but also leading to strong criticism on the basis that the existing software rights were incompatible with the basic principles of an IP system, promoting hoarding knowledge instead of sharing it and offering rewards for anticompetitive behaviors, leading ultimately to a sub-optimal incentive structure for innovation.³⁰ Interestingly, *Lotus* was also cited as precedent as that was when the Federal Circuit ruled that control functional capabilities were a method of operation and thus uncopyrightable under § 17 USC § 102(b).³¹

Examples given by other *amici* on achieving progress and fostering competition by reverse engineering functional code included those dating back to the very dawn of the personal computer, when to create a computer that was compatible and (thus truly competitive) with the IBM PC, it was necessary to replicate its BIOS firmware.³² This gave rise to an entire industry based on mutual compatibility and development of a practice become industry standard. In the Oracle v. Google case, it has been mentioned at multiple times that the software industry of today depends to a considerable extent on repeatability of best practices. An embodiment of these practices are APIs – getting better with every iteration, with the technology behind a successful API being both used in existing solutions and further improved to create an even better API. In the words of David Berlind, EiC of ProgrammableWeb, we are all part of a world that is racing towards best practices. The emergence of patterns as to how APIs should be designed, make them much easier to use for developers. The jump from one API to the next can be very predictable: “*companies are building huge technologies and essentially baking these patterns into the technology in a way that the technology will produce an API that will often be the repeat of the last API created. This may completely wipe out all of that work*”.³³ The

28 CCIA brief, p. 13. See also *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995) and *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l*, 516 U.S. 233 (1996).

29 Whong J.A. (1996) *Lotus v. Borland: Defining the Limits of Software Copyright Protection*, Santa Clara High Technology Law Journal, Volume 12, Issue 1 Article 7.

30 Adamson B. [1996] *Promoting innovation in the software industry: A first principles approach to intellectual property reform*,

31 *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc.*, 49, F.3d 807, 815 (1st Cir. 1995), affirmed by an equally divided Supreme Court, 516 U.S. 233 (1996). Other cases considered as precedent included *Sega v. Accolade*, and *Computer Associates v. Altai*.

32 Amicus curiae brief of Computer Scientists, *ibid*, quoting Charles H. Ferguson & Charles R. Morris, *Computer Wars: The Fall of IBM and the Future of Global Technology* (1994).

33 ProgrammableWeb APIconSF API conference of June 2014, available at <https://www.youtube.com/watch?v=FJ3-yFWYtrk>.



logic is clear: if one emerged and established pattern can be copyrighted, and the copyright holder chooses to protect that pattern, it becomes impossible to repeat production of that pattern and the industry standard established to-date.

When reading the numerous comments and submissions about Oracle v. Google, it is important to remember the deeper significance of the dispute, one that is being discussed here. On a level of code, this may be the point where our understanding of copyrightability does indeed become challenged - in the words of Lawrence Rosen, of Rosenlaw & Einschlag, the way today's specifications are written is for them to be both code and spec at the same time, which may be protected in some sense, but is primarily meant not as expression but as function and *purposely written that way to enable widespread implementation*.³⁴ What needs to be realized, however, is that – irrespective of the final result of the battle over 7,000 lines of now largely redundant code in Android – the case brought to the front pages an entire philosophy of innovating in the digital world that had been taken for granted as a tacit assumption with programmers and developers for years; one that has been unnoticeably underlying a major part of the digital progress achieved since the dawn of the personal computer as we know it today.

4. 'BESPOKE NEGOTIATIONS': A VIEW FROM THE EU PERSPECTIVE

4.1. The 2013 CRA report for the European Commission

Departing from the U.S. side of the matter, it should be noted that, to an extent, an argument can still be made for Google's reuse of copyrightable code to be deemed as fair use. On the European side, however, the circumscribed framework of copyright exceptions would require one to ask about the need and room for a new exception. This aspect was analyzed in a 2013 report ordered by the European Commission on the subject of copyright exceptions and their implications in the digital economy, to aid in the discussion on reforming European copyright. The report, drafted by Charles River Associates,³⁵ makes the point of copyright exceptions proving their worth solely in the conditions where the market established by copyright fails. Where this does not occur, copyright may function without imposing upon it any further limitations. In

34 Other examples included HTML5 and W3C; for the entire speech see fn 37.

35 Langus G., Neven D., Shier G., Assessing the economic impacts of adapting certain limitations and exceptions to copyright and related rights in the EU, October 2013, available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/140623-limitations-economic-impacts-study_en.pdf.



other words, while copyright in itself is a remedy for a ‘primary’ market failure where one could not reap the benefits from intellectual property in the absence of copyright protection, the system may lead, in turn, to a ‘secondary’ failure where an established licencing market does not perform its purpose. This ‘secondary’ inefficiency can then be remedied by appropriate copyright exceptions.

The report mentions three potential reasons for this market inefficiency:

- 1) substantial transaction costs, eroding gains from trading to prohibitive levels
- 2) inability of market powers to effectively discriminate in prices between user groups
- 3) private value of copyrighted work does not reflect its social value.

On this basis, the point made is that the key underlying issue is the transaction costs which, despite being considerably reduced in the digital world of today, may still lead to undesirable social outcome and market inefficiency. At the same time, having transaction costs hypothetically brought down to zero, along with ensuring that entitlements are clearly defined, would cause these reasons for a market failure to disappear.³⁶

4.2. ‘Bespoke negotiations’ and why they do not matter for networked innovation

Having made these observations, the report offers that, in a fully functioning market, market players will always reach an agreement on how to reuse content protected by copyright. The more complicated or innovative the new use is, the more ‘bespoke’ the negotiations, as will likely be the solution worked out in the end. The report admits that intellectual property markets operate in ways which are often far from ideal and ‘bespoke’ negotiations may also carry considerable transaction costs. An example is given of a platform used in the aggregation and distribution of a wide variety of content; in this case, the costs would likely be found to be prohibitive and market entry would never occur.³⁷

When such ‘bespoke negotiations’ are under discussion, the first tangible example that comes to mind is the endeavor of Google Book Project. It had little to do with the networked, fragmented innovation that was described earlier in this chapter; still, it had a lot to do with a powerful market player creating a way of using a humongous volume of other people’s intellectual property in a networked environment, in ways which did not adversely affect the market for the original work. Nonetheless, irrespective of the

36 Ibid., p. 5.

37 Ibid, p. 3-4.



fact that the entity in question was certainly one of means,³⁸ the fact remains that it would likely be unable to enter and conduct such negotiations due to the scale of the project. Applying the transaction costs optic offered by the 2013 CRA report, going about Google Books in a traditional way, seeking agreements with each publisher out of the 100+ million book pool would be prohibitive; thus, the ‘bespoke’ negotiations would likely never start. In such a case, the market failure could be seen in that project never even leaving the drawing board. One can also draw a parallel to *Oracle v. Google*: assuming the optic of the 2014 Federal Court of Appeals ruling that APIs are copyrightable, it would have been infinitely cheaper for Google to bite the bullet and create its own function names instead of engaging into any negotiations with Oracle, no matter how bespoke.

However, leaving aside the big market players with a strong bargaining position and considerable resources, it should also be noted that the ‘bespoke negotiations’ approach fails completely when applied to the crowd-sourced model of innovation as discussed earlier. Innovation based on mass low-cost participation of the Benkler type is the most fragile precisely where it would be forced to the negotiations table. Simply put, it has neither the form nor the means to negotiate with established market players. It will thus almost always suffer from a market failure where it hits upon inflexible legislation: a low-cost innovator/experimenter will not acquire licenses for the new uses they come up with. At this point, it may be beneficial to conduct a thought experiment to see how such licensing arrangements would need to be structured, and whether they would be compatible with a hive mind of networked actors.

4.3. Considerations for a potential licensing model for mass-developed innovation

Taking a hypothesized example, let us assume a large group of enthusiasts worldwide is working on a project which makes use of large quantities of existing intellectual property, taken from a highly-distributed network of rights holders. This could be a situation where a new search engine is being devised to voice-recognize, analyse and catalogue the audio tracks of videos posted online, or even ones not freely available on the Internet; this could also simply be a new type of virtual reality social area, e.g. such as the digital continents as offered by Ted Chiang in 2010.³⁹ It is a large- scale project

38 Solomon B., Google Just Passed Apple As The World’s Most Valuable Company, February 1, 2016, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/briansolomon/2016/02/01/google-just-passed-apple-as-the-worlds-most-valuable-company/#4beea5de4861>.

39 Chiang’s digital continents were social platforms built as virtual reality worlds with their own landscapes, rules and sometimes even physics laws; each was also a standalone software environment that required pre-existing software to be ported to run. See Chiang T., *The Lifecycle of Software Objects*, 2010.



that reuses existing protected intellectual property; however, it does so in an entirely new way, the exact nature of which is as of yet uncertain as the project may end up evolving into something far more daring than the initial idea.

Going about obtaining licencing would then require the following steps:

a) description of the new type of use

The project would need to be able to define the type of use of intellectual property it requires. Notably, as the entire project is based upon voluntary participation and must have a very slow burn rate, the definition would need to be as narrow as possible to avoid high recurring costs that might easily derail the project. However, as the project is based on mass-participation and the exact path of its development may be difficult to predict, hopes of being able to narrowly define the type of use of intellectual property at an early stage may be overly optimistic.

b) conducting negotiations with rights holders

While in an open, mass-developed project the matter of secrecy would not be an issue and such non-disclosure agreements might not be required prior to commencement of licencing negotiations, rights holders would still likely have little incentive to devote their time and means to (likely) self-proclaimed representatives of an online community, acting through a freshly established ad-hoc legal entity with no credit history, attempting to secure the broadest possible licences for a project whose course they cannot reasonably predict, the returns from which may come in remote future, with payment of royalties being likely considerably deferred and uncertain in general as the entire project may or may not have a fixed monetization date. The situation would be even more difficult if the project was developed under a shroud of secrecy; under such considerations, the added burden of negotiating NDA's could mean that the transaction costs of obtaining licencing could easily become prohibitive.

c) defining the licencing model

All of the above impediments related to specifying the type and scope of the use of intellectual property in a project whose shape and direction exhibits a great deal of volatility would strike with all force at the point of defining the licencing model. Setting aside the challenges of getting the rights holders to negotiate, ultimately, the choice would always be reduced to choosing the scope of licencing. This would be a policy choice; with money being a strong consideration, going for the cheaper, more precisely circumscribed option would leave the innovators locked-in at the current stage of their work. As a result, it would be affecting both their choice of tasks and their perspective on the future development of the project, striving to follow a policy agreed on paper at one point with rights holders and to ensure that deadlines for monetization are met. Unavoidably, this would mean that the adolescent years are over and the project must begin to focus on supporting itself, forfeiting whatever bold developments could lie ahead.



5. CONCLUSIONS: ORACLE V. GOOGLE AND THE EVOLUTION OF SOFTWARE

In the European context, the matter of copyrightability of APIs has been seemingly touched upon by the CJEU in the interoperability case of *SAS Institute Inc. v. WPL World Programming Ltd.* of 2012. In short, WPL offered a low-budget alternative to the SAS data analytical ecosystem and that provided a level of cross-compatibility with it, enabling users of SAS to jump ship to another environment change their software provider without having to rewrite their applications, written natively for SAS. The Advocate General offered that the functionalities of a computer program cannot be protected under Article 1(1) of the Software Directive,⁴⁰ referencing also the preparatory works for the said Directive given that ‘the number of available algorithms [...] is considerable but not unlimited’.⁴¹ Moreover, as a programming language ‘is made up of words and characters known to everyone and lacking any originality’; it does not merit protection being a tool for expression and not the expression itself. The CJEU agreed with these views, noting that ‘to accept that the functionality of a computer program can be protected by copyright would amount to making it possible to monopolise ideas’, harming progress and industrial development.⁴² Without ruling out that the SAS language and data formats could be protected ‘as their author’s own intellectual creation’,⁴³ the CJEU stated that the functionality and the programming language, as well as the format of data files constitute a form of expression and as such are not protected by copyright.⁴⁴

Notably, in *SAS v. WPL* the Court did not make an express reference to APIs; however, it does offer a resolution to the core legal dispute: it may be reasonably inferred that, since Oracle’s battle against Google has been waged over the reproduction of function names and functionalities, then, applying the logic of the CJEU, the case would be likely dismissed (and dismissed) based on the above same considerations, assuming they would not pass the test of originality. Notably at this point it should be noted, however, that in no way can this be construed as elevating the EU to the status of a automatically make Europe a ‘free API zone’; reuse/reproduction of code which can be deemed as its author’s ‘own intellectual creation’ is still controlled by that author as reproduction under Article 4(a) of the Software Directive.

40 C-406/10, Opinion of Advocate General, Cit. 53-54.

41 Id, rec. 56.

42 C-406/10 Judgment, rec. 40.

43 Here the CJEU references the case of C-393/06, where ‘intellectual creation’ was deemed to be a result of the author ‘expressing his creativity in an original manner’ (C-393/06, *Bezpečnostní softwarová asociace*, rec. 50).

44 Id, rec. 46.



Thus, while being exercising great caution very careful to separate idea from expression, the Court did not create a universally applicable defense allowing for free reproduction of programming interfaces.

Given the value of the dispute, it is likely that *Oracle v. Google* will find its way to the Supreme Court. It could be said that, irrespective *However*, irrespective of how it will be ultimately resolved, its true value lies in having started a wide discussion on matters which had been underlying software development since its beginnings, with ramifications that may affect software innovation for years to come. It also constitutes a valuable testing ground for the U.S. copyright system and its famous fair use safety valve.. It is one thing to determine establish whether APIs should be copyrighted; it is yet quite another to say determine whether, in a situation where (using the terminology qualification Oracle insisted on) portions of code have been implemented in a new creative expression, there is still a chance for defending such an implementation as fair use.

Oracle v. Google also leads to asking the question of whether the modern day copyright framework leaves sufficient headroom for the very type of software innovation that powered the digital revolution in its early years. Despite the efforts of those siding with Google and Sun, as well as the meticulous work of the CJEU on the European side, what seems to be missing is a possibility to reuse the building blocks comprised in an existing piece of software as raw material for the creation of an original new expression, to quote Pierre Leval's landmark article on transformative use – “*in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings – [...] the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society*”. If these considerations end up being applied by the U.S. Supreme Court, as they have been in a number of past fair use cases, – even if only in the matter limited respect of reproduction API function names – it is important to note that it will constitute an official sanctioning of an existing practice of the software industry. However, from turning towards the perspective of the most basic, chaotic crowd-sourced innovation as has been discussed here before, gathered around spread across the galaxies myriad of web forums and online discussion rooms, the issues brought to light by *Oracle v. Google* run far deeper due to their very nature and their reliance on the reuse of successful solutions.

From that perspective, Benkler's grand-scale, low-entry cost, common-failure participation model is not too different from the ‘random variation with cumulative selection’ scheme proposed by Richard Dawkins to describe the evolution of living organisms. The driving factor for evolution is for the new variations to continue to occur, modifying existing genomes so that new combinations can be tested; here, there is a widespread pool of individuals making attempts to come up with something new on the basis of the knowledge they have and the means they have access to. In both cases, it is crucial that a new variation that has been tried and tested as successful, can then be used to form new developments. If an obstruction occurs at an early stage, the entire chain can never take place. In other words, every time a new generation of ideas reusing previous creations cannot be made into reality due to the barriers created by transaction costs



and/or inflexible legislation, the entire chain of creation becomes disrupted. A legislative solution to prevent this from happening would need to secure the possibility of creative reuse, within reason, of parts of an existing software expression while ensuring that the market harm for the existing work is not substantial. While these considerations are not new and have been part of the fair use framework for a long time, it is important to note that their careful application to software development, be it in the wake of a Supreme Court ruling or a provision in the Directives (however improbable in today's political reality), could indeed open the door a little wider for those innovators who may need it the most.

6. BIBLIOGRAPHY

Books, reports and journal articles

- ABRAMSON B., Promoting innovation in the software industry: A first principles approach to intellectual property reform, 1996.
- ABRAMSON B., Promoting Innovation in the Software Industry, Trustees of Boston University 2011
- BENKLER Y., Growth-Oriented Law for the Networked Information Economy: Emphasizing Freedom to Operate over Power to Appropriate, in Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth, Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth through Legal Reform 313, 313–14 (Kauffman 2011).
- BENKLER Y., Law, Innovation and Collaboration in Networked Economy and Society 13 Ann. Rev. L. & Soc. Sci. (forthcoming 2017).
- BENKLER Y., The Wealth of Networks, How Social Production Transforms Markets and Freedom, Yale University Press on April 3, 2006
- BIDDLE P., ENGLAND P., PEINADO M., WILLMAN B. (2003) The Darknet and the Future of Content Protection. In: Becker E., Buhse W., Günnewig D., Rump N. (eds) Digital Rights Management. Lecture Notes in Computer Science, vol 2770. Springer, Berlin, Heidelberg
- CHIANG T., The Lifecycle of Software Objects, Subterranean Press 2010.
- FERGUSON C. H. & MORRIS C. R., Computer Wars: The Fall of IBM and the Future of Global Technology (1994).
- LANGUS G., NEVEN D., SHIER G., Assessing the economic impacts of adapting certain limitations and exceptions to copyright and related rights in the EU, October 2013, available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/140623-limitations-economic-impacts-study_en.pdf.



SAMUELSON P., DAVIS R., KAPOR, M. D., A Manifesto concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 Columbia Law Review 2308-2431.

WEBER S., The Success of Open Source, Harvard College, 2009

WHONG J.A. (1996) Lotus v. Borland: Defining the Limits of Software Copyright Protection, Santa Clara High Technology Law Journal, Volume 12, Issue 1 Article 7.

Press and online articles and materials

DECKER S., Google Could Owe Oracle \$8.8 Billion in Android Fight, Bloomberg March 27, 2018 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-27/oracle-wins-revival-of-billion-dollar-case-against-google>

FAROKHMANESH M., Deepfakes are disappearing from parts of the web, but they're not going away, The Verge February 9, 2018, <https://www.theverge.com/2018/2/9/16986602/deepfakes-banned-reddit-ai-faceswap-porn>.

Foss Patents, Google switches to open-source license for Java APIs in Android: will this limit Oracle's case to past damages?, December 30, 2015, Fospatents.com; <http://www.fospatents.com/2015/12/google-switches-to-open-source-license.html>

GOETZ M., Object code only: is IBM playing fair? – No, Computerworld, 8 February 1988.

GOLDSTEIN P., Goldstein on Copyright § 8.5.1 (Aspen, 2d ed. 2005)

GUTMANN P., A cost analysis of Vista content protection, The University of Auckland, 12 June 2007, https://www.cs.auckland.ac.nz/~pgut001/pubs/vista_cost.html

JEONG S., In Oracle v. Google, a Nerd Subculture Is on Trial, May 12th 2016, Motherboard, https://motherboard.vice.com/en_us/article/in-google-v-oracle-the-nerds-are-getting-owned

LEE D., Deepfakes porn has serious consequences, BBC.com, February 3rd, 2018, <http://www.bbc.com/news/technology-42912529>

Mix, Reddit bans Deepfakes community that made AI-generated celebrity porn, The Next Web February 8th, 2018, <https://thenextweb.com/apps/2018/02/08/reddit-deepfakes-ai-celebrity-porn/>

Mix, Someone is finally purging the AI-made fake celebrity porn from Reddit, The Next Web 31st January, 2018, <https://thenextweb.com/artificial-intelligence/2018/01/31/fake-celebrity-porn-ai-reddit/>;

ProgrammableWeb APIconSF API conference of June 2014, available at <https://www.youtube.com/watch?v=FJ3-yFWYtrk>.

SOLOMON B., Google Just Passed Apple As The World's Most Valuable Company, February 1, 2016, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/briansolomon/2016/02/01/google-just-passed-apple-as-the-worlds-most-valuable-company/#4beea5de4861>



STALLMAN R., The GNU Manifesto, first published in Dr. Dobb's Journal of Software Tools (March 1985), <https://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>

STALLMAN R., What is free software? <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>

Court cases and submissions

Apple Computer v. Franklin Computer, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983)

Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, 2010

Opinion of the Advocate General of 14 October 2010

Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 160 (1989).

Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc. 982 F.2d 693; 119 A.L.R. Fed. 741; 61 USLW 2434, 37 Fed. R. Evid. Serv. 348

Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)

Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, 516 U.S. 233 (1996).

Oracle v. Google, United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 750 F.3d 1381, 750 F.3d 1376

Amicus curiae brief of Computer Scientists in Support of Petitioner, November 7, 2014,

Amicus curiae brief of the Computer and Communications Industry of America, on a petition for a writ of certiorari to the USCAFC, November 7, 2014, p. 3.

SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd., C-406/10, 2012

Opinion of the Advocate General of 29 November 2011

Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510

Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986)



PRACTICAL CHALLENGES TO THE RIGHT TO DATA PORTABILITY IN THE COLLABORATIVE ECONOMY

Laura DRECHSLER

*Ph.D. candidate. Brussels Privacy Hub, LSTS,
Vrije Universiteit Brussel*

ABSTRACT: With the entering into force of the General Data Protection Regulation (“GDPR”) in May 2018, data subjects in the European Union (“EU”) will have the right to data portability for certain data processing operations. While the introduction of this novel right will pose challenges for all data processing operations, some specific obstacles for data subjects could stem from the specific features of the collaborative economy and its platforms. Difficulties could *inter alia* arise from the complexities in clearly allocating the roles of “controller” and “processor” within collaborative platforms, or from the lack of clarity about the scope of Article 20 GDPR. In addition, practical challenges to the right to data portability might be posed by the fact, that currently the dominant collaborative platforms are headquartered outside of the EU (especially in the United States), meaning potential issues concerning international data transfers and the missing of a defined format for replying to portability requests. To ensure that the empowerment for data subjects that was intended with the right to data portability is preserved in the context of the collaborative economy, these potential obstacles need to be thoroughly assessed through analysing the text of the GDPR, including guidance issued by the data protection authorities and academia. To this end, the author will first shortly describe the collaborative economy and the right to data portability, and afterwards assess its interconnections by using the tools mentioned. The resulting analysis, will hopefully contribute to a clearer understanding of the right to data portability from the perspective of a data subject in the context of the collaborative economy, and present in a comprehensive manner some of its most pressing practical challenges.

KEYWORDS: collaborative economy, platforms, GDPR, data portability, data subject rights, allocating the role of controller and processor, international data transfers.

1. INTRODUCTION

The collaborative economy has added a novel way of connecting people who are offering goods and services. At the same time, it has eroded traditional legal distinctions of EU law, such as trader and consumer or employer and employee. Regulatory responses to the collaborative economy so far have been mixed and mostly on a national level. This



changed with the GDPR¹ becoming applicable 25 May 2018, as the collaborative economy depends largely on the processing of personal data, it will also fall within its scope of application. Among the innovations that the GDPR will bring is the right to data portability. This right conceived as a next step to the right of access under the Data Protection Directive 95/46/EC (DPD)² could be a tool that helps data subjects to address some of the issues of the collaborative economy, especially when they want to transfer their reputational data between different platforms. However, the inherent problems of data portability might also be enhanced when applied within the collaborative economy, increasing the powerlessness of the data subject.

To ensure that the empowerment for data subjects that was intended with the right to data portability is preserved in the context of the collaborative economy, these potential issues need to be thoroughly assessed and understood. To this end, the author will first shortly describe the collaborative economy in the EU and the right to data portability of Article 20 GDPR, and afterwards assess its interconnections. First inherent issues of both the collaborative economy and the right to data portability that could be enhanced when intersecting with each other will be pointed out. In a second step, the specific common issue of transferring reputational data will be addressed. The resulting analysis, will hopefully contribute to a clearer understanding on practical challenges to the right to data portability from the perspective of a data subject in the context of the collaborative economy.

2. THE COLLABORATIVE ECONOMY AND THE EU

The European Commission (EC) defines “collaborative economy” as “*business models where activities are facilitated by collaborative **platforms** that create an open marketplace for the **temporary usage of goods and services** often provided by a private individual*”.³ In other words, the business model of the collaborative economy or “sharing economy” as a peer-to-peer model, aims at linking sellers and buyers to share or redistribute

- 1 “Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)”. *Official Journal of the European Union* (27 April 2016) L 119/1.
- 2 “Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data”. *Official Journal of the European Union* (24 October 1995) L 281/31.
- 3 “A European agenda for the collaborative economy”. *Communication of the European Commission* (2 June 2016) COM(2016) 356 final, pp. 1 – 16, 3 (emphasis added).



products, services, skills and assets.⁴ The business model is not about the common sense meaning of “sharing”, which would exclude payments for shared goods or service, as monetary compensation is actually a big part of the most successful collaborative platforms.⁵ Prominent examples of collaborative economy businesses include *inter alia* Uber (passenger transport) and Airbnb (short-term rentals).⁶

The collaborative economy is not regulated with specific rules at a EU level. Rather the EU and its Member States try to use existing rules to treat different aspects of the collaborative economy, e.g. competition law or employment law.⁷ Judging from the Communication of the EC, this approach will remain for the immediate future.⁸ However, the GDPR as a horizontal regulation and EU data protection law in general will apply to all personal data processing of the collaborative economy within its scope of application, so at least for data protection issues of collaborative platforms the applicable law should be the same, regardless of the exact nature of the business performed.⁹ With the application of the GDPR, the potential scope of application of the right to data portability is also opened.

3. THE RIGHT TO DATA PORTABILITY OF ARTICLE 20 GDPR

The right to data portability was introduced with the proposal of the EC for the GDPR¹⁰ after it had announced the examination of the introduction of “*an explicit right*

4 LOUGHER, G., KALMANOWICZ S. (2016). “EU Competition Law in the Sharing Economy”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 2, pp. 87 – 102, 83; however due to the great variety of businesses within the collaborative economy, the classification as “being part of the collaborative economy” might not hold any legal value, as it will depend on the details to legally classify each such business, see: ADVOCATE GENERAL SZPUNAR, Opinion in Case C-434/15. *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* (2017). ECLI:EU:C:2017:364, §42.

5 MARTIN, C. J (2016). “The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?”. *Ecological Economics*, Vol. 121, pp. 149 – 159, 151.

6 HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017) “Caring for sharing? The collaborative economy under EU law”. *Common Market Law Review*, Vol. 54, pp. 81 – 128, 88ff.

7 *Ibid.*, 88.

8 “A European agenda for the collaborative economy”, *supra* note 3, 16.

9 HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017), *supra* note 6, 108.

10 “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)”. *Proposal of the European Commission* (25 January 2012) COM(2012) 11 final, pp. 1 – 119, 53 (Article 18).



for an individual to withdraw his/her own data (...) from an application or service so that the withdrawn data can be transferred to another application or service, as far as technically feasible, without hindrance from the data controllers” in a Communication in 2010.¹¹ The idea was subsequently supported by the European Council in 2013.¹² Next to the right to be forgotten it represents one of the main innovations of the GDPR, as it was not included in the DPD, although arguably it can be seen as a further development of the right of access¹³ with the difference that the right to data portability includes some (limited) rules on the format data has to be provided in.¹⁴ For Zanfiri the right to data portability is inextricably linked to the right to free personality development and hence shows a clear human rights connotation.¹⁵ Following this argumentation, it plays a role in the enjoyment of both the right to privacy and the right to data protection in Articles 7 and 8 Charter of Fundamental Rights of the EU (CFREU).¹⁶

From a practical perspective, Article 20 GDPR includes three different aspects: Firstly, the right to receive a copy of one’s own personal data in a structured and commonly used format.¹⁷ Secondly, the right to transfer the received data to another controller and thirdly, the right to directly transfer personal data from one controller to another, if such transfer is technical feasible.¹⁸ It is important to note, that the data subject does

- 11 “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union”. *Communication of the European Commission* (4 November 2010) COM(2010) 609 final, pp. 1 – 19, 8.
- 12 The European Council ordering the EC to “address the bottlenecks in accessing one’s digital life from different platform that persists due to a lack of interoperability or lack of portability of content and data (...)”, see: “Conclusions of the European Council 24/25 October 2013”. *European Council* (25 October 2013), EUCO 169/13, pp. 1 – 19, 4.
- 13 WENGLONG, L. (2017). “A tale of two rights: The clash and collaboration of right to data portability and right to be forgotten”. In: ANGLÈS JUANPERE, B. *et al.* (eds.). *Managing Risk in the Digital Society – Proceedings of the 13th International Conference on Internet, Law & Politics. Universitat Oberta Catalunya, Barcelona, 29-30 June 2017*. Barcelona: Huygens Editorial, pp. 173 – 190, 175f.
- 14 “Guidelines on the right to data portability”. *Article 29 Data Protection Working Party* (adopted 13 December 2016, revised 5 April 2017), WP 242 rev.01, pp. 1 – 20, 4.
- 15 ZANFIRI, G. (2012). “The right to Data portability in the context of the EU data protection reform”. *International Data Privacy Law*, Vol. 2, 3, pp. 149 – 162, 151.
- 16 “Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *Official Journal of the European Union* (26 October 2012) C 326/391.
- 17 VANBERG, A. D (2018). “The right to data portability in the GDPR: what lessons can be learned from the EU experience?”. *Journal of Internet Law*, Vol. 21, 7, pp. 11 – 19, 11.
- 18 See: SYDOW, G. (2017). “Artikel 20 Recht auf Datenübertragbarkeit”. In: *Europäische Datenschutzgrundverordnung – Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 529 – 537, 533; see also: “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 4ff.



not need to want to quit the original controller, they can also use this right if they just want to use an additional service.¹⁹ A successful data portability request also leads neither to the automatic erasure of the data with the original controller or a limitation of the data retention period nor does it terminate per se any contractual relationship between controller and data subject.²⁰ The right to data portability should be possible “*without hindrance*” (Article 20 (1) GDPR). Possible obstacles could be high fees, no commonly used format, excessive delay or high complexity for data portability requests, or deliberate obscuring of the requested data set.²¹

4. RIGHT TO DATA PORTABILITY APPLIED TO THE COLLABORATIVE ECONOMY

The right to data portability could be of special relevance and usefulness for the collaborative economy as it could enable easier switching between different platforms for individuals offering services or goods. From a data protection perspective, this would enable more control for the individual data subject on what happens with his or her personal data in line with the fundamental right to data protection of Article 8 CFREU.²² It fits with the objective of the EC to strengthen the individual participation principle with the GDPR.²³ Data portability could move the participation of the individual from a passive to a more active data protection role within the collaborative economy.²⁴ For now, the collection of data about a user of a collaborative platform, especially their platform profiles, customer reviews and endorsement create a stickiness for the collaborative platform and disincentives users to switch.²⁵ Data portability could counterbalance this

19 KIPKER, D., VOSKAMP, F. (2012) “Datenschutz in sozialen Netzwerken nach der Datenschutzgrundverordnung” *Datenschutz und Datensicherheit*, Vol. 36, 10, pp. 737 – 742, 740.

20 See: VOIGT, P., VON DEM BUSCHE, A. (2017). “Rights of Data Subjects”. In: *The EU General Data Protection Regulation*. Cham: Springer International Publishing AG, pp. 141 – 187, 175; Stating that Article 20 GDPR regulates essentially multiplying data transfers, see: SYDOW, G. (2017), *supra* note 18, 534; see also: “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 7.

21 *Ibid.*, 15.

22 ZANFIR (2012), *supra* note 15, 153.

23 WENGLONG, L. (2017), *supra* note 13, 174; 188; see also: “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 3.

24 TENE, O., POLONETSKY, J. (2013). “Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics”. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, 5, pp. 240 – 273, 242.

25 LOUGHER, G., KALMANOWICZ S. (2016), *supra* note 4, 98.



stickiness²⁶ (also called “lock-in effect”). This is also recognised in general for platforms by the European Commission, as it states in a communication, that the decision “*of users to stay with an online platform and share their data should be a free choice linked to the quality of the service provided, and not due to obstacles to switching to another platform, including transferring their data*”.²⁷ Moreover, as collaborative platforms depend on the processing of large amounts of personal data to “personalise” their appeal, there is a potential big pool for personal data to be ported for the general user.²⁸

The usefulness of the right of data portability is already assessed by Engels from an economic perspective as a tool against lock-in effects. For her it depends on the type of online platform. In general, she recommends, that platforms should not be obliged to make personal data portable, unless they are particularly large and have a high risk of anti-competitive behaviour.²⁹

From a data protection perspective, the usefulness of the data portability right, in the sense that it will foster the role and control of the data subject in the collaborative economy, will depend on how it can be applied in practice. This practical application could be impaired by several issues the author identifies in the following sections. The first issue is inherent to the collaborative economy, but it might be of special significance for the right to data portability, namely the volatility of roles of the different actors of the collaborative economy. The second set of issues are linked to the right to data portability in general but might be complicated by the environment of the collaborative economy. These issues include the lack of mandatory interoperability standards and the “newness” of the data portability right, that could pose a problem for cross-border data transfers to third countries. Finally, there is an issue that is more specific to the application of the right to data portability in the collaborative economy: the portability of reputational data, that would be essential to enable data subjects in the collaborative economy to actively switch platforms.

4.1. Volatility of roles in the collaborative economy

The complexity of the collaborative economy for right to data portability arises from the interaction of its different actors and the blurred lines between their different roles. The problem stems from the fact that within the collaborative economy there

26 HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017), *supra* note 6, 111.

27 “Online platforms and the Digital Single Market: opportunities and challenges for Europe”. *Communication of the European Commission* (25 May 2016) COM(2016) 288 final, pp. 1 – 15, 13.

28 LOUGHER, G., KALMANOWICZ S. (2016), *supra* note 4, 96f.

29 ENGELS, B (2016). “Data portability among online platforms”. *Internet Policy Review*, Vol. 5, 2, pp. 1 – 17, 13f.



are three kinds of actors: intermediaries that connect a service provider with a user and assists in their interactions (collaborative platform), service or goods providers, who can either act in a professional capacity or be private individuals, and finally, users of the collaborative platforms. When analysing situations within the collaborative economy, it is therefore important to keep in mind this triangle of platform, service provider and user and to identify for each relationship the appropriate legal systems.³⁰ As individuals on platform often offer services or produce content as well as consuming it ('prosumers'), they might even have several roles at once depending on the specific relationship at issue.³¹ This volatility in roles makes it often difficult to apply the legal concept EU law and national law uses to determine which area of law should apply.

The volatility of roles in the collaborative economy also affects the designation of roles under the GDPR. Collaborative platforms process a wide array of personal data from name and age to economic details of the individuals offering services or goods and of those consuming these offers.³² As such the platforms themselves seem to readily fit the definition as controllers towards the mere user as defined in Article 4 (7) of the GDPR³³, as they usually determine the purpose and means of the processing.³⁴ If they outsource parts of the processing to a third party, this party will then act as their processor in the sense of Article 4 (8) GDPR.³⁵

Contrary to collaborative platforms, individuals within the collaborative economy do not have such a relatively clear data protection role. Depending on the context they might be a (joint) controller, a data processor acting on behalf of the collaborative platform, or a mere consumer of services and so a data subject.³⁶ Individuals may also fulfil several roles simultaneously depending on the relationship at issue, e.g. be a controller as a service or goods provider towards their clients, while at the same time a data subject in relation to the collaborative platform. The exact determination of who is a controller, a processor, or a data subject becomes therefore very difficult and will depend largely on the context in

30 "A European agenda for the collaborative economy", *supra* note 3, 3.

31 "Towards a new digital ethics – Data, dignity and technology". *Opinion 4/2015 of the European Data Protection Supervisor* (11 September 2015) pp. 1 – 21, 11.

32 HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017), *supra* note 6, 107.

33 Article 4 (7) GDPR "**Controller**' means the natural or legal person (...) which alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data (...), *supra* note 1 (emphasis added).

34 HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017), *supra* note 6, 107f.

35 Article 4 (8) GDPR "**Processor**' means a natural or legal person (...) which processes personal data on behalf of the controller", *supra* note 1 (emphasis added).

36 Article 4 (1) GDPR "(...) 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject) (...)", *supra* note 1 (emphasis added).



each individual case. The determination is important for the right to data portability, as any data portability request needs to be addressed firstly to the controller.³⁷

It is especially difficult to determine the data protection role of individuals, who are service or good provider in the collaborative economy, acting either in a private or professional capacity.³⁸ While the concept of controller is an autonomous one within Union law, other legal relationship might implicitly imply a controller position as the Article 29 Working Party (WP29) states e.g. employers should usually be considered data controllers for the employee data.³⁹ It is therefore possible that the distinction between professional and non-professional providers could hold some value also for determining whether he or she is a (joint) controller next to the platform. A professional provider that could also be considered some sort of employee of the collaborative platform would be part of the controller status of the platform.⁴⁰ Whether a professional provider is in some sort of employment relationship to the controller is a question of (EU) employment law outside of the data protection analysis attempted in this paper.⁴¹ Professional providers, who are not in any employment relationship towards the platform would probably also qualify as a controller, this time as a joint controller next to the platform, comparable to the position of a social network user using the social platform for commercial purposes, who was identified as controller by the WP29 in 2010.⁴² The situation for a non-professional provider of a service or good within the collaborative economy is a bit harder to assess. Judging from the Court of Justice of the European Union's (CJEU) decision in C-101/01 *Lindqvist* as soon as those providers would upload personal data of third parties, they would qualify as controllers.⁴³ Following Kuner's thought on a potential different evaluation of the facts of *Lindqvist* keeping in mind present technology, such a provider would

37 Article 12 (2) GDPR: "The controller shall **facilitate the exercise of data subject rights** under Article 15 to 22 (...)", *supra* note 1 (emphasis added); see also: "Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor". *Article 29 Data Protection Working Party* (adopted 16 February 2010), WP 169, pp. 1 – 33, 6.

38 "A European agenda for the collaborative economy", *supra* note 3, 3.

39 "Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor", *supra* note 37, 10.

40 *Ibid.*, 17.

41 See an outline of the issue in: SINCLAIR, M. (2016). "Discussion: fair and efficient regulation of the sharing economy". *Economic Affairs*, Vol. 36, 2, pp. 204 – 211, 207f.

42 This analysis was done under the EU data protection regime of the DPD, however the concepts of controller and processor have not been manifestly altered by the GDPR, giving good reasons that said analysis is still valid, see: "Opinion 5/2009 on online social networking". *Article 29 Data Protection Working Party* (adopted 12 June 2009), WP 163, pp. 1 – 13, 6.

43 CJEU, Case 101/01. *Bodil Lindqvist* (2003). ECR I-12992, § 25.



moreover engage in cross-border data transfers.⁴⁴ A next question would then be whether they would qualify for the household exemption of Article 2(2) (c). For this question, the European Data Protection Supervisor (EPDS) notes, that it is unlikely that these activities are still covered by the household exemption.⁴⁵

The preliminary result of qualifying non-professional services and goods providers within the collaborative economy also as data controllers, is unsatisfactory for the author, as it seems that non-professional providers lack any kind of real influence on the purpose of data processing, a key element for the designation as controller.⁴⁶ In other words, they do not seem to hold any decision-making power in that context.⁴⁷ However, such non-professional providers do also not really qualify as mere data subjects (as they do usually process personal data, e.g. when dealing with reservations of guests on Airbnb) or data processors (as there is no clear command structure between the controller platform and them, hence they do not in principle process data on behalf of the platform).⁴⁸ For these reasons, from current data protection law the preliminary result of qualifying probably almost all providers of goods and services either as controller or joint controller remains the most sound. More research into this question is however needed, especially analysing concrete platforms as a lot might depend on individual circumstances.⁴⁹ As the GDPR will require more clarity regarding the relationship between joint controller, e.g. there needs to be clear allocation how to fulfil data subjects rights⁵⁰, it will be interesting whether collaborative platforms will engage in any meaningful dialogue with their goods and service providers regarding these obligations. The difficulties in allocating clear roles within the collaborative economy also confirms the critique of

44 KUNER, C. (2017). Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post *Schrems*. *German Law Journal*, Vol. 18, pp. 881 – 918, 893.

45 “Towards a new digital ethics – Data, dignity and technology”, *supra* note 31, 11.

46 “Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”, *supra* note 37, 15.

47 VAN ALSENOY, B. (2016). *Regulating data protection: the allocation of responsibility and risk among actors involved in personal data processing*. Doctoral thesis supervised by Prof. P. Valcke and Prof. E. Kindt. KU Leuven, pp. 604, 44f; consider also the different elements of control Uber has over its drivers, enlisted by Advocate General Szpunar in the Spanish CJEU Uber case, see: ADVOCATE GENERAL SZPUNAR, *supra* note 4, §§51 – 52.

48 *Ibid.*, 46.

49 In the Spanish CJEU Uber case, the CJEU analysed the specific features of Uber, indicating that the correct application of legal rules on such platforms depends in great deal on its exact structure, see: CJEU, Case C-434/15. *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* (2017). ECLI:EU:C:2017:981, §§38 – 39.

50 TIKKINEN-PIRI, C., ROHUNEN, A., MARKKULA, J. (2018). EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. *Computer Law and Security Review*, Vol. 31, pp. 134 -153, 142.



De Hert and Papakonstantinou regarding the unsustainability in modern processing situations of the controller and processor concept.⁵¹

From the perspective of a data subject, this preliminary result yields a benefit, as they can address their portability request in nearly all cases either to the collaborative platform or their specific provider and seem therefore not too much affected by the complex volatility of role of the collaborative economy. However, for non-professional providers of goods and services, a direct transfer of personal data of Article 20 (2) GDPR to another controller could be mostly outside technical feasibility, as they probably lack the necessary IT infrastructure and skills. The volatility of roles of the collaborative economy could therefore pose practical challenges in a more indirect manner.

4.2. Key issues of the right to data portability of relevance for the collaborative economy

4.2.1. Format of portability

The original proposed right to data portability included a number of requirements for controllers to technically adapt their system to allow for portability to take place. The exact standards would have been set by the EC, with binding character within the EU. This “forced” interoperability was completely taken out during the legislative process.⁵² Instead, Recital 68 GDPR clarifies “*The data subject’s right to transmit or receive personal data concerning him or her should not create an obligation for the controllers to adopt or maintain processing systems which are technically compatible*”. This change was motivated by heavy criticism of the original proposal from the private sector. There was fear of controllers, especially controllers that are small and medium-sized companies, of having to set up technological complex system that make data interoperable with competitor systems. This was also a main factor in the critique of Swire and Lagos, when discussing data portability, leading to their conclusion, that in the proposed form data portability would reduce consumer welfare and harm competition, while also endangering data se-

51 DE HERT, P., PAPA KONSTANTINO U, V. (2016). The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?. *Computer Law and Security Review*, Vol. 32, pp. 179 - 194, 184.

52 SYDOW, G. (2017), *supra* note 18, 532.



curity.⁵³ An argument later countered by Zanfira⁵⁴, Engels⁵⁵, the EDPS⁵⁶ and others, who argued, that data portability might have positive competitive effects.⁵⁷

Article 20 GDPR now has as the only format requirement that data should be provided in “*a structured, commonly used and machine-readable format*” (Article 20 (1) GDPR). There is no clear definition what such “*commonly used and machine-readable format*” could be.⁵⁸ The WP29 tries to solve this lack, by referring for “machine-readable format” to a definition in Recital 21 of Directive 2013/37/EU⁵⁹ that states that machine-readable is “*a file format structured so that software applications can easily identify, recognize and extract specific data, including individual statements of fact, and their internal structure*”.⁶⁰ The WP29 continues to explain, that the appropriate format will depend on the context and the industry and should be re-usable for the user. In case an industry does not have a commonly used format for portability requests, open access formats should be preferred that also allow the transmission of metadata. Portability requests answered with PDF files will for example in most cases not fulfil these criteria set by the WP29.⁶¹

However, while the guidance of the WP29 is sensible, it is not legally binding, and the concept is too openly expressed to allow for only one interpretation. It is therefore to be feared, that without common fixed standards, the right to data portability will have issues in its practical implementation stemming from technical interoperability.⁶² As Picker notes, the question of portability is essentially a design question of both the platform and the user agreement.⁶³ It is the opinion of the author that collaborative

53 SWIRE, P., LAGOS, Y. (2013). “Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique”. *Maryland Law Review*, Vol. 72, 2, pp. 335 – 380, 379f.

54 ZANFIRA (2012), *supra* note 15, 159.

55 ENGELS, B (2016), *supra* note 29, 13f.

56 “Towards a new digital ethics – Data, dignity and technology”, *supra* note 31, 12.

57 VANBERG, A. D (2018), *supra* note 17, 15; see also: LOUGHER, G., KALMANOWICZ S. (2016), *supra* note 4, 98.

58 “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 6.

59 “Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information”. *Official Journal of the European Union* (27 June 2013) L 175/1.

60 “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 17.

61 *Ibid.*, 17f.

62 KIPKER, D., VOSKAMP, F (2012), *supra* note 19, 740; a different opinion is represented in Engels, who thinks that strict technical standards for portability would have deterred development, see: ENGELS, B (2016), *supra* note 29, 8.

63 PICKER, R. C (2008). “Competition and Privacy in the Web 2.0 and the Cloud”. *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, No. 414, pp. 1 – 15, 9.



economy businesses have no real incentive to enable their users to switch platforms or offer their services at another platform, as this would reduce their own value. It therefore remains to be seen, how such platforms will reply to portability requests. This author predicts, that replies will often be in re-usable formats, that are only so for the computer-bespoke but not really for the average data subject. In short, the format in which a portability request is answered, can pose a real practical challenge for data subjects to enjoy their right to data portability of Article 20 GDPR.

4.2.2. *Cross-border data transfers to third countries*

Most collaborative platforms are situated not within the EU but in a third country, typically the United States (US).⁶⁴ With the new territorial scope of the GDPR, this should not pose a problem for its application in theory, as Article 3 (2) makes clear that as long as goods and services are offered to persons within the EU or behaviour of EU data subjects is monitored, its scope of application is opened.⁶⁵

What could be complicating this theoretically clear application to collaborative platforms located in third countries, is the “newness” of data portability, as this is a data subject right so far only existing within the EU. This unfamiliarity might also explain some of the heavy criticism on the right to data portability from US scholars, where data portability is in general considered as an obligation to be fulfilled by the data controller (or a choice for them) but not a right for the data subject.⁶⁶ For Swire and Lagos for example, data portability collides with the human right to the free flow of data and benefits of data portability are not clear enough for that as there is no experience from any country that would justify a right to data portability that is linked to a fundamental right, the right to data protection of Article 8 CFREU.⁶⁷ A different argument against data portability is used by US scholars Tene and Polonetsky, who argue that portability instead of a right of access treats personal data too much as an individual asset, raising difficult ownership and property questions. They see a better solution in a re-vamped right of access to data, which requires that personal data are in a re-usable format.⁶⁸ It is

64 HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017), *supra* note 6, 96.

65 Article 3 (2) GDPR: “*This regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where processing activities are related to (a) the offering of goods and services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union*”, *supra* note 1.

66 VANBERG, A. D (2018), *supra* note 17, 16.

67 SWIRE, P., LAGOS, Y. (2013), *supra* note 53, 373f.

68 TENE, O., POLONETSKY, J. (2013), *supra* note 24, 269.



possible that data portability is such a hard concept to grasp within the US legal system for the lack of a uniform data protection regime, that already made the enforcement of the right of access under the DPD difficult.⁶⁹

Therefore, while in theory the clearer scope of application of the GDPR should ensure applicability of the right to data portability to collaborative platforms located in third countries, the “newness” of the right as a data subject right linked to the fundamental right of data protection of Article 8 CFREU might mean that it will take some time until all actors realise their obligations. Hence, this is an issue that should be monitored by the respective data protection authorities to ensure that data portability rights do not get “lost in translation”.

4.3. Common issue: Portability of reputational data

The portability of the reputational data could be the positive outcome of the application of the right to data portability to the collaborative economy from the perspective of the data subject. However, such portability is already endangered by the unclear scope of Article 20 GDPR.

Despite being a data subject right somehow linked to the fundamental right of data protection in Article 8 CFREU, the right to data portability of Article 20 GDPR does not apply in all cases, where personal data is being processed. It actually only applies, when personal data was *provided* by the data subject on the basis of consent or a contractual relationship or was *observed* by the controller in those instances.⁷⁰ Furthermore, the processing must be “*carried out by automated means*” (Article 20 GDPR).⁷¹ The distinction between personal data *provided* by the data subject or *observed* by the controller and personal data outside this description is unclear. Especially the boundary between *observed* raw data⁷² (within the scope of Article 20)⁷³, and “*further processed*” inferred or derived data which only exists because the controller applied algorithm or profiling (according to some authors not in the scope of Article 20 GDPR⁷⁴) can be hard to establish.⁷⁵ Moreover,

69 VANBERG, A. D (2018), *supra* note 17, 15.

70 VOIGT, P, VON DEM BUSCHE, A. (2017), *supra* note 20, 170.

71 SYDOW, G. (2017), *supra* note 18, 534.

72 WP29 names as examples raw data processed by a smart meter, by different types of smart devices, activity logs or history of website usage or search activities; see: “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 10.

73 Such raw data does include metadata at the best possible granularity, see: *Ibid.*, 18.

74 VOIGT, P, VON DEM BUSCHE, A. (2017), *supra* note 20, 171.

75 SWIRE, P, LAGOS, Y. (2013), *supra* note 53, 348.



the limitation of application to only two legal grounds of processing of Article 6 GDPR (consent/performance of a contract in Article 6(1) (a) and (b)) means, that for all other grounds, especially for “legitimate interest of the controller” (Article 6 (1) (f)) or “public interest” (Article 6 (1) (e)) the data subject has no right to data portability. Additionally, the scope of the right to data portability is restricted by Article 20 (4) stating that “*The right referred to in paragraph 1 shall not adversely affect the rights and freedoms of others*”. While the WP29 suggest a not too restrictive interpretation of this exception⁷⁶, the wording would in theory permit the controller to refuse a portability request as soon as personal data of a third party is involved. For data, that comes partly from the controller and partly from the data subject, defining the scope can require a very nuanced approach.⁷⁷

Due to these unclear limitations of the scope of Article 20 GDPR, it is up for clarification whether reputational data, that are of particular importance in the collaborative economy, can be “ported” at all via data portability.⁷⁸ Reputational data are essential for the collaborative economy, as it relies on it for trust building via reputation mechanism and visual cues for their transactions.⁷⁹ Collaborative platforms create their dominant role in part by developing effective user reputation systems and profiles as well as feedback systems to build trust relationships, solving the problem, that in reality the transactions occurring are transactions between complete strangers.⁸⁰ The EDPS names reputation and peer reviews even as “currencies” of collaborative platforms.⁸¹ The high value of online reputation transmits more power to the collaborative platforms, increasing risk of abuse by withholding of reputational data from the individual it concerned.⁸² Portability of reputational data can be crucial, as the reputation is among the main criteria potential customers will consider when choosing between different offers on a collaborative platform.⁸³ Having to start from scratch building such a reputation, can be a serious obstacle for switching providers, even though the other platform might offer better conditions.⁸⁴

76 “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 8f.

77 SWIRE, P., LAGOS, Y. (2013), *supra* note 53, 348.

78 VANBERG, A. D (2018), *supra* note 17, 12.

79 ERT, E., FLEISCHER A., MAGEN, N. (2016). “Trust and reputation in the sharing economy: The role of personal photos in Arbnb”. *Tourism Management*, Vol. 55, pp. 62 – 73, 63.

80 PICKER, R. C (2008), *supra* note 63, 8.

81 “Towards a new digital ethics – Data, dignity and technology”, *supra* note 31, 8.

82 SINCLAIR, M. (2016), *supra* note 41, 207.

83 A study of 2015 in the UK, showed that 54% of UK adults read and use reviews to help their purchasing decisions. Of those 78 – 80% believe that reviews are written by genuine other customers and hence reliable. These figures can be higher for different sector, e.g. tourism. See: “Online reviews and endorsements: Report on the CMA’s call for information”. *Competition & Markets Authority (CMA)* (19 June 2015) CMA41, pp. 1 – 69, 16f.

84 VANBERG, A. D (2018), *supra* note 17, 12; see also: PICKER, R. C. (2008), *supra* note 63, 8.



A first issue for the portability of reputational data arises from the complex scope of application of the right to portability shortly outlined at the beginning of this section. In practice, reputational data includes different categories of personal data, which depending on their exact nature can be considered *provided* or *observed* personal data within the scope of Article 20 GDPR or *further processed* personal data outside its remit. Reputational data are hereby understood in a broad sense, encompassing both customer reviews but also visual cues, such as photos, as a recent study about Airbnb has shown that visual cues play large role in trust-building for the individual user of a platform.⁸⁵ While the photo of a user, should be provided personal data of the user, as it is knowingly and actively uploaded and the user provided the access, the agglomerated score from customer reviews might not be.⁸⁶ Voigt and Von dem Busche argue, that all personal data that could reflect business practices of a controller, such as profiling or tracking created by personalisation or a recommendation process, are further processed personal data and hence not within the scope of Article 20 GDPR.⁸⁷ The WP29 also explains, that user profiles created from raw data, are not within the scope of the right to data portability.⁸⁸ Judging from these assessment, a user profile of a service or goods provider as a whole, so the combination of customer reviews, a score and history will probably not be portable. What could be subject to portability however, are the singular components, such as the customer reviews.⁸⁹ However, an agglomerated score will most likely not be portable as it is created and visually portrayed by the platform. The picture a user has provided for a profile will be portable but a user will probably have that stored anyway.

In the case customer reviews do indeed fall under the concept of provided/observed personal data that can be subject to data portability, there arises the issue that such reviews are made by a third party, who are then protected by the fundamental right to data protection of Article 8 CFREU themselves. Since Article 20 (4) GDPR prescribes that the rights and freedoms of a third party must not be adversely affected by the right to portability, this could lead to tensions. However, in principle, it should be no problem for EU data protection law, that one data set represents personal data for several parties, as was pronounced by the CJEU in C-434/16 *Nowak*.⁹⁰ *Nowak* states, that the classifi-

85 ERT, E., FLEISCHER A., MAGEN, N. (2016), *supra* note 79, 72.

86 “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 9; VOIGT, P., VON DEM BUSCHE, A. (2017), *supra* note 20, 170.

87 *Ibid.*, 170f.

88 “Guidelines on the right to data portability”, *supra* note 14, 10.

89 The importance of portability of customer reviews is highlighted by Picker, using the example of eBay, see: PICKER, R. C (2008), *supra* note 63, 8.

90 *Nowak* concerns the interpretation of the DPD, but as the concept of „personal data“ remains the same in the GDPR, its findings will remain relevant, see: CJEU, Case 434/16. *Peter Nowak v. Data Protection Commissioner* (2017). ECLI:EU:C:2017:994, § 45.



cation as personal data is to be assessed without consideration to potential data subject rights that would then apply.⁹¹ In her assessment of the facts (an examinee wanting to have access to exam questions and the handwritten corrections by the examiner), the Advocate General Kokott mentions the necessity to balance the legitimate interests of the requesting data subject against the interest of the third party.⁹² Such a balancing is also suggested by the WP29 advising not interpret the provision protecting the rights and freedoms of others too strictly. Similarly, Voigt and Von dem Busche suggest, to evaluate on a case-by-case basis, whether the concrete circumstances would negatively impact third parties.⁹³

To summarise the issue of data portability of reputational data, it seems to the author that due to the restricted scope of Article 20 GDPR the different elements of a user's reputation of a website could only be ported if split up but not as a whole profile. This restricts the practical usefulness for the individual user, as he or she will have to compile reputation anew. Additionally, if elements such as the aggregated score by customers are missing completely, ported reputational data might lose their usefulness. Even for elements that are potentially included, such as customer reviews, there could be further issues due to the fact, that then the data protection rights of a third party are involved. Overall, in the view of the author, data portability of Article 20 GDPR as currently interpreted, will not be the tool against the lock-in effects of collaborative platforms that Picker advocated for by allowing to transfer reputational data.⁹⁴

5. CONCLUSIONS

The practical application of the right to data portability to the collaborative economy has many theoretical advantages. It could boost the power of the individual data subject to use their personal data for their own ends, giving them more control and empowerment. As the collaborative economy is especially characterised by lock-in effects, through building up reputation mechanism that are non-transferable, data portability could also have played a decisive role in freeing up competition in this sector. However due to some inherent issues of data portability, most notably its limited and unclear scope of application, that would seemingly exclude some of the most important repu-

91 *Ibid.*, § 46.

92 ADVOCATE GENERAL KOKOTT, Opinion in Case 434/16. *Peter Nowak v. Data Protection Commissioner* (2017). ECLI:EU:C:2017:582, §§ 63 – 65.

93 VOIGT, P., VON DEM BUSCHE, A. (2017), *supra* note 20, 172.

94 PICKER, R. C (2008), *supra* note 63, 8.



tational data of interest to the data subject, such as agglomerated score of reviews, the chances that the right of data portability of Article 20 GDPR will achieve these theoretical advantages in practice are in the opinion of the author to be doubted.

As this paper hopes to show, there are several serious challenges that could tamper the usefulness of the right to data portability in the collaborative economy. The volatility of roles in the collaborative economy means that the data protection concept of data controller with all its responsibilities will most likely apply to most service or goods provider on collaborative platforms. It remains doubtful whether especially non-professional providers are capable in practice to respond to a data portability request and whether a response by them is even suitable considering their limited influence on the purpose of data processing. More research would be required here, considering the great impact individual structures of collaborative platforms could have on the assessment. Moreover, the failure of the legislative process to incorporate a clear technical standard for replies to a portability request could lead to the use of formats, that are not useful for the average data subject for being too technically complex. For data transfers to third countries, that will necessarily occur within the collaborative economy, as most of its platforms are located in third countries, the innovative character of the right to data portability could create understanding problems, especially with the US, where scholars have already heavily criticised the right. Even though, the scope of the GDPR should make clear that the right to data portability can in most cases be used against collaborative platforms located abroad. Finally, the portability of reputational data as one of the main potential benefits of Article 20 GDPR might not include all the important elements of reputational data that lead to the lock-in effect with collaborative platforms. Essential aspects, such as agglomerated scores could be excluded. Equally, customer reviews, being also personal data of third parties, need to undergo a careful assessment of the rights and freedoms of those third parties before being potentially transferrable.

Taking a combined view on all the challenges, leads to a rather bleak perspective for the potential of the right to data portability in the collaborative economy. However, while this paper does not provide enough room to also discuss potential solutions, these are thinkable. Judging from the advice of WP29, a data subject generous interpretation of Article 20 could alleviate some concerns. A vigorous oversight by data protection authorities of cross-border data transfers could force collaborative platforms located outside of the EU to actively engage with the GDPR in general, and data subject rights, such as data portability, specifically. In the end, for many questions and issues much will also depend on how the CJEU interprets the right to data portability in different contexts. Perhaps, with the empowerment of the individual data subject in mind, that was originally intended with the right to data portability, unclear provisions will be interpreted by the CJEU in data subject friendly manner. For now, this author concludes that there are many practical challenges to the right to data portability within the collaborative economy that need to be observed closely.



6. BIBLIOGRAPHY

- “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union”. *Communication of the European Commission* (4 November 2010) COM(2010) 609 final, pp. 1 – 19.
- ADVOCATE GENERAL KOKOTT, Opinion in Case 434/16. *Peter Nowak v. Data Protection Commissioner* (2017). ECLI:EU:C:2017:582.
- ADVOCATE GENERAL SZPUNAR, Opinion in Case C-434/15. *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* (2017). ECLI:EU:C:2017:364.
- “A European agenda for the collaborative economy”. *Communication of the European Commission* (2 June 2016) COM(2016) 356 final, pp. 1 – 16.
- “Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *Official Journal of the European Union* (26 October 2012) C 326/391.
- CJEU, Case C-434/15. *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* (2017). ECLI:EU:C:2017:981.
- CJEU, Case 101/01. *Bodil Lindqvist* (2003). ECR I-12992.
- CJEU, Case 434/16. *Peter Nowak v. Data Protection Commissioner* (2017). ECLI:EU:C:2017:994.
- “Conclusions of the European Council 24/25 October 2013”. *European Council* (25 October 2013), EUCO 169/13, pp. 1 – 19.
- DE HERT, P., PAPAKONSTANTINOOU, V. (2016). The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?. *Computer Law and Security Review*, Vol. 32, pp. 179 – 194.
- “Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information”. *Official Journal of the European Union* (27 June 2013) L 175/1.
- “Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data”. *Official Journal of the European Union* (24 October 1995) L 281/31.
- ENGELS, B (2016). “Data portability among online platforms”. *Internet Policy Review*, Vol. 5, 2, pp. 1 – 17.
- ERT, E., FLEISCHER A., MAGEN, N. (2016). “Trust and reputation in the sharing economy: The role of personal photos in Arbnb”. *Tourism Management*, Vol. 55, pp. 62 – 73.
- “Guidelines on the right to data portability”. *Article 29 Data Protection Working Party* (adopted 13 December 2016, revised 5 April 2017), WP 242 rev.01, pp. 1 – 20.



- KIPKER, D., VOSKAMP, F (2012) “Datenschutz in sozialen Netzwerken nach der Datenschutzgrundverordnung” *Datenschutz und Datensicherheit*, Vol. 36, 10, pp. 737 – 742.
- KUNER, C. (2017). Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post *Schrems*. *German Law Journal*, Vol. 18, pp. 881 – 918.
- LOUGHER, G., KALMANOWICZ S. (2016). “EU Competition Law in the Sharing Economy”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 2, pp. 87 – 102.
- MARTIN, C. J (2016). “The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?”. *Ecological Economics*, Vol. 121, pp. 149 – 159.
- HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017) “Caring for sharing? The collaborative economy under EU law”. *Common Market Law Review*, Vol. 54, pp. 81 – 128, 88ff.
- “Online platforms and the Digital Single Market: opportunities and challenges for Europe”. *Communication of the European Commission* (25 May 2016) COM(2016) 288 final, pp. 1 – 15.
- “Online reviews and endorsements: Report on the CMA’s call for information”. *Competition & Markets Authority (CMA)* (19 June 2015) CMA41, pp. 1 – 69.
- “Opinion 5/2009 on online social networking”. *Article 29 Data Protection Working Party* (adopted 12 June 2009), WP 163, pp. 1 – 13.
- “Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”. *Article 29 Data Protection Working Party* (adopted 16 February 2010), WP 169, pp. 1 – 33.
- PICKER, R. C (2008). “Competition and Privacy in the Web 2.0 and the Cloud”. *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, No. 414, pp. 1 – 15.
- “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)”. *Proposal of the European Commission* (25 January 2012) COM(2012) 11 final, pp. 1 – 119.
- “Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)”. *Official Journal of the European Union* (27 April 2016) L 119/1.
- SINCLAIR, M. (2016). “Discussion: fair and efficient regulation of the sharing economy”. *Economic Affairs*, Vol. 36, 2, pp. 204 – 211.
- SWIRE, P., LAGOS, Y. (2013). “Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique”. *Maryland Law Review*, Vol. 72, 2, pp. 335 – 380.



- SYDOW, G. (2017). "Artikel 20 Recht auf Datenübertragbarkeit". In: Europäische Datenschutzgrundverordnung – Handkommentar. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 529 – 537.
- TENE, O., POLONETSKY, J. (2013). "Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics". *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11, 5, pp. 240 – 273.
- TIKKINEN-PIRI, C., ROHUNEN, A., MARKKULA, J. (2018). EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. *Computer Law and Security Review*, Vol. 31, 1, pp. 134 -153.
- "Towards a new digital ethics – Data, dignity and technology". *Opinion 4/2015 of the European Data Protection Supervisor* (11 September 2015) pp. 1 – 21.
- VAN ALSENOY, B. (2016). *Regulating data protection: the allocation of responsibility and risk among actors involved in personal data processing*. Doctoral thesis supervised by Prof. P. Valcke and Prof. E. Kindt. KU Leuven, pp. 604.
- VANBERG, A. D (2018). "The right to data portability in the GDPR: what lessons can be learned from the EU experience?". *Journal of Internet Law*, Vol. 21, 7, pp. 11 – 19.
- VOIGT, P., VON DEM BUSCHE, A. (2017). "Rights of Data Subjects". In: The EU General Data Protection Regulation. Cham: Springer International Publishing AG, pp. 141 – 187.
- WENGLONG, L. (2017). "A tale of two rights: The clash and collaboration of right to data portability and right to be forgotten". In: ANGLÈS JUANPERE, B. *et al.* (eds.). *Managing Risk in the Digital Society – Proceedings of the 13th International Conference on Internet, Law & Politics. Universitat Oberta Catalunya, Barcelona, 29-30 June 2017*. Barcelona: Huygens Editorial, pp. 173 – 190.
- ZANFIR, G. (2012). "The right to Data portability in the context of the EU data protection reform". *International Data Privacy Law*, Vol. 2, 3, pp. 149 – 162.



TRACING THE HISTORICAL ROOTS OF COLLABORATIVE PRODUCTION: EMERGING CHALLENGES POSED BY THREE-DIMENSIONAL PRINTING

Viola ELAM
European University Institute

ABSTRACT: Computers and computer networks have transformed the functioning of our societies and economies on multiple levels. Our modes of production, commerce, communication, education and socialisation have changed. First, this paper provides a brief overview of the major points of contention between Internet optimists and Internet pessimists throughout the 1990s. It shows that, from its very outset, the creation of the “World Wide Web” has drawn a mixed reaction from the scientific community. Some commentators portrayed the advent of the Internet as a democratizing and freedom-enhancing revolution; some others believed that an uncontrolled growth of technology could endanger traditional mental processes and social relations. With the advent of the Web 2.0, a new modality of production and dissemination of information - that Benkler has defined “commons-based peer production” – has emerged, generating a new wave of discussion between Net enthusiasts and Net sceptics. The first part of my paper lays the groundwork for the subsequent inquiry into decentralized forms of production in Open Source Software, Open Innovation, and Open Source Hardware. The subtle differences between such collaborative endeavours are highlighted. The preliminary insight into early reactions to technological change serves the purpose to unfold, in the second part of my paper, positive and negative predictions about an emerging technology: three-dimensional printing (“3DP”). The latter is taken as a representative example of new forms of collaborative production. 3DP is ushering a new era where enthusiastic participants contribute their skill, time and labour to the creation of digital designs and the corresponding physical outputs. Regular people have gained access to tools of design, manufacture and distribution of products. By bypassing traditional means of production and supply chains, 3DP may exercise a broad transformational socioeconomic impact. It may trigger the advent of a “democratization” of manufacturing and a mass-scale customization of products.

KEYWORDS: Open Source, Open Innovation, Open Source Hardware, Three-dimensional Printing, Commons-based Peer Production.



1. WEB 1.0: OPTIMISTS VS PESSIMISTS

In the mid-1990s the Internet was perceived as a global and open space that is decentralized, untouchable by state laws or market forces. As Solum points out, early thinking about the Internet is strongly associated with a romantic conception of cyberspace as a separate realm, outside the physical space, which has a spontaneous ordering¹.

In his book “Being Digital”² the futurist Nicholas Negroponte coined the phrase “*bits vs atoms*”. The industrial age was the age of atoms, with the economies based on mass-production and manufacturing with uniform and repetitious methods, in one given time and space.

In contrast, the “information era” is the age of bits. The shift from atoms to bits is irrevocable and unstoppable. Negroponte’s idea was that the bits are superior to the atoms for a number of reasons. A bit has no colour, size, weight, and it can travel at the speed of light. Therefore, bits can be accessed immediately. Bits can be produced everywhere at any time. There is no regard for time and space. As a consequence, storage costs and replication costs are much lower.

In the future the bits will not be confined to any specific medium, since the difference between what is radio, TV, telephony will be further blurred. Furthermore, Negroponte portrayed the Internet as a democratising digital revolution. He predicted the idea that the public will “pull” what it wants from the Internet rather than accepting what media giants “push” at it.

In Negroponte’s view, even if digital technology is disruptive and could destroy the old order, it is drawing people into a greater world of harmony. The digital age will result in “decentralizing, globalizing, harmonizing, and empowering”.

A growing literature advocated the freedom-enhancing nature of the Internet. The inexpensive and pervasive Internet access, alongside with the ubiquity of personal computers, could confer to every individual the capacity to freely express themselves. Information could be produced and distributed instantaneously over the Net at a much lower cost, as compared to printing.

Furthermore, the Internet entailed less dependence on the commercial broadcast media. Many commentators believed in consumer-sovereignty and in a new age, in which monopoly will be replaced by diversity and “ruled” will become “rulers”³.

1 Solum (2008), p. 57.

2 Negroponte (1996), pp. 57-58.

3 Poster (1995).



Twenty years ago, John Perry Barlow wrote his famous manifesto, “Declaration of Independence of Cyberspace”⁴. He defined cyberspace as the new home of mind, where everyone, anywhere can express his or her beliefs, no matter how singular, and without any prejudice accorded by race, economic power, and military force.

The cyberspace is, and always will remain, independent and beyond the reach of the law. Nonetheless, even at this early stage, part of the scientific community discarded the utopian vision of cyberspace as a distinct and magic realm.

Among others, Neil Postman commented critically on the implications of the Internet Revolution⁵. Postman argued that a new form of “technopoly”, meaning the submission of all forms of cultural life to the sovereignty of technology, should be viewed cautiously.

According to Postman, “an uncontrolled growth of technology destroys the vital sources of our humanity” and create a culture without moral foundation. It could undermine traditional mental processes and social relations that make human life worth living.

In sum, the prevailing literature in the mid-1990s was pointing out the positive and promising characteristics of the Internet (the so-called “Internet Utopiasm”), whereas a minority of thinkers perceived the Internet as both friend and enemy.

1.1. The Web 2.0 Revolution

The Web 2.0 revolution⁶ has generated a new wave of bilateral discussions between optimists and pessimists. This heated debate concerned, in the first place, the “new organizational landscape” that the digital revolution has brought about⁷. For the optimists, the Web 2.0 is ushering in a far more efficient, democratic, and participatory form of production, as opposed to the old, centralized and vertically integrated economies of scale⁸.

This is evidenced by the rise of start-ups that are much more transparent, outward looking and open to collaborative and decentralized methods of production, than companies that were icons of industrial production in the twenty-century. Wikipedia is the best company in terms of information, Amazon for books, YouTube for video and Facebook for social interaction.

4 Accessible at: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

5 Postman (1992), p. xii.

6 The Web 2.0 is usually described as the second generation of the World Wide Web, where software applications were built directly on the Web, allowing interoperability, information sharing, and users’ collaboration on the Internet.

7 Leadbater (2009), p. xxi.

8 Tapscott, Williams (2008).



These companies are all based on open architecture, collaboration, and self-organization, rather than on hierarchy and control⁹. In these websites user-generated contents account for most of the value of the service.

Thus, Web 2.0 is considered the most important facilitator of “prosumption”. Users occupy both the role of consumers and that of “prosumers”. They produce and consume goods at the same time. Moreover, digital technologies have replaced “scarcity with abundance”. The unlimited storage capacity of the Internet has determined an information overload and the so-called “economy of abundance”.

For an Internet optimist such as Anderson, the economy of abundance leads to the emergence of “*niches*”, meaning a wider range of non-commercial contents in the media industry. This, in turn, amplifies consumers’ choice. In contrast, the twentieth century entertainment industry was about “hits” made available by “the Top Ten”¹⁰.

According to Downes, technologies of abundance have helped to lower transactions and distribution costs¹¹. In a digital economy goods and services can be offered for free because the marginal costs of everything on the Internet is near zero. This is what Anderson defines as a “nonmonetary production economy”¹².

For the pessimists, the Web 2.0 marks the decline of our culture, since wisdom is not in the crowd but in people with expertise. What Web 2.0 is delivering, is a “superficial observation of the world around us”¹³. In addition, user-generated contents and amateur works are detrimental for talented people in the creative industries.

It is also extremely superficial to maintain that contents on the Internet are freely available and that marginal costs online are close to zero. A user has to bear substantial costs in order to have the physical device (a computer or a mobile phone) and Internet access. Moreover, companies rely on advertising revenue or licence fees for their funds. They need revenues for the production and marketing of high-quality contents¹⁴.

Hence, Internet pessimists tend to focus on the negative implications brought about by information technologies for a number of industrial sectors. Not only the content-related industries and the publishing industries have been affected in profound ways by the digital revolution; the distribution sector has been affected too. Many retail industries have been displaced, since sales via electronic commerce have proved to reduce considerably costs related to physical establishment, inventory, customer support, and order placement.

9 *Id.*

10 Anderson (2009), p. 16.

11 Downes (2009), pp. 38-40.

12 Anderson (2009b), p. 189.

13 Keen (2007).

14 Graham (1998).



Another major point of disagreement concerns whether Web 2.0 yields “personalization” or “fragmentation”. For the pessimists, hyper-customization of websites and online technologies causes extreme social “fragmentation”, “polarization”, and “cultural impoverishment”, which could also lead to political extremism¹⁵.

For the optimists, it is positive that media contents, online search, and online stores have all become personalized. Increased tailoring of media experiences promotes the participation of silenced masses. Social networking profiles and personal blogs enable contributors from every continent to express their genuine voice. As a consequence, the participatory nature of the Net enhances a greater cultural heterogeneity. In addition, automated search results enable a greater specialization of knowledge¹⁶.

Therefore, for the optimists, digital technologies reveal their intrinsic participatory, democratic and empowering nature, as predicted by Negroponte in 1995.

1.2. Commons-based peer production

According to Benkler, Web 2.0 technologies have determined the rise of “commons-based peer production”¹⁷. An interconnected environment encourages individuals to get together in a number of large-scale cooperative efforts, and opens up the opportunity for users to participate in alternative projects to those that are corporate-run, at least in the production of information.

Therefore, the networked environment has caused a shift from proprietary strategies and market-based production towards a decentralized, collaborative, nonmarket, and non-proprietary production of information and culture.

The physical capital required for production is distributed throughout society¹⁸, and what is produced is not treated as exclusive proprietary. Internet openness, instead, enables everyone to build upon previous findings. Keys to future distributed interactions are openness, freedom, voluntarism, and widespread experimentation.

The next part of my paper provides an insight into different “open” contribution structures. These include Free Software, Open Source Software, Open Innovation and Open Source Hardware. I briefly discuss the origins, the evolution and the impact of such innovation models. My aim is to identify: their degree of “openness”; the extent to which they provide generative opportunities for co-creation activities and greater democratization of production processes; the role of appropriability strategies.

15 Among others, Carr (2008).

16 Cowen (2009).

17 Benkler (2006), p. 63.

18 *Id.*, p. 6.



2. FREE SOFTWARE AND OPEN SOURCE SOFTWARE

The quintessential instance of what Benkler defines “commons-based peer production” is Free software. Richard Stallman, a computer programmer at MIT’s Artificial Intelligence Laboratory, founded the Free Software Foundation (FSF) in 1985. He dedicated his professional life to design a free alternative to the UNIX operating system, after UniPress threatened him to stop distributing freely the Gosling Emacs source code.

Stallman developed the so-called GNU system (GNU is an acronym for “GNU is Not UNIX”), which was further improved thanks to the help of Torvalds Linus, and resulted in the so-called GNU/Linux operating system. Then, *IBM* backed and financed the Linux system, without exercising any proprietary control over it¹⁹.

Therefore, the culture of sharing software source codes began as a political project carried out by a group of computer scientists and hackers in the Free Software movement. They were campaigning actively against large software companies that developed proprietary software packages and retained the source code as a trade secret²⁰.

Stallman’s pioneering idea was to diffuse a legal mechanism that could preserve free access for all to source codes. He suggested that the only legal framework that guarantees freedom is characterised by the assertion of copyright on the code, combined with a “copyleft” licensing scheme, according to which no right is hold exclusively.

The most commonly used free software licence is the GNU General Public Licence (“GPL”), under which a program such as Linux is released²¹. A developer can assert copyright on the software and then pass on the recipients the same freedoms that he has originally received under the GPL.

The essential freedoms that free software entails are: the freedom to run the program as one wishes and for any intended purpose; free access to the source code, in order to study how the program works and improve it; the freedom to redistribute copies of

19 Other computer industry giants, such as Hewlett Packard and Novell, placed Linux at the core of their business strategy.

20 Software is made of a source code and an object code, which both enjoy copyright protection. The source code is a human-readable code, written in computer language such as Java. Any programmer can understand the software source code and convert it, by means of specific tools (*e.g.* a compiler), into an object code. The object-code is a machine-readable “binary code” that is very difficult for a programmer to read. Therefore, computer programmers or software companies that wish to restrict access to their software products only release binary versions of the software. The writer of software will then have a bundle of economic exclusive rights, such as the right of reproduction, distribution, and the right to create derivative works.

21 For a reconstruction of the historical evolution of the GNU General Public licence (GPL), see http://www.free-soft.org/gpl_history/.



the software to other users; the freedom to release the improved version of the software to the whole community.

In other terms, one can modify the code, build on it, and incorporate it in her work, but the GPL always remains attached to the software. Accordingly, any derivative work is distributed under the same terms as the licence of the original software. Free software, therefore, enables the development of “*software by the people, of the people and for the people*”²².

In 1998 a separate community split from the Free Software movement, and begun campaigning under the name “Open Source” movement, in order to avoid a misunderstanding of term “free” software, which was increasingly associated with an anti-business attitude not attractive in the marketplace. The Open Source movement and the Free Software community express a rather different philosophical viewpoint.

According to Stallman, Free Software is a social movement that has its roots in the hacker culture and considers freedom as an ethical imperative. Access to source code is a precondition for such freedom.

In contrast, Open Source is a development methodology that focuses on how to make the software “better” in practice. Accordingly, Open Source licences are shaped for industrial software production and are far more restrictive than free licences (*e.g.* they do not allow making modified versions of the source code and using it personally).

The free software and open source movements are often conflated into an overall “FLOSS” (*Free, Libre and Open-Source Software*) movement. For the sake of simplicity, from now on I will generally refer to Open Source using the acronym “OS”²³.

2.1 Open Innovation

For years companies have invested heavily in internal R&D, in order to generate the greatest number of ideas and get them to market first. Internal R&D was perceived as a valuable strategic asset that makes considerable profit. Returns to innovators could only result from appropriability strategies and strong IP protection mechanisms (*e.g.*, patents, copyright, and trade secrets). Therefore, the approach adopted in the model of closed innovation is that successful innovation requires control. Firms have to control their IPRs, so that competitors could not benefit from innovation.

22 <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>.

23 The commercial success of open source is indisputable. Today we use open source products everyday, such as Linux servers, Firefox browsers and Android phones.



Open innovation (from now on “OI”) ²⁴ has placed under pressure the logic of the traditional “closed innovation” model. It represents a fundamental shift in how companies create new ideas and bring them to market. OI is a more decentralized and distributed innovation process characterized by “*the use of purposive inflows and outflows of knowledge to accelerate internal innovation, and expand the markets for external use of innovation, respectively*”.

Therefore, the basic idea underlying OI is the opening up of the innovation process to other firms and individuals. Absolute protection of ideas is not always in the firm’s best interest, whereas technology sharing and external R&D can bring added value. Companies can profit from licensing their IP and from buying others’ IP.

Thus, OI is an inclusive concept that refers to a dynamic and non-linear innovation processes that is “based on purposively managed knowledge flows”²⁵. Companies deal with and apply knowledge flows in different ways, according to their specific organization’s business model. They usually involve outbound and inbound activities.

Inbound activities include inflows to the central firm (“*outside-in*”), such as licensing in, acquisitions, spin in, whereas outbound activities include outflows from the firm (“*inside-out*”), such as licensing out, disinvestments, and spin-off²⁶. OI is not a clear-cut concept. The term “open” might be misleading and give rise to a misinterpretation of closely related concepts. It is, therefore, of pivotal importance to distinguish OI from User innovation and from OS.

2.2. Open Innovation vs User Innovation

Many scholars have suggested that innovation is becoming a more democratic, distributed and open process²⁷. The innovation process has been opened up to users and citizens²⁸. It should be noted that, traditionally, users were used as an external source of ideas (“*outside-in*”).

Nowadays, consumers play a different role; they are consulted not only for generating ideas, but also for co-creating products with firms and testing finished products (“*inside-out*”). This is certainly what happens in 3D printing (“3DP”) platforms, such

24 Henry Chesbrough has first coined the term “Open Innovation” in 2003.

25 Chesbrough; Bogers (2014).

26 See European Parliament (September 2015), DG for Internal Policies, Open Innovation in Industry, Including 3D Printing, p.14.

27 Chesbrough (2003).

28 One way to incorporate users’ external ideas is crowdsourcing. As is well known, the term crowdsourcing derives from the combination of the word “crowd” and the word “outsourcing”. In fact, the basic idea of crowdsourcing is that by outsourcing a work to a crowd of workers, the quality of content creation and idea generation will be superior.



as *Thingiverse* and *Shapeways*. These platforms enable consumers to take an increasing part in the co-creation process, since they can intervene at any stage, from co-design, to co-manufacturing, up to the distribution stage. Thus, “open innovating” with consumers implies co-creating with them²⁹. Nonetheless, co-creation activities do not always lead to user innovation. By way of example, co-creation activities in the 3DP ecosystem might not go beyond the prototype stage.

Furthermore, there is an inherent tension between user innovation and OI. Innovation implies commercialization, and commercialization of innovation requires an effective appropriability strategy. In order to appropriate returns from their innovative ideas, firms tend to protect their innovation outcome, with strong IP mechanism (use of “formal methods” of protection, such as patents or trademarks) or with secrecy, complexity of designs or lead times (“informal ways of protection”).

This is what has been defined “the paradox of openness”. Openness in the innovation process is coupled with appropriability strategies to protect the innovation outcome. The application of protection mechanisms, in order to guard against theft, does not reconcile with the concept of user innovation.

2.3. Open Source *vs* Open Innovation

There are differences between OS and OI. First, in the OS model of innovation both the innovation process and the innovation outcome are open³⁰. The source code is released to a publicly accessible repository. Contrariwise, in many OI projects only the process of innovation is opened up, whereas the outcome is a proprietary and closed innovation.

Second, participants in OS projects do not work through a central organization. OS is premised on the cooperative efforts of more individuals and firms, which are all connected to each other and support an ideology of continual sharing of knowledge. In contrast, one company is at the centre of all collaboration in OI. The latter runs the project, and tries to innovate and increase revenues and profit.

29 Ranya (2015), p. 91.

30 Eric von Hippel (2003) has defined OS as a “Private-Collective model of innovation”, which sums the advantages of both the private investment model and the collective innovation model³⁰. In parallel with collective innovation models, innovation can be seen as a public good, characterised by its non-rivalry of benefits and non-excludable access to the invention. Innovators freely reveal their inventions, without appropriating private returns from selling the software. However, differently from the collective innovation model, the OS model is financed through private funding.



Third, the objects involved differ considerably. OS relates to software and copyright licences, whereas OI applies to any product or service, and implicates different contractual relationships and IP transactions (*e.g.* patent non-exclusive licence agreements).

The last point of divergence between OS and OI is blurred in the so-called Open Source Hardware (“OSH”). OSH is another generative process that is meant to democratize knowledge about hardware. This form of open contribution is a derivative of the OS movement, in which both hardware design files and software source codes are made available for anyone to use.

OSH technologies, such as 3DP, hold significant future promise for innovation, in general, and OI in particular. Nonetheless, the extent to which OSH is a viable innovation model in the long term is not totally clear yet. The next part of the paper purports to explain more in detail what OSH is and how it differs from OS and OI.

2.4. Open Source Hardware

Enthusiasts sought to duplicate principles and practices established in OS and OI in the so-called “Open Design”, “Open Hardware” or “Open Source Hardware”. There are now many multimillion-dollar OSH companies, such as *3D Robotics* and *Arduino*.

OSH is hardware whose source files are made available for anyone to use. The idea is to democratize hardware production on the model of OS software and circumvent proprietary lock-ins imposed by patent holders.

Hence, traditional OS software licences, such as the GNU General Public Licence and Creative Commons, are transposed to hardware. The specifications of the hardware (*e.g.* CAD files, mechanical drawings, diagrams, schematics, PCB layout data) and software designs (the “bits”, using Negroponte’s terminology) are freely available online for anyone to use, modify and update. As in OS software, the licence shall allow any derivative work to be distributed under the same terms as the licence of the original works³¹.

2.5. Open Source vs Open Source Hardware

Successful OS projects involve contributions from a wide range of individuals who all work on a single body of source code. In contrast, the architecture of OSH is rather different. The derivatives of the hardware tend to be produced by a small group of individuals, who do not contribute to the creation of a single end product. Hence, the de-

31 There are many examples of OSH derivatives. In the 3DP community MakerBot 3D printer is a derivative built on the RepRap open source 3D printer.



rivatives “constitute a diverse set of alternatives from different producers, in contrast to the centralized codebase that seems to prevail in most open source software projects”³².

In large part this is due to the lack of automated methods for tracking and merging changes made to the original product design. There are only few methods that enable original designers to know what kind of modifications have been made to their products by various hackers. Most of the times, the nature of such modifications remains obscure to them.

On the other hand, the long-term success of OS software depends on the fact that the means of production of digital goods – computer and software - are widely distributed at little cost. Software source codes can be duplicated perfectly and eternally, at very low cost. The usage of such codes does not lessen the amount of codes available for others.

By contrast, developers of OSH derivatives have to invest money and time, in order to make and test changes to an original product design. Therefore, the main difference between OSH and OS resides in the underlying investment in terms of time and money.

High manufacturing costs are part of the production of material products. This is why the viability of OSH, as an OI model that is entirely based on open licences, remains an open question. Undertakings might eventually decide to change their business strategies and keep their technologies secret and closed, or limit the access to their community of users.

It is argued that OSH raises a new fundamental tension with appropriability strategies and proprietary regimes. As noted in the next paragraph, this trend has already emerged in the 3DP ecosystem.

2.6. OSH: non-vertical integration in the 3D printing ecosystem

Increased used of proprietary options by one of the main companies operating in the production of 3D printers, *MakerBot*, was of considerable concern to the 3DP community. This company moved from its open design roots to a scheme inclusive of both proprietary hardware components and closed software.

First, *MakerBot* did not release information and details about how its new printer, “Replicator 2”, was designed. Second, the new 3DP software, to be used in connection with the printer, became closed source.

In 2013, *Stratasys* acquired *MakerBot*, and subsequently filed various patent applications³³. Allegedly, similar user-designed inventions had already been released under open licences. In particular, *MakerBot* was accused to have stolen the “quick-release

32 Gibb (2015), p. 158.

33 Stratasys is one of the largest patent holders in the 3DP ecosystem, together with 3D System.



extruder” invention, which was allegedly published on *Thingiverse* months before the patent application. This prompted accusation that *MakerBot* was stealing a number of community-created 3DP improvements³⁴.

Furthermore, *Thingiverse* has recently altered its Terms of Use, in order to impose an irrevocable licence to its users. The latter are requested to enter into an *irrevocable* licence with *MakerBot* and *waive* their moral rights with respect to their digital designs. The narrower scope of *Thingiverse’s* licences aims at inhibiting the dissemination of CAD files on platforms other than *Thingiverse*, and preventing users from bringing claims against the mutilation of their works.

The above-mentioned decisions undertaken by *MakerBot* received a mixed reaction, showing that appropriability regimes arouse a great deal of controversy within the OS community. Arguably, such controversies offer a glimpse into the future of the open design philosophy. They question whether OSH is a long-term feasible business strategy. They also show that incentives for innovators to contribute their labour, skill, money and time to open innovation start-up projects are various.

The motivation that drives an inventor may not be the sharing of culture, but rather a keen interest in making profit and expanding his/her network. As *MakerBot* argued, “*the filing of patents it’s part of doing business in the world of IP, that it’s not optimal but it’s what we do as a part of being a competitive company*”³⁵. Thus, the reason why both *MakerBot* and *Stratasys* each began patenting their innovations was to be able to survive as companies, and to create some valuable business assets that enable long-term sustainability³⁶.

Recent occurrences in the 3DP community highlight benefits, drawbacks and threats generated by open source hardware, for both companies and users. Intermediaries might increasingly opt for non-vertical integration and avoid the sharing of their software/designs.

Patents on 3DP technologies will influence the expansion of the open source 3DP community. The filing of lawsuits will also determine whether emerging start-ups, relying on OSH, will continue to survive, or will rather fail³⁷.

34 Daly (2014), p. 11.

35 Biggs (2014).

36 Torrone (2013).

37 In November 2013, *Stratasys* filed a lawsuit before the US District Court of Minnesota against *Afinia*, a 3D printer maker, claiming the infringement of four patents. In November 2014, *Afinia* filed a petition to start an “*inter partes* review” proceeding before the US Patent Office’s Patent Trial and Appeals Board (“PTAB”), claiming that *Stratasys’* patents were invalid, as they were anticipated by the alleged prior art. Nevertheless, the PTAB declined to institute a fully review of these patents’ validity, since it found that *Afinia* had “no reasonable likelihood of prevailing”. See Weinberg (2013).



2.7. The Maker Movement

The OS software and OSH are the enablers of a broader social phenomenon called the “Maker Movement”. Makers form a community of “hackers” that intersects with the do-it-yourself (“DIY”) culture. They are “bringing the Web’s culture and collaboration to the process of making”³⁸.

In short, key assets of the Maker Movements are: people using digital tools to create designs for new products (“digital DIY”); a cultural norm to share those digital designs with other online communities; the usage of common standards for blueprints that allows anyone to send their design to commercial service providers³⁹.

This movement has been active for the last decade. Its origins date back to 2005, when O’Reilly launched the Make magazine. In 2006 the first Maker Faire gathered in Silicon Valley⁴⁰. Another milestone came the year after, when Adrian Bowyer started the Replicating Rapid Prototyping (*RepRap*) project at the University of Bath.

The vision of the research team was to create an OSH 3D printer capable of reproducing its own spare parts. This open source project was implemented after some key patents, covering the fused deposition modelling technique, had expired. Hence, the digital designs of the 3D printer were made publicly available, and open source software was offered for free. *RepRap* contributed to the launch of the first consumer 3D printers (e.g. *Makerbot* and *Ultimaker*) in 2009 and 2010. The “open source 3D printing community” began to flourish thereon.

3. OPEN SOURCE 3D PRINTING COMMUNITY

Innovation in 3DP is speeding up, and is supported by an increasing number of European and International programmes⁴¹. Although 3DP has received greater attention over

38 Anderson (2012), p. 21

39 *Id.*

40 Today, Maker Faires are very important events, where both hobbyists and professionals show their creations. In June 2014 a Maker Faire was held at the White House. Hacker spaces and fab labs are also proliferating all around the world.

41 Big Innovation Centre, *Three Dimensional Policy, Why Britain needs a policy framework for 3D printing* (October 2012); Confindustria Centro Studi, *Scenari Industriali, In Italia la Manifattura si Restringe, nei Paesi Avanzati le Politiche Industriali Puntano sul Territorio* (June 2014); DG Research & Innovation, Directorate for Key and Enabling Technologies: *Report from the EC Workshop on Additive Manufacturing held on 18 June 2014* (2014); DG Enterprise and Industry, *Report of the Task Force – Advanced Manufacturing for Clean Production* (2014); European Parliament, DG for Internal Policies, *Open Innovation in Industry, Including 3D Printing* (September 2015); Europe



the last few years, its roots date back to the late 1970s. Then the technology has evolved in two different directions: the industrial 3DP sector, and the personal 3DP sector.

On the one hand, 3DP has exerted a profound impact on a great variety of manufacturing industries. 3DP is now widely applied for many purposes ranging from prototyping, to full-scale production or post-production customisation. On the other hand, in more recent years, the technology has crossed over into the consumer sphere⁴².

As mentioned above, the development of OSH initiatives, such as the RepRap project, together with the expiry of crucial patents, have contributed to a steady improvement in 3DP hardware, a reduction in cost, and a wider range of available materials.

Furthermore, the availability of OS software that is easy to use, together with the development of OS 3DP platforms benefiting from networking technologies, have all contributed to the creation of a communication infrastructure that is a powerful tool for co-creation. Internet operators enable makers to connect to a vast distributed network where they can share and market their object design files, by means of Creative Commons licences (“digital-design-file-sharing”).

Online 3DP platforms include: CAD files’ repositories, such as *Thingiverse*, that offer hosting services; 3DP marketplaces, such as *Shapeways*, that host and sell third-party CAD files; platforms that also provide their own designs and/or offer co-design activities (*Sculpteo*, *iMaterialise*, *Shapeways*); platforms, such as *Trinkle*, that offer crowdsourcing services.

3.1. 3D PRINTING: A DISRUPTIVE TECHNOLOGY

Forecasts on the potential impact of 3DP range from pessimistic to enthusiastic. There is, however, broad consensus that 3DP is going to be very disruptive. 3DP is leading to the digitalization of physical objects. As opposed to the first wave of “disruption”, which had to do with the digitalization of information, disruption is moving into the physical and product level. Hardware (atoms) is becoming much more like software (bits).

Economics, a study commissioned by DG Internal Market and Services: *The Economic Review of Industrial Designs in Europe* (January 2015); UK IPO, *A Legal and Empirical Study of 3D Printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour*, Study I (March 2015); UK IPO, *The Current Status and Impact of 3D Printing within the Industrial Sector: An Analysis of Six Case Studies*, Study II (March 2015); UK Trade & Investment, *Doing Business in Italy: Italy Trade and Export Guide*, (November 2015); WIPO, *Breakthrough Innovation and Economic Growth* (November 2015); WIPO, S. Bechtold, *Economic Research Working Paper No. 28*, (November 2015).

42 *Id.* UK IPO (2015), Study II, p. 2.



In fact, everyone can now create a digital representation of a physical object (from now on “CAD file”), and share it or sold it on a 3DP platform⁴³. Manufacturing is then easily achieved by pressing a button.

Arguably, users’ involvement in the production processes gives rise to a new form of “prosumption”. Individual makers are now afforded incredible powers of production and distribution. They have acquired the ability to turn ideas rapidly into 3D objects.

CAD file is not merely a digital blueprint, but a powerful tool that, “in a world of ubiquitous 3D printers, renders the possessor of the file just as satisfied as if he possessed the physical object itself”⁴⁴. This, in turn, can have a profound impact on traditional manufacturing processes, supply chain and distribution channels. It could also hamper traditional marketing practices.

According to Anderson, the Third Industrial Revolution is underway. The outbreak of a revolution is not attributable to a breakthrough technological invention as such, but to regular people making use of such technology. The biggest transformation “is not in the way things are done, but in *who’s doing it*”⁴⁵.

In the digital revolution what really changed the game was not the technology itself – the invention of the computer – but the fact that such technology became “personal” and “desktop”. Just as the Web democratized innovation in bits, a new class of rapid prototyping technologies, such as 3DP, is democratizing innovation in atoms.

So far manufacturing has been mostly provenience of big companies and not opened to all, because of the expertise, equipment and the costs of producing things on a large scale. Today manufacturing is happening on consumers’ desktops.

The following analysis briefly touches on some of the challenging issues that 3DP poses, in order to offer an insight into conceivable levels of disruption. It then concludes that one should not overestimate the potential of 3DP technologies in terms of democratization of innovation. It stands to reason to argue that this technology is not enough widespread at consumer level to bring about a revolution.

As opposed to software creation, production and distribution processes require higher upfront costs (i.e. for the 3DP equipment and filaments). The claim that 3DP converts bits into atoms at the click of a button seems rather utopian.

43 A CAD file can be obtained from a scratch, by using specific modelling software (CAD software) or, alternatively, by scanning an existing object. Once the CAD file is uploaded on the 3D printer, the physical object is created layer-by-layer, through an additive process.

44 Holbrook, Osborn (2015), p. 1331.

45 Anderson (2012), pp. 14-18.



Moreover, in most instances, 3DP still requires substantial technical knowledge in either the design, production and postproduction phases. Yet, it is possible to conceive an imminent future in which consumers will be increasingly involved in co-creation activities with their peers and with firms. Sometimes co-creation activities will also result in consumer-led innovation.

3.2. Newcomers

3DP is challenging the position of established firms, while increasing profit potential for new entrants. Newcomers in the 3DP ecosystem include: hardware manufacturers (e.g. *Stratasys*, *Materialise*); 3DP marketplaces offering printing and delivery services (e.g. *Sculpteo*, *Shapeways*, *Ponoko*); 3DP repositories that focus on the sharing of CAD files (e.g. *Thingiverse* or *Repables*); and e-commerce platforms that enable sales for micro-producers (e.g. *DaWanda*)⁴⁶.

Software programmers have also made real breakthroughs. 3D modelling software programs, which assist users in designing, remixing, and customizing existing digital blueprints have been created under OS licences⁴⁷.

The idea is to distribute OS software that is the counterpart of the very expensive CAD software, marketed by companies such as *Autodesk*. By way of example, *Autodesk* licenses “AutoCAD” under a copyright licence based on an annual subscription of approximately \$ 1.600/2000 per year. Furthermore, this licence imposes strict use and transfer restrictions on the licensees, to avoid the creation of second-hand markets⁴⁸. Users can also use dedicated CAD software provided by Web 2.0 platforms, such as *Thingiverse* and *Shapeways*.

46 Some 3DP projects are crowd-funded (e.g. through the platform *Kickstarter*).

47 *Thinkercad* provides simplified CAD software and constant assistance to amateur designers, who want to create their 3D digital models. One could either create a CAD file from a scratch or find a digital blueprint that someone else has designed and, perhaps, modify it. *Fab Forms* is a cloud-based software turning CAD files into web-based visual models, which can be manipulated and modified using virtual sliders. Part of the geometry and design validity (such as manufacturability) are evaluated and stored in the pre-computation stage. Thus, all the conceivable variations of the object are stored in a cloud database.

48 In *Vernor v Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102, 96 U.S.P.Q.2d 1201 (9th Cir. 2010), the Ninth Circuit had to decide whether *Autodesk* had “sold” copies of its software (“Release 14”) rather than just licensed it to costumers. The first sale doctrine would apply only in the former case. The Court held that a software user is a licensee rather than an owner of a copy where the copyright owner: 1) specifies that the user is granted a licence; 2) significantly restricts the user’s ability to transfer the software; 3) imposes uses restrictions.



3.3. Employment

With the emergence of 3DP technologies, economic activity might become integrated across a multitude of scattered communities, leading to a progressive decentralization of the means of organizing the production and distribution of goods.

Will 3DP practices bring about a substantial change to the way society is organized, with the shift to a Third Industrial Revolution? Is it conceivable that factories will begin to relocate away from suburban areas?

A question that is difficult to answer relates to the impact that 3DP will have on employment. The fact that products can be created and assembled on-site might become a critical factor in this respect.

On the one hand, 3DP may unlock new opportunities in developing countries, since the costs of establishing all the facilities (computers, printers, materials and Internet access) are substantially lower than in a traditional manufacturing process.

Hence, one may argue that developing countries can reap the benefits of 3DP technologies, by manufacturing on-site an increasing number of products that are suitable for the local market⁴⁹. Thus, 3DP shows the potential to utterly transform the market in unindustrialized countries.

Due to the fact that 3DP is a subtractive – rather than an additive – manufacturing process, raw material does not get wasted. Likewise, 3DP goes hand in hand with sustainable production, since it makes use of recyclable, non-polluting and durable feedstock⁵⁰. It is also worth noticing that Fab Labs enable to distribute R&D activities out of universities and companies, distributing knowledge among communities.

On the other hand, insofar as the industrial sector is concerned, 3DP can be assimilated to a new form of automation. It can be seen as a new step towards depersonalization of manufacturing. Hence, on a par with other forms of automation, 3DP may contribute to move back into developed countries some jobs that have traditionally been outsourced to low-wage countries.

The impact that 3DP will have on employment is not easily predictable. 3DP might also change the categories of workers that are needed in the manufacturing process. A variety of new abilities and

expertise is required, as compared to traditional manufacturing processes. Workers should have intellectual, rather than physical skills, and devote considerable effort to develop the competence to run CAD software and design CAD files.

49 Burrows (2014), p. 118.

50 Rifkin (2014).



Looking at personal 3DP, in theory it enables consumers to take on laborious tasks in the production process, which were traditionally undertaken by workers in factories. Indeed, consumers can be solely in charge of the manufacturing and distribution stages.

Therefore, on the one hand, 3DP could bring to the elimination of certain jobs. On the other hand, 3DP may create new job opportunities and enhance human creativity and user innovation. Individuals can create their own marketplace, where they share and sell their own creations, without having to rely on traditional distribution channels.

Hence, 3DP may develop into a new socioeconomic paradigm. It may also be that this phenomenon will remain the realm of enthusiastic hobbyists, without disrupting the existing system for organizing economic activity.

3.4. User Innovation v mass-scale customization

The number of online 3D platforms where hackers, hobbyist, professionals and ordinary people engage in digital-design-file-sharing is steadily increasing. Nonetheless, not all co-creation activities end up in “user innovation”. As noted by Ranya, “a digital design purchased from a design marketplace and printed at home without any modification is an act of co-creation, but it does not entail any innovation”⁵¹. Innovation could only arise when a user downloads a CAD file from an online repository and then modify it.

Nonetheless, at present most 3DP platforms are not “empowering” tools, committed to user-led innovation. They are tools of co-creation, better suited to enable customization of products, rather than user innovation. By way of example, newcomers in the 3DP ecosystem, such as *Shapeways*, *Materialise*, *Mekieworld*, and *Nervous*, enable the personalization of household appliances, jewellery, toys, and garments.

As 3DP matures, new business models begin to take shape. The past few years have seen an increasing number of companies, in various sectors, begin to focus upon mass-scale customization of products. Companies are investing significant resources in creating new products that are adjusted to customers’ individual needs.

The benefits of customized products, as compared to their mass-produced counterparts, are usually associated with greater comfort, better performance and inimitable aesthetic appeal. Arguably, customized products provide “added value” because they are unique and they allow for self-expression of the consumer. By way of example *Nike* is making 3D printed shoes that are custom made for each individual consumer.

Furthermore, 3DP is now conflating with the Internet of Things. Some companies produce made-to-order 3D printed products thanks to data capture processes. Sensors, such as phone cameras or webcams, are used to gather valuable data. Taking as an example another shoe company, *New Balance* has made customized running shoes for the

51 Ranya (2015), p. 101.



middle-distance runner Jack Bolas, fitting the runner with a pair of shoes that “used sensor to record data as he ran under simulated race conditions”⁵².

A more precise customization might either undermine established companies, or prompt them to change their business strategies. On the one hand, high-end brands might implement mass-customization in order to stay ahead. They might progressively align their products to consumers’ needs, thanks to readily available ITs coupled with flexible and rapid 3DP manufacturing processes. Firms can now create their own 3DP online repositories, and license their digital designs. This might increase brand awareness, and guarantee quality standards.

By contrast, customization strategies might also prove costly and unnecessary operations, since consumers’ needs are increasingly diverse and specific. High-end brands might deliberately eschew 3DP, relying on handcrafting and high quality production, assuming that hand-made products carry an even greater value in the era of digitalisation.

From an IP law perspective, a key issue is whether customized 3D-printed products, very similar to core product designs, provide *added value* because they imprint true “novelty” or because they just enhance the value inherent in core designs. Do customized 3D-printed version of core designs meet the novelty and individual character requirements under EU design law? Should manufacturers of 3D-printed customized products pay large royalties to core product designers?

A new Era of mass-digitalization of products, due to 3DP technologies, might also change the approaches that companies use to protect their intangible goods. Arguably, informal ways of protecting IPRs (*e.g.* complexity of designs, unregistered designs, trade secrets, and head-starts) will become ineffective and firms will rather choose registered protection options (*e.g.* Registered Community Designs, patents, registered trademarks at national and Community level).

3.5. Digital-design-file-sharing and IP theft

The spreading of online platforms that enable the sharing of CAD files (digital-design-file-sharing), coupled with the possibility to easily replicate physical objects by means of 3DP technologies, raise interesting issues about potential infringement of IPRs.

Discussions on digital-design-file-sharing have created a whirlwind of hype, suggesting that a new era of Napster is imminent. It is argued that digital-design-file-sharing is not yet a mass phenomenon; it shows a high level of participation by “3D Printing Enthusiasts”⁵³.

52 See <http://sloanreview.mit.edu/article/with-3-d-printing-the-shoe-really-fits/>.

53 Based on data extracted from 17 online platforms, the total number of downloads, for the time-period 2008-2014, is around 40.000. *Supra* note 40, UK IPO (2015), Study I, p. 28.



For the time being, piracy and counterfeiting on online platforms do not seem a major threat. Nonetheless, the enforcement of IPRs is likely to become a complicated process, if consumer-driven infringement becomes widespread. Recent copyright claims, which followed the uploading of CAD files on online platforms, provide a clue regarding the potential for future conflicts over a framework inclusive of all IPRs⁵⁴. In fact, differently from the era of Napster, the dissemination of CAD files amongst users places pressure on all IPRs, rather than only on copyright law.

3.6. Horizontal digital-design-file-sharing: a general feeling of mistrust?

The same reasoning made above with regard to non-vertical integration by a company such as MakerBot is applied to the community of users of peer-to-peer platforms in the 3DP ecosystem. The majority of these are committed to the OS philosophy. They are willing to make their digital blueprints freely available on the Internet, under Creative Commons licences, since the sharing of open knowledge is the main reward.

However, a different kind of sentiment inspires other users. The release of their digital designs might contribute to the spreading of their notoriety, or might be aimed at pursuing financial reward⁵⁵.

Users retain a certain degree of freedom when framing secondary licences with other users, on top of the primary licence with the Internet Operator. The availability of various degrees of “openness” in outlining such secondary licences – such as the permission to use the digital files for commercial purposes, and the possibility to keep CAD files “private” – might prove detrimental in the future. We might encounter a progressive mistrust in the open sharing commitment.

I argue that, in the future, users of 3DP platforms might only engage in digital-design-file-sharing if they can reap rewards from the creation and distribution of their CAD files. Financial rewards might increasingly generate the necessary motivation among users, although they do not have to bear initial sunk-costs related to innovation.

In fact, the cost associated with the creation and distribution of CAD files is minimum. Everyone can make a digital blueprint, and distribute it instantaneously over the Internet.

54 See Hamdi (2015).

55 Commercial websites, such as Cuboyo, offer paid downloads of user-generated 3D objects. The platform takes a 30% of the sale price and the remaining 70% goes to the seller.



3.7. State capacity to regulate the 3D printing landscape is challenged

The perspective of a formally regulated and strictly controlled Internet seems unrealistic, when looking at the reality of the 3DP world as an open place. Formal attempts to regulate digital-design-file-sharing might prove to be superfluous.

Digital Rights Management or Technological Protection Measures on 3D printable files would prove only moderately successful, in so far as they could be easily circumvented. In addition, TPMs might discourage legitimate uses of digital blueprints.

Furthermore, predictions on IPRs infringements in the 3DP ecosystem suggest that enforcement might reveal a lost cause. Arguably, industry giants will probably not choose to sue individual file-sharers. We have learned from the past that lawsuits against individuals bring negative public pressure on the IPRs' holder.

Well-renowned brands might lose their power of attraction towards consumers and provoke a public backlash, in the case of an aggressive policy against individual file-sharers. Furthermore, for the time being, the scale of litigation would be too limited and not cost efficient.

This is why IP holders might place liability for users' infringements on intermediaries that provide 3DP related services. Intermediaries might be found liable for acts of secondary infringement of IPRs. This, in turn, might have adverse consequences, given that intermediaries are needed to foster innovation in 3DP.

So far intermediaries have played a critical role in the massive expansion of this technology. Targeting them might also discourage the manufacturing and distribution of 3DP hardware. This new horizon of legal implications fully deserves to be explored.

BIBLIOGRAPHY

- ANDERSON C. (2009), *The Longer Long Tail: Endless Choice Is Creating Unlimited Demand*, London: Random House Business Books.
- ANDERSON C. (2009b), *Free: The Future of Radical Price*, London: Random House Business Books.
- ANDERSON C. (2012), *Makers, The New Industrial Revolution*, New York: Crown Business.
- BARLOW J. P. (1996), *Declaration of Independence of Cyberspace*, 8 February. Available at: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>
- BIGGS J. (2014), *MakerBot Responds To Critics Who Claim It Is Stealing Community IP*, May 28, Techcrunch, available at: <http://techcrunch.com/2014/05/28/makerbot-responds-to-critics-who-claim-it-is-stealing-community-ip/>
- BURROWS, M. (2014), *The Future, Declassified: Megatrends That Will Undo the World Unless We take Action*, New York: Palgrave Macmillan.



- CARR N. (2008), *The Big Switch: Rewiring The World, from Edison to Google*, New York: W.W. Norton & Company
- CHESBROUGH H.; BOGERS M. (2014), *Explicating Open Innovation: Clarifying an Emerging Paradigm for Understanding Innovation*, Oxford: OUP.
- COWEN T. (2009), *Create Your Own Economy: the Path to Prosperity in a Disordered World*, New York: Dutton.
- DALY A. et al, (2014), *Cultures of Sharing in 3D printing: What Can We Learn from the Licence Choices of Thingiverse Users?* November 28, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2440027
- DOWNES L. (2009), *The Laws of Disruption: Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, New York: Basic Books
- GIBB A. (2015), *Building Open Source Hardware, DIY Manufacturing for Hackers and Makers*, Addison-Wesley Professional
- GRAHAM A. (1998), *Broadcasting Policy and the Digital Revolution*, *Political Quarterly* 69 (B): 30-42
- HAMDI K. (2015), *IP Law vs 3D Printing: the 5 Worst Examples*, Trinkle/blog, September 18, available at: <https://www.trinkle.com/blog/ip-vs-3dp/>
- HOLBROOK T. R., OSBORN L. S. (2015), *Digital Patent Infringement in an Era of 3D Printing*, University of California, Davis 48: 1319-1385
- KEEN A., *The Cult of The Amateur: How Today's Internet is Killing our Culture* (2007)
- LEADBEATER C. (2009), *We-Think*, London: Profile Books
- NEGROPONTE N. (1996), *Being Digital*, London: Hodder and Stoughton
- POSTER M. (1995), *The Second Media Age*, Cambridge: Polity
- POSTMAN N. (1992), *Technopoly: The Surrender of Culture to Technology*, New York: Knopf
- RANYA T. et al. (2015), *Co-creation and user innovation: The role of online 3D printing platforms*, *Journal of Engineering and Technology Management* 37, 90-102
- RIFKIN, J. (2014), *The Zero Marginal Cost Society, The Internet of Things, The Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, New York: Palgrave Macmillan
- SOLUM L. B. (2008), *Models of Internet Governance*, University of Illinois, Public Law Research Paper, No. 07-25, available at: <http://ssrn.com/abstract=1136825>
- TAPSCOTT D., WILLIAMS A. (2008), *Wikinomics: How Mass Collaboration Changes Everything*, London: Atlantic Books
- TORRONE P. (2013), *An Interview with MakerBot's Bre Pettis*, Makezine.com, December 3, available at: <http://makezine.com/2013/12/03/stratasy-lawsuit-patents-and-more-an-interview-with-makerbots-bre-pettis/>



- VON HIPPEL E.; G. VON KROGH (2003), *Open Source Software and the “Private-Collective” Innovation Model: Issues for Organization Science*, *Organization Science*, 14 (2), pp. 209-223
- WEINBERG M. (2013), *Stratasys Sues Afinia: Ramifications for the Desktop 3D Printing Industry*, *Makezine.com*, November 27; available at: <http://makezine.com/2013/11/27/stratasys-sues-afinia-ramifications-for-the-desktop-3d-printing-industry/>
- WEST J.; KUK G. (2014), *Proprietary Benefits from Open Communities: How MakerBot Leveraged Thingiverse in 3D printing*, January 20, available at: SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544970



Hiroshi MIYASHITA
Associate Professor, Chuo University

1. SHARING ECONOMY IN JAPAN

'The sharing economy', generally defined as 'the service that typically mediates lending leisure assets (including the intangible assets such as the skills) held by an individual', has created a set of digital C2C (consumer-to-consumer) services in Japan¹. Consumers effectively and efficiently share goods, space, movement, skills and money can be effectively and efficiently used for consumers in the sharing economy services. For instance, in Japan, a homeowner can rent private rooms as hotel accommodations to foreign tourists (so-called 'minpaku'). Sharing parking spaces and meeting rooms is common in the crowded city of Tokyo, and a range of household services, including child care and cooking, are also beginning to be shared, together with services based on specific skills such as translation, fortune-telling, and image writing, which are growing in popularity in Japan. The sharing economy efficiently provides new experiences and resources to consumers and is thought to enhance social cohesion and regional economies. Its market scale on users' transaction was estimated at 266 billion yen (approximately 2 billion euros) in 2017². The growth of the sharing economy is a topic of keen interest in the digital age given its significant impact on the daily life of consumers.

On 20 May 2016, the cabinet decision on the 'Declaration to be the world's most advanced IT nation' noted that the Japanese government supports the self-regulatory

- 1 Ministry of Internal Affairs and Communications, White Paper on Information Communications in 2017, p. 200. In the EU, 'collaborative economy' refers to 'business models where activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of goods or services often provided by private individuals'. European Commission, Communication on A European agenda for the collaborative economy, 2 June 2016. p.3.
- 2 Nomura Research Institute, IT navigator in 2018. <https://www.nri.com/jp/event/mediaforum/2017/pdf/forum259.pdf> (in Japanese). According to this survey, the market scale is expected up to around 940 billion yen in 2023.



principles among the private sector organizations as well as the other measures to promote new business innovation³. In December 2016, the Basic Act on the Advancement of Public and Private Sector Data Utilisation (Act No.103 of 2016) was passed with the aim to promote a data-driven economy including the sharing economy⁴. ‘Share Nippon (Share Japan)’ was publicised in March 2018 and includes the several progressive examples of sharing economy in the context of local governments.

The introduction of new goods and services always entail the need for new regulations. The sharing economy caused some new concerns for consumers. According to the survey of Consumer Affairs Agency, 44.8 percent of the users are concerned about the safety, 36.1 percent pointed out a general trouble settlement concern and 36.0 percent raised payment concerns⁵. For instance, the owner of a private hotel service was sent to the prosecutor’s office because of peeping the guests by a hidden camera⁶. Buying and selling in a free online market for services often triggers uncertainty, including the risk of dealing with fake items⁷. Among others, tax evasion, social security and insurance participation, anti-trust licensing, and data protection raise significant legal concern in the sharing economy services.

Since data connects people around the world, the need for harmonised national and foreign regulations is increasing. In this paper, I will examine the legal issues that may arise in the sharing economy from the perspective of data protection laws and compare and analyze some EU and Japan legal frameworks. In particular, I will address the implications of the EU General Data Protection Regulation, in order to seek an international convergence.

2. REGULATIONS ADDRESSING THE SHARING ECONOMY

Freedom of business

The sharing economy requires a unique aspect of legal regulatory framework. Freedom of business is generally protected from the Constitution of Japan (Art. 22(1)). The Supreme Court of Japan stated that Article 22 (1) of the Constitution provides the

3 http://japan.kantei.go.jp/policy/it/2016/20160520_full.pdf (in English).

4 <http://japan.kantei.go.jp/policy/it/outline.pdf> (in English).

5 Consumer Affairs Agency, Survey on the consumer life in FY 2016, July 2017 (in Japanese).

6 Unauthorised private accommodation, peeping by hidden camera, Asahi newspaper, 4 April 2018.

7 National Consumer Affairs Centre, Sharing of Things: Cases on consultation on ‘freema apps’, No.66 (2018) p.11 (in Japanese).



freedom of choosing one's occupation which includes the freedom of business under the economic system of individual's free economic activities⁸. The Court, for instance, struck down the regulation on the distance of pharmacy stores under the Pharmaceutical Affairs Act due to its lack of necessity and reasonableness⁹.

Some laws sometime prevent the provision of certain services by the sharing economy services. For instance, the Inns and Hotels Act was amended to authorise the privately owned accommodations with previous registration. The front desk used to be mandatory for private owned accommodation, which was abolished by this amendment.

In Japan, the Court never fully embraces the *laissez-faire* in the implementation of social and economic policies. Under the Japanese precedents on the freedom of business, the Court considered the necessity and reasonableness of the regulation in light of respecting a certain degree of discretion in the legislature.

Therefore, any legal regulation concerning the sharing economy must be, in general, necessary and reasonable in view of assuring the liability of the online service providers.

Liability of online platform

With respect to liability of the platform businesses, a lower court judgment affirmed the obligation of providing services under a system without defects even if the contracts had been concluded between the private parties¹⁰. Despite the legal complexity of the liability of the online platforms, it is generally recognised that an online platformer has a certain liability of maintaining a secure online platform under the commercial transaction law, the law against the misleading representations and a law that disciplines the market for antique business¹¹.

Under the EU law, the Court of Justice recognised a certain level of immunity to the online service provider under Recital 42 and Article 14 of the E-Commerce Directive 2000/31/EC. Namely, the Court, in the *Google Ad-Words* case, held that 'the service provider has not played an active role of such a kind as to give it knowledge of,

- 8 Judgement of the Supreme Court on 22 November 1972, Keishuu vol.26 no.9 p.586. 'Every person shall have freedom to choose and change his residence and to choose his occupation to the extent that it does not interfere with the public welfare'. (Constitution of Japan Art. 22(1)).
- 9 Judgement of the Supreme Court on 30 April 1975, Minshuu vol.29 no.4 p.572.
- 10 Nagoya District Court on 28 March 2008, Hanreijihō 2029 p.89 (Yahoo auction deceive case). The Supreme Court dismissed the claim of liability of the online service provider in the case of failing to deliver the products in the private auction in this online platform (Decision of the Supreme Court on 27 October 2009).
- 11 Ryoji Mori, Liability on the platformer under private and public law, Business Legal Affairs, Vol.17 No.9 (2017) p.54. (in Japanese)



or control over, the data stored¹². The Court set a criteria with respect to ‘whether the role played by that service provider is neutral’, but it is controversial what constitutes ‘neutral’ in the online platform¹³.

Self-regulation

In Japan, there is no specific legislation targeting the sharing economy services. The Basic Act on the Advancement of Public and Private Sector Data Utilisation promotes the sharing economy’s tools such as ‘artificial intelligence technologies, internet of things technologies and cloud computing services technologies’ (Art. 3(8)). In this sense, the existing sector specific legal regimes, in particular the individual business sector laws, will apply to the sharing economy.

In an interim report on the sharing economy issued by the Office of IT Strategic Headquarters on November 2016, a self-regulation approach, as opposed to the introduction of legally binding instruments, was developed. This approach reflects the will to respect the unique C2C services, which involve an unspecified large number of consumers, while ensuring the safety and reliability of sharing economy services¹⁴.

The model guidelines on the sharing economy includes the following considerations. First, the share business operators should assess and mitigate risk based on the self-assessments of such risk, in particular for the life and body and legal non-compliance by the attorneys. Second, share business operators should comply with: i) a registration or identification check, ii) a service policy with prohibition of unlawful and infringement matters, iii) ex-ante measures to mitigate misunderstanding, iv) the provision of a contact point for the consultations and complaints and service insurance, and (v) information security.

To promote trust in sharing economy services among consumers, the Sharing Economy Association Japan has launched a certification scheme for the share business operators in 2017. This certification mechanism is explicitly referred to the existing data protection certification scheme of the PrivacyMark issued by the JIPDEC in Japan¹⁵.

12 Case C-236/08, Google France and Google, ECLI:EU:C:2010:159 para114.

13 Arno R. Lodder & Andrew D. Murray, *EU regulation of E-Commerce: a commentary*, Elgar Commentaries (2017) p.163.

14 Office of IT Strategic Headquarters, Cabinet Secretariat, Interim report by sharing economy committee, November 2016. <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/senmon.../shiearingu/chuukanhoukokusho.pdf> (in Japanese)

15 <https://privacymark.org/> (in English)



3. PERSONAL DATA IN THE SHARING ECONOMY UNDER THE JAPANESE LAW

Most of the sharing economy services are based on the collection and use of personal data of consumers. However, most of the sharing business operators are not always fully aware of personal data rules and obligations. Data protection concerns often arise in the sharing economy since several services have a direct personal data transfer between consumers in the C2C business model. For instance, transparency, data retention, the rights of data subjects, and breach notification are essential matters in the sharing economy services. In this paper, I will focus on three topics; the scope of the data protection law, consent and identification, and supervision and remedy in Japan.

Scope: Processing for household and purely private purposes

Data protection rules do not apply to process activities regarding the household and purely private purposes. Under the Act on the Protection of Personal Information (APPI) in Japan, the Act does not apply to the activities outside the scope of business purposes¹⁶. ‘Business’ means a conduct engaging repeatedly and continuously for a certain purpose, which should be regarded as a business in a socially accepted standard¹⁷. As far as the sharing economy is characterized by occasional business, it may not be subject to the APPI.

Under the Japanese APPI, which was amended in 2015, some extraterritorial effect was introduced to address business operators offer goods and services to the citizens residing in Japan (Art. 75).

The sharing business can generally be regarded as an entity of handling personal information which is subject to the APPI, with the exception of household and purely private purposes. In contrast with this interpretation, in the EU, the collaborative services for economic and commercial purposes are subject to data protection law, ‘be it on an occasional or professional basis’¹⁸. It is no doubt that the service providers for their commercial purpose should comply with APPI. Furthermore, even if the service providers are established outside Japan which offer goods or services to the residents, the APPI is applicable.

16 https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf (in English).

17 Personal Information Protection Commission, Guidelines on the protection of personal information (general rule), November 2016 (amended in March 2017) p.18.

18 Vassilis Hatzopoulos, *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing, 2018, p.73.



Consent and identification check

There is no specific definition of define 'consent' under APPI. According to the guidelines issued by the Personal Information Protection Commission, oral expressions, returning of forms or other documents, agreement received via e-mail, ticking a box on a web page, clicking on a home page, and any input obtained via a consent button are examples of valid consent¹⁹.

It should be noted that implicit consent is a valid form of consent under the APPI, considering the relevant circumstances. In practice, box pre-ticking is commonly used in the context of the online services in Japan.

Consent is essential for assuring the validity of a contract between consumers. However, consumers often do not have sufficient knowledge of consent rules under the data protection law. Furthermore, consumers often become 'privacy nudge'²⁰; namely, they do not choose and remain in the status quo with respect to privacy conditions. It is necessary for the stakeholders to introduce more intelligible forms of consent form, aside from the contents of a contract.

In addition, an identification check is required for most of the sharing economy services. There is no established scheme of identification check in the context of Japanese sharing economy services so far. In general, driver's license and the other commonly accepted identification cards can be presented to prove one's identity.

Supervision and remedy

In Japan, the newly established Personal Information Protection Commission is in charge of the implementation of the APPI, mainly in the private sector. The Commission's work substantially began in 2016 following the amended Act. According to the Commission's annual implementation report, there were 263 data breach cases in 2016 and six cases were investigated through the collection of reports²¹.

In the sharing economy services, it may be true that the mutual scoring system between consumers may deter the obvious infringement of rights or non-compliance with the law in addition to promoting self-regulation among stakeholders. However, since processing of personal data requires technical and professional knowledge, it is desirable that the Commission often steps in the settlement for the use of personal data in sharing economy services. Both Consumer Affairs Agency and the National Consumer Affairs

19 Personal Information Protection Commission, Guidelines on the protection of personal information (general rule), November 2016 (amended in March 2017).

20 See Cass Sunstein, *Why Nudge*, Yale University Press, 2015.

21 Personal Information Protection Commission, Annual report on implementation status 2016.



Centre may assist settling issues faced by consumers, although no report was published so far in the sharing economy services²².

4. COMPARISON WITH EU GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

As discussed above, at least three concerns may arise regarding personal data rules in the sharing economy services. The European Commission stated that at an early stage ‘collaborative platforms should [...] at the same time comply with EU legislation the protection of personal data’²³. The EU has a new and effective data protection instrument, the General Data Protection Regulation (GDPR), whose influences spread across the world including Japan. In this section, I will make a comparison between Japanese law and GDPR with respect to the regulation of sharing economy services²⁴.

Scope

The GDPR specifies the material scope but excludes the personal data processed ‘by a natural person in the course of a purely personal or household activity’ (Art. 2 (2) (c)). Recital (18) details the provision of this article as ‘no connection to a professional or commercial activity’. In light of the growing importance of the C2C business, it seems reasonable to regard sharing economy services and platform as ‘commercial activity’. In this sense, the GDPR should generally be applied to most sharing economy services.

Furthermore, the GDPR clearly states that ‘a natural or legal person’ can be regarded as ‘controller’ (Art. 4(7)). Therefore, if a natural person sells his/her clothes to a consumer in the context of sharing economy services, this natural person can be addressed by the GDPR.

In addition, the so-called GDPR’s long arm also reaches to some offshore activities if the sharing business operators offers goods or services to the EU citizens or monitoring their behaviour (Art. 3 (2)). The GDPR disciplined the cross-border sharing economy services and online platforms once they meet the criteria of the extra-territorial scope of the GDPR²⁵.

22 See Consumer Affairs Agency, Consumer White Papers, 2017. http://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_research/white_paper/2017/ (in Japanese)

23 European Commission, A European agenda for the collaborative economy, November 2016.

24 See Hatzopoulos, *op cit*, ch.3.

25 Paul de Hert & Michal Czerniawski, Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context, *International Data Privacy Law*, volume 6 issue 3 (2016) p.230.



On the other hand, the interpretation of ‘information society service’ under the EU E-Commerce Directive 2003/31/EC remains controversial. Since sharing economy platforms acts as intermediaries or passively host information on the platform, they are generally exempted from liability²⁶. However, from the perspective of data protection as a fundamental right, the Court of Justice already indicated the willingness to apply data protection rules to intermediary of search engines²⁷.

Consent

Consent has been one of the big topics under the EU data protection law. GDPR provides that consent of data subject means ‘any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject’s wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her’ (Art.4(11)). Furthermore, the withdraw and demonstration of consent are clearly defined in the GDPR (Art. 7(1)(3)). With this strong and clear position with regard to consent in a transaction, the EU Directive 93/13/EC confirms the invalidity of unfair terms in a contract (Art.6). In practice, the Article 29 Working Party’s guidelines state that ‘the provision of a contract or a service to a request for consent to process personal data that are not necessary for the performance of that contract or service, is considered highly undesirable’²⁸. In the sharing economy service, not all the consumers and providers may not have enough knowledge of the requirement of consent. However, in the GDPR, the basic requirement of consent and, in particular, the separation between data protection consent and service consent must be respected in the context of sharing economy.

It is no doubt that even if C2C business of sharing economy services which does not always entail a clear balance of powers, consent must be consistent with the GDPR and the Directive 93/13/EC. In addition, the sharing business platformers and even an individual consumer should accept the withdrawal of consent by a counterpart under the GDPR.

26 Giovanni Sartor, Providers’ liabilities in the new EU Data Protection Regulation: A threat to Internet freedoms?, *International Data Privacy Law*, volume 3 issue 1 (2013) p.3.

27 Case C-131/12, *Google Spain*, ECLI:EU:C:2014:317; Case C-230/14 *Weltimmo*, ECLI:EU:C:2015:639. The variety of platformers may also be considered. It is also noteworthy that some collaborative relation serves as a (double or main) service provider, as a single contracting entity or two-sided platforms as the special nature of the collaborative three-party relationship. See Hatzopoulos, *op cit*, p.22-25.

28 Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (wp259 rev.01), 16 April 2018 p.8.



Supervision and remedy

An independent supervisory authority has been guardian of data protection in Europe. The GDPR empowers the supervisory authority with investigative, corrective, and authorisation and advisory powers (Art. 58). Consumers can also lodge a complaint with the supervisory authority (Art. 77) and seek effective judicial remedy (Art. 79).

Small issues often arise in the C2C business, and the complaint handling mechanism is crucial for maintaining and promoting the sharing economy system itself. Collective action may be introduced in some member states after GDPR entered into effect²⁹.

In general, the service reviews exchanged by customers may work as an invisible hand in the sharing economy market and help avoid several concerns. A new legal issue that may arise in the sharing economy is the right to be forgotten and relates to the possibility for service providers to erase the negative reviews. In Japan, a few lower judgements dismissed the possibility to erase reviews including the negative ones and the ones regarding the secret restaurant. For instance, the Sapporo District Court held the negative review of the restaurant could not be erased³⁰, and the Osaka District Court dismissed the erasure of a review which revealed the secret restaurant³¹. However, in some cases, reviews by costumers should be subject to the right to be forgotten as an autonomous remedy tool.

5. SHARING 'ECONOMY', NOT 'PERSONAL DATA'

The sharing economy is based on transactions in which personal data are often shared. However, personal data can end up being shared with stakeholders beyond the original transaction. In Japan, point card systems are widely used for personal data services. For instance, the number of individuals registered with the CCC (Culture Convenience Club) is over 66 million as of April 2018, and such information is used for databases marketing purposes³². According to the CCC services, 182 companies equal to 872 thousands shops in Japan share their customers' personal data for marketing purposes. If the data exchanged in the context of sharing economy services were to be used in similar database marketing, the consumer information would be 'commercial-

29 For instance, Germany introduced a class action of representation by consumer organisations for data breaches. See Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougleux, Christia Markou & Thalia Prastitou, *EU Internet Law*, Springer, 2017 p.213.

30 Sapporo District Court, judgement on 4 September 2014 (2014WLPCA09049003).

31 Osaka District Court, judgement on 23 February 2015 (2015WLPCA02239003).

32 Culture Convince Club Co., Ltd, available at <https://www.ccc.co.jp/en/index.html>.



ised' without a meaningful notice and choice. Sharing economy platforms are required to build a breakwater for protecting personal data. Data minimisation, data protection by design and by default and transparency should be respected by the sharing economy platforms. The Cabinet Office's Future Investment Strategy 2018 (draft), released in June 2018, notes the necessity of new rules to address platformer for an active competition³³. Such rules should consider the following issues for supporting the sharing economy services while protecting the privacy of consumers.

First, the role of online intermediation services is essential for ensuring the protection of personal data. Recital (9) of the proposed Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services states that '[e]xamples of online intermediation services covered by this Regulation should consequently include online e-commerce market places, including *collaborative ones* on which business users are active, online software applications services and online social media services' (emphasis added). The proposed Regulation is expected to enhance the liability and transparency of the online platforms in the sharing economy. In Japan, the 'Rule on E-Commerce and Transaction of Information Goods' issued by the Ministry of Economy, Trade, and Industry notes that the online platforms may have a certain degree of 'duty of care' since they provide the 'space' for transactions³⁴. In addition, the online platformers must adopt and comply with a non-disclosure agreement to keep the transaction details and personal data confidential. The laws regarding the liability of the collaborative platforms treat data protection as an issue of fundamental right, while not all the topics related to e-commerce are recognised as such.

Second, to promote the trust in the sharing economy, the respect for the soft-law by online platformers and the service providers is essential. For instance, the European Commission noted in the Communication that '[c]ollaborative platforms are encouraged to continue taking *voluntary action* to fight to illegal content online and to increase trust' (emphasis added)³⁵. The kind of 'voluntary action' that can and should be taken remains an open issue. Not only the trust among users but also the trust users towards organisations and institutions including online platformers is at stake in the sharing economy³⁶. In Japan, as stated above, the legal framework addressing sharing economy

33 Headquarters of Japan Economic Revitalization, Committee on Future Investment, Future Investment Strategy 2018 (draft), 4 June 2018 <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/miraitoshikagai/dai17/siryou4-1.pdf> (in Japanese).

34 Ministry of Economy, Trade and Industry, Rule on E-Commerce and Transaction of Information Goods, June 2017, p.84 (in Japanese).

35 European Commission, *op cit*, p.9.

36 Giulia Ranzini, Michael Etter, Christoph Lutz & Ivar Vermeulen, Privacy in the Sharing Economy, Report from the EU H202 Research Project Ps2Share, p.10



services refers to the data protection certification scheme. Certification can function as a visible trust booster for both service providers and consumers, and revocation of certification can exclude the unfair or deceptive businesses. At the present stage, Japan is transforming from soft law to hard law to protect consumers by using a certification scheme and aims at achieving international convergence in terms of the legal framework addressing sharing economy services.

Third, the basic data protection principles should be respected by service providers and online platformers. Many of the basic elements on data protection principles are similar between the EU and Japan. However, some elements such as the scope of the law, consent, and enforcement may slightly differ between the two systems. It should be noteworthy that Japan and the EU had several dialogues on data protection including the joint declaration by the political leaders³⁷. International convergence in the legal regime would remove the unnecessary barriers to cross-border data flows for sharing economy services.

The sharing economy is based on the trust and protection of personal data. Such trust cannot be built by sharing personal data beyond the necessary specified purpose. The basic data protection principles, the soft-law data protection mechanisms that include certification and mutual understanding of the protection of personal data in the cross-border context are the foundation of success in the sharing economy services.

37 Joint declaration by Mr Shinzo Abe, Prime Minister of Japan and Mr. Jean-Claude Juncker, President of the European Commission, 6 July 2017.



SUING ONLINE PLATFORMS FOR COPYRIGHT INFRINGEMENTS: THE CHOICE OF COURT AND LAW UNDER “PROJECT GUTENBERG” SCENARIO

Maiia OTCHENASH

*University Oberta de Catalunya, Doctoral Candidate.
Information and Knowledge Society Doctoral Program
(LLM at the Maastricht University, the Netherlands)*

ABSTRACT: On 09 February 2018 the District Court of Frankfurt (Landgericht Frankfurt am Main) issued an important ruling¹ in online ebook distribution in favour of the German publishing house (S. Fischer Verlag GmbH) and had found the “not-for-profit-corporation” Project Gutenberg Literary Archive Foundation liable in breach of German copyright law.

The German court established its jurisdiction on the ground of national private international law provision (which is considered as an equivalent to EU Brussels Regulation (art. 7(2)).² However, the court did not discuss which law would govern the case, as it just applied German law. The so-called “hosting” safe-harbour as an exception from liability for online intermediaries (under national equivalent to the art. 14 E-Commerce Directive) was rejected, because Gutenberg did not satisfied requirements for online platform-intermediary. As a result, an access to certain items in the Project Gutenberg collection are blocked from Germany.

Project Gutenberg believes the Court has no jurisdiction over the matter, but until the issue is resolved during appeal, it will comply.

This case clearly illustrates what challenges territorial copyright brings when deciding the questions of court and law for online claims.

In particular, for US-based defendant, there is no predictability where it can be sued and under which law. For German copyright holder, there is seemed to be no possibility to claim a EU-wide territorial

1 The District Court of Frankfurt (Landgericht Frankfurt am Main), *Project Gutenberg Literary Archive Foundation V the German publishing house S. Fischer Verlag GmbH*, 2-03 O 494/14, 02/09/2018.

2 Zivilprozessordnung, (the German law on civil proceedings), § 32 Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_32.html



damages. What about the damages which occurred within Austria or Switzerland, where also German speaking audience is presented?

Indeed, the choice of jurisdiction is the only Private International Law question which national EU courts decide for online claims. Once it is allocated, the choice of law would likely to be made “automatically” (by applying *lex fori*). All these makes cross-borders enforcement of online copyright tremendously unpredictable and not affordable *per se*.

KEYWORDS: copyright online infringements, litigation, international jurisdiction, *lex loci protectionis*, online platforms, safe-harbours.

Comunicación seleccionada para ser publicada en el n° 28/2019, de la Revista electrónica IDP – Internet, Derecho y Política, disponible en: <http://idp.uoc.edu/>

Paper selected to be published in issue number 28/2019 of the e-journal IDP - Internet, Law and Politics. Available at: <http://idp.uoc.edu/>



LA REGULACIÓN DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO
EN CIUDADES GLOBALES /
REGULATING HOUSE SHARING IN GLOBAL CITIES



LA VIVIENDA Y TURISMO COLABORATIVO, RETOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y RÉGIMEN JURÍDICO EN PORTUGAL

Afonso RIBEIRO CAFÉ

Profesor Asociado de la Facultad de Economía de la Universidad del Algarve

RESUMEN: La ponencia pretende hacer un análisis de los retos legislativos que plantea la vivienda y el turismo colaborativo en la Unión europea. Se analizará la viabilidad de establecer en los Estados Miembros un régimen jurídico común, adaptado a las idiosincrasias propias de esta actividad económica que está adquiriendo una gran dimensión y se analizarán las principales cuestiones jurídicas que se plantean en materia de vivienda. Se tomará como ejemplo la legislación portuguesa que regula la vivienda vacacional en Portugal para analizar si reglamenta suficientemente este negocio protegiendo a todos los intervinientes en la relación jurídica y si podría constituir un modelo a seguir para los restantes estados miembros de la Unión europea.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Unión Europea, uniformización vivienda vacacional, turismo colaborativo, alojamiento, hostels, plataformas electrónicas, usuarios, Airbnb.

1. NOCIÓN DE ECONOMÍA COLABORATIVA

Asistimos a la emergencia de un nuevo fenómeno económico al que se ha dado el nombre de economía colaborativa, también conocida por *collaborative consumption*, *peer (P2P) economy*, *the mesh*, *gig economy* y *access economy*: Si bien se trata de una noción que la doctrina considera todavía hoy imprecisa ¹, se trata de un modelo económico asentado, sobretudo, en la comercialización de servicios y bienes basado en tecnología online, permitiendo así el acceso a un mercado global, lo que ha potenciado la comercialización de productos a escalas que antes no eran posibles. No tenemos aún hoy una definición de economía colaborativa lo suficientemente operativa y precisa para poder aplicar al ámbito jurídico o económico. Esta dificultad conceptual se debe a una

1 Vid. LAGUNA DE PAZ, (2017) “El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º70, julio-diciembre, p. 159.



de las principales características de la economía colaborativa: su heterogeneidad. Existen demasiados modelos de negocio, mercados y productos involucrados, lo que torna difícil encontrar una definición común a todos ellos.

Estamos delante de una tipología de transacciones particulares, cuyas características no están, aun, perfectamente definidas y estudiadas, pero sabemos que casi siempre tienen relación con el intercambio de bienes y/o servicios, a cambio o no de remuneración². A pesar de no ser posible definir el concepto con precisión, encontramos características comunes a todas las manifestaciones de economía colaborativa:

- Movimiento, sobre todo, social, que tiene que ver con una nueva visión de compartir y de proteger el medio ambiente; y económico, pero con importantes implicaciones jurídicas;
- Con base en las tecnologías online y en los dispositivos móviles;

2. TURISMO COLABORATIVO Y ALOJAMIENTO

Una de las principales áreas de la economía donde se ha desarrollado más la economía colaborativa es en el mercado turístico. Encontramos, principalmente, actividades relacionadas con turismo colaborativo en las áreas de movilidad³, comercialización y/o facilitación de experiencias en actividades como gastronomía⁴ o en otras áreas como guías, cultura, etc⁵.

Precisamente, una de las áreas donde se ha desarrollado más el turismo colaborativo es en el alojamiento. En el desarrollo de este sector dentro de economía colaborativa, ha tenido mucho que ver la Directiva 2006/123/CE de Parlamento y de Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también denominada Bolkestein. Dicha Directiva ha sido el marco de desarrollo de las manifestaciones del alojamiento colaborativo en distintas áreas, por la previsión de la desburocratización en la concesión de licencias y la agilización en el acceso a las actividades de los prestadores de servicios.

La previsión del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva a todos los prestadores de servicios establecidos en un Estado Miembro, sean personas físicas o jurídicas, así

2 Vid. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.(2017) “La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal”, Revista de Estudios Europeos, n.º70, julio-diciembre, p. 112.

3 Donde podemos encontrar empresas en el mercado como Uber, Bláblacar, Carpooling, Lift, etc.

4 Por ejemplo, Eatwith, Voulezvousdiner, Feastly, etc.

5 Por ejemplo, Tripadvisor, Foursquare, minube, Vayable, etc.



como del ámbito objetivo de aplicación a todas las actividades de prestación de servicios, con la excepción de las expresamente excluidas, hace que sus normas hayan modificado una gran parte de los regímenes jurídicos de acceso a las actividades de prestador de servicios en las actividades turísticas y de las actividades de comercialización de servicios turísticos. Este cambio ha permitido la aparición y un gran desarrollo de las actividades de turismo colaborativo en el área de alojamiento.

Para que tengamos una noción de la dimensión del turismo colaborativo en los destinos turísticos podemos tomar como ejemplo las cifras divulgadas por Airbnb de su gestión en el año 2015 en la ciudad de Barcelona. Así, a día de hoy, la ciudad de Barcelona tiene 18.353 propiedades disponibles⁶, a comercializar a través de la plataforma, a un precio medio de €96, por noche⁷. Hablamos de cifras muy elevadas, comercializadas por una sola empresa.

Airbnb es hoy una de las más grandes y lucrativas empresas en el mundo, con actividad en casi todos los países. Sucede que la actividad de comercialización por plataforma online de alojamiento en viviendas no es exclusiva de Airbnb. Así, tenemos otras compañías que, a pesar de no tener tanta dimensión, tornan esta actividad una de las más grande actividades comerciales en turismo y con un gran impacto económico, social y jurídico.

La actividad de las plataformas online de comercialización de viviendas particulares a viajeros convierte el alquiler de viviendas vacacionales en una actividad con una dimensión y un alcance mundial que, de ser distribuida por medios tradicionales tendría un alcance muy limitado. En este contexto, no resulta sencilla la resolución de cuestiones como quiénes son los agentes que ejercen una verdadera actividad de alojamiento profesional y comercial, o qué obligaciones y responsabilidades tienen los intervinientes en la cadena de valor de la comercialización del alojamiento, entre otras.

Para efectos de esta presentación, identificamos algunas de las cuestiones que se plantean hoy en la mayoría de los Estados Miembros de la EU:

- La primera es la falta de reglamentación jurídica específica en las legislaciones nacionales para regular los problemas que el turismo colaborativo suscita. Ello ha llevado a la doctrina a hablar de una situación de “alegalidad o paralegalidad”⁸, lo cual origina un reto importante a solucionar por el Derecho.

6 Se incluye en estas cifras viviendas enteras y habitaciones en viviendas que no son comercializadas enteras.

7 <http://insideairbnb.com/barcelona/?neighbourhood=&filterEntireHomes=false&filterHighlyAvailable=false&filterRecentReviews=false&filterMultiListings=false>

8 HERRERO SUÁREZ, C. (2017) “Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º70, julio-diciembre p.149.



- Otra cuestión importante es la relacionada con la salvaguarda del derecho a la vivienda, el cual se considera un derecho fundamental en Estados-Miembros como Portugal⁹. En España, si bien no es un derecho fundamental, es uno de los principios rectores de la política social y económica consagrado en la Constitución Española¹⁰. Así, el derecho a que todas las personas puedan tener una vivienda digna donde vivir, está protegido en sus vertientes, desde la protección del derecho de propiedad, de adquisición de habitación y de alquiler de vivienda en condiciones mínimas de salubridad, higiene, etc., a precios que, en la práctica, no impidan el acceso a la vivienda. Sucede que, en las grandes regiones y ciudades turísticas, la masificación de la comercialización de la vivienda vacacional ha provocado un aumento exponencial de los precios de las casas, ha retirado viviendas del mercado de alquiler, para ser utilizadas solamente en el alquiler vacacional, dificultando mucho el acceso a una vivienda en las ciudades. Como ejemplo de reacción legislativa a esta cuestión, hemos tenido, en 2016, el Ayuntamiento de Berlín que ha dejado de dar licencia a habitaciones particulares para el uso vacacional y ha prohibido la comercialización de casas sin licencia. En 1 de mayo de 2018 ha sido aprobada una nueva normativa que reglamenta el alquiler vacacional, pero con restricciones, por ejemplo limitando el tiempo permitido de disponibilidad, por año, de la vivienda en el mercado de alquiler de corta duración, y medidas de fomento y protección del derecho a la vivienda. En Palma de Mallorca, el Ayuntamiento está prohibiendo el alquiler de corta duración en la ciudad. Ambas decisiones tienen como fundamento la protección del derecho a la vivienda.
- Otra cuestión que se está suscitando en los Estados Miembros a nivel de la salvaguarda del derecho a la vivienda es la compatibilidad del alojamiento vacacional con cuestiones de vecindad y de propiedad horizontal. En Bruselas ha sido aprobado un régimen que exige la autorización de los propietarios de los inmuebles para que sea posible la explotación de vivienda vacacional en los edificios. En Portugal se discute, en sede judicial, si las viviendas con cédula de habitabilidad para vivienda pueden ser alquilados como vivienda vacacional, si esto no implica una vulneración del fin para el que el inmueble ha obtenido la licencia y si los propietarios pueden impedir, en los estatutos de la comunidad de propietarios, la utilización de las viviendas para fin vacacional. En este momento solo contamos con una decisión del tribunal supremo de justicia, que revoca una decisión provincial, y admite la utilización de las fracciones con licencia de fin de obra para habitación, para alquiler vacacional, sin que los otros condóminos lo puedan impedir en el reglamento.

9 Artículo 65.º de Constitución de la República Portuguesa, de 1976. Sobre este tema *vid.* Canotilho, J. Moreira, V., (1993) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3rd Edition, Coimbra Editora, p. 344.

10 Artículo 47.º de la Constitución Española, de 1978.



Las respuestas dadas por los Estados Miembros son aisladas y casuísticas, no resolviendo los problemas que puede traer la exploración de esta actividad sin una regulación clara y que proteja todos los intervinientes. Tal y como se afirma en la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, ello podrá “crear incertidumbre sobre las normas aplicables, especialmente cuando se combina con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local. Sin duda alguna, todo ello dificulta el desarrollo de la economía colaborativa en Europa e impide la plena materialización de sus beneficios. Al mismo tiempo, existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público”¹¹. Con ello la Comisión insta a los Estados miembros a una urgente regulación del turismo colaborativo.

Desde la década de los años 80, en que surgen las primeras orientaciones de una política comunitaria en materia de turismo¹², hasta la creación de una base jurídica que permite a la UE intervenir en las materias de turismo de los Estados Miembros, con el artículo 195.º del Tratado de Lisboa¹³, la UE intenta crear una regulación aplicable a los Estados-Miembros que proteja los bienes fundamentales en la Unión, la libertad de circulación de personas, bienes y establecimiento, la protección del mercado interno y la protección del consumidor.

En temas con un elevado nivel de interconexión entre los Estados-Miembros como es el turismo, es fundamental que las legislaciones nacionales tengan como base normas de la Unión Europea. El tema del turismo colaborativo es, sin duda, uno de los que necesita un tratamiento integrado por parte de las instituciones de la Unión.

En el informe sobre nuevos desafíos y estrategias para promover el turismo en Europa, del Parlamento Europeo, publicado en 22 de septiembre de 2015¹⁴, se deja constancia de los principales problemas que el sector del turismo colaborativo implica para la Unión, reconociéndose que la legislación actual no es la apropiada para la economía

11 Comunicación de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una agenda Europea para la economía colaborativa, Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final, https://ce2.uib.es/estudis1718/pluginfile.php/286409/mod_resource/content/1/Una%20Agenda%20Europea%20para%20la%20econom%C3%ADa%20colaborativa.PDF.

12 Resolución de 10 de abril de 1984, relativa a una política comunitaria en el turismo

13 No obstante, el Tratado de Maastricht ya prevee en su artículo 3.º la posibilidad de acción de la Comunidad en materias de turismo.

14 Informe sobre nuevos desafíos y estrategias para promover el turismo en Europa (2014/2241 (INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0258+0+DOC+XML+V0//ES>



colaborativa y que, por esa razón, los gobiernos locales y nacionales han comenzado a analizar estas plataformas en línea y están intentando regular sus efectos, en muchas ocasiones aplicando medidas desproporcionadas que son un tanto dispares dentro de la Unión. Es necesario clasificar correctamente las actividades de los proveedores con objeto de distinguir claramente si la actividad ejercida tiene fines empresariales o profesionales *ad hoc* a los que deben aplicarse normativas apropiadas.

Se afirma que las empresas tecnológicas que actúan como intermediarias deben informar a los proveedores sobre sus obligaciones, en particular en lo relativo a la protección de los derechos del consumidor.

Cualquier acción de las autoridades públicas debe ser proporcional y flexible para permitir un marco reglamentario que garantice la igualdad de oportunidades a las empresas.

Finalmente, en aras de la protección de los consumidores, la normativa sobre seguridad y salud aplicable al sector turístico tradicional también debe aplicarse a los servicios turísticos ofrecidos de manera comercial en el marco de la economía colaborativa.

Este informe pone de manifiesto la gran cuestión que plantea el turismo colaborativo y alojamiento. El establecimiento de los requisitos de acceso y ejercicio de la actividad que permitan:

- a) La protección de los derechos del consumidor;
- b) La responsabilidad civil
- c) La protección de la competencia libre y sana.

3. REGLAMENTACION EN PORTUGAL

En Portugal se ha regulado la prestación de servicios de alojamiento en vivienda con el régimen del *Alojamento Local*, aprobado por el Decreto-Ley n.º 128/2014, de 29/8, modificado por el Decreto-Ley n.º 63/2015, de 23/4¹⁵. Siendo así, se definido una categoría

15 El *Alojamento Local* ha sido referido por la primera vez en el marco, aprobado por el Decreto-Lei n.º 39/2008, del 7 de marzo, del alojamiento turístico y establecía una forma “no turística” de alquiler de viviendas por periodos cortos. Este régimen ha sido establecido por la Portaria n.º 517/2008, de 25 de junio, modificada por la Portaria n.º 138/2012, de 14 de mayo. La normativa inicial ha sido cambiada por el Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, cambiado por el Decreto-Lei 63/2015, de 23 de Abril. Los cambios implementados en la normativa han tenido siempre como objetivo su simplificación, tornando su régimen menos burocrático y exigente.



autónoma de alquiler turístico¹⁶, de los establecimientos, explotados por personas físicas o jurídicas, que prestan servicios de alojamiento temporal a turistas, mediante remuneración, que no tengan condiciones para licencia como complejo turístico y que reúnan los requisitos previstos en la ley. Se permite que los edificios con licencia de utilización para una utilización para fines genéricos¹⁷ puedan ser utilizados para alojamiento turístico si previamente han sido registrados en el Registro Único Electrónico (Balcão Único Eletrónico - BUE).

Estamos delante de un régimen que ha permitido la legalización de una gran cantidad de viviendas que eran utilizadas, informalmente, para la exploración turística y que, a través de esta ley, su explotación ha sido legalizada, con obvias ventajas para los consumidores, pero principalmente para el Estado.

Han sido creadas tres modalidades de alojamiento local: viviendas, apartamentos y el establecimiento de hospedaje, que podrán ser denominados como hostels, siempre que cumplan las normas específicas para esta tipología.

Se prevé como procedimiento de autorización del alojamiento local el régimen de la Directiva Bolkestein de mera comunicación previa al ayuntamiento, la cual se hace efectiva con la inscripción en el registro único electrónico (BUE). El comprobante de la inscripción constituye el Título válido de apertura del alojamiento.

El procedimiento termina con una inspección del Ayuntamiento a la vivienda, en el plazo de 30 días, que verificará el cumplimiento de las normas legales.

El régimen establece requisitos generales que deben cumplir los establecimientos de alojamiento y otros específicos para las unidades de alojamiento.

Para el establecimiento se prevé que deben funcionar en condiciones adecuadas de conservación, funcionamiento e higiene de las instalaciones y equipamientos, con abastecimiento de agua caliente y fría, así como estar conectado a una red pública de aguas residuales.

En cuanto a las unidades de alojamiento, se exige que dispongan de adecuada ventilación con una ventana o balcón con comunicación directa al exterior, mobiliario y utensilios adecuados y puertas con sistema de seguridad.

En lo que respecta a los requisitos específicos de seguridad, se exige en los establecimientos con capacidad superior a diez clientes, los requisitos generales de seguridad en edificios abiertos al público (Decreto Lei n.º 220/2008, de 12/11 y Portaria¹⁸ n.º 1532/2008, de 29/12).

16 Oliveira, F, Passinhas, S, Lopes, D. (2017), *Alojamento Local e Uso de Fração Autónoma*, Almedina.

17 Seguimos aquí la opinión de Oliveira, F, Passinhas, S, Lopes, D., Ob.Cit. que la normativa del alojamiento local exige una autorización de utilización para fines genéricos, que incluye vivienda, comercio o servicios

18 Norma legal, reglamentaria de valor inferior al de la ley, en sentido estricto.



En los establecimientos con capacidad inferior a diez clientes, es necesario tener extintor y manguera contra incendios, material de primeros auxilios e indicación del número nacional de auxilio¹⁹.

El régimen del alojamiento local prevé también la existencia de hostels, definidos como la tipología que tiene como unidad de alojamiento mayoritaria o única el dormitorio común, con el mínimo de cuatro camas, excepto en caso de literas. No está, todavía, publicada su reglamentación.

La extrema sencillez del marco jurídico del alojamiento local ha permitido el aumento exponencial de este tipo de exploración turística, impulsado por su comercialización en las plataformas en línea, con todas las ventajas que eso ha originado a la economía. No obstante, la sencillez y alguna falta de claridad de la legislación hacen que no haya entendimiento en algunas cuestiones importantes.

Se discuten cuestiones de vecindad, como pueda ser el saber si la explotación de la actividad de alquileres turísticos, a través del alojamiento local, en edificios con múltiples propietarios puede o no ser restringida por el condominio. Los Tribunales han dictado sentencias contradictorias sobre este tema:

El Tribunal da Relação de Porto, en 15 de septiembre de 2016, ha decidido que:

- No existe impedimento a que se afecte la vivienda con licencia de habitabilidad para el alojamiento local de turistas.
- El concepto de alojamiento está contenido en concepto de vivienda.
- El hecho de que determinada utilización se haga a través de contrato de prestación de servicios no es suficiente para caracterizar la finalidad de esa utilización. Dependerá siempre de la forma como, en concreto, es efectuada.
- El condominio no puede imponer restricciones materiales al contenido del derecho de propiedad de cada condómino sobre su fracción, que no resulten del título de constitución de la propiedad horizontal o a que el condómino haya dado su consentimiento.

Em 20 de septiembre de 2016, el Tribunal da Relação de Lisboa considera que:

- El alojamiento local es una actividad comercial.
- Destinándose la fracción autónoma, según el título constitutivo, a la vivienda, no se puede dar otro destino, como el alojamiento local, siendo por tanto irrelevante el licenciamiento administrativo del local para la actividad comercial.



- Las autorizaciones de entidades administrativas, según las cuales, determinada fracción autónoma de edificio, en régimen de propiedad horizontal, puede ser destinada a la actividad mercantil no tienen la virtualidad de cambiar el estatuto de la propiedad horizontal.

El Supremo Tribunal de Justiça, en 28 de marzo de 2017 decide que:

- El alquiler de una fracción a turistas por cortos períodos, designado por alojamiento local, no configura un acto de comercio.
- En la cesión onerosa de fracción amueblada a turistas, la fracción se destina a vivienda y no al ejercicio de actividad mercantil.
- Respecto al contenido del título constitutivo de la propiedad horizontal, donde conste que determinada fracción se destina a vivienda, si esa fracción es objeto de alojamiento local.

Aún después de esta decisión del Supremo Tribunal de Justiça, el Tribunal da Relação do Porto, en 28 de marzo de 2017, decide que:

- Las declaraciones de los propietarios en los Estatutos de la comunidad de vecinos deben corresponderse con las circunstancias de hecho, anteriores o simultáneas a tales declaraciones. Son estos hechos que hacen entender que la intención de la declaración ha sido la de considerar que el concepto de vivienda se corresponde con el lugar donde el propietario o arrendatario tiene el centro de su vida doméstica, aun cuando fuera de forma no permanente, pero que esté conectado con su centro de vida.
- Cuando una propiedad se destina a vivienda, hablamos de una residencia, de un domicilio, hogar, o sea, de un espacio de vida doméstica con la inherente necesidad de tranquilidad y sosiego, en la que no cabe el alojamiento local.

No hay así acuerdo sobre aspectos básicos del instituto jurídico como si estamos delante de una actividad mercantil o la utilización normal de una vivienda. En consecuencia, es preciso saber si una fracción destinada a vivienda en el título constitutivo de propiedad horizontal puede ser objeto de exploración de una actividad de alojamiento local.

También en aras de protección de las partes en la relación se encuentran cuestiones que hay que solucionar. Analizando jurídicamente el alojamiento colaborativo, encontramos, por lo menos, tres distintas relaciones jurídicas. Una que se establece entre el usuario y el proveedor del servicio, otra entre el usuario y la plataforma electrónica y, por finalmente, otra entre la plataforma electrónica y el proveedor²⁰.

20 Sabemos que pueden existir otros intermediarios en la relación, como empresas de administración de alquileres y propiedades.



La legislación de alojamiento local en Portugal solo regula la relación jurídica que se establece entre el usuario y el proveedor de servicio. No obstante, la existencia de un régimen jurídico, hay una desreglamentación, existiendo solo reglas básicas que dejan desprotegido el usuario/consumidor, en casos como responsabilidad civil, seguridad y servicio.

En la relación que se establece entre la plataforma online y el proveedor, rige el principio de la libertad contractual, siendo las relaciones regidas, en la mayoría de las ocasiones, por contratos de adhesión que establecen un fuerte desequilibrio de posiciones entre las partes.

La tercera relación que se establece en la llamada relación de alojamiento colaborativo es la que se establece entre la plataforma online y el usuario. La ausencia de reglamentación desprotege al usuario, propiciando la falta de responsabilidad de la plataforma por el servicio que comercializa, la falta de previsión de obligaciones básicas como el deber de información al usuario y de control de la legalidad de los alojamientos.

Por último, la sencillez del marco legislativo no soluciona problemas que existen de incapacidad de las autoridades públicas hacer un planeamiento de las ciudades que integre este tipo de exploración turística, como hace con el hotelería tradicional²¹ y que impida fenómenos gentrificación²².

4. CONCLUSION

- 1) En el turismo, el consumidor/turista/viajero se encuentra en una posición de especial fragilidad por desplazarse fuera de su territorio, muchas veces a un país extranjero, que no conoce, muchas veces no hablando el idioma, lo que torna difícil la aplicación eficiente de las normas generales de protección del consumidor o del comercio electrónico.²³

21 Lo que hace con que sea difícil el planeamiento de la ocupación turística y su compatibilización con las necesidades de tal puede implicar, como saneamiento, vías de comunicación, etc.

22 A este respecto entre otros, vid. CÓCOLA GANT, A., (2016) "Holiday Rentals: The New Gentrification Battlefield", *Sociological Research Online*, 21 (3), 10, que defiende uno de los ejemplos de gentrificación es el crecimiento de los alquileres vacacionales, que impulsa la recualificación de inmuebles, para uso de turistas en detrimento de los locales.

23 Esta especificidad ha sido reconocida, por ejemplo, en la Directiva n.º UE 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados, en lo que se refiere a los viajes combinados y servicios vinculados, desaplicando expresamente la Directiva de protección del consumidor, sin afectar a la aplicación de la Directiva de comercio electrónico.



- 2) El fenómeno turístico aliado a la tecnología de información, por su naturaleza, potencia la creación de relaciones jurídicas establecidas entre distintos Estados, debiendo, dentro de la UE, ser una de las áreas armonizadas a través de normas de la Unión Europea²⁴.
- 3) En lo que toca a lo turismo colaborativo, esa necesidad de un estudio más profundo por parte de las instituciones de la Unión para futura reglamentación ya ha sido reconocida por el Parlamento Europeo y la Comisión.
- 4) Los intentos de los Estados Miembros de crear regímenes que mitiguen los efectos negativos de la profusión de la oferta de alojamiento colaborativo son aislados, no respetan los principios básicos protegidos por la Unión, no protegen las partes integrantes de las relaciones jurídicas que se establecen y no aprovechan todo lo que hay de bueno en esta nueva fórmula de negocio.
- 5) En Portugal hay un marco legislativo que regula el alojamiento utilizado por las plataformas en línea, usualmente denominado alojamiento colaborativo, desde el año de 2008. El régimen de alojamiento local es extremadamente sencillo, lo que tiene la gran ventaja de posibilitar el exponencial incremento que ha tenido esta tipología de exploración turística, pero hace con que se den muchas situaciones de incertidumbre y poca claridad en la aplicación de la normativa y con que los poderes públicos no tengan forma de ejercer competencias de planeamiento y combate a la gentrificación.
- 6) Por estas razones, en Portugal se ha iniciado un proceso de cambio de la normativa, que se espera clarifique los regímenes y los adapte a la evolución de la economía colaborativa.

BIBLIOGRAFÍA

- CANOTILHO, J. MOREIRA, V., (1993) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3rd Edition, Coimbra Editora;
- CÓCOLA GANT, A., (2016) “Holiday Rentals: The New Gentrification Battlefield”, *Sociological Research Online*, 21 (3), 10;
- Comunicación de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una agenda Europea para la economía colaborativa, Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final, https://ce2.uib.es/estudis1718/pluginfile.php/286409/mod_resource/content/1/Una%20Agenda%20Europea%20para%20la%20econom%C3%ADa%20colaborativa.PDF;

24 No siendo nosotros, todavía, defensores de los movimientos de máxima armonización.



- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. (2017) “La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º70, julio-diciembre;
- HERRERO SUÁREZ, C. (2017) “Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º70, julio-diciembre;
- Informe sobre nuevos desafíos y estrategias para promover el turismo en Europa (2014/2241(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPO RT+A8-2015-0258+0+DOC+XML+V0//ES>;
- LAGUNA DE PAZ, (2017) “El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º70, julio-diciembre;
- OLIVEIRA, F, LOPES PASSINHAS, S., D. (2017), *Alojamento Local e Uso de Fração Autónoma*, Almedina.



ALOJAMIENTOS VACACIONALES: HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

José IGNACIO CUBERO MARCOS

Profesor Agregado de Derecho Administrativo.

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

RESUMEN: Las plataformas electrónicas han contribuido en los últimos tiempos a ampliar sensiblemente la oferta de viviendas de uso turístico (VUT) y han trastocado las modalidades de negocio tradicionales en el sector. Por una parte, el sector precisa un control por parte de la Administración, debido a que deben preservarse la salud, la seguridad y los derechos de los consumidores y usuarios. Por otra, el incremento de la oferta podría alterar la libre competencia. Los propietarios de viviendas no han de afrontar excesivas externalidades, fundamentalmente porque las plataformas electrónicas mejoran la comercialización y la promoción. Además, la ocupación de viviendas ubicadas en edificios de propiedad horizontal puede originar conflictos de convivencia con vecinos que usan la vivienda de forma habitual y no por temporadas. El trabajo tiene por objeto arrojar luz en torno al modo en que la legislación y la jurisprudencia han solucionado esas controversias y, por otro lado, proponer algunos criterios para una regulación proporcionada.

PALABRAS CLAVE: Viviendas de uso turístico, libre competencia, Administración, seguridad, convivencia.

Comunicación seleccionada para ser publicada en el nº 28/2019, de la Revista electrónica IDP – Internet, Derecho y Política, disponible en: <http://idp.uoc.edu/>

Paper selected to be published in issue number 28/2019 of the e-journal IDP - Internet, Law and Politics. Available at: <http://idp.uoc.edu/>



EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL CONTEXTO DE LAS SMARTS CITIES: EL USO DE LAS TIC'S EN LA PROMOCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANO INCLUSIVO EN BRASIL

Patrícia BORBA VILAR GUIMARÃES

*Profesora de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Norte;
Líder de la base de investigación en Derecho y Desarrollo.*

Douglas DA SILVA ARAÚJO

*Maestría en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Norte;
Miembro de la base de investigación en Derecho y Desarrollo*

RESUMEN: El derecho a la ciudad, analizado bajo su perspectiva original propuesta por Henri Lefebvre, está íntimamente ligado a las formas de acceso de toda la población al ambiente urbano y las posibilidades de esa población de participar en el proceso de transformación de la ciudad, contrariando el proceso de exclusión marginalización, del modo de producción capitalista del espacio. Como principio implícito contenido en la Constitución Brasileña de 1988, el derecho a la ciudad es entendido como garantía constitucional, representando una prerrogativa a todos los brasileños en el usufructo de la estructura urbana y de los espacios públicos de sus ciudades. En Brasil, se estima que más del 90% de la población brasileña vivirá en ciudades en el año 2030, haciendo crecer el número de favelas y otras formas precarias de vivienda, impulsando la segregación social. Ante este escenario de crisis, surge la necesidad de pensar métodos y tácticas estrategias e innovadoras para la planificación urbana. Las tendencias al uso de las TIC (tecnologías de información y comunicación) desempeñan un papel significativo en el siglo XXI, tanto en la prestación de servicios públicos, como en la gestión de las ciudades con miras a la participación activa de los ciudadanos. La planificación urbana en un enfoque *bottom-up* es uno de los primeros pasos para una discusión horizontal de la ciudad, dando espacio al “ciudadano inteligente”, que asume un papel participativo y colaborativo en la gestión de las inteligentes ciudades. A ejemplo de otras ciudades, como Nanterre en Francia, que desarrollaron aplicaciones y plataformas digitales como instrumentos de gestión urbana, con el objetivo de proporcionar un compromiso cívico más efectivo, es necesario analizar qué prácticas con la misma finalidad se han desarrollado en Brasil. Es el objetivo central de este estudio, investigar cómo la planificación urbana en un enfoque *bottom-up* está siendo implantado en Brasil, en la construcción de ciudades inteligentes y democráticas. Para ello, como método de investigación, se emprender estudios de casos relativos a las experiencias adoptadas por municipios brasileños.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la ciudad. Tecnologías de información y comunicación. Planificación urbana inclusiva.



1. BREVE HISTORIA SOBRE EL DERECHO A LA CIUDAD: DE LA DEFINICIÓN POLÍTICO-FILOSÓFICA AL CONCEPTO JURÍDICO

La definición del derecho a la ciudad fue desarrollada por el sociólogo francés Henri Lefebvre en su libro de 1968 *Le droit à la ville*. En pocas líneas, el autor conceptualiza el derecho a la ciudad como un derecho de no exclusión por parte de la población de las cualidades, beneficios y mejoras de la vida urbana.

El derecho a la ciudad en esa acepción lefebvriana nace revestido de un ideario que se remonta al contexto de las reformas urbanas parisinas emprendidas por el Barón de Haussmann entre 1853 y 1870, que culminaron en un proceso de expulsión de los trabajadores del centro de la ciudad de París, remodelándola bajo el modo de producción capitalista.

Esta marginación de la clase pobre fue una respuesta de las clases dominantes a las jornadas obreras de 1848, como forma de frenar la creciente democracia urbana, fomentada por las luchas sociales, ya que en aquel momento, a pesar de embrionaria, ese movimiento político representaba una amenaza a los intereses de la política la clase burguesa (LEFEBVRE [1968] 2008, página 22-23 *apud* TRINDAD, 2012, p. 141).

El filósofo marxista, Henri Lefebvre propone en su libro un análisis del derecho a la ciudad bajo un prisma político-filosófico, vinculando la participación ciudadana al proceso de construcción de la ciudad, sirviendo de incentivo a los eventos ocurridos en “Mayo de 68”, desnudo, al principio de cualquier carácter jurídico. La vida en la ciudad se basa en la diversidad y la coexistencia de los diferentes, presuponiendo encuentros y enfrentamientos de las diferencias, conocimientos y reconocimientos recíprocos, incluso desde el punto de vista ideológico y político, de los modos de vivir, de los “patrones” que coexisten en la ciudad.

Sobre este aspecto, TAVOLARI (2016, p. 104), analizando el pasaje del texto de Lefebvre, aduce que el sentido dado por el autor al derecho a la ciudad reporta a un derecho “no jurídico”, relacionado con una demanda moral fundada en principios de justicia.

En ese sentido, la propuesta inicial del derecho a la ciudad no era simplemente incrementar el rol de los derechos humanos o fundamentales, sino de contraponerse al proceso de urbanización capitalista, en efervescencia en Francia en aquella época.

En una comprensión teórico-social y contemporánea a Lefebvre, David Harvey discurriendo sobre el derecho a la ciudad y el papel del hombre sobre el espacio urbano alude que la cuestión de qué tipo de ciudad se quiere no puede ser divorciada del tipo de lazos sociales, relación con la naturaleza, los estilos de vida, las tecnologías y los valores estéticos que deseamos. El autor trata el derecho en cuestión como la posibilidad de cambio de la ciudad, por medio de un proceso de urbanización, con la participación de toda la colectividad (derecho común) (HARVEY, 2012: 74).



Interesante notar que Harvey incluyó la tecnología como uno de los recursos materiales común a todos y proveniente del fenómeno de la urbanización. En cuanto al tono crítico, el geógrafo británico afirma que el uso de nuevas tecnologías proviene de las luchas capitalistas por nuevos mercados, en que las innovaciones definen los nuevos deseos y necesidades de la población. El autor asegura que la tecnología es responsable de reducir el tiempo de giro del capital, además de superar el concepto de “límite geográfico” (HARVEY, 2013).

Se percibe que el derecho a la ciudad, analizado bajo la perspectiva de Lefebvre y Harvey, está íntimamente ligado a las formas de acceso de toda la población al ambiente urbano y las posibilidades de esa población de participar en el proceso de transformación de la ciudad, contrario al proceso de exclusión marginalización, proveniente del modo de producción capitalista del espacio.

Por consiguiente, diferenciando el sentido político-moral de la dimensión jurídica del derecho a la ciudad, Tavolari recurre a Marcuse, que propuso esa distinción separando los derechos en la ciudad en el plural, de sesgo más jurídico - derecho a la vivienda, al transporte, al uso de los equipos a la participación en las decisiones locales, entre otros, y el derecho a la ciudad en el singular, que exigiría la completa transformación de la ciudad, a partir de la instalación de una organización social autogestionaria, lo que realmente fue propuesto por Lefebvre (TAVOLARI 2016, p. 104).

TAVOLARI (2016, P. 105) afirma que Edésio Fernandes reconoce la importancia de la obra lefebvriana *Le droit à la ville*, pero aduce que el concepto inacabado del derecho a la ciudad, en esa comprensión jurídica, tendría que ser buscado en *Du Contrat de citoyenneté*, también de autoría de Lefebvre, publicada en 1991. En el citado texto, el derecho a la ciudad se incluye en una lista de derechos humanos que ampliaría la Declaración de 1789 y sentar las bases para un nuevo contrato social. En esta obra, la función social de la propiedad y la participación popular se interpretan como contenido del derecho a la ciudad.

En esta perspectiva más jurídica, pero sin alejarse del sentido filosófico, el derecho a la ciudad representa la posibilidad de acceso y de transformación al que el espacio urbano ofrece; es la oportunidad de satisfacción de las diferentes necesidades de la vida moderna y de autoafirmación del ciudadano - calidad del individuo que vive en la ciudad; es la reunión de diversos derechos fundamentales, que aseguran la dignidad de la persona humana y la verdadera democracia (FERREIRA, 2012).

En cuanto a un derecho metaindividual, el derecho a la ciudad está situado a la tercera dimensión de los derechos, y con amparo constitucional, es, fundamentalmente, un derecho que los ciudadanos tienen a una ciudad saludable, a un ambiente armónico y equilibrado ya un lugar que proporcione dignidad la persona. En esta perspectiva, viabilizar el derecho a la ciudad es también dar efectividad a la dignidad del individuo, mejorando así la calidad de vida de los ciudadanos (BATTAUS & OLIVEIRA, 2016, p.88).



En una comprensión sistémica y dimensional, es posible incluir el derecho a la ciudad entre los derechos humanos fundamentales de tercera dimensión, porque esos derechos tienen como sujeto de fruición la colectividad y como tal, el derecho a la ciudad comprende “la progresiva implantación de las condiciones materiales dependientes de la evolución o desarrollo de los espacios urbanos (ocupación, infraestructura, regulación, etc.), lo que exige una prestación positiva del Estado, pues obligado en el orden internacional a la práctica efectiva de políticas públicas, asignación de recursos económico-financieros, de personal, etc. otro, el derecho a la ciudad, conferido a la ciudadanía como derecho fundamental positivado (MOLIONARO, 2010, p.10).

El derecho a la ciudad, por lo tanto, es entendido como un derecho fundamental, con previsión constitucional, de naturaleza difusa, compuesto por otros derechos sociales y difusos, vinculado a la dignidad de la persona humana y regido por la solidaridad, que tuvo su origen en demandas de movimientos sociales, específicamente los relacionados a la reforma urbana, y se contrapone a menudo a derechos individuales, de contenido patrimonial y contractualista (GUIMARÃES, 2017, p.66).

En esta concepción jurídica hay, destete, una idea pulsante que el derecho a la ciudad está relacionado con un ambiente urbano digno para todos los ciudadanos, existiendo una especie de cooperación entre sus habitantes, sea en la fruición de los beneficios, sea en la división de los problemas y obstáculos encontrados en la realización de ese derecho. Imbuido del ideal proteccionista constitucional, el derecho a la ciudad representa una garantía de fruición por parte del individuo de los recursos materiales existentes en las ciudades. Es el acceso igualitario a los beneficios (infraestructura, transporte público, vivienda digna, saneamiento, servicios públicos, etc.) resultante del proceso de urbanización. En otras palabras, el derecho a la ciudad puede ser considerado un derecho humano fundamental de tercera dimensión, sea por su carácter de derecho social lato sensu, sea por representar un derecho transindividual, en la medida en que apunta a la construcción de un ambiente urbano pautado en el bien, estar colectivo, en la igualdad de condiciones y en la justicia social.

El derecho a la ciudad, como principio implícito contenido en la Constitución Brasileña de 1988, específicamente en el capítulo denominado “Política Urbana”, es tratado como garantía constitucional, representando una prerrogativa a todos los brasileños en el usufructo de la estructura urbana y urbana de los espacios públicos de sus ciudades. El derecho a la ciudad permite a los municipios la instauración de una política de desarrollo urbano con el fin de ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes (artículo 182, *caput*, Constitución Federal).

Más tarde, la creación de la ley 10257/2001, denominada Estatuto de la Ciudad, representó tal vez el mayor avance en la conquista de prerrogativas que orientasen la política urbana en Brasil, estableciendo “normas de orden público e interés social que regulan el uso de la propiedad urbana en favor del bien colectivo, de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, así como del equilibrio ambiental” (artículo 1). La referida



ley representa, sobre todo, una valorización del principio de la dignidad de la persona humana, posicionándolo una vez más en la cumbre del ordenamiento jurídico-constitucional, mediante la efectividad del derecho a la ciudad. El estatuto también representa una respuesta fuerte a las necesidades urbanas en el mundo actual y, en parte, muestra una preocupación por la distribución desigual de los recursos urbanos (ROLNIK, 1997).

De acuerdo con Fernandes (2007, p 204) el Estatuto de la Ciudad representó un desarrollo importante en la materialización del derecho a la ciudad en términos legales, y no sólo como una noción política

El Estatuto de la Ciudad, además de reglamentar el capítulo de la Constitución sobre la política urbana, evidenció la importancia de la gestión democrática municipal como un mecanismo implementador del principio de la dignidad de la persona humana y como instrumento importante de la ciudadanía, a partir de la participación de la población en la sociedad, la aprobación colectiva de los proyectos para la ciudad, con el propósito de revertir la situación de desequilibrio vivida en la gran mayoría de los centros urbanos, en que gran parte de los habitantes permanece al margen de la infraestructura y de los servicios públicos municipales (generando conceptos como ciudad formal - incluidos - y ciudad informal - excluidos). En esta nueva política urbana, se prepondrá el derecho de cada ciudadano a participar en la planificación con respecto al desarrollo de la ciudad, garantizando que sea sostenible para ésta y para las futuras generaciones (SANTIN & MARANGON, 2008: 92).

Se percibe que el Estatuto de la Ciudad pretende ampliar la participación social en la gestión urbana de los municipios, instituyendo instrumentos eficaces para inducir al Poder Público a actuar con mayor transparencia, teniendo en vista la innegable carencia de la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas municipales (SANTIN, 2003). Desde el punto de vista jurídico, el Estatuto de la Ciudad salvaguarda el medio ambiente urbano justo, equilibrado y sostenible, estableciendo que toda la actividad económica debe tener especial planificación por parte del administrador público, observándose los límites de sustentabilidad ambiental (SANTIN & MARANGON, 2008, p 91).

Ante el rápido y desgobernado proceso de urbanización en el mundo y en Brasil, el Estatuto de la Ciudad inaugura una agenda democrática de gobierno con la participación popular en la gestión administrativa de los municipios. Se estima que en 2014 la población global era del 54%, lo que crecerá al 70% para 2050 (UN WORLD URBANIZATION PROSPECT, 2014, p. 07). En la noticia divulgada en el sitio del Gobierno Federal de Brasil¹, se evalúa que más del 90% de la población brasileña vivirá en ciu-

1 <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/10/em-2030-90-da-populacao-brasileira-vivera-em-cidades>



dades en el año 2030. Ante este escenario, es esencial que las ciudades estén preparadas para el recibimiento de esas masas, revelando la importancia de la planificación urbana.

Este crecimiento exacerbado de la población urbana trae innumerables problemas a las ciudades, evidenciando el caos experimentado diariamente por la población, principalmente en lo que se refiere a la fruición de los servicios públicos. En América Latina, la mecanización del campo sumada a la industrialización de los centros urbanos fomentó el “éxodo rural” y el consiguiente aumento poblacional en las grandes ciudades. El proceso de esclavismo, que marcó la historia de Brasil y de otros países de América del Sur, también fue responsable de la formación de las primeras ocupaciones irregulares, por la ocupación desordenada del suelo urbano, así como por los problemas con vivienda y vivienda, como es el caso de las favelas erguidas en los morros de Río de Janeiro. Con el fin del tráfico negrero y de la esclavitud, los ex esclavos pasaron a habitar los cerros, junto con la población más carente, por ubicarse en zonas más cercanas a los locales que ofrecían puestos de trabajo (CAMPOS, 2006). La ausencia regular de derechos de propiedad también representa un favor de desigualdad social en las ciudades, de manera especial en las favelas, puesto que “la ausencia de derechos de posesión agrava el proceso de segregación socioespacial, siendo que las áreas segregadas normalmente se caracterizan en la baja calidad de vida y la sujeción política (ROCHA & VITTE, 2009, p. 04)”.

Todos estos factores que contribuyeron a la irregularidad urbanística en Brasil, así como en otros países de América Latina, son fruto del modo producción capitalista del espacio urbano, que tiene con una de sus consecuencias la “favelización”. La restricción, o la escasez (HARVEY, 1980 *apud* ROCHA & VITTE, 2009, p. 04) se presenta en el espacio en forma de segregación. Harvey explica que el modo de producción capitalista se fundamenta en la escasez, o sea, la falta de viviendas dignas es, también, producto del propio modo de producción.

Ante este desorden instaurado en las ciudades, surge la necesidad de pensar métodos y tácticas estrategias e innovadoras para la planificación urbana. Las tendencias al uso de las TIC (tecnología de información y comunicación) desempeñan un papel significativo en el siglo XXI, ya que esta tecnología afecta a la urbanización, la logística y los negocios, la estructura en red de las ciudades, los servicios básicos, los sistemas de gestión ambiental, las operaciones gubernamentales dependientes de datos, como las finanzas, y, principalmente, las interacciones entre las personas (ITU, 2014).

2. PLANIFICACIÓN URBANA, CIUDADES INTELIGENTES Y DERECHO A LA CIUDAD

Inicialmente, antes de adentrarse en el estudio de la planificación urbana en la perspectiva de las ciudades inteligentes, se debe ponderar sobre el concepto de esta última.

Los profesores Patrícia Borba y Yanko Xavier, discutiendo sobre la definición de smart cities en una acepción orientada al Derecho, presentan una tríada de principios



y fundamentos que funcionan como aspectos en la concepción de las ciudades inteligentes, que son: el aspecto ambiental, el aspecto relacionado la innovación tecnológica y la comunicación digital, además del aspecto orientado al desarrollo humano (GUMARÁES & XAVIER, 2016, página 1365).

De modo sucinto, el aspecto ambiental de las ciudades inteligentes está ligado a la gestión de los recursos naturales, a través de programas y acciones sostenibles, buscando la preservación y equilibrio del ecosistema urbano. Por su parte, la innovación tecnológica y comunicación digital se relaciona con la inserción de las tecnologías de información y comunicación (TIC) como parte integrante en la construcción de un ambiente urbano con servicios e infraestructura más eficientes. Por último, el aspecto desarrollista se refiere a la capacidad de esas ciudades inteligentes para promover la gestión urbana atenta a los nuevos anhelos de la población influenciada por la globalización, bajo un modo de gobernanza compartida, haciendo uso de acciones rápidas y políticas públicas de planificación más eficaces, mejorando así la calidad de vida de los ciudadanos.

En una comprensión sistémica de los aspectos listados arriba, se tienen que las inteligentes ciudades hacen uso de la tecnología de la información en sus estructuras físicas para mejorar las conveniencias, facilitar la movilidad, aumentar la eficiencia, conservar energía, mejorar la calidad del aire y del agua, se recupere más rápidamente de los desastres, recolectar y organizar datos para tomar mejores decisiones, destinar recursos con más efectividad, compartir datos para mejorar la colaboración de entidades y diferentes dominios, en fin, para identificar problemas y resolverlos rápidamente (STRAPAZZON, 2009, p. 94).

Por lo tanto, la expresión ciudad inteligente ha sido relacionada con el empleo eficiente de tecnologías de información y comunicación (TIC) con una herramienta para mejorar la infraestructura y servicios de la ciudad, trayendo, consecuentemente, mejor calidad de vida para la población (GAMA; ÁLVARO; PEIXOTO, 2012, p. 150). Aunque carece de una definición unánimemente aceptada, las ciudades inteligentes poseen, con ya dicho, características ampliamente reconocidas, que se refieren, en general, a un ideal que se articula en torno a tres ejes: el desarrollo económico (humano), la reducción de la huella ambiental y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, valiéndose de las tecnologías disponibles, en particular de las digitales (SOUPIZET, 2017, p.10).

Después de este breve análisis del concepto de las inteligentes ciudades, es imperativo entender su papel en la planificación urbana de modo asociado a la comprensión dada al derecho a la ciudad.

La respuesta de la asertiva planteada se reviste totalmente de un ideario político e ideológico, porque la comprensión dada al derecho a la ciudad en el contexto de las ciudades inteligentes no puede huir de la lógica democrática apuntada por este trabajado, especialmente cuando se habló sobre la construcción del concepto del derecho a la ciudad.

En la búsqueda de solucionar el cuestionamiento anterior, se cree que la mejor forma de entender el papel de las inteligentes ciudades en la planificación urbana con



observancia al concepto del derecho a la ciudad, será a partir de la alineación de la perspectiva de las ciudades inteligentes al desarrollo de las funciones sociales de la ciudad en búsqueda de una convergencia entre ambas. Con la primera denotando la implicación de los ciudadanos en el proceso de innovación urbana, y la segunda significando la priorización de funciones destinadas a combatir y reducir las desigualdades sociales y territoriales, a combatir y eliminar la pobreza, a promover la justicia social, a satisfacer los derechos fundamentales de las personas de tener condiciones de vida digna (LIBÓRIO & SAULE JÚNIOR, 2017). Con el fin de evitar nuevos procesos segregacionistas de la vida urbana, la ciudad inteligente debe ser pensada de conformidad con el derecho a la ciudad, en la proposición inicial lefebvriana (GOMES & PALIOLOGO, 2017, p. 19).

Pero ¿es posible promover la innovación urbana inclusiva en las ciudades? La respuesta a esta pregunta quedará para la siguiente sección.

2.1. *Smart cities* e innovación urbana inclusiva

En la actualidad, la tecnología ocupa espacio central en la sociedad del conocimiento y trae intrínsecamente la cuestión de la ampliación del trabajo inmaterial productivo, con especial relevancia a los aspectos de la comunicación, del marketing, de la publicidad y de las marcas como importantes activos de las sociedades empresarias, como formas de diferenciación en un mercado marcado por el fenómeno de la globalización (...). Sin embargo, existen consecuencias perjudiciales para el mundo del trabajo derivadas de la misma lógica de orientación, como por ejemplo la erosión del trabajo regulado, las tercerizaciones, el trabajo asalariado travestido de emprendimiento y cooperativismo (desvirtuando la idea básica de cooperativa, resultando en la práctica en la formación de cooperativas patronales), la formación del llamado “tercer sector”, el desmonte de la legislación protectora del trabajo y el aumento de los mecanismos de extracción del sobretrabajo (PORTILHO & SOUSA, 2014, p. 176).

En este escenario, la explotación tecnológica por las empresas está contribuyendo a la creación de un mundo desigual, donde impera la polarización económica, social y territorial. Los problemas como la pobreza, las desigualdades y la discriminación han estado ausentes del debate. Además, aquellos que fueron excluidos del proceso económico dejaron de tener voz activa en la construcción de la ciudad (SELADA, 2017).

Tejidas esas breves consideraciones, la indagación que plantea esta sección es: ¿cómo crear una ciudad inteligente bajo una óptica inclusiva?

La planificación urbana en un enfoque “*bottom-up*” es uno de los primeros pasos para una discusión horizontal de la ciudad, dando espacio al “ciudadano inteligente”, que asume un papel participativo y colaborativo en la gestión de las *smart cities*, además del incentivo a las iniciativas locales emprendidas por *startups* en la búsqueda de soluciones creativas e innovadoras para las ciudades inteligentes.

En este contexto, la cuestión que se plantea es la de la renovación de la acción pública local con la creciente importancia de las *Civic Tech*, así como la de la transfor-



mación de la relación entre la política, el ciudadano y los territorios (SOUIZET, 2017, 40). Las *civic tech* o *civic technology* representan el uso de la tecnología, principalmente tecnología de la información, en la participación de los ciudadanos en la gestión de la ciudad, con el objetivo de desarrollo y la mejora de la infraestructura urbana. Las *civic tech* hacen uso de las *civic applications*, que son software (aplicaciones) que permiten esa participación de los ciudadanos en las decisiones gubernamentales, a fin de promover el compromiso cívico en las políticas públicas.

El geógrafo Iván Tartaruga (2016, p.11) asegura que el potencial de aumento de las innovaciones tecnológicas en América Latina, a través de innovaciones inclusivas - también capaces de expandir el mercado de consumo - requiere, al mismo tiempo, el incremento de innovaciones sociales, ya que la inclusión económica debe acompañar cambios profundos en la estructura de la sociedad, de lo contrario, todo el proceso podría verse perjudicado por la falta de consistencia y continuidad. El autor alude también que los procesos de innovación social tienden a enfrentar la dinámica de la exclusión social y, para ello, ese tipo de innovación moviliza recursos necesarios y disponibles (humano, socio institucional, organizacional y financiero) para transformar los mecanismos de exclusión en estrategias y procesos más inclusivos.

El autor todavía conceptualiza innovaciones inclusivas como aquellas innovaciones orientadas a la producción de nuevos productos y/o procesos para atender las necesidades de personas de bajos ingresos, basándose en los esfuerzos de gobiernos, empresas, organizaciones no gubernamentales o personas en general, incluso aquellos con poca o ninguna educación formal (TORTUGA, 2016, p.10).

En este contexto de innovaciones inclusivas, las *startups* podrán asumir un papel relevante, sobre todo cuando el autor concluye por la adopción de un modelo doble integrado de desarrollo para América Latina, actuando de arriba hacia abajo, en el sentido de introducir industrias basadas en recursos naturales de la región, y de abajo hacia arriba, visando todo el territorio de cada país, promoviendo las actividades productivas realizadas en los mercados más apropiados (aglomeraciones especializadas en nichos de mercados) (TARTARUGA, 2016).

Promover esa inclusión digital es, sin lugar a dudas, uno de los mayores desafíos para el Poder Público en el diseño de esas ciudades inteligentes. Considerando que la provisión de soluciones urbanas basadas en el uso de tecnologías es uno de los componentes fundamentales para la construcción de una *smart city*, la inclusión digital es una cuestión clave para que la población en su conjunto pueda beneficiarse de las oportunidades ofrecidas. De lo contrario, las iniciativas de *smart city* podrían llevar a la intensificación de las desigualdades tanto en el acceso a las TIC, así como en el acceso a los servicios urbanos (SMART CITIES, 2017).

Algunas experiencias de estas prácticas inclusivas en el marco de la planificación urbana en las ciudades inteligentes ya son adoptadas por el mundo, las cuales hacen uso de las TIC en la gestión de esas ciudades para promover el debate público cada vez



más democrático, a través de consultas, sondeos, votos consultivos, la presentación de proyectos a los ciudadanos (SOUIZET, 2017, p. 41). Los ejemplos de estas prácticas tecnológicas inclusivas son varios municipios franceses, como *Nanterre*, que lanzaron el sitio *participado.nanterre.fr*, o la aplicación *fluicity*, o aún el *vooter*² adoptado por la ciudad de Bougival (SOUIZET, 2017, p. 41). Entre ellos, el *fluicity*³ se presenta como padrón de gobernanza para todos los actores públicos que quieren colocar a los ciudadanos en el corazón de la política.

Mejorar los servicios prestados mediante la contribución de los ciudadanos es el principal objetivo de estas plataformas. También hay varios ejemplos en este sentido, como *OpenStreetMap*, *Clear away zone*, *DansMaRue*⁴ (SOUIZET, 2017, p. 41). Estos ejemplos se asocian generalmente al *crowdsourcing*.

El término *crowdsourcing*, en ese contexto, está relacionado con la “aparición de sitios que se utilizan de la audiencia/multitud (*crowd*) como fuente (*source*) de contenido o mano de obra actuante y decisiva para la existencia del mismo” (SOUSA, 2012, 76). El *crowdsourcing* da lugar a las plataformas colaborativas (*sites*), en que los propios usuarios son responsables de la alimentación/suministro de datos.

Sousa (2012, p. 80), cita como ejemplo de experiencias colaborativas en Internet las páginas denominadas wiki, como Wikipedia, y apunta “como inicio de ese movimiento [...] los sitios como *Slashdot* y blogs surgidos a la vuelta del milenio XX al XXI (sic)”. Sousa (2012) también cita, entre otros, portales de periodismo ciudadano, sitios de intercambio de medios y juegos virtuales, foros, programas de mensajería instantánea y redes sociales.

Agregando ese nuevo fenómeno a la idea de planificación urbana participativa, se puede concluir que el *crowdsourcing* se presenta como una herramienta extremadamente útil a su consecución, mientras que representa un modelo original de organización que coloca a la población en el centro del proceso de producción (SCHENK & GUITTARD, 2012).

Brabham (2009) alude que el *crowdsourcing* es un modelo complejo y legítimo de resolución de problemas, capaz de agregar talentos y reducir costos y tiempo necesarios para resolver un problema. Así, en la visión del autor, el *crowdsourcing* puede ser utilizado para fomentar la participación del público en la planificación urbana. Según él, en esencia, cualquier proyecto de planificación urbana se basa en un problema, y si hay un problema que puede ser moldeado de forma clara, y si todos los datos relativos pueden

2 <http://vooter.co>

3 <https://www.flui.city/>

4 www.paris.fr/dansmar



ser puestos a disposición, este problema puede ser *crowdsourced* (contar con los servicios de un número de personas a través de Internet).

Por lo tanto, el *crowdsourcing* surge como una herramienta moderna a ser utilizada por los gestores públicos, empresas privadas, órganos no gubernamentales y todos los actores involucrados en la discusión en torno a la planificación urbana inclusiva, ante su utilidad en la recolección y optimización de datos, y la posibilidad de la inserción de la población (destinataria final de los servicios públicos) en las políticas orientadas a la mejora de la vida en la ciudad (inteligente), proporcionando un compromiso que va desde el reconocimiento de problemas urbanos hasta las posibilidades de participar proponiendo soluciones. La participación del ciudadano es, según Komminos (2008 apud CURY & MARQUES, 2017, p. 110), el inicio del proceso de constitución de una ciudad inteligente.

2.2. Planificación urbana, inclusión y tecnología: proyectos y prácticas *bottom-up* en Brasil

Después de hablar sobre la utilidad del *crowdsourcing* en la planificación urbana participativa, en el campo de las ciudades inteligentes, se hace necesario investigar cómo esta herramienta está siendo implantada en Brasil, a partir de experiencias *bottom-up*.

El primer ejemplo a ser citado en lo que se refiere al uso de las TIC en la planificación urbana (*crowdsourcing*), es la plataforma digital participativa “Gestión Urbana SP”⁵, desarrollada con vistas a la revisión del Plan Director Estratégico de la ciudad de São Paulo/SP (Ley 16.050 de 31 de julio de 2014). Este proceso de revisión buscó, entre otras finalidades, ampliar la participación popular, tanto por medio de actividades presenciales (seminarios, talleres, audiencias públicas y diálogos con segmentos), como a través de plataformas participativas digitales, buscando la promoción de un proceso democrático: “El debate con la sociedad significa un sustancial incremento de calidad y la madurez necesaria que una ley de tamaño amplio debe tener” (PREFECTURA DE SÃO PAULO, 2013).

La plataforma “Gestión Urbana SP” tenía el papel de informar al ciudadano sobre la revisión participativa y sus etapas (cuatro) de manera sencilla, comunicar las últimas noticias y la agenda de actividades, permitir el acceso a documentos útiles para la revisión, como leyes y presentaciones además de permitir una participación activa a través de contribuciones de la sociedad civil (PREFECTURA DE SÃO PAULO, 2014).

Según Alves & Brelàz (2015, página 19) esta plataforma digital fue creada como un software libre, lo que es una fuerte tendencia cuando se discute apertura, transparencia

5 <http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/>



y gobierno electrónico. Desde el inicio de la revisión del plan director, se pusieron a disposición fichas en línea que permitían el envío de propuestas por internet, hechas para quien poseía conocimiento técnico. De acuerdo con las autoras se propuso también un mapeo colaborativo que hizo posible apuntar directamente lo que estaba bueno y lo que necesitaba mejorar en la ciudad, sugiriendo ideas.

Con respecto a los resultados, los mecanismos digitales llevaron al mayor número de la participación, ya que en el proceso de revisión el 44% de las contribuciones se hicieron a través de la plataforma digital. Se trata de un número relevante para el total de contribuciones y al mismo tiempo pequeño en relación a una ciudad del porte de São Paulo. Las contribuciones son expresivas si se comparan con las participaciones presenciales (*offline*), pero al mismo tiempo de pequeña proporción para el tamaño de la población del territorio. Con ello, queda nítido que los medios digitales pueden facilitar, pero éstos por sí solos no generarán la participación. Es necesaria la concientización de la importancia de la discusión de políticas públicas (ALVES & BRELÀZ, 2015, página 22).

La plataforma “Gestión Urbana SP” representa todavía una de las acciones que pretenden hacer de São Paulo una ciudad inteligente. Bajo el enfoque en la eficiencia y mejora de los centros urbanos, incluido en el concepto de *smart cities*, el Plan Director Estratégico (Ley n° 16.050), con el fin de alcanzar metas nominadas de “ejes de estructuración de la transformación urbana”, además de prever un conjunto de reglas de uso y ocupación del suelo, estableció los siguientes objetivos: creación de espacios públicos humanizados, con incentivos urbanísticos y fiscales para implantación de edificios de uso mixta; la transformación urbana articulada a la movilidad, definida en el entorno de los sistemas de transporte colectivo de alta y médica capacidad (metro, tren, autobús), con establecimiento del desestímulo al uso del automóvil; de acuerdo con la normativa vigente en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual. la transformación urbana, en la medida en que ese instrumento permitirá a la ciudad reestructurarse a lo largo de sus ejes de movilidad urbana, calificando las centrales existentes y estimulando la creación de nuevas centrales (GESTIÓN URBANA SP - PREFECTURA DE SÃO PAULO, 2018).

Como usted puede ver, la experiencia de revisar Plan Director de la ciudad de São Paulo visó áreas como el medio ambiente, la movilidad, la interacción ciudadano-gobierno a través de recursos tecnológicos, además de la calidad de vida que da a las personas y el incentivo a la economía. Por medio de seminarios, oficinas, audiencias públicas, diálogos con segmentos sociales y plataformas participativas, Digitales, o Poder Público, promueve la ciudad de São Paulo en la promoción de un proceso participativo de historia, movilizandando gran parte de la población en la elaboración de un plan capaz de traducir las necesidades de la población en un contexto de cambio social, buscando organizar de forma inteligente y sostenible los espacios de la ciudad.

Es importante observar que la agenda urbana propuesta para los ejes de estructuración de la transformación urbana en el nuevo PDE del Municipio de São Paulo posee



fuerte sintonía con una agenda urbana que está siendo puesta en práctica en algunas ciudades norteamericanas. Se trata de la agenda operativa por la “zonificación basada en la forma urbana” (*form-based code*), con el nuevo urbanismo (*New Urbanism*), que, por consiguiente, se alinea con las propuestas de “ciudades inteligentes” (*Smart Cities*) y el “urbanismo sostenible” (NAKANO & GUATELLA, 2015, p. 152).

Otro ejemplo de uso del crowdsourcing en estrategias dirigidas a la planificación urbana fue la implantación del Presupuesto Participativo Digital en Belo Horizonte, en el Estado de Minas Gerais, que también constituyó un ejemplo de la utilización del *crowdsourcing* en la planificación urbana. El presupuesto participativo representa un fuerte instrumento de participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones por parte de la administración pública (*smart governance*), constituyendo una dimensión de análisis para la inclusión de una ciudad en la definición “inteligente” (CASTRO, 2015).

En 2006 fue implantada esa nueva modalidad de presupuesto participativo en Belo Horizonte, el OP Digital⁶, vía participación virtual, se contraponen a los procesos hasta entonces existentes de votaciones presenciales - de participación *off-line*. Entre los desafíos de su implementación, se incluyó la necesidad de incorporar nuevos segmentos de la población a las deliberaciones del PP, en especial la clase media y la juventud. El OP Digital fue la primera experiencia mundial de uso de internet por un gobierno local como instrumento deliberativo de parte del presupuesto público (en contraposición a su uso más frecuente como instrumento consultivo) (NABUCO *et al*, 2009, p. 141).

Al disponer de mecanismos virtuales para elegir los emprendimientos a realizar con recursos del PP, a través de internet y telefonía, la administración pública de Belo Horizonte tenía dos objetivos principales, ampliar la participación, incorporando nuevos actores a los procesos decisorios de la ciudad que tradicionalmente no participan como la clase media y los jóvenes y asignar fondos específicos para obras estructurantes, relevantes para la ciudad como un todo y que benefician un porcentaje expresivo de la población, en contraposición a las obras elegidas en el OP Regional (de deliberación presencial - asambleas), que atienden demandas locales, de una calle, barrio o región, y que parten de una visión territorial fragmentada de la ciudad (NABUCO *et al*, 2009, p. 142).

Se percibe que el uso de esta especie de *civilic applications* en la gestión del presupuesto participativo proporciona una discusión más amplia y consecuentemente más democrática, mientras que logra llegar con más facilidad a las variadas capas y sectores sociales, además de promover una optimización del tiempo y de gastos como, por ejemplo, con transporte y demás gastos comunes a las formaciones de audiencias públicas, consejos deliberativos y otras formas de deliberación presencial.

6 www.pbh.gov.br/opdigital



En su segunda edición, en 2008, el OP Digital sometió a votación cinco obras estructurantes para la ciudad, todas tenían como objetivo mejorar la circulación vial (...). Cada elector tuvo derecho a un solo voto, el cual puede ser hecho por internet a través del acceso a la dirección electrónica www.pbh.gov.br/opdigital, o por teléfono, fijo o móvil, mediante conexión gratuita al número 0800 723 2201 (...) (NABUCO *et al*, 2009, p. 143).

Para posibilitar el amplio acceso de la población al proceso de votación, dos estrategias fueron fundamentales. La primera fue la posibilidad de votar desde cualquier teléfono (celular, fijo o público) a través de llamadas gratuitas, para el elector, y pagadas por el gobierno municipal, que permitió mayor participación de las personas sin acceso a internet. La segunda fue la articulación con programa municipal de Inclusión Digital, que posibilitó el uso en el proceso de votación de más de 270 puntos públicos de acceso a internet ya existentes (...). La sociedad civil también se movilizó y varios otros puntos de votación se ofrecían a la población en tiendas del comercio, escuelas, centros comerciales, entre otros (NABUCO *et al*, 2009, p. 144).

En cuanto a los resultados, se contabilizaron 113.383 votos en el Presupuesto Participativo Digital 2008, lo que corresponde al 8% de la base electoral de BH. Del total de votos, el 89,87% fue computado por internet y el 10,13% por teléfono. Para tener una idea de lo que esto significa, conviene destacar que, en el proceso del Presupuesto Participativo Regional (participación *off-line*) realizado durante el año 2008 (Presupuesto Participativo 2009/2010) participaron 45 mil personas, a lo largo de 8 meses, para deliberar sobre un presupuesto de R \$ 110 millones. Estos datos revelan que, aunque el Presupuesto Participativo Digital delibera sobre un presupuesto que equivale a apenas el 45% del valor destinado al "OP Regional", contó con 2,5 veces más votantes que el proceso presencial (NABUCO *et al*, 2009, p 150) .

Ante estos datos, es válido añadir que el acceso a Internet en 2008 tenía una configuración totalmente diversa de la actual, ampliada especialmente por el uso de teléfonos móviles y *smartphones*. Un estudio realizado por el IBGE en 2015, y revelado a finales de 2016, mostró que más del 92% de los accesos a Internet en Brasil son hechos a través de dispositivos móviles, en la gran mayoría por los aparatos celulares. Este crecimiento consolidó los *smartphones* como la principal forma de acceder a internet en los domicilios brasileños, superando por primera vez las computadoras. Y aún, a título de comparación con el año anterior al de la encuesta, 2014, el acceso a internet por el celular creció el 11,7% (IBGE, 2015).

Imagine esos datos comparados a la realidad del año 2008, cuando se realizó la segunda edición del OP Digital, en la ciudad de Belo Horizonte. Ciertamente, el éxito de la iniciativa *bottom-up* habría sido mucho mayor si se ejecuta en la actualidad.

Es válido aún añadir que el OP Digital es una de las iniciativas del Municipio de Belo Horizonte con la finalidad de convertirse en una ciudad inteligente. El Municipio creó el programa estratégico "Belo Horizonte Ciudad Inteligente", que tiene por finali-



dad aproximar el poder público de las empresas, universidades y ciudadanos para fortalecer el ecosistema tecnológico y hacer la capital en una referencia en el área de soluciones inteligentes. El programa cuenta con los siguientes ejes de desarrollo: Gobernanza y Servicios al Ciudadano (Modernización, desburocratización, automatización y disponibilidad de datos); Desarrollo Económico y Turismo (Mejora del ambiente de negocios, fomento a la investigación y fortalecimiento de la cultura y el turismo); Cultura Tecnológica e Inclusión Digital (Capacitación de niños en el área tecnológica, ampliación del número de *hotspots* y de la red de fibra óptica); Movilidad y Seguridad Pública (Modernización, ampliación y mejora de la iluminación pública. Mejora del transporte público y de la movilidad urbana. Promoción de la seguridad en el tránsito. Gestión integrada de problemas de la ciudad); Medio Ambiente, Sustentabilidad y Ciudadanía (Ampliación de la recolección selectiva y de la atención a villas y aglomerados. Gestión de recursos naturales. Promoción de la seguridad alimentaria y nutricional. Generación de energía renovable) (PREFECTURA DE BELO HORIZONTE, 2018).

Entre las acciones de transformación de Belo Horizonte en ciudad inteligentes están: instalación de 773 km de fibra óptica, 1.501 cámaras de vídeo, 182 mil lámparas de iluminación pública a ser sustituidas por LED, con 33 mil con telegestión, 112 puntos de acceso gratuito a internet inalámbrico (*hotspots*), siendo 77 áreas de vulnerabilidad social; creación del Centro de Operaciones de Belo Horizonte (COP-BH) que integra las áreas de seguridad y prevención, movilidad urbana, defensa civil, fiscalización, limpieza urbana, entre otros, del Sistema Integrado de Gestión, Monitoreo e Información del Transporte Colectivo Municipal (SITBus); disponibilidad de datos oficiales del municipio; la creación del “BHLab”, el laboratorio reúne iniciativas municipales para el desarrollo de tecnología e innovación, posibilitando la convergencia entre los jugadores (PREFECTURA DE BELO HORIZONTE, 2018).

Las experiencias relatadas todavía son pioneras en Brasil cuando se habla del uso de las TIC en la planificación urbana, pero todavía existen barreras a ser superadas, como también cuestiones a ser debatidas, que van desde la forma de recolectar datos/información junto a la sociedad civil, pasando por la etapa de validación de esos datos, hasta el análisis de los resultados.

En un estudio realizado por Burg y Reis (2016) sobre el tema ventilado, con el objetivo de evaluar la aceptación por parte de los especialistas acerca de la participación pública y la utilización de nuevas tecnologías, se demostró que estas nuevas metodologías participativas pueden auxiliar significativamente en la difícil tarea de acceder e incorporar el conocimiento local en la planificación urbana, además de poder permear todo el proceso de planificación, desde la recolección de informaciones sobre la percepción de la población acerca de determinado tema, antes incluso de la elaboración de las propuestas, hasta el monitoreo de la opinión de la población a lo largo del proceso.

Por último, algunos beneficios pueden ser extraídos del análisis de las plataformas digitales arriba, las cuales utilizarán el *crowdsourcing* en estrategias dirigidas a la plani-



ficación urbana: 1) participación social más amplia, alcanzando un mayor número de personas y/o usuarios; 2) elaboración de propuestas más democráticas; 3º) optimización de tiempo y reducción gastados; 4) soluciones urbanas *bottom-up*.

3. CONCLUSIÓN

Se pretendió con este estudio hacer ponderaciones sobre la noción original del Derecho a la Ciudad, propuesta por Lefebvre, concluyendo que su aplicación en el contexto de las *smart cities*, no podrá dissociarse del ideal democrático de su génesis. De ahí derivan las ideas de planificación urbana inclusiva, del crowdsourcing, de las soluciones urbanas *bottom-up*, sostenidas en este trabajo.

De tal modo, las ciudades inteligentes se justifican en la óptica lefebvrina, desde que sostenibles, creativas y democráticas, en la medida en que hacen uso de tecnología de información y comunicación (TICs) en la planificación y participación de los ciudadanos.

Se ha visto que las TICs son herramientas responsables de instrumentalizar la participación social en el marco de la planificación urbana a través de *civic applications*, como los ejemplos citados de las plataformas “Gestión Urbana SP” (<http://gestaourbana.prefectura.sp.gov.br/>) y “OP Digital” (www.pbh.gov.br/opdigital), implementadas, respetando, por las Prefecturas de la capital São Paulo y Belo Horizonte, capital del Estado de Minas Gerais.

En lo que se refiere a los resultados, sobre todo en un comparativo con las participaciones presenciales, ambas experiencias de uso de las plataformas digitales en São Paulo y Belo Horizonte alcanzaron mayor adhesión en lo que se refiere a la participación social. En São Paulo, a pesar de que los ciudadanos tienen otras formas de participación de la revisión del Plan Director (participación *off-line*), 44% de las contribuciones fueron hechas a través de la plataforma “Gestión Urbana SP”. Ya en Belo Horizonte, el Presupuesto Participativo Digital (2006), contó con 2,5 veces más votantes que el proceso presencial del Presupuesto Participativo Regional (2008), con las salidas de sus proporciones y previsiones.

En ese contexto, aunque existe corriente más pesimista en el sentido que los medios electrónicos profundizan las diferencias (sociales) entre los que tienen recurso para participar y los que no tienen (BEST & KRUEGER, 2005), es cierto afirmar que el uso de herramientas digitales disminuye los costos y optimiza el tiempo de aquellos que participan en algún proceso deliberativo, además de promover una especie de acercamiento entre los interlocutores, creando nuevos canales entre los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil o entre ciudadanos y ciudadanos las propias autoridades políticas (MESQUITA & CANTONI, 2016, p. 124).

De esta forma, se puede inferir que el uso de las TIC posibilita una aproximación entre sociedad y Estado, promoviendo el ejercicio de la ciudadanía en mayor escala (si es



posible así decir), en virtud del alcance resultante de los recursos tecnológicos (participación *on-line*). En las palabras Pérez Luño (2004), los medios tecnológicos posibilitan a los ciudadanos expresarse instantáneamente sobre su punto de vista, proporcionando la maximización y optimización de la comunicación directa, sin ninguna reserva, entre ellos y los responsables de la toma de decisiones del poder político.

Las TIC también son utilizadas por los gobiernos, en el contexto de las ciudades inteligentes, para aumentar la legitimidad de la gestión pública, en una especie de aproximación virtual de la sociedad civil. Así, utilizar las TIC como herramienta de participación y movilización puede ser un camino útil en la identificación de problemas y de lucha política para la construcción de una nueva sociabilidad (BRUCKMANN *et al.*, 2015). La participación digital es una de las dimensiones insertadas en el concepto de ciudad inteligente, sin embargo, ésta no está sólo asociada a la noción de gobierno abierto. Para caracterizar una ciudad inteligente se exige más. Se parte de un análisis de cómo los diversos actores (gobierno, empresas y sociedad) y sectores (educación, salud, seguridad, movilidad, etc.) pueden conectarse y cómo hacen uso de las TIC para alcanzar servicios (BATTY *et al.*, 2012), sin perder de vista la competitividad económica, la sostenibilidad ambiental y la calidad de vida general (DUTTA, 2011).

Por lo tanto, las TIC, en la perspectiva de ciudades inteligentes, son herramientas facilitadoras de la participación social, responsables de fomentar la promoción del ideal democrático, a medida que involucra a los ciudadanos en el debate sobre mejoras para la vida urbana, incluidos en las agendas de gobierno, de modo que puedan participar de los procesos decisorios de definición de agenda, formulación e implementación de políticas públicas, con miras a la garantía de los derechos sociales resguardos por la Constitución Brasileña de 1988. Tal vez, en la perspectiva sostenida por este trabajo, haya una aproximación de la definición de las *smart cities* al concepto del derecho a la ciudad propuesto por Henri Lefebvre.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALVES, Fabiana Robles Rodrigues; BRELÀZ, Gabriela de. Participación social y uso de TICS en la revisión del plan directivo estratégico de la ciudad de São Paulo 2013-2023. 2015. Disponible en: <<http://banco.consad.org.br/handle/123456789/1304>>. Acceso en: 16 de enero. 2018.
- BATTAUS, Danila M. de Alencar; OLIVEIRA, Emerson Ademir B. de. El Derecho a la Ciudad: Urbanización Excluyente y la Política Urbana Brasileña. En Revista Luna Nueva. São Paulo, 97: 81-106, 2016. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n97/0102-6445-ln-97-00081.pdf>>. Acceso en: 12 de enero de 2018.
- BATTY, M. *et al.* Smart cities of the future. The European Physical Journal Special Topics, v. 214, n. 1, p. 481-518, 2012/11/01 2012. ISSN 1951-6355. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1140/epjst/e2012-01703-3>>. Acceso em: 12 mai. 2018.



- BERCOVICI, Gilberto. Dilemas del estado federal brasileño. Porto Alegre: Librería del Abogado, Ed. 2004.
- BEST, Samuel J.; KRUEGER, Brian S. Analyzing the Representativeness of Internet Political Participation. *Political Behavior* 27:183-216. 2005.
- BRABHAM, D. C. Crowdsourcing del proceso de participación de los proyectos. En: BUGS, Geisa. *Tecnologías de la Información y Comunicación, Sistemas de Información Geográfica y la participación pública en la planificación urbana*. 2014. 374 f. Tesis (Doctorado en Planificación Urbana y Regional) - Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponible en: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/112006>>. Acceso en: 16 de enero de 2018.
- BRASIL. Constitución (1988). Constitución de la República Federativa del Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. IBGE. Acceso a Internet ya la Televisión y Posesión de Teléfono Móvil para uso personal, 2015. Disponible en: <<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=celular&searchphrase=all>>. Acceso en: 12 de enero de 2018.
- BRUCKMANN, M. ; ROEDEL, D. ; BEVILAQUA, A. P. ; GAMA, Z. ; GERMANO, P. ; TARRIT, F. ; FERREIRA, E. S. ; ALCANTARA, D. M. ; FERREIRA, D. M. ; PIRES, A. C. A. ; FERREIRA, W. R. V. ; SILVA, J. A. A. ; RAMOS, V. La participación social mediada por las tecnologías de información y comunicación - TIC. *Revista Ciencia y Lucha de Clases*, v. 2, p. 16-24, 2015.
- BUGS, G; RAUBER, A; ISOLAN, F, B. Herramientas SIG para la Planificación Participativa. En: FURTADO, Adriana; PEREIRA, André Luis; PARENZA, Cidriana; RANGEL, Rodrigo Rodrigues; BASSANI, Valeria. (Eds.). *Democracia en las Ciudades y las Grandes Transformaciones Urbanas*. 1ed.Porto Alegre: 2015, v., p. 223-234.
- BUGS, Geisa; REIS, Antônio Tarcísio da Luz. Planificación urbana participativa mediante la utilización de nuevas tecnologías: una evaluación por especialistas. *Urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana* [online]. 2017, vol.9, n.1, pp.110-123. Epub Dec 08, 2016. ISSN 2175-3369. Disponible em <<http://dx.doi.org/10.1590/2175-3369.009.001.a006>>. Acceso en: 12 de enero de 2018.
- CAMPOS, Andreino de Oliveira. La planificación urbana y la invisibilidad de los afrodescendientes - discriminación étnico-racial, intervención estatal y segregación socio-espacial en la ciudad de Río de Janeiro. Tesis presentada al Programa de Postgrado en Geografía (PPGG) de la Universidad Federal de Río de Janeiro, como requisito para obtener el grado de Doctor en Geografía. Septiembre de 2006.
- CURY, Mauro José Ferreira; MARQUES, Josiel Alan Leite Fernandes. La Ciudad Inteligente: una reterritorialización /Smart City: una reterritorialization. *Redes* (Santa Cruz do Sul. Online) , v. 22, p. 102, 2017.



- FERNANDES, Edésio. "Construir el derecho a la ciudad en Brasil". *Social y Legal Studies*, v.16, n.2, pp.201-19.
- DUTTA, S. (Ed.). (2011). *The Global Innovation Index 2011: accelerating growth and development*. Fontainebleau: INSEAD.
- FERREIRA, Valéria Corrêa Silva. Ciudad y democracia: el espacio urbano, los derechos fundamentales y un nuevo concepto de ciudadanía. En: *Ámbito Jurídico*, Río Grande, XV, n. 103, ago. 2012.
- GAMA, Kiev; ALVARO, Alejandro; PECHO, Eduardo. En dirección a un modelo de madurez tecnológica para ciudades inteligentes. *Simposio Brasileño de Sistemas de Información*, p. 150-155, 2012.
- GUIMARÃES, Patricia Borba Vilar; XAVIER, Yanko. M. de Alencar. *Smart cities y Derecho: conceptos y parámetros de Investigación de la gobernanza urbana contemporánea*. *Derecho de la Ciudad*, v. 8, p. 1362-1380, 2016.
- GUIMARÃES, Virginia Totti. Derecho a la ciudad y derechos en la ciudad: integrando las perspectivas social, política y jurídica. *DERECHO DE LA CIUDAD*, v. 9, p. 626-665, 2017.
- HARVEY, David. El derecho a la ciudad. La calidad de la vida urbana se volvió una mercancía. Hay un aura de libertad de elección de servicios, ocio y cultura - siempre que se tenga dinero para pagar. Edición 82. Julio de 2013. *Tribuna libre de la lucha de clases*. Revista Piauí. Disponible en: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/-directo-a-cidad/>>. Acceso en: 12 de enero de 2018.
- HARVEY, David. El derecho a la ciudad. *Luchas Sociales*, n. 29, jul./dez., São Paulo, 2012; p. 73-89.
- HORELLI, L. (Ed.). La metodología del proceso de planificación. En: BECHTEL, R. B. ; CHURCHMAN, A. (Ed.). *Handbook of psics*. En: BUGS, Geisa. *Tecnologías de la Información y Comunicación, Sistemas de Información Geográfica y la participación pública en la planificación urbana*. 2014. 374 f. Tesis (Doctorado en Planificación Urbana y Regional) - Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponible en: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/112006>>. Acceso en: 16 de enero de 2018.
- ITU-T Focus Group en las ciudades inteligentes (FG-SSC). En: CAMARA, Inara Pagnussat; MOSCARELLI, Fernanda Cruz. *La planificación urbana como instrumento para ciudades inteligentes*. En: 5 ° Seminario Internacional de Construcciones Sustentables, 2016, Passo Fundo. Disponible en: <https://www.imed.edu.br/Uploads/5_SICS_paper_105.pdf>. Acceso en: 15 de enero de 2018.
- LEFEBVRE, Henri. *El derecho a la ciudad*. San Pablo: Centauro, 2001.
- LIBÓRIO, Daniela Campos, SAULE JÚNIOR, Nelson. Principios e instrumentos de política urbana. *Enciclopedia jurídica de la PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Derecho



- Administrativo y Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponible en: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/76/edicao-1/principios-e-instrumentos-de-politica-urbana>>. Acceso en: 12 de enero de 2018.
- MESQUITA, Nuno Coimbra; CANTONI, Stefania Lapolla. Participación Política en línea vs. No hay mensajes nuevos. En: MESQUITA, N. C. (Org.). Brasil, 25 años de Democracia: Participación, Sociedad Civil y Cultura Política. 1ª ed. Rio de Janeiro. Fundación Konrad Adenauer. 123-143.
- MOLINARO, Carlos Alberto. Derecho a la Ciudad y el Principio de Prohibición de Retroceso. Revista: Derechos Fundamentales y Justicia, n. 10, Jan-Mar. 2010, p. 10.
- NABUCO, Ana Luiza; MACEDO, Ana Lúcia; FERREIRA, Rodrigo Nunes. La experiencia del Presupuesto Participativo Digital en Belo Horizonte: el uso de las Nuevas Tecnologías en el fortalecimiento de la Democracia Participativa. Revista IP – Informática Pública, Belo Horizonte, a. 11, v. 1, p. 139-155, 2009.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciberciudadaní@ el ciudadaní@.com? Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 67-68.
- PALIOLOGO, Nicholas Arena; GOMES, Daniel Machado. Derecho a la ciudad y políticas públicas para la smart city. Revista de Derecho Urbanístico, Ciudad y Alteridad; e-ISSN: 2525-989X; Brasília; v. 3, n. 1, p. 19-35, 2017.
- PORTILHO, R. M. R.; SOUSA, R. J. L. La Tecnología, el Capitalismo y las Nuevas Morfologías del Trabajo en Perspectiva. En: CONPEDI; UFPB. (Eds.). Derecho del Trabajo I. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 162-183.
- PREFECTURA DE BELO HORIZONTE. Ciudad inteligente. Disponible en <<https://prefeitura.pbh.gov.br/cidade-inteligente>>. Acceso en: 12 de mayo de 2018.
- PREFECTURA DE SÃO PAULO. Gestión Urbana SP. Disponible en <<http://gestaou-urbana.prefeitura.sp.gov.br/>>. Acceso en: 12 de mayo de 2018.
- ROCHA, C. S. DA; VITTE, C. C. S. El espacio de los pobres y la regularización agraria: La segregación en favelas de países de América del Sur. In: 12º Encuentro de Geógrafos de América Latina, 2009, Montevideo. 12º Encuentro de Geógrafos de América Latina “Caminando en una América Latina en transformación”. Montevideo: EGAL, 2009.
- ROLNIK, Raquel. La ciudad y la ley: legislación, política urbana y territorios en la ciudad de São Paulo. Sao Paulo: Estudio Nobel 1997.
- SANTIN, Janaína Rigo. El Estatuto de la Ciudad y la Gestión Democrática Municipal. Interés público, Porto Alegre, v. 21, p. 220-229, 2003.
- SANTIN, Janaína Rigo; MARAGON, Elizate Gonçalves. El estatuto de la ciudad y los instrumentos de política urbana para la protección del patrimonio histórico: otorga



- onerosa y transferencia del derecho de construir. *Historia* (São Paulo. Online), v. 27, p. 89-109, 2008
- SCHENK E., GUITTARD C. Una tipología de las prácticas de crowdsourcing: subcontratar a la multitud, más allá del proceso de innovación. *Estrasburgo, Management International*, 2012. Disponible en <<http://id.erudit.org/iderudit/1012395ar>>. Acceso en: 15 enero de 2018
- SELLADO, Catherine. Derecho a la ciudad (inteligente). *Smart ciudades - Ciudades Sostenibles*. 2017. Disponible en: <<http://www.smart-cities.es/es/noticia/direito-a-2704-cidad/>>. Acceso en: 16 de enero de 2018.
- SMART CITIES. Panorama sectorial de la. Internet. Septiembre | 2017. Año 9 - Número 2. *Smart cities: Tecnologías de información y comunicación y el desarrollo de ciudades más sostenibles y resilientes*. Disponible en: <https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf>. Acceso en: 12 de enero de 2018.
- SOUPIZET, Jean François *Ciudades inteligentes: desafíos para las sociedades democráticas*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Investigaciones Sociales. , 2017. São Paulo: Fundación Fernando Henrique Cardoso, 2017. 70 p. ISBN: 978-85-92661-04-5.
- SOUSA, Paulo Victor Barbosa de. *Mapas colaborativos en Internet: un estudio de anotaciones espaciales de los problemas urbanos*. Disertación (Maestría). Programa de Postgrado en Comunicación y Cultura Contemporáneas, Universidad Federal da Bahia, Salvador, 2012. 168 p. Disponible en: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/5963/1/Paulo%20Victor%20-%20Mapas%20Colaboración%20na%20Internet.pdf>> Acceso en: 15 de enero de 2018.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Convergencia tecnológica en las políticas urbanas: pequeñas y medianas “ciudades inteligentes”*. *Convergencia Tecnológica en las Políticas Urbanas*. Curitiba, n. 22 Temática n. 6, p. 89-108, 2009.
- TARTARUGA, Iván G. Peyré. *Innovaciones sociales e inclusivas: límites y posibilidades para el desarrollo territorial en el contexto de la globalización*. Porto Alegre: FEE, 2016 (Textos para Discusión FEE, 146). Disponible en: <<https://www.fee.rs.gov.br/tesdes/innovaciones-sociales-e-inclusivas-limites-y-posibilidades-para-el-desarrollo-territorial-en-el-contexto-de-la-globalizacion/>> Acceso en: 12 enero de 2018.
- TAVORALI, Bianca. *Derecho a la ciudad: una trayectoria conceptual*. *Nuevos estudios CEBRAP*, nº 104, p. 93-109, mar. 2016.
- TRINDAD, Thiago Aparecido. *Derechos y ciudadanía: reflexiones sobre el derecho a la ciudad*. *Lua Nova* (Impreso), v. 87, p. 139-165, 2012.



WORLD URBANIZATION PROSPECT: The 2014 Revision. En: CAMARA, Inara Pagnussat; MOSCARELLI, Fernanda Cruz. La planificación urbana como instrumento para ciudades inteligentes. En: 5° Seminario Internacional de Construcciones Sustentables, 2016, Passo Fundo. Disponible en: <https://www.imed.edu.br/Uploads/5_SICS_paper_105.pdf>. Acceso en: 15 de enero de 2018.



AIRBNB AND THE CITY: ONE CONFLICT, TWO IDEAS OF CITY. THE CASE OF BARCELONA

Paola IMPERATORE

*Department of Political Science, University of Pisa,
Ph.D. Student*

ABSTRACT: This paper aims at exploring the conflict, linked to the social and urban transformations produced by AirBnb, between the platform and the urban movements in Barcelona, by investigating in particular the discursive field. Notwithstanding many scholars accord in underlining the negative impacts of AirBnb on urban context, such as gentrification, re-conversion of local economy, forced migration of local residents and others, the company continues to increase its business. This article suggests that part of this success is related to the convincing frame used by the platform, celebrated as “the most prominent example” of sharing economy and become a brand. Through the frame analysis this paper aims at observing, on one hand, the frame strategically used by AirBnb to attract users and to legitimize its business and, on the other hand, the counter-frame developed by the urban movements. In fact, between 2016 and 2017, a protest campaign arose in Barcelona in opposition to AirBnb with the aim, among the others, to critically discuss its win to win rhetoric. The actors of the protest frame their mobilization as a part of the *right to the city* by reclaiming a city for people rather than for profit. At the same time the activists try to unmask AirBnb discourse, aimed to give a social, ethical and ecological face to the platform, but considered by the challengers as an operation of social washing. In order to better contextualize my research, the article starts by discussing some data about the AirBnb business in Barcelona and the related socio-economic and urban impacts, while, in the last part of the article, it presents the host movements strategy in which the company is investing with the aim to create an instrument of lobby on institutions that would regulate the home sharing. By starting from these consideration this research aims to offer a panoramic about the case of Barcelona by interconnecting the studies on digital platforms to those conducted on the urban social movements by means of qualitative method.

KEYWORDS: AirBnb, Urban transformations, Social Movements, Frame, Qualitative Method.

INTRODUCTION

Barcelona represents the 4^o market for AirBnb (Arias Sans and Quaglieri Domínguez 2016) and the listings for tourists on the platform grow day by day. This pervasive presence of AirBnb, the same as other accommodation platforms, is gradually and deeply transforming the city. Since 2016, several groups in Barcelona started to mobi-



lize against AirBnb, retained responsible in particular for the worsening of the housing problems and the process of gentrification. In fact some owners, taking advantage of the current demand that Barcelona has lived since some years ago, have started to rent their flats and houses at a higher price through Airbnb, therefore producing a general increase in prices of houses. This campaign of protest shows a conflict between the idea of a “city for profit” (Brenner *et al.* 2012) supported by those who promote massive tourism and a profitable use of these kind of digital platforms and an idea of “city for people” (Ibid.) based on the necessities of local communities. At the same time the conflict deeply invests the discursive field: on one hand AirBnb tries to sell to the users an attractive image of itself, on the other hand the challengers aim at revealing the “true face” of AirBnb. By starting from these considerations, the article aims to conduct an investigation about the AirBnb phenomenon in Barcelona by analysing not only the collective actors mobilizing around the company but also the conflict in the discursive field that orient these actors. In order to address the issue, the paper will be organized in three main parts, subsequently presented, each one oriented to explore a specific question. In a first part, the article intends to discuss the relationship between accommodation platforms (in particular AirBnb) and urban transformations, an aspect that only recently seems to have gain attentions among scholars. In the second one, the paper aims at showing the discursive strategy (the frame) chosen by AirBnb to be more attractive and the attempts of urban social movements to deconstruct this frame by elaborating an alternative discourse (counter-frame). Finally, the last part of the paper aims to investigate the protest campaign against AirBnb, in order to understand issues, perspectives and claims that characterize the mobilization and the strategy put in place by AirBnb to finance a host movement aimed to advocate for the company. It is important to underline that Barcelona represents a useful and explicative case to discuss the effects of capitalist platforms as AirBnb on tourists cities, to identify the limit of current legislation in contrasting the speculative operations through the platforms but also to promote ways to organize against this kind of business. In this sense this research could interests scholars and local communities all over the world. In fact, the AirBnb model is spreading in several cities over Europe and other continents that have lived the phenomenon of massive tourism and in which the platform finds profitable opportunities. Notwithstanding the specificities of the city, the research on the case of Barcelona can provide for a contribute to the debate about AirBnb taking in consideration that it well represents strategies, frame and goals of AirBnb that are common around the world. At the same time the focus on the protest campaign can stimulate a reflection about the way in which it is possible to organize and to contrast the negative impacts produced by the AirBnb unregulated activity.



1. WHAT KIND OF CITY? A BRIDGE BETWEEN SHARING ECONOMY STUDIES AND SOCIAL MOVEMENTS LITERATURE

In the course of 90s, with the advent of neoliberalism, emerges a new model of development for cities and territories that found its reasons into the necessity to be competitive in a global market. Some consequences of this process were the privatization and commodification of several services (such as water service, transports, education, sanity and others) (Shiva 2003), the gentrification and the crisis of welfare state. In this context of austerity, in which the city became an epicenter of contradictions of the neoliberal economy, the arose of the sharing economy represented an opportunity to face the crisis by sharing (Schor and Fitzmaurice 2014). In fact, since its origin, sharing economy was greeted as a sustainable alternative to the current unsustainable economy (Martin, 2016) and portrayed as a more open, inclusive, democratic and ecological model as compared to the traditional economy (Botsman and Roger, 2011; Gansky, 2010). However, with the passing of time, this model has started to show its limits and the image of sharing economy as a more economical sustainable alternative has been put in doubt. Several scholars have analysed the impacts of digital platforms on different perspectives and, at the end, they disagree with the optimistic interpretation of sharing economy. Bardhi and Eckart (2012) argue that the sharing model not necessarily exhibit the qualities previously mentioned. Many platforms have been co-opted by capitalist large corporations by fundamentally changing their nature to a for-profit one (Schor and Fitzmaurice 2014). From the environmental impact (Demailly and Novel, 2014; Denegri-Knott, 2011; Felländer *et al.*, 2015; Schor and Fitzmaurice, 2014) to the labour conditions (Fuster Morell 2016; Smorto 2017), from the issue of race and gender discrimination (Schor and Fitzmaurice 2014; Edelman *et al.* 2014; Schor *et al.*, 2016; Schoenbaum 2016) to the absence of a legal framework in which digital platforms can operate (Martin 2016; Smorto 2017), the points of view from which the sharing economy has been studied and criticized are copious. So, even though there is a number of studies that focus on the impacts of sharing economy and digital platforms from different perspectives, the aspect of urban transformations needs to be better and more systematically addressed. Notwithstanding some scholars (Cocola-Gant 2016; Sans and Quagliari Dominguez 2016; Peters, 2017) have start to investigate the specific relationship between urban context and accommodation platforms, we can yet assess a gap of more systematic literature on the issue, while the contributes on the aspect of frame seem to be lacking. By considering this meaningful gaps of study, this paper would like to contribute to the debate in particular by putting attention to the role of the frame and counter-frame. In this context AirBnb, celebrated by The Economist (2013) as “the most prominent example of a huge new sharing economy” merits particular consideration. The company, founded in 2008 in San Francisco, became a network of more than one million listings in 190 countries



and more than 34,000 cities around the world¹ and it represents nowadays a tourist global phenomenon (Arias Sans and Quaglieri Domínguez 2016). Nevertheless AirBnb emerged as a peer to peer accommodation platform, the current situation is very different. With an income of 13 billion of dollars, more than any large hotel corporation (Bradshaw 2014), AirBnb is connoted as a capitalist platform rather than a cooperative one, able to make profit on hospitality culture. In particular AirBnb has had a significant role in attracting tourists (Saman 2015) and, in consequence, in intensifying the mass tourism in cities already exposed to the negative impacts of it. According with Saman (Ibid.), AirBnb has created a nexus between tourism and housing that hurts renter. In fact, by incentivizing the reconversion of residential units into tourist accommodations, AirBnb produces a wide range of negative effects which are, ultimately, borne by the local residents. Through this intense activity AirBnb alters strongly the neighborhood's character and the urban space. As Novy and Colomb (2017) argue, there are a serious of economic, physical and socio-cultural effects produced by large-scale tourism. By focusing mostly on socio-economic effects, the main important processes concern the transformation from a local economy into a tourist-oriented one and the gentrification. On one hand the market based on residents need has been converted into a market oriented that offers souvenirs, bars or others attractive shops rather than services useful for the local citizens, a transformation that scholars call "commercial gentrification" (Ibid.). On the other hand there is a process of gentrification due to the privatization, commodification of public space and community resources, and to the collective dislocation of residents. By considering the pivotal role played by AirBnb in tourist businesses, it appears evident how the platform can participate in producing and intensifying these effects. In fact the platform offers, for a tourist with high purchasing power, prices more competitive than hotel ones, but at the same time higher for families or local residents. So, this mechanism accelerates the loss of housing units for long-term residents and the displacement of low income residents (Ibid.) from their neighborhood to peripheral areas. Notwithstanding a win to win rhetoric through which AirBnb portrayed itself as sensitive to the local needs, the first data evidences that this business produces important social costs for local communities. The campaign arose in Barcelona has started to oppose against AirBnb by putting in question its positive image and by concretely contrasting the process of gentrification in order to reclaim a city in which the needs of local community could be considered priority.

2. METHODOLOGY

In order to address the issue I have chosen to employ a case study analysis. This approach allows to engage in a deep and qualitative analysis of a specific phenomenon (Cotta, della Porta and Morlino, 2001). If, on one hand, the single case study approach

1 <http://www.airbnb.com/about/about-us>



does not allow for generalization, at the same time the case of Barcelona, one of the most popular destinations on AirBnb, represents in explicative way how the platform operates. In order to answer to the different questions I have used a qualitative method. The article draws on an empirical research mainly based on documents and news paper article analysis, which I have integrated with an in-depth interview to the coordinator of ABTS (Asamblea de Barrios por un Turismo Sostenible). I have chosen to interview the coordinator of this group because ABTS joins and represents a serious of actors (nowadays there are 28 groups from associations to quarter's committees) that are promoting a common campaign of protest on the issue. Through the qualitative interview it is possible to obtain some first-hand data on the impacts of AirBnb on the city but also to have specific information about the mobilization (della Porta 2014). In fact, this tool allows to collect more systematically informations about the protest campaign, such as the actors, the main goals, the action repertoire and the frame that characterize the campaigners. More specifically, in the first part, aimed at exploring the link between AirBnb and urban transformations, I basically draw on secondary sources, by reconstructing the literature on the phenomenon and by looking at the local press and the online portal Inside AirBnb². The use of this portal has revealed fundamental to obtain data about Barcelona, considering the absence of official public data provided by the company about its activity. Moving forward the second part of this paper, focused on one hand on the frame (Goffman 1974) used by AirBnb to be attractive and, on the other hand, on the counter-frame (Snow and Benford 1992) elaborated by urban social movements to delegitimize this business, I apply the frame analysis. As argued by della Porta and Diani (2006) **the frame analysis allows us “to capture the process of attribution of meaning which lies behind the explosion of any conflict” (p.74)**. Through the analysis of the texts produced by the two actors (the company and the campaigners) this method implies to “pass from the text to the frame” (Johnston, 1995, p.219). I will take in consideration for the analysis of AirBnb frame the website, while, for the campaigners I will analyse the documents, leaflets and the interview with the coordinator of ABTS. In particular I refer to documents produced by ABTS activists and available on the campaigners website³ in order to understand the claims, the strategy and the frame used in the campaign. The frame analysis of the campaign documents can shed light on two conflicting ideas of city represented by AirBnb on one hand and by urban movements on the other and, in particular, can contribute in discussing the impact of the platform on the city. Finally, in the last part of this investigation, I have discussed the phenomenon of the movements from below by considering both the campaign against AirBnb and the movement for AirBnb (the so called Host Movement). According to della Porta and

2 Inside AirBnb provide for a mapping of AirBnb in different cities all over the world and it is an independent and non-commercial portal (<http://insideairbnb.com/about.html>).

3 <https://assembleabarris.wordpress.com/>



Diani I consider a campaign as a "thematically, socially, and temporally interconnected series of interactions that, from the viewpoint of the carriers of the campaign, are geared to a specific goal." (p.3). In order to explore the ABTS campaign I have analysed the already mentioned sources such as movement's documents and the interview realized with the coordinator of the group. On the other hand, to observe the host movement created by Airbnb through the founding of Home Sharing Clubs, I have used the information provided by the company on the website.

3 DATA, COSTS AND FRAME BEFORE THE SUCCESS OF AIRBNB

3.1 The Airbnbification of Barcelona. Some data about the platform

As already emerged, the city of Barcelona is living since some years a strong touristic pressure. In 2016 Barcelona, a city with a population of 1,6 millions, have received 32 millions of tourists⁴. This pressure has changed, and continues changing, the aspect and the life of the city, in particular concerning the housing question related to the touristic apartments. The phenomenon started to gain relevance during the 90s particularly in Ciutat Vella, the historic center of Barcelona and, since 2000, the market of touristic accommodation expanded by involving the investors and the enterprises of hotels within this exchange, with their main goal to put in place a new business on touristic apartments (Cocola-Gant, 2016). This process daily transforms the neighborhoods: to understand the relevance of touristification that Barcelona is living is sufficient to report the example of Gòtic neighborhood, occupied for the 50% by the residents and, for the remaining half, by tourists; a percentage which is destined to change in favor of tourists (Ibid.). In this context Airbnb has found a business opportunity that has made Barcelona the 4° (Arias Sans and Quaglieri Domínguez 2016) or the 5° (Ciccarelli 2016) market of the platform, depending by the sources. With the spreading success of Airbnb, the phenomenon of touristic apartments has witnessed a rapid and strong expansion. By referring to the more recent data, the platform offers 18.521 accommodations of which 8,627 (46.6%) regard entire apartments, 9,726 (52.5%) private rooms and only the remaining 178 announces (1%) concern shared rooms⁵. Among these, the 63,9 %⁶ has an high availability: the apartments are not the accommodation of the host that choose to share it but, however, these are apartments used for touristic speculation and this

4 <https://www.ilpost.it/2017/01/29/barcellona-troppi-turisti/>

5 <http://insideairbnb.com/barcelona/>

6 Ibid.



explains the high availability of these announces. The percentage of touristic apartments offered on AirBnb in some areas is really high: in the historic center there is one touristic home every ten apartments while in the Gòtic quarter the relationship is of one every six apartments (Cocola-Gant 2016). This means that only AirBnb offers the 16,8% of total apartments in the Gòtic and the 9,6% in Ciutat Vella, while in other quarters the percentage is lower but, anyway, is relevant and growing (Ibid.). It is important to add to these data some information about the kind of hosts that mainly use AirBnb and about the legal framework in which the platform operates. By observing the data collected by Inside AirBnb, emerges that the 55,8%⁷ of hosts have multiple listings and this would show that the majority of hosts are multiowners who use AirBnb to make more profit. The list of top hosts⁸ shows a situation in which the market of AirBnb accommodations in Barcelona is monopolized by few people able to offer even 150 accommodation solutions. By considering the data elaborated by ABTS, 2/3 of accommodation offer is represented by people who have more apartments⁹. This situation of asymmetric distribution of announces through AirBnb is also confirmed by the study of Arias Sans and Quaglieri Domínguez (2016) that reveals a concentration of offers in the middle-class neighborhoods while in the poorest areas of Barcelona there is a real low percentage of hosts (1,55%). It is necessary to add to these data that already give a picture of the situation in Barcelona, a consideration about the legal framework that would regulate the phenomenon of touristic apartments. Despite the Catalan Tourist Act urging that the houses used for tourists' accommodation have to be registered to the Catalan Tourist Office prior to the commencement of the operation, the 78%¹⁰ of AirBnb accommodations in Barcelona have no license number and probably these announces are illegal (Arias Sans and Quaglieri Domínguez 2016). By referring to the ABTS sources¹¹, the illegal announces on AirBnb seem to be more than 10.000 (60%) while, focusing on some areas, the data are the following: 604 legal licenses on more than 2500 announces in Ciudad Vella,.44% of TUH licence in Vila de Gràcia while it is only 5% in the case of el Raval. The number of illegal announces is really high, since it reaches the 95% in el Raval (Ibid.). Even thought the local administration provides for a system of inspection that can monitor the respect of the rules concerning the touristic apartments, AirBnb is often able to elude this system. In fact, as Daniel Pardo argues (Interview ABTS), the

7 <http://insideairbnb.com/barcelona/>

8 Ibid.

9 <https://assembleabarris.wordpress.com/2017/03/29/desmuntant-airbnb-algunes-dades-a-barcelona/>

10 <http://insideairbnb.com/barcelona/>

11 <https://assembleabarris.wordpress.com/2017/03/29/desmuntant-airbnb-algunes-dades-a-barcelona/>



inspectors have to go door by door to verify that the hosts had the regular license. In order to avoid any kind of control, the platform gives instructions to the tourists to does not open to the inspectors. In this way, the Municipality cannot neither well supervise how AirBnb operates in the city, nor to guarantee the respects of law. Nevertheless this problem, the local administration, governed by the mayor Ada Colau, has engaged a legal struggle to impose to AirBnb the respect of the law. In 2014 the regional Catalan government has inflicted a fine of €30,000 to the platform for the illegal announces (El País, 2014) and, for the same reason, in 2017 AirBnb has been again fined with an amount of 600.000 Euro¹². These actions show a political will to regulate the company in Barcelona. At the same time, these efforts are not sufficient to contrast the social costs that AirBnb produces that I will go to discuss in the next paragraph.

3.2 Who pay for this success? The social cost of AirBnb in Barcelona

As already shown, numbers and data confirm that the presence of AirBnb in Barcelona is nowadays a relevant phenomenon transforming the urban frame. In a city already affected by the hypertouristification, AirBnb represents a new tool to attract visitors (Saman, 2015). But this profitable business is provoking negative consequences on the city and on the residents. From an environmental perspective to a socio-economic one, the impacts that AirBnb is producing have recently become object of research. The first and more evident problem related to AirBnb concerns the gentrification. The platform has considerably expanded the market of tourist accommodations through prices often more competitive than the traditional hotel sector. At the same time, these prices are not supportable for local residents. The outcome is a situation in which apartments' owners prefer to rent to a tourist rather than to families, precarious or other people with a lower purchasing power, in order to have a higher profit. The immediate consequence has been the transformation of resident units into touristic accommodations, with a related general increment of home rent rates. As a results, local residents have start to undergo evictions (Anti-eviction Mapping Project 2014) and to moving towards the peripheral areas. Cocola Gant (2016) caught this process through the concept of "collective displacement". This process of involuntary displacement of populations origins from the combination of two operations (Cocola Gant and Gay Lopez 2016): on one hand there is a "direct displacement" related to the expulsion of residents to create touristic accommodations, while on the other hand operates an "indirect displacement", which is less visible and involves a general increase of rents, ultimately limiting the ability of continued living in a specific area for several people (Marcuse 1985). The combined action of

12 <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/8456522/06/17/Barcelona-formaliza-la-multa-a-Airbnb-y-le-pondra-otra-de-600000-euros-si-sigue-ofertando-pisos-ilegales.html>



these processes produces a fragmentation of neighborhood patterns and a substitution of resident life with tourism through a gradual loss of local population (Cocola-Gant and Gay Lopez, 2016), which is what Sans and Quaglieri Domínguez (2016) call a commodification of everyday local life. It is clear that AirBnb is not the only responsible of this process, what is evident is that AirBnb, as other accommodation platforms, has intensified this mechanisms of social injustice. It is important to consider, in addition to this kind of displacement, the commercial one. Several studies argue that tourism produces a commercial gentrification (Fainstein and Gladstone, 1999; Zukin, 1995). As Novy and Colomb (2017) underline, with the increment of tourists the market offers souvenirs, bars or others attractive shops and entertainment opportunities, rather than services useful for the local citizens. The outcome is a displacement of the working class and local stores used by the local residents (Cocola Gant 2018). If the gentrification is the more evident effect related to the success of AirBnb in Barcelona, it is also necessary to consider other indirect problems discussed by both scholars and residents. The expansion of tourist accommodation market through AirBnb conduces to a further overbuilding, due to the construction of structures aimed at hosting the growing flaws of travellers. As argues by Voytenko *et al.* (2015) in her study on the relationship between home sharing and environment, the expansion of the tourist demand creates an extra-pressure on environment, rather than saving energy. In fact, the consumption of resource in P2P (Peer to Peer) platforms kept unvaried compared to the pressing hotel industry, while the increase of tourists, attracted by these kind of platforms, produces a growth of carbon emissions (Schor and Fitzmaurice 2014). An other element related to the intensive flaw of tourists concerns the usability of public transports. As the activists of ABTS denounce (Interview ABTS), there is a strong pressure on transport networks, such as underground, train and bus services as well as the road traffic, that made the city less livable and that put an extra pressure on the environment. From all these considerations emerges how AirBnb, that nowadays has a key-role in tourism sector of Barcelona, is contributing to transforms the city in a place in which a residential life is not possible (Cocola-Gant, 2016) while every neighborhood, every place and every street seems to be changed to stimulate the tourists consumption.

3.3 The social function of AirBnb: reality or strategy? A frame analysis

In the previous paragraph the paper illustrates the transformation that AirBnb is causing to the daily life of local residents and to the city. In fact, the subjects that pay the costs for AirBnb business are the local communities. So, there is a question emerging: why AirBnb has gained all this success all over the world? In order to understand the broad success of this company, I suggest to put the attention on the communicative strategy chosen by AirBnb through a frame analysis. The frame (Goffman 1974) is the interpretative model based on the production of discourses, ideas and argumentations, through which specific actors give a common and shared meaning to the reality (Snow and Benford 1992). The concept of frame is even current and fundamental for every



kind of analysis on discourses. In fact, those are pivotal in influencing public opinion and, for this reason, they represent a key factor to explain the more or the less resonance (Snow and Benford 1988) of a narrative. In a recent contribution, Sans and Quaglieri Domínguez (2016) suggest future developments in research on the AirBnb phenomenon. Among the different topics, they argue the necessity to deeper analyse the hegemonic discourse on sharing economy that is nowadays spreading. The scholars define this discourse as an attempt to affirm day-by-day a “neoliberal and deregulatory conception of the ‘sharing economy’ on behalf of economic competition and property rights” (p.226). So, this paper aims at better analysing how AirBnb has engaged a global communication strategy oriented to portray itself as a “sustainable, collaborative and community based model of hospitality” (Ibid. p.209). AirBnb presents itself as an opportunity to share adventures and to experience the city as a local. In this sense, the company communicative strategy seems to give more relevance to the interpersonal contact between tourists and local hosts, a choice justified as a will to purpose an alternative to the “homogenizing effect of globalization” (Germann Molz 2011, p.221) and to the standardization (Steylaerts & O’Dubhgall, 2011, p.264) of the traditional tourism industry. The same slogan “Create a world that inspires human connection”¹³, that appears at the opening of the website, gives an idea of the message that AirBnb wants to personify. The company frames the work of hosting as an opportunity to play and to enjoy itself¹⁴, but also as a model of local hospitality. Even though several local administrations have greet AirBnb as a good opportunity for a growth of the tourism sector, what the company has really done has been to transform the culture of hospitality in a profitable business. According to Sans and Quaglieri Domínguez (2016), describing “Airbnb as a simple evolution of genuinely friendly forms of hospitality leaves out a basic point: the monetary nature of the exchange” (p.221). Together with this rhetoric based on the value of hosting, AirBnb has put several communicative energies to instill a sense of community among the users. The company defines itself as a global community, and in different occasions it reaffirms the importance to work as a team, to actively participate at the “movement”, and to give priority to the interest of the community¹⁵. Explicative of this idea it is the section “AirBnb citizen”¹⁶. The use of the word "citizen" resends to an idea of inclusion in a specific community, represented in this case by the company. What emerges is a contradiction between a rhetoric based on community and the way in which AirBnb operates that is crumbling the local communities contexts and the neighbourhood frame. The use of values such as the social aggregation and the sense of community is strategically

13 <https://www.airbnb.com/careers?locale=en>

14 Ibid.

15 <https://www.airbnb.com/careers?locale=en>

16 <https://www.airbnbcitizen.com/>



aimed to make more profit. Also the policy of Home Sharing Club, that I will discuss subsequently, confirms this strategic use of an "AirBnb community". Even though these communicative efforts, the company has received different critics related to the negative socio-economic impacts of its business. So AirBnb has started a campaign to clean up its image with several events (such as the 2014 NY Marathon and a campaign for 'clear rules for home sharing')¹⁷, and with the elaboration of reports concerning the impacts of the accommodation platform on the more popular destination of AirBnb users. The worldwide strategy, used in reports and in advertisements, is to represent AirBnb as a business able to produce economic benefits for the local community through a better redistribution of income by promoting a model of tourism more sustainable and respectful towards citizens necessities (Sans and Quaglieri Domínguez 2016). By focusing on Barcelona, in a report about the city redact in 2014, the company argues to support low-income families to cover their basic expenses and to reach the end of the month (ibid.). Notwithstanding the data previously discussed show a real different situation, AirBnb describes itself as part of the solution in a city facing tourism challenges by spreading the economic benefits in less-visited areas and by helping the middle-class to have an other source of income¹⁸. As emerged, the company uses a frame based on terms as responsible, fair, sustainable, to protect, to help, to enjoy and others aiming to underline a supposed social function that AirBnb would like to represent in the contexts in which it operates. This strategy results fundamental to understand the great success that the company has gained in few years all over the world. In fact, through the use of a resonant frame (Snow and Benford 1988) based on the idea to represent a win-to-win business, combined with the use of ethical and social discourses, AirBnb became the most popular platform in the accommodation sector, also transforming the tourist sector. By considering the relevance of this frame for the AirBnb success, the ABTS campaign, aimed to deconstruct its hegemonic narrative, can play a pivotal role. For this reason, I will investigate the issue in the next part.

4. MOBILIZING FROM BELOW: CHALLENGERS AND SUPPORTERS OF AIRBNB

4.1. #UNFAirBnb: a protest campaign against AirBnb in Barcelona

As mentioned at the introduction of this paper, AirBnb has sharpened the conflict between two ideas of city, one profit-oriented and the other people-oriented. Between 2016 and 2017 several local actors such as associations, neighborhood committees and

17 <https://www.airbnbcitizen.com/new-york-state/>

18 <https://www.airbnbcitizen.com/barcelona/>



groups of antagonist left, have start to organize the *Assemblea de Barris per un Turisme Sostenible (ABTS)*¹⁹ to oppose themselves to the increasing evident problems produced by AirBnb and by massive tourism. The activists frame this struggle as a broader claim for the right to the city (Harvey 2008). This conflict needs to be contextualized in a process that involves the cities since several years. In fact, since the 90s a new hegemonic model of urban development has been imposed, aiming to make cities more attractive to investors and giving a privileged role to private economic actors (Andretta *et al.* 2015). In the case of Barcelona the tourism is the key-sector to attract investors and consumers, and the whole city has been restructured around the tourism (Colomb & Novy, 2017). This process has conducted the urban context to become a relevant space in which social conflict can be performed (Ibid.) and where the urban social movements have become transformative actors (Andretta *et al.*, 2015). In fact, the 28 groups coordinated into ABTS have framed gentrification and displacement as collective problems (Annunziata and Lees 2016), and they have structured a campaign aimed to invert this process. The activists has chosen as protest target AirBnb, due to its key-role in the market of tourist accommodation and, at the same time, because it represents an icon for sharing economy model (Interview ABTS). So the local actors have engaged a campaign of denounce through a series of actions. The pivotal aim of these actions is questioning the social function that AirBnb would like to embody and to show the real nature of the company. In September 2016 the members of ABTS and *Ciutat Vella No Està En Venda* have made the first action of denounce: they rented a touristic apartment, illegally published on AirBnb platform, and linked to other 11 apartments in different areas of the city with the same owner²⁰. During the action they called the media and the *Direcció del Serveis d'Inspecció de l'Ajuntament de Barcelona* (the inspectors of Municipality), to make a public, administrative and media denounce against the speculative economy put in place by AirBnb. This action, called “#UNFairBnb - Acció pel dret a l'habitatge i contra els pisos turístics i Airbnb”²¹ was followed by another one in March 2017, in which the activists launched the hashtag #DesmuntantAirBnb²² with the aim to question the collaborative and social roots of the platform. Again in this case, the actors of the protest campaign chose to rent an apartment linked to other 12 through the same administrator, Mark Serra i Pares, to denounce the whole system with a symbolic case. In addition to the action of September, with this one the campaign have also revealed

19 <https://assembleabarris.wordpress.com/>

20 <https://assembleabarris.wordpress.com/2016/09/20/accio-pel-dret-a-lhabitatge-i-contra-els-pisos-turistics-i-airbnb/>

21 Ibid.

22 <https://assembleabarris.wordpress.com/2017/03/29/desmuntantairbnb-2a-accio-unfairbnb-pel-dret-a-lhabitatge-contra-airbnb-booking-i-homeaway/>



the Airbnb illegal use of licences HUT – habitatge d'ús turístic – belonging to other company and have denounced the role of PPVT (Plataforma Pro Vivenda Turística) – in which Mark Serra i Pares takes part – a group that is lobbying to liberalise the touristic exploitation of housing since several years. In parallel with this denouncing activity, the movement have used a wide repertoire of actions to raise awareness of the local community by stretching from more performative actions, as the social theatre, to more formative moments, as the forum on tourism organized during summer 2016, by using also conflictual actions such as the big demonstrations in the more tourist areas of the city (Interview ABTS). By focusing on the aspect of the frame, the mobilization has largely realize its goal to unmasking the dominant narrative of the company. In fact, these kind of actions have shown that Airbnb is not for low-income people who desire to arrive to the end of the month, as the company would present, but rather is for people who have a really good economic situation and who can make more profit through this platform (Interview ABTS). The campaign of denounce has had an important role in shed light about the social costs that local communities lived due to Airbnb business, and has revealed a speculative system that through the platform has found new profitable opportunities. Through its action, ABTS has questioned the win to win rhetoric used by Airbnb by showing the costs of this business activity, and who actually bears these costs. They have revealed an other face of Airbnb, less visible but more coherent with the reality. Notwithstanding the efforts of the company to present itself in a good way, the campaign demonstrates that the values on which Airbnb has construct its image are only strategically used to became a more acceptable brand and to legitimize its business. For the campaigners, rather than of social function, it is more adequate to speak of social washing. In fact, Airbnb is not a platform “of the people, by the people and for the people”²³ but it is an only profit-oriented company that refers to social values to attract users. By considering the key role that the communicative strategy has for Airbnb success, the opposition that ABTS does to the hegemonic narrative of the company can play a fundamental role from different perspectives. Firstly, the action of Airbnb unmasking can arise awareness of the users to a more ethical and responsible use of the platforms or, in same case, to completely reject to use it. By creating a critical mass in the city, declared aim of ABTS (Interview ABTS), it is possible obstruct the process of turistification that is transforming several neighborhoods and to return to live the city as a place based on social relations rather than a place oriented to tourism consumption. Second, by deconstructing the hegemonic narrative on which Airbnb has based its success the campaigners don't have questioned only the situation that Barcelona lived but they are questioning a system of speculation through accommodation platform as a whole, of which Airbnb is an example. In this sense, the struggle against Airbnb can be

23 <https://www.airbnbcitizen.com/community-compact/>



both a struggle and an example for all the cities involved by the Airbnbification. At the same time the company has well understood the necessity to gain support from below in the cities in which it operates, and for this reason it has put in place a new strategy: creating a grassroots movement able to sustain AirBnb in local contentious.

4.2 The strategy of the "host movement".

By starting with the legal contentious arisen in San Francisco in 2015, that carried to the Referendum for the imposition of a more strictly legislation to AirBnb (the so called Proposition F), the company has engaged a strategy aimed to create and organize networks able to support it in these controversies. In this occasion AirBnb has put in place for the first time a strategy aimed to finance the creation of clubs of hosts and guests with the goal to "educate their neighbours and community leaders about the cultural and economic benefits of home sharing"²⁴. In fact, "many of the 138,000 hosts and guests in San Francisco took the initiative, organized themselves and led the campaign. The campaign through our community-based volunteers knocked on 285,000 doors, held 105,000 individual conversations with voters, and worked to solicit the endorsement of more than 2000 small family-run businesses."²⁵ The strategy revealed successfully and, in November 2015, AirBnb won the referendum with the 55% of votes. The same company recognized the role of these clubs in the contentious on Proposition F and, after the result, it has declared the aim to globalize this strategy: "what happened in San Francisco is happening over the world"²⁶. By taking in consideration the various conflicts between the company and several local administrations that have tried and still try to supervise AirBnb and to impose more appropriate rules to regulate the platform, the company has decided to invest \$24 billion in a worldwide policy through the creation of more than 100 Home Sharing Club during 2016 in order to organize an "host movements" advocating for "fair and clear home sharing regulations in their city"²⁷. At the end of 2016 Chris Lehane, Head of Global Policy and Public Affairs for AirBnb, declared that "the state of the home sharing movement is strong and getting stronger."²⁸, confirming the success of this strategy with the creation of 109 Home Sharing Club. In 2017 the Home Sharing Clubs became more than 140 while nowadays there are more than 200²⁹ host clubs. This spreading strategy all over the world shows the existence of

24 <https://community.withairbnb.com/html/assets/ClubsFAQ.pdf>

25 <https://www.airbnbcitizen.com/clubs/>

26 Ibid.

27 <https://community.withairbnb.com/html/assets/ClubsFAQ.pdf>

28 <https://www.airbnbcitizen.com/momentum-and-the-movement/>

29 <https://www.airbnbcitizen.com/clubs/>



a pivotal interest for the company. In fact, AirBnb aims at using Home Sharing Club as instruments of lobbying on local institutions, in order to obstruct a regulation that could penalize the profits of the platform and to mobilize people for a home sharing friendly legislation. Notwithstanding AirBnb presents Home Sharing Clubs as independent, as a grassroots movement, as a people-for-people network, it appears evident the actual role of the platform in the construction of this host movement and its dependence from the company interests and funding. The clubs are used by AirBnb to give resonance to its political agenda in local decisional arenas. At the same time the policy of the Home Sharing Clubs represents an attempt to beat social movements that oppose to AirBnb on their same ground. In cities like Barcelona, in which there is a strong opposition to the model of business put in place by AirBnb, the company has already create 6 Clubs in different areas: Ciutat Vella, Les Cortes – Sants, Eixample, Zona Nord, Gràcia, Sant Martí³⁰. Through this strategy, AirBnb has redefined the conflict by creating a new collective actor that mobilizes from below in opposition with the urban social movements and that works as instrument of lobbying on lawmakers. So, it can be interesting to analyse how in future the political conflict around AirBnb in Barcelona, but not only, could be played from the different actors in the arena: the campaigners of ABTS, the Home Sharing Clubs and the local administrations, by putting also attention to the role of academy in producing a specific kind of knowledge on the issue.

CONCLUSION

In accordance with other scholars that have started to investigate the AirBnb model, this research confirms the presence of several negative aspects from socio-economic and urban perspective, related to this digital platform. By focusing in particular on the results of the frame analysis, the research shows that, otherwise a narrative based on social values, AirBnb produces copious social costs for local communities, and that this kind of business is fragmenting the urban contexts in which it operates. AirBnb fully represents a model of capitalist platform able to strategically use the culture of hospitality and the value of community in order to increase its business. The role of urban social movements has been important in unmasking AirBnb by showing its real nature of a profit-oriented platform which makes socialwashing to be more acceptable. In fact, the ABTS campaign has played a key role in contrasting the dominant narrative, and this can be an useful example for several communities involved in the same problem. At the same time, the creation of a host movement through the funding of Home Sharing Clubs put a new interrogative by redefining the collective

30 https://community.withairbnb.com/t5/Gli-home-sharing-club/ct-p/it_clubs



actors in the conflict. The efforts of local administrations aimed at regulating the company can be important but not sufficient, in particular considering the future role of these clubs in the legal disputes. In my opinion the conflict around Airbnb can largely depend from the development of a convincing counter-frame able to gain the broad support of local communities and more generally of public opinion, in order to raise awareness of the tourists and of who operate in the sector. Considering the relevance and the spreading of the phenomenon, it is necessary to continue to explore the topic, also by comparing different cases, and to address the issue in order to evaluate possible directions to follow both from conventional (legal measures) and non conventional (participation from below) actions.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

- ANDRETTA, M., PIAZZA, G., SUBIRATS, A. (2015). *Urban dynamics and Social Movements*. The Oxford Handbook Online.
- ANNUNZIATA, S., LEES, L. (2016). "Resisting Austerity Gentrification and Displacement in Southern Europe". *Sociological Research Online*, 21(3), 5.
- ANTI-EVICTION MAPPING PROJECT (2014) *The Commodification of Everyday Life: This Bed's for Sale*. Available on PDF on <http://www.antievictionmapping-project.net/airbnb.pdf>.
- ARIAS SANS, A., QUAGLIERI, A., (2016) "Unravelling Airbnb: Urban Perspectives from Barcelona". *Reinventing the Local in Tourism: Producing, Consuming and Negotiating Place*; p.209. Channel View Publications: Buffalo, NY, USA
- BARDHI, F., ECKHARDT, G. M. (2012). "Access-based consumption: The case of car sharing". *Journal of Consumer Research*, 39(4), 881-898.
- BOTSMAN, R., ROGERS, R. (2011). *What's mine is yours: how collaborative consumption is changing the way we live*. Collins, London.
- BRADSHAW, T. (2014). *AirBnB valuation soars to \$10bn*, [online article] Financial Times, [Accessed: May 10, 2017]
- BRENNER, N., MARCUSE, P., MAYER, M. (Eds.). (2012). *Cities for people, not for profit: critical urban theory and the right to the city*. Routledge. London.
- CICCARELLI, R. (2016). *No Airbnb. Barcellona si ribella per la decrescita del turismo di massa*. [online article] Il Manifesto, [Accessed: April 9, 2018]
- COCOLA-GANT, A. (2016). "Alojamento turístico y desplazamiento de población". *Contested-Cities*, Working Paper no. 3-504.
- COCOLA-GANT, A. (2018) "Tourism gentrification". In: LEES, L and PHILLIPS, M. (Eds) *Handbook of Gentrification Studies*. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing.



- COCOLA-GANT, A., LOPEZ-GAY, A. (2016). “Cambios demográficos en entornos urbanos bajo la presión turística: el caso del barrio gòtic de Barcelona”. In: DOMINGUEZ-MUJICA, J; DIAZ-HERNANDEZ, R (Eds). *Actas XV Congreso de la Población Española. Población y territorio en la encrucijada de las ciencias sociales*. Fuerteventura, 8-10 Junio 2016. Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pp. 399-413.
- COLOMB, C., NOVY, J. (Eds.). (2016). *Protest and resistance in the tourist city*. Routledge, New York.
- COTTA, M., DELLA PORTA, D., MORLINO, L., (2001) *Fondamenti di Scienza Politica*. Il Mulino. Bologna.
- DELLA PORTA, D. (Ed.). (2014). “In-depth Interviews”. In: Methodological practices in social movement research. Oxford University Press, Oxford.
- DELLA PORTA, D., RUCHT, D. (2002). “The dynamics of environmental campaigns”. *Mobilization: An International Quarterly*, 7(1), 1-14.
- DEMAILLY, D., NOVEL, A. S. (2014). The sharing economy: make it sustainable. *Studies*, 3, 14.
- DENEGRI-KNOTT, J. (2011) The Ideology of Exporting Marketing Education – A Commentary. *Journal of Macromarketing*, 31(3), 312-321.
- EDELMAN, B., LUCA, M., SVIRSKY, D. (2017). Racial discrimination in the sharing economy: Evidence from a field experiment. *American Economic Journal: Applied Economics*, 9(2), 1-22.
- EL PAÍS (2014). *Cataluña multa al portal Airbnb por comercializar pisos turísticos ilegales*. [online article] El País. [Accessed: 20 March, 2018]
- FAINSTEIN, S.S., GLADSTONE, D. (1999) “Evaluating Urban Tourism”. In: JUDD DR. and FAINSTEIN S. (eds), *The tourist city*, New Haven and London: Yale University Press, pp. 21–34.
- FELLÄNDER, A., INGRAM, C., TEIGLAND, R. (2015). Sharing economy—embracing change with caution. In *Näringspolitiskt Forum rapport* (No. 11).
- FUSTER MORELL, M. (2016). *A new economy: social, commons, feminist, and environmental*, [online article] P2P Foundation Blog, [Accessed: March 28, 2018]
- GANSKY, L. (2010). *The mesh: Why the future of business is sharing*. Portfolio, Penguin.
- GERMANN MOLZ, J. (2011). “Couchsurfing and network hospitality: ‘It’s not just about the furniture.’”. *Hospitality & Society*. 1 (3), 215–225.
- GOFFMAN, E. (1974). *Frame Analysis*. Harvard University Press, Cambridge.
- HARVEY, D. (2008). “The right to the city”. *The City Reader*, 6, 23-40.
- MARCUSE, P. (1985). “Gentrification, abandonment, and displacement: Connections, causes, and policy responses in New York City”. *Journal of Urban and Contemporary Law*. 28. 195.



- MARTIN, C. J. (2016). The sharing economy: A pathway to sustainability or a nightmarish form of neoliberal capitalism?. *Ecological Economics*, 121, 149-159.
- PETERS, D. (2017). "Density Wars in Silicon Beach: the struggle to mix new spaces for toil, stay and play in Santa Monica, California". In: COLOMB, C. and NOVY J. (eds.) *Protest and Resistance in the Tourist City*. Routledge. New York.
- SAMAN, R. (2015). Airbnb, rising rent, and the housing crisis in Los Angeles. *Los Angeles Alliance for a New Economy*. Available in PDF.
- SCHOENBAUM, N. (2016). *Gender and the Sharing Economy*. Fordham Urban Law Journal.
- SCHOR, J. B., FITZMAURICE, C. J. (2014). Collaborating and connecting: the emergence of the sharing economy. *Handbook of research on sustainable consumption*, 410.
- SCHOR, J. B., FITZMAURICE, C., CARFAGNA, L. B., ATTWOOD-CHARLES, W., POTEAT, E. D. (2016). Paradoxes of openness and distinction in the sharing economy. *Poetics*, 54, 66-81.
- SHIVA, V., (2003). *Le guerre dell'acqua*. Feltrinelli. Milano.
- SMORTO, G. (2017). *Collaborative Economy: A legal perspective, focusing on market analysis and European law*, Seminar Universitat Oberta de Catalunya.
- SNOW, D. A., BENFORD, R. D. (1992). "Master Frames and Cycles of Protest". In: A. MORRIS, C. MULLER (Eds.), *Frontiers in Social Movements Theory*, Yale University Press, New Haven, Conn, pp.133-155
- SNOW, D. A., BENFORD, R. D., (1988). "Ideology, Frame Resonance, and Participant Mobilization". *International Social Movement Research*. 1, pp.197-217
- STEYLAERTS, S., O'DUBHGHAILL. S. (2011). "CouchSurfing and authenticity: Notes towards an understanding of an emerging phenomenon". *Hospitality & Society*. 1 (3), p.261-278.
- THE ECONOMIST (2013). *The rise of the sharing economy*. [online article] The Economist [Accessed: 24 April, 2017]
- VOYTENKO, Y., MONT, O., ZVOLSKA, L. (2015)., *Sharing Economy and Sustainability: Zooming in on Accommodation Sector*.
- ZUKIN, S. (1995) *The cultures of cities*. Oxford: Blackwell.

Interviews:

Interview ABTS. Pardo, D. (2017, May 23). Personal interview.



LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS ANTE LA ECONOMÍA COLABORATIVA: EL FRACASO EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES GENERALES

Alba SORIANO ARNANZ

Investigadora en formación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universitat de València, beneficiaria de un contrato de carácter predoctoral s ubvencionado por la Generalitat Valenciana y el Fondo Social Europeo.

RESUMEN: El desarrollo de las plataformas colaborativas como medios a través de los cuales desarrollar servicios de transporte y alojamiento turístico han supuesto la entrada de nuevos y diferentes prestadores a mercados consolidados. La creciente importancia de estos modelos económicos hace necesaria la adaptación a ellos de la normativa aplicable a los sectores tradicionales de los que ahora forman parte. Dicha adaptación normativa debe valorar los distintos intereses en juego, sin embargo las instituciones públicas no siempre se centran en la protección de los intereses generales, defendiendo posturas que únicamente son favorables a determinados sectores. El presente trabajo explora dos reacciones contradictorias hacia las plataformas colaborativas por parte de instituciones públicas que demuestran la falta de coherencia y el fracaso de éstas en la tarea de defensa de los intereses generales que tienen encomendada.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, alojamiento, transporte, competencia, captura.

1. INTRODUCCIÓN

Los negocios desarrollados en el marco de la llamada economía colaborativa¹ han crecido de manera exponencial durante los últimos años² en parte como consecuencia

1 Si bien el presente trabajo habla de “economía colaborativa”, “alojamiento colaborativo” y “transporte colaborativo” lo cierto es que la atribución de esta terminología a aquellos negocios que no sólo facilitan el intercambio de bienes y servicios entre particulares sino también la extracción de un beneficio económico es debatible. En este sentido puede consultarse BELK, “Sharing Versus Pseudo-Sharing in Web 2.0”, *Anthropologist*, Vol. 18, Núm. 1, 2014, pp. 7-23.

2 PWC España, “Evaluación del tamaño y la presencia de la Economía Colaborativa en Europa”, abril 2016. Disponible en: <https://www.pwc.es/es/publicaciones/digital/evaluacion-economia-colaborativa-europa.pdf>



de las eficiencias que ofrecen estas plataformas. Por ejemplo, los desarrollos tecnológicos canalizados a través de las plataformas de transporte colaborativo producen importantes eficiencias, permitiendo, entre otras cuestiones, que los particulares dediquen su vehículo privado a transportar pasajeros durante algunas horas al día,³ proporcionándoles una fuente de ingresos adicional. Asimismo, a través de las plataformas de alojamiento colaborativo se puede extraer un beneficio económico de las segundas viviendas o habitaciones libres en viviendas habituales.

En definitiva, la economía colaborativa, como vertiente de la revolución tecnológica, ha modificado la concepción social del uso de la propiedad⁴ y de la forma de llevar a cabo determinadas transacciones. Así, como nuevo fenómeno que supone en la configuración de las relaciones económicas, precisa ser abordada desde las instituciones públicas, adaptando la normativa a los nuevos modelos de negocio que vienen desarrollándose de manera creciente gracias a las nuevas tecnologías.⁵

En efecto, recientemente se ha asistido a una modificación por parte de distintas Comunidades Autónomas (en adelante, “CCAA”) y Entidades Locales de sus normas en materia de alojamiento turístico.⁶ Este fenómeno de respuesta se ha dado también a nivel estatal, autonómico y local en el ámbito del transporte urbano de pasajeros⁷ estableciéndose tanto en el caso del alojamiento como el del transporte colaborativo, medidas que, de manera general, implican mayores dificultades de acceso al mercado para los nuevos prestadores de estos servicios.

Por su parte, desde que comenzaron a aprobarse las modificaciones normativas en los ámbitos del transporte y el alojamiento, la Comisión Nacional de los Mercados y de

- 3 SORIANO ARNANZ, A., “Regulación aplicable a Uber en Londres: La pugna entre los *black cabs* y las Empresas de Transporte Colaborativo”, en Boix Palop, A., De La Encarnación Valcárcel, A. M. y Doménech Pascual, G., *La regulación del transporte colaborativo*, 2017, p. 345.
- 4 DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCCEL, A. M., “El Alojamiento Colaborativo: Viviendas de Uso Turístico y Plataformas Virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 5, 2016.
- 5 BOIX PALOP, A., «De McDonald’s a Google: La Ley ante la Tercera Revolución Productiva», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Nº 1, 2007, pp. 124-147.
- 6 Cabe citar, entre otros muchos, los ejemplos de Baleares, con la aprobación de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas o de Asturias con el Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.
- 7 En este sentido se puede citar como reciente modificación la operada a través del Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor.



la Competencia (en adelante, “CNMC”) y las Comisiones de Defensa de la Competencia autonómicas, han criticado fuertemente, e incluso en ocasiones impugnado, el aumento de requisitos de acceso al mercado.

A lo largo de las próximas páginas se explorará si las restricciones de acceso al mercado establecidas por las instituciones públicas a los nuevos prestadores de servicios de transporte y alojamiento turístico se encuentran siempre justificadas, si responden a intereses particulares y sesgados, si la posición de las autoridades de defensa de la competencia es acertada y, fundamentalmente, si existe una zona intermedia en la que se deberían situar todas las instituciones para defender los intereses generales.

El objetivo del presente trabajo es llamar la atención sobre la patente falta de coherencia entre las distintas instituciones públicas analizando dos supuestos en los que, la defensa de los intereses generales que éstas tienen encomendada no se ha visto satisfecha. En primer lugar, se abordará la reacción de las instituciones de defensa de la competencia, sobre todo en la Comunidad Valenciana, ante la obligación de inscribir las viviendas turísticas en un registro público y, a continuación, se tratará la estrategia adoptada por la Junta de Andalucía para evitar que aumente el número de licencias de vehículo de transporte con conductor (en adelante, “VTC”).

2. LAS INSTITUCIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO

Una de las medidas duramente criticadas por la CNMC, y por las distintas Comisiones de Defensa de la Competencia de las CCAA ha sido la obligación de presentar una comunicación y declaración responsable de inicio de actividad y la consiguiente inscripción de las viviendas en un registro público.⁸

Este mandato se encuentra directamente vinculado con otras dos obligaciones también consideradas desproporcionadas e innecesarias por la CNMC y otras autoridades de defensa de la competencia. Por una parte, distintas normativas autonómicas establecen, como deber del propietario de la vivienda turística, la obligación de mostrar el número de registro en la vivienda en toda publicidad que se realice de ésta. Por otra parte,

8 CNMC, “La CNMC requiere a la Xunta de Galicia que suprima o modifique distintos artículos de su Decreto de apartamentos y viviendas turísticas y viviendas de uso turístico”, 25 de abril de 2017. Consultado el 4 de abril de 2018 en <https://www.cnmc.es/2017-04-25-la-cnmc-requiere-la-xunta-de-galicia-que-suprima-o-modifique-distintos-articulos-de-su>



para acceder a la inscripción en el registro, es necesario que la vivienda cumpla con una serie de requisitos técnicos y que incorpore determinados servicios.⁹

Entre las críticas realizadas a esta medida y sus obligaciones vinculadas conviene destacar el Informe de 22 de diciembre de 2016 de la Comisión para la Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana (en adelante, “CDCCV”), dado que realiza un análisis detallado de los motivos por los que el mandato de inscripción en un registro público sería contraria a la libre competencia.

Las críticas a las medidas citadas se centran en el hecho de que éstas constituyen regímenes de autorización a los que se supedita el inicio de actividad y que éstos vulneran la normativa en materia de servicios. Por consiguiente, antes de entrar a valorar dicho informe conviene realizar un análisis de los requisitos que, de conformidad con la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, “Directiva de Servicios”) y con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios (en adelante, “Ley 17/2009”), se exigen para el establecimiento de regímenes de autorización para el inicio de actividades económicas.

Las normas antecitadas exigen que los regímenes de autorización no sean discriminatorios, que estén sujetos a razones de interés general y que sean proporcionados. El requisito de la proporcionalidad se concreta en la exigencia de que la medida impuesta sea idónea para el cumplimiento del objetivo perseguido, que sea necesaria, es decir, que no pueda ser sustituida por otra medida menos gravosa para el prestador del servicio y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto, esto es, ponderando si el beneficio que se obtiene con la restricción a la libertad de empresa justifica la imposición de la medida.¹⁰

2.2. El informe de la CDCCV de 22 de diciembre de 2016

Dado que para acceder al Registro General de Empresas, Establecimientos y Profesiones Turísticas de la Comunitat Valenciana (en adelante, “el Registro”) las viviendas deben cumplir con una serie de requisitos, la obligación de inscribirse en aquél se articula como una manera de garantizar a los usuarios unos estándares mínimos durante su estancia.

Pues bien, entiende la CDCCV que las garantías para los usuarios que se pretenden conseguir mediante la inscripción obligatoria en el Registro se alcanzarían de igual ma-

9 A título de ejemplo cabe citar el Capítulo II del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León y las Secciones 2ª y 3ª del Capítulo II del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia.

10 CDCCV, “Informe CDC PROM 14/2015: Viviendas Turísticas”, 22 de diciembre de 2016, p.14.



nera mediante la inscripción voluntaria. En el informe se indica que el hecho de que las personas usuarias se sentirán más protegidas si acuden a alojamientos inscritos en un registro público es ya incentivo suficiente para que las propietarias inscriban las viviendas turísticas en el Registro. Así, teniendo en cuenta que se alcanzaría el mismo fin con una norma menos gravosa, la obligación de inscribir en el Registro constituiría un régimen de autorización desproporcionado.

En relación con lo anterior y citando el informe económico de la CNMC sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, la CDCCV se refiere al buen funcionamiento de los sistemas reputacionales de las plataformas colaborativas, cuya efectividad a la hora de garantizar determinados estándares de calidad, asegura, es mucho mayor que la de la “*regulación tradicional en el sector del alojamiento turístico*”.¹¹

También considera la CDCCV que no es posible justificar la inscripción obligatoria con el objetivo de que el Registro aporte publicidad e información dado que toda la información acerca de las viviendas turísticas es pública y se puede acceder a ella fácilmente a través de las páginas de internet de las plataformas colaborativas.

La CDCCV se hace asimismo eco del informe económico de la CNMC sobre el Decreto 113/2015 de Canarias con el objetivo de criticar el hecho de que las viviendas de uso turístico se lleven alquilando desde hace años “*sin necesidad de una declaración responsable ni de inscribirse en un registro*”,¹² indicando también que no se establece esta exigencia para el arrendamiento de vivienda a largo plazo. Con base en estos elementos, argumenta la CDCCV que no existe fallo de mercado u objetivo de interés público en el que se pueda amparar la obligación de inscribir las viviendas turísticas.

Por último, conviene indicar que el informe de la CDCCV no cierra totalmente la puerta a la obligación de inscribir las viviendas turísticas en un registro público al entender que esta medida podría llegar a verse justificada por razones de transparencia pero insistiendo en que, en cualquier caso, se deberían reducir los requisitos técnicos y servicios mínimos con los que deben cumplir las viviendas turísticas para acceder al Registro.

2.3. Análisis crítico de la postura de las Comisiones de Defensa de la Competencia

A continuación se analizará si la inscripción obligatoria de las viviendas turísticas en un registro público se adecúa a los requisitos establecidos por la normativa europea y

11 *Op. cit.*, p. 15.

12 *Op. cit.*, p. 15.



estatal en materia de regímenes de autorización, prestando especial atención a los argumentos emitidos por la CDCCV en el informe ya referido.

2.3.1. La inscripción en el Registro no discrimina a las viviendas turísticas con respecto a los prestadores tradicionales de esta clase de servicio

Los establecimientos hoteleros se enfrentan a mayores exigencias para poder operar que las viviendas turísticas, tal como queda acreditado en los Decretos 92/2009, de 3 de julio y 75/2015, de 15 de mayo, del Consell de la Comunitat Valenciana. Por lo que, en absoluto puede considerarse que los nuevos prestadores de alojamiento turístico se hallen discriminados. Es más, dados los escasos requisitos que actualmente se exigen a las viviendas turísticas incluso podría considerarse que se da competencia desleal por parte de los portales de alojamiento turístico con respecto a los prestadores hoteleros.¹³

2.3.2. La inscripción en un registro público como medida que busca la protección de los intereses generales

La inscripción en un registro público se establece como medida para garantizar la protección de personas consumidoras y usuarias y la Unión Europea establece como objetivo principal la protección de consumidores y usuarios¹⁴ y especialmente de los turistas¹⁵, por lo que no cabe duda de que se cumple el objetivo de interés general.

Es más, teniendo en cuenta que la publicidad que ofrece el Registro facilita que las comunidades de propietarios en las que se encuentran viviendas turísticas puedan comprobar si éstas cumplen la normativa vigente para que, en el caso de que no sea así, puedan denunciarlas ante las autoridades competentes, el hecho de que se cumple el objetivo de interés general resulta del todo indudable. No deben olvidarse, en este sentido, las externalidades negativas, concretadas en ruidos y otra clase de problemas para las comunidades vecinales que las viviendas turísticas generan y que son fuente de crecientes problemas sociales.¹⁶

13 BOIX PALOP, A, “Economía Colaborativa para el Desarrollo Local”, 2018, p. 5. Disponible en Regulation Research Group UV: <https://www.uv.es/regulation/index.html>

14 Arts. 169 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

15 Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

16 FILIPPAS, A. Y HORTON, J.J., “The Tragedy of Your Upstairs Neighbors: Is the Airbnb Negative Externality Internalized?”, 12 de junio de 2017. Disponible en: http://people.stern.nyu.edu/afilippa/papers/airbnb_paper.pdf; Campoamor, J., «Turismofobia: Barcelona y otras ciudades en pie de guerra contra el turismo de masas», 1 de junio de 2017. Consultado el 26 de febrero de 2018 en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-40107507>



2.3.3. *La medida cumple con los requisitos de proporcionalidad*

Conviene señalar que la comunicación y declaración responsable de inicio de actividad se presentan en una única instancia y que suponen un gravamen mínimo para quienes arriendan viviendas para uso turístico. Esta puntualización es relevante por cuanto que del posicionamiento general de las comisiones de defensa de la competencia se desprende que la obligación de inscribir las viviendas en un registro público constituye una enorme carga para los propietarios de viviendas turísticas.

Establecido lo anterior, se debe considerar como punto de partida el hecho de que la obligación de inscribir en los registros públicos toda vivienda destinada al alquiler para uso turístico es una novedad, razón por la cual entiende la CDCCV que si antes se ejercía esta clase de actividad sin inscribirla, no existe objetivo que ahora justifique la inscripción. Sin embargo, teniendo en cuenta que la oferta de viviendas turísticas en las principales plataformas de alojamiento colaborativo incrementó en un 74,8% de 2014 a 2016¹⁷, resulta evidente que se trata de un fenómeno que ha adquirido suficiente relevancia social y económica y que, por consiguiente, debe ser abordado por las instituciones públicas.¹⁸

Tanto la CNMC como la CDCCV cuestionan que se obligue a inscribir las viviendas turísticas en un registro público cuando esta misma obligación no existe para el arrendamiento a largo plazo. Pues bien, debe tenerse en cuenta que en los alquileres a largo plazo se obliga al depósito de fianza¹⁹ lo que, dada la documentación que se ha de presentar ante las Administraciones Públicas, conlleva un gravamen similar al de la comunicación y declaración responsable de inicio de actividad. En cualquier caso, las externalidades negativas y el volumen económico que, de manera creciente, se genera con el alquiler turístico suponen justificación suficiente para establecer medidas que implique un mayor control de esta clase de arrendamiento.

Las plataformas en las que se ofrecen viviendas turísticas presentan de manera pública la información acerca de éstas, siendo esta información accesible a cualquier persona. Sin embargo, la idea de que dicha publicidad es suficiente para controlar la actividad

17 EXCELTUR, “Valoración Turística Empresarial de 2016 y Perspectivas para 2017”, núm. 59, 2017, p. 15. Consultado el 6 de febrero de 2018 en <http://www.exceltur.org/perspectivas-turisticas/>

18 DÍAZ PÉREZ, M., “El Encaje Jurídico Público de la Economía Colaborativa”, en Sanz Larruga, J. y Casado Casado, L. (coords.): *Derecho Ambiental en Tiempo de Crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 361-362.

19 Cabe citar, por ejemplo, la obligación establecida en la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros o en la Ley 5/1996 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias.



de las viviendas turísticas no se sostiene. Actualmente existen en España más de nueve plataformas colaborativas en las que se ofrecen alojamientos turísticos²⁰, cada una de las cuales cuenta ya con miles de viviendas turísticas cuyo número aumenta diariamente. Por tanto, controlar de manera externa por las Administraciones Públicas las viviendas ofrecidas en dichas plataformas es una labor prácticamente imposible.

Finalmente, debe abordarse la obligación de registrar las viviendas turísticas como medida cuyo objetivo sería garantizar una serie de condiciones mínimas a las personas usuarias. En relación con esta cuestión conviene analizar si los sistemas reputacionales de las plataformas colaborativas son lo suficientemente eficientes como para hacer innecesario que las instituciones públicas obliguen a las personas propietarias de viviendas turísticas a inscribirlas en un registro público, exigiendo asimismo que dichos inmuebles cumplan con una serie de requisitos técnicos y servicios mínimos para poder acceder a dicho Registro.

Una de las ventajas de las plataformas colaborativas es la reducción de asimetrías informativas entre quienes prestan los servicios y las personas usuarias de éstos. Por una parte, las plataformas de alojamiento establecen una serie de datos que deben ser incorporados a la publicidad del inmueble. Por otra parte, y fundamentalmente, los sistemas reputacionales a través de los cuales los huéspedes (empleando la terminología de *Airbnb*) pueden dejar comentarios y puntuaciones acerca del estado de la vivienda y del trato recibido son bastante fiables²¹ y, por tanto, resultan más eficientes que los sistemas tradicionales de puntuación por estrellas de los hoteles dado que se da una información más detallada y específica de las características de los inmuebles que se ofertan.

No cabe duda acerca del buen funcionamiento de los sistemas reputacionales, el hecho de que incentiven a las personas propietarias de las viviendas turísticas a mejorar aquellos aspectos valorados negativamente o que las personas usuarias hayan recomendado mejorar²² y que las plataformas vayan introduciendo elementos para mejorar dichos sistemas.²³

20 RODRÍGUEZ-ANTÓN, J.M. *et al.*, “La Economía Colaborativa. Una Aproximación al Turismo Colaborativo en España”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 88, p. 271.

21 INTERIAN, J., “Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations”, *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 39, p. 130; MCDONALD, D.K., “Reputation Will Teach the Sharing Economy to Share”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, Núm. 2, 2016, p. 231; ZERVAS, G., *et al.*, “A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average”, 28 de enero de 2015. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2554500>

22 McDonald, D.K., “Reputation Will Teach the Sharing Economy to Share”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, núm. 2, 2016, p. 231.

23 THIERER, A. *et al.*, “How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the ‘Lemons Problem’”, *University of Miami Law Review*, Núm. 70, 2016, p. 871.



Sin embargo, esto no implica que las asimetrías informativas se eliminen por completo. Las personas usuarias tienden a valorar sus experiencias de manera más positiva de lo que realmente han sido dado que, al emitir su opinión al finalizar la estancia, no se benefician de manera directa de las consecuencias que pueda tener el *feedback* que publican.²⁴ A mayor abundamiento, y sobre todo en aquellas plataformas que no obligan a las personas usuarias a emitir opiniones, las experiencias negativas tienden a publicarse en menor medida de manera que en estos casos, muchas veces ni siquiera se llega a emitir opinión.²⁵

Además de lo anterior, y ya con respecto a los requisitos de calidad y seguridad de las viviendas turísticas, debe considerarse la clase de información que se publica tanto en los sistemas reputacionales como por las propias personas propietarias. Así, la información publicada puede no ser toda la información relevante y puede que los elementos a los que las personas usuarias otorgan mayor importancia y en función de los cuales decidirán entre una vivienda turística u otra, no sean aquellas instalaciones que verdaderamente deberían preocuparles. Por ejemplo, se podría otorgar elevada importancia al hecho de que la vivienda turística tenga acceso libre a internet pero no prestar atención a si la instalación eléctrica es segura.²⁶

Esta clase de elementos, relativos a la seguridad, son aquellos que son difícilmente controlables si no es por las instituciones públicas, lo que justifica plenamente la existencia de un registro público obligatorio de viviendas turísticas el acceso al cual se condicione al cumplimiento de ciertos requisitos de calidad y seguridad. Es más, los requisitos exigidos son, por lo general, mínimos y constituyen aquellos servicios que cualquier vivienda normal ya incorpora.

Discusión distinta es aquélla que se centra en qué requisitos deben cumplir y servicios mínimos deben contener las viviendas turísticas. También en este punto es criticable la posición de las autoridades de defensa de la competencia por cuanto que parecen considerar siempre que los requisitos exigidos son excesivos. Es cierto que determinadas CCAA establecen requisitos excesivos, como es el caso del art. 8.c) del Decreto 3/2017 de Castilla y León en el que se exigen que los dormitorios contengan un armario “*con perchas suficientes*”. Sin embargo, la mayor parte de requisitos establecidos por las CCAA se hallan plenamente justificados bien por razones de seguridad, de establecimiento de

24 EDELMAN, B. G. Y GERADIN, D., “Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?”, *Stanford Technology Law Review*, Núm- 293, 2016, p. 316.

25 FRADKIN, A., *et al.*, “The Determinants of Online Review Informativeness: Evidence from Field Experiments on Airbnb”, Working Paper, 2017, p. 7. Disponible en: http://andreyfradkin.com/assets/reviews_paper.pdf

26 Para más información acerca de los sesgos en la toma de decisiones de las personas usuarias y sus implicaciones ver EDELMAN, B. G. Y GERADIN, D., *Op. cit.*, pp. 317-318.



unas condiciones mínimas de calidad para la estancia o de protección de las comunidades de propietarios en las que se encuentren las viviendas turísticas.

En definitiva, la posición adoptada por las autoridades de defensa de la competencia, basada en la crítica a todo requisito que se imponga a las viviendas turísticas pierde de vista la protección de consumidores y usuarios y de terceros que puedan resultar afectados. Por consiguiente, convendría que dichas instituciones realizasen una ponderación de intereses, valorando todos los elementos en juego, sobre todo, en el caso de una medida apenas gravosa para las personas propietarias de viviendas turísticas como es la presentación de una comunicación de inicio de actividad y declaración responsable.

3. LAS ENTIDADES LOCALES ANTE EL TRANSPORTE COLABORATIVO

Actualmente, en España, las plataformas de transporte colaborativo operan a través de licencias VTC.

Las autoridades de defensa de la competencia favorecen la liberalización casi sin restricciones del alojamiento colaborativo como antes se ha visto, pero también la desregulación de las licencias VTC para favorecer la libertad de mercado en el transporte urbano de pasajeros. Conviene indicar que sobre todo en el ámbito de este mercado, tradicionalmente dominado por los taxis y caracterizado por importantes restricciones de acceso, la entrada de nuevos prestadores es un elemento positivo. En este sentido, es posible citar los estudios llevados a cabo por la CNMC en las ciudades de Córdoba y Málaga, en los que se estimó que el monopolio del taxi en estas ciudades hacía perder unos 6,9 millones de euros anuales a las personas consumidoras.²⁷

En el lado contrario a las autoridades de defensa de la competencia se sitúan en muchas ocasiones las instituciones públicas, elaborando y aprobando normas que difícilmente pueden verse amparadas en la consecución de intereses generales y que responden más bien a las presiones ejercidas por los prestadores tradicionales de los servicios que ven su cuota de mercado mermada como consecuencia de la entrada de las plataformas colaborativas. Estas reacciones son especialmente patentes en el caso de las políticas en materia de transporte urbano dado que desde las instituciones estatales, autonómicas y locales se han aprobado normas cuyo objetivo es dificultar que el acceso al mercado del

27 CNMC, “El monopolio del taxi en Málaga y Córdoba genera unas pérdidas para los consumidores de más de 6,9 millones de euros al año”, 28 de enero de 2016. Consultado el 9 de marzo de 2018 en <https://blog.cnmcc.es/2016/01/28/el-monopolio-del-taxi-en-malaga-y-cordoba-genera-unas-perdidas-para-los-consumidores-de-mas-de-69-millones-de-euros-al-ano/>



transporte urbano de pasajeros a quienes lo presten a través de las plataformas colaborativas, protegiendo de manera excesiva al sector del taxi.

Ahora bien, lo anterior no implica que deba negarse toda medida dirigida a proteger dicho sector, dado que la entrada en el mercado de nuevos competidores puede poner en riesgo la situación económica de los prestadores tradicionales que, además accedieron a su profesión con una serie de expectativas,²⁸ desembolsando importantes cantidades de dinero por las licencias,²⁹ por lo que no es descartable que se implementen determinadas medidas con el objetivo de paliar o compensar los efectos negativos que la entrada de nuevos prestadores pueda tener sobre los taxistas.³⁰

Sin embargo, esta clase de medidas no deberían ir orientadas en un sentido que perjudique los intereses de usuarios. Las plataformas colaborativas del transporte urbano de pasajeros como Uber o Cabify generan una serie de eficiencias que benefician fundamentalmente a los usuarios y que se concretan, entre otras, en la reducción de asimetrías informativas y en una fijación de precios que fluctúa según la oferta y la demanda existentes y que debería resultar en unas tarifas más beneficiosas que las actuales para quien recibe el servicio.³¹

A continuación se examinará una medida que, lejos de buscar el bienestar de consumidores y usuarios, responde plenamente a las presiones del sector del taxi cuyas estructuras organizativas ya están creadas y que cuenta con una gran ventaja con respecto a aquellas personas que buscan acceder por primera vez a la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros a través de plataformas colaborativas y que tienen más dificultades a la hora de organizarse para ejercer presión sobre las instituciones públicas.³²

28 Las sumas obtenidas por la venta de licencias son tan elevadas que sirven a modo de “seguro de jubilación” para los miembros del sector del taxi, expectativa que se verá truncada si aumenta el número de prestadores VTC, reduciéndose el precio tanto de estas licencias como de las de taxi, dejando de ser rentable la compraventa de éstas.

29 En este sentido cabe indicar que en el área metropolitana de Barcelona “*en términos absolutos, entre 1987 y 2016, el valor de una licencia de taxi en el mercado secundario ha aumentado un 503,7%, mientras que el IBEX-35 ha aumentado un 233,7 %.*” Así lo indica la CNMC en su “Informe Económico sobre el Decreto 314/2016, relativo a la actividad de mediación en los Servicios de Taxi en Cataluña”, Junio 2017, UM/01/17, p. 6. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1693688_14.pdf

30 DOMÉNECH PASCUAL, G., “Sharing Economy and Regulatory Strategies towards Legal Change”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 7, Núm. 4, 2016, pp. 725-726.

31 DOMÉNECH PASCUAL, G., “La Regulación de la Economía Colaborativa en el Sector del Taxi y los VTC”, en Montero Pascual, J. J. (Dir.), *La Regulación de la Economía Colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y Otras Plataformas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-401

32 DOMÉNECH PASCUAL, G., “Economía Colaborativa y Administración Local”, *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, 2017, pp. 51-52.



3.1. Contexto normativo

La Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, eliminó algunos de los preceptos de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres que servían de fundamento para el establecimiento de limitaciones numéricas y de otro tipo a las licencias VTC.

No fue hasta la aprobación de la Ley 9/2013³³ que se volvió a establecer la posibilidad de que se limitase el número de licencias VTC.³⁴ Dicha norma modificó el art. 48 LOTT, que quedaba redactado en los siguientes términos:

Artículo 48.

1. El otorgamiento de las autorizaciones de transporte público tendrá carácter reglado por lo que sólo podrá denegarse cuando no se cumplan los requisitos exigidos para ello.
2. No obstante, y de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor.

Con base en dicha modificación se aprobó el Real Decreto 1075/2015 volviendo a establecer una limitación numérica, indicando que las autoridades competentes de las CCAA o municipios podrán denegar las autorizaciones VTC solicitadas si se considera que existe una situación de desequilibrio, entendiéndose que, en todo caso, se da dicha situación de desequilibrio si el número de licencias VTC superan una por cada treinta licencias de taxi.

3.2. La paralización y denegación de las solicitudes de licencias VTC autorizadas por los tribunales

Durante el tiempo en el que no existieron restricciones al número de licencias VTC que podían ser concedidas, esto es, hasta la aprobación del Real Decreto 1075/2015,

33 Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

34 De manera previa a la aprobación de dicha norma el gobierno trató de establecer nuevas limitaciones para la concesión de licencias VTC a través de la aprobación del Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, sin embargo, la Sala 3ª del Tribunal Supremo anuló dichas restricciones en sus Sentencias dictadas en los recursos 427/2010, 5892/2011 y 969/2012 al entender que no existía Ley que las amparase y ser contrarias a las disposiciones de la Ley 25/2009.



muchas instituciones públicas continuaron denegando las autorizaciones solicitadas por considerar que se superaba la proporción 1/30 entre licencias VTC y de taxi. La denegación de dichas licencias ha sido recurrida ante los Tribunales y, dado que en el momento en que se solicitaron la mayoría de autorizaciones VTC, no había norma alguna que limitase su concesión, los pronunciamientos judiciales han revocado la denegación de dichas licencias, obligando a retrotraer el procedimiento administrativo al momento posterior a la solicitud de la licencia.³⁵

Pues bien, con el objetivo de evitar que dichas licencias sean inmediatamente concedidas en el momento en que se estimen los recursos interpuestos por los solicitantes de aquéllas, la Junta de Andalucía ha establecido que en el momento en que se dicten las resoluciones judiciales correspondientes se deba valorar nuevamente por las autoridades competentes la procedencia de autorizar o no la concesión de las licencias solicitadas. Esta valoración se introduce a través de un informe que debe ser emitido por las entidades locales y que debe evaluar la conveniencia de estimar la solicitud de petición de licencia VTC.³⁶

El verdadero objetivo de este informe es establecer un mecanismo a través del cual se pueda denegar la concesión de las licencias de manera que, en enero de 2018, se había conseguido paralizar 992 peticiones de licencias VTC.³⁷ El elemento de controversia no es por tanto, solamente la medida en sí, que podría argumentarse contraria a las decisiones judiciales, sino también los motivos que la respaldan y que ponen en evidencia la captura de los reguladores por parte del sector del taxi.³⁸

Atendiendo a las implicaciones de la introducción de este informe municipal con respecto a las sentencias que revocan la denegación de las licencias VTC conviene indicar que dichos pronunciamientos judiciales establecen la obligación de retrotraer el procedimiento al momento de solicitud de la licencia al entender que la motivación dada para denegar dichas licencias, esto es, la superación de la proporción de una licen-

35 Ver, por ejemplo, las Sentencias de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1713/2017 de 13 de noviembre dictada en el recurso núm. 3100/2015 y núm. 1711/2017 de 13 de noviembre dictada en el recurso núm. 3542/2015.

36 Junta de Andalucía, “La Junta denegará nuevas autorizaciones de VTC si los ayuntamientos no las ven necesarias”, 20 de septiembre de 2017. Consultado el 14 de abril de 2018 en: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/infraestructuras/125509/junta/denegara/nuevas/autorizaciones/vtc/ayuntamientos/estiman/necesarias>

37 Europapress, “Andalucía lleva paralizadas casi 1.000 peticiones de licencia de VTC para equilibrar con el taxi”, 7 de enero de 2018. Consultado el 14 de abril de 2018 en: <http://www.europapress.es/andalucia/noticia-andalucia-lleva-paralizadas-casi-1000-peticiones-licencia-vtc-equilibrar-taxi-previo-informe-local-20180107102135.html>

38 DOMÉNECH PASCUAL, G., “Economía Colaborativa y Administración Local”, *op. cit.*, pp. 51 y ss.



cia VTC por cada 30 de taxi, no sería válida al no haber estado vigente la limitación en el momento de aplicarla.³⁹

Si bien las Sentencias dictadas no obligan a conceder las licencias denegadas, al ordenar la retroacción del procedimiento no se pretende que se introduzca un nuevo elemento a éste en virtud del cual se puedan denegar nuevamente las licencias, sino que se vuelva a llevar a cabo el procedimiento administrativo en la misma forma en que estaba previsto para la resolución de denegación recurrida.

Este nuevo informe que se solicita a los municipios hallaría su base legal en el artículo 181.2 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Dicho precepto establece lo siguiente:

El correspondiente Ayuntamiento podrá valorar las circunstancias externas concurrentes a la hora de emitir su informe sobre la procedencia del otorgamiento de las autorizaciones solicitadas, debiendo tenerse en cuenta la distinta naturaleza y el carácter diferenciado del arrendamiento con conductor y de los servicios de transporte en vehículos de turismo.

Sin embargo, dicho precepto, de conformidad con las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 1711/2017 y 1713/2017, ambas de 13 de noviembre, habría sido derogado por la Ley 25/2009 y la modificación operada en la LOTT por la Ley 9/2013 no podría haber implicado nuevamente su entrada en vigor.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que se está aplicando un precepto derogado, la introducción del nuevo informe a emitir por los Ayuntamientos es contraria a derecho.

Asimismo, cabe incidir en el hecho de que la decisión de establecer el informe se adoptó claramente como consecuencia de la presión ejercida por el sector del taxi sobre la Junta de Andalucía⁴⁰ por lo que difícilmente puede sostenerse que se hayan valorado y tenido en cuenta todos los intereses en juego al restringir la emisión de licencias VTC. Así, como ya se ha indicado, la entrada de nuevos prestadores al mercado del transporte urbano de pasajeros generan enormes eficiencias que benefician a los usuarios.

Esto no quiere decir que no deban establecerse requisitos tanto a los conductores VTC como a sus vehículos, fundamentalmente por razones de seguridad de los usuarios, sin embargo, estas medidas deben de ser proporcionales a los fines que persigan, debiendo éstos ser de interés general. Pues bien, medidas como la aquí expuesta, son una clara muestra de la captura de los reguladores por el sector del taxi dado que, más

39 Ver, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Málaga), nº 1626/2017, de 18 de julio.

40 RUIZ FÁJULA, D., "La Junta le lanza un cable al taxi", *El Mundo*, 16 de agosto de 2017. Consultado el 15 de abril de 2018 en <http://www.elmundo.es/andalucia/2017/08/16/59949469e2704e3d-388b46a6.html>



allá de que las restricciones numéricas a las licencias VTC puedan ser justificadas o no, cuestión que no es objeto de debate en el presente trabajo, lo cierto es que, con el ánimo de salvaguardar exclusivamente los intereses del referido sector las instituciones públicas están llegando incluso a actuar de manera contraria a derecho.

4. CONCLUSIONES

Las eficiencias producidas por las plataformas de transporte y alojamiento colaborativo son innegables y, de hecho, se hallan en el origen de su creciente éxito. Es precisamente como consecuencia de su relevancia social y económica que las instituciones públicas deben regular y, de hecho, están regulando el acceso al mercado y el funcionamiento de estos nuevos modelos de negocio.

A la hora de tomar estas decisiones, las instituciones deben valorar la forma en que estos nuevos prestadores que acceden a mercados ya estructurados y establecidos pueden afectar a los prestadores tradicionales y las posibilidades que hay de otorgar una mínima protección a éstos sin perjudicar los intereses de consumidores y usuarios. Asimismo, debe defenderse la facilidad de acceso a mercados tradicionales para nuevos prestadores, sobre todo en los casos en que hablemos de particulares y en que, por consiguiente, las plataformas colaborativas faciliten el reparto de riqueza. Pero, nuevamente, no pueden olvidarse los efectos que las plataformas tienen tanto sobre los usuarios de los servicios prestados como sobre terceras personas.

Todos los elementos antecitados deberían tenerse en cuenta a la hora de establecer la normativa aplicable a las plataformas colaborativas así como a la hora de examinar, por parte de las autoridades de defensa de la competencia si dichas normativas son acordes a la libre prestación de servicios. El presente trabajo ha examinado dos posiciones muy contradictorias mantenidas por instituciones públicas acerca de una cuestión muy similar que evidencian la imposibilidad de que ambas posiciones mantenidas busquen la protección de los intereses generales y no constituyan visiones sesgadas de una misma realidad. En definitiva, la defensa de los intereses generales no siempre se tiene en cuenta en este momento de evolución normativa, lo cual puede derivar en situaciones de tensión y conflicto social si no se fomenta el diálogo entre los distintos sectores interesados.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BELK, "Sharing Versus Pseudo-Sharing in Web 2.0", *Anthropologist*, Vol. 18, Núm. 1, 2014, pp. 7-23
- BOIX PALOP, A., «De McDonald's a Google: La Ley ante la Tercera Revolución Productiva», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 1, 2007, pp. 124-147.



- DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A. M., “El Alojamiento Colaborativo: Viviendas de Uso Turístico y Plataformas Virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 5, 2016.
- DÍAZ PÉREZ, M., “El Encaje Jurídico Público de la Economía Colaborativa”, en Sanz Larruga, J. y Casado Casado, L. (coords.): *Derecho Ambiental en Tiempo de Crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 361-374.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Sharing Economy and Regulatory Strategies towards Legal Change”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 7, Núm. 4, 2016, pp. 725-726.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Economía Colaborativa y Administración Local”, *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, 2017, pp. 35-66.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “La Regulación de la Economía Colaborativa en el Sector del Taxi y los VTC”, en Montero Pascual, J. J. (Dir.), *La Regulación de la Economía Colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y Otras Plataformas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-401.
- EDELMAN, B. G. Y GERADIN, D., “Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?”, *Stanford Technology Law Review*, Núm- 293, 2016, pp. 293-328.
- FILIPPAS, A. Y HORTON, J.J., “The Tragedy of Your Upstairs Neighbors: Is the Airbnb Negative Externality Internalized?”, 12 de junio de 2017. Disponible en: http://people.stern.nyu.edu/afilippa/papers/airbnb_paper.pdf
- FRADKIN, A., GREWAL, E. Y HOLTZ, D., “The Determinants of Online Review Informativeness: Evidence from Field Experiments on Airbnb”, Working Paper, 2017. Disponible en: http://andreyfradkin.com/assets/reviews_paper.pdf
- INTERIAN, J., “Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations”, *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 39, pp. 129-161.
- RODRÍGUEZ-ANTÓN, J.M., ALONSO-ALMEIDA, M.M., RUBIO-ANDRADA, L., Celemín Pedroche, M.S., “La Economía Colaborativa. Una Aproximación al Turismo Colaborativo en España”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 88, pp. 259-283.
- SORIANO ARNANZ, A., «Regulación aplicable a Uber en Londres: La pugna entre los *black cabs* y las Empresas de Transporte Colaborativo», en Boix Palop, A., De La Encarnación Valcárcel, A. M. y Doménech Pascual, G., *La regulación del transporte colaborativo*, 2017, p. 345.
- MCDONALD, D.K., “Reputation Will Teach the Sharing Economy to Share”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, Núm. 2, 2016, p. 231.
- THIERER, A., KOOPMAN C., HOBSON, A. Y KUIPER, C., “How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the ‘Lemons Problem’”, *University of Miami Law Review*, Núm. 70, 2016, pp. 830-878.



ZERVAS, G., PROSERPIO, D. Y BYERS, J., “A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average”, 28 de enero de 2015. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2554500>

Otras fuentes consultadas

CAMPOAMOR, J., «Turismofobia: Barcelona y otras ciudades en pie de guerra contra el turismo de masas», 1 de junio de 2017. Consultado el 26 de febrero de 2018 en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-40107507>

CDCCV, “Informe CDC PROM 14/2015: Viviendas Turísticas”, 22 de diciembre de 2016

CGPJ, “El Tribunal Supremo concede 80 licencias de vehículo con conductor en Madrid solicitadas antes del Reglamento de 2015”, 15 de noviembre de 2017, consultado el 10 de abril de 2018 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-concede-80-licencias-de-vehiculo-con-conductor-en-Madrid-solicitadas-antes-del-Reglamento-de-2015>

CNMC, “Informe Económico sobre el Decreto 314/2016, relativo a la actividad de mediación en los Servicios de Taxi en Cataluña”, Junio 2017, UM/01/17, p. 6.

CNMC, “La CNMC requiere a la Xunta de Galicia que suprima o modifique distintos artículos de su Decreto de apartamentos y viviendas turísticas y viviendas de uso turístico”, 25 de abril de 2017. Consultado el 4 de abril de 2018 en <https://www.cnmc.es/2017-04-25-la-cnmc-requiere-la-xunta-de-galicia-que-suprima-o-modifique-distintos-articulos-de-su>

CNMC, “El monopolio del taxi en Málaga y Córdoba genera unas pérdidas para los consumidores de más de 6,9 millones de euros al año”, 28 de enero de 2016. Consultado el 9 de marzo de 2018 en <https://blog.cnmc.es/2016/01/28/el-monopolio-del-taxi-en-malaga-y-cordoba-genera-unas-perdidas-para-los-consumidores-de-mas-de-69-millones-de-euros-al-ano/>

EXCELTUR, “Valoración Turística Empresarial de 2016 y Perspectivas para 2017”, núm. 59, 2017, p. 15. Consultado el 6 de febrero de 2018 en <http://www.exceltur.org/perspectivas-turisticas/>

Europapress, “Andalucía lleva paralizadas casi 1.000 peticiones de licencia de VTC para equilibrar con el taxi”, 7 de enero de 2018. Consultado el 14 de abril de 2018 en: <http://www.europapress.es/andalucia/noticia-andalucia-lleva-paralizadas-casi-1000-peticiones-licencia-vtc-equilibrar-taxi-previo-informe-local-20180107102135.html>

Junta de Andalucía, “La Junta denegará nuevas autorizaciones de VTC si los ayuntamientos no las ven necesarias”, 20 de septiembre de 2017. Consultado el 14 de abril de 2018 en: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/infraestructuras/125509/junta/denegara/nuevas/autorizaciones/vtc/ayuntamientos/estiman/necesarias>



PWC ESPAÑA, “Evaluación del tamaño y la presencia de la Economía Colaborativa en Europa”, abril 2016. Disponible en: <https://www.pwc.es/es/publicaciones/digital/evaluacion-economia-colaborativa-europa.pdf>

RUIZ FÁJULA, D., “La Junta le lanza un cable al taxi”, El Mundo, 16 de agosto de 2017. Consultado el 15 de abril de 2018 en <http://www.elmundo.es/andalucia/2017/08/16/59949469e2704e3d388b46a6.html>



RETOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA /
CHALLENGES OF THE COLLABORATIVE ECONOMY



ALGUNAS CONSIDERACIONES FISCALES SOBRE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Ana MARÍA DELGADO GARCÍA
Catedrática de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat Oberta de Catalunya

Rafael OLIVER CUELLO
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
ESERP Business and Law School

RESUMEN: La economía colaborativa, en el marco de la economía digital, está basada en la idea de compartir en vez de poseer. Es una realidad que aumenta de forma constante e imparable a una gran velocidad, pues utiliza plataformas electrónicas para compartir e intercambiar productos y servicios que, a su vez, se expanden en un abierto y claro desafío a las empresas tradicionales. Este fenómeno presenta, al mismo tiempo, muchas oportunidades pero también ciertos retos a los que debe darse una adecuada respuesta. Por ello, es preciso que esta actividad sea objeto de regulación, tanto a nivel nacional como internacional, a los efectos de preservar los derechos de todos los agentes implicados en la misma, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de sus obligaciones, en especial, las fiscales.

El tratamiento fiscal de la economía colaborativa es complejo y no es único, pues depende del concreto tipo de iniciativa de que se trate y también del operador implicado. Además, en muchas ocasiones es un fenómeno que debe ser analizado desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, ya que entran en concurrencia distintos ordenamientos tributarios nacionales, al tratarse de operaciones transnacionales. A estos efectos, resulta imprescindible establecer vías de colaboración entre las plataformas y las Administraciones Tributarias en materia de información y recaudación que aseguren la correcta aplicación del sistema tributario.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, consumo participativo, plataformas, regulación, fiscalidad.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años estamos asistiendo a un cambio de paradigma marcado por el fenómeno creciente de la denominada economía colaborativa, esto es, un modelo de consumo que, basado en las tecnologías, permite acceder a determinados bienes y servicios de manera participativa a la vez que eficiente. Se trata de una realidad bastante novedosa y que tiene un significativo impacto tanto en la sociedad como en la economía y que afecta, en especial, a sectores relacionados con el turismo, como el



transporte, el alojamiento y la gastronomía. Además, lejos de ser una moda pasajera, se ha instaurado en nuestra sociedad incidiendo en la forma de entender el trabajo, la propiedad y las relaciones comerciales y modificando los hábitos de provisión y acceso a bienes y servicios.

A la ya apuntada novedad y trascendencia de la economía colaborativa, se suma su dinamismo y complejidad; por lo que constituye todo un desafío para los gobiernos y también para las empresas tradicionales, como anteriormente sucedió con el comercio electrónico. Así pues, es necesario que esta actividad sea objeto de regulación, tanto a nivel nacional como internacional (teniendo en cuenta el origen de dicha actividad y las características de los operadores que actúan en la misma), a los efectos de preservar los derechos de todos los agentes implicados en la misma, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de sus obligaciones, en especial, las fiscales. En España no existe una regulación sistemática en esta materia ni se ha modificado ninguna regulación sectorial relacionada con la misma, así como tampoco se ha introducido ninguna medida tributaria dirigida de forma directa al fomento de este tipo de actividad económica.¹

2. IMPACTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA IMPORTANCIA DE LA FISCALIDAD

2.1. Características de la economía colaborativa

La economía colaborativa, en el marco de la economía digital, está basada en la idea de compartir en vez de poseer. Es una realidad que aumenta de forma constante e imparable a una gran velocidad, pues utiliza plataformas electrónicas para compartir e intercambiar productos y servicios que, a su vez, se expanden en un abierto y claro desafío a las empresas tradicionales. En efecto, la oferta y el consumo en este nuevo escenario no se plantean no como una simple posesión de bienes, sino como el acceso compartido a su disfrute y se caracteriza por la creación de productos duraderos y preparados para un uso intensivo (pues pueden ser utilizados por varias persona o bien a lo largo de la vida de un mismo consumidor o usuario) frente al consumo rápido y eliminación prematura de los productos en la sociedad de consumo.²

1 Únicamente se ha aprobado la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en la que se contempla el *crowdfunding* financiero.

2 El consumo sostenible ha sido reconocido por las Naciones Unidas, a partir de 1999, como un derecho básico del consumidor.



Por otro lado, la economía colaborativa puede suponer una forma alternativa de salir de la crisis económica, pues presenta un gran potencial de empleo, al tiempo que es una forma de equilibrar y hacer más sostenible a la economía de mercado. En este contexto, al igual que ocurre con los servicios, también los productos no sólo se venden sino que se alquilan, redistribuyen o comparten. De ahí que también se hable de consumo colaborativo o participativo, entendido como la forma tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar, redefinida a través de la tecnología y las comunidades, de manera que el servicio es más eficiente y escalable.

Dentro de la economía colaborativa pueden distinguirse diferentes iniciativas muy distintas: sistemas basados en productos en los que en vez de adquirir un producto, se paga por su uso durante un tiempo determinado; mercados de redistribución en los que se redistribuyen los bienes usados o adquiridos por un precio inferior al de mercado; y estilos de vida colaborativos que suponen que personas con intereses comunes se unen para compartir e intercambiar bienes menos tangibles, como pueden ser el tiempo y el espacio.³

2.2. Agentes implicados

En el ámbito de la economía colaborativa pueden distinguirse tres tipos de agentes que operan en la misma: los prestadores de servicios, los intermediarios y los usuarios. Los prestadores de servicios comparten activos, recursos y tiempo a través de internet o aplicaciones móviles. A su vez, pueden ser tanto particulares que ofrecen servicios de forma ocasional, remunerada o sin ánimo de lucro; o bien pueden ser prestadores de servicios a título profesional.

Por su parte, los intermediarios conectan a los prestadores con los usuarios, facilitando las transacciones entre ambos, de forma remunerada o no. La conexión se realiza a través de una plataforma en línea (plataforma colaborativa): a través de internet o mediante una aplicación móvil. Y, en relación con los usuarios, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, son al mismo tiempo productores y consumidores.⁴

2.3. Potencialidades y riesgos

Consciente del potencial de la economía colaborativa, pero también de los interrogantes que plantea, el Comité Económico y Social Europeo redactó un Dictamen

3 La economía colaborativa, según CAÑIGUERAL, está presente en cuatro bloques: el consumo colaborativo, el movimiento *Maker* y la *Peer production*, las finanzas participativas y el capital distribuido y el conocimiento abierto. CAÑIGUERAL BAGÓ, A. (2014). *Vivir mejor con menos: Descubre las ventajas de la nueva economía colaborativa*. Barcelona: Editorial Conecta. Págs. 33 a 37.

4 En este contexto, para aludir a esta doble condición de productores y consumidores, se utiliza el término “prosumidores”.



sobre esta materia, en 2014, titulado “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI” (2014/C 177/01). En este Dictamen, el Consejo advierte que “representa la complementación ventajosa desde el punto de vista innovador, económico y ecológico de la economía de la producción por la economía del consumo. Además, supone una solución a la crisis económica y financiera en la medida que posibilita el intercambio en casos de necesidad”. Y, en consecuencia, “puede representar una oportunidad para retomar la senda de un desarrollo sostenible en lo económico, humano en lo social, y armónico con el planeta en lo medioambiental”. Este Dictamen está en línea con la Estrategia Europa 2020, que propone un consumo de bienes y servicios acorde con un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y, además, con incidencia en la creación de empleo, en la productividad y en la cohesión económica, social y territorial.⁵

Se destaca en este Dictamen que “los excesos del hiperconsumo han contribuido a crear una brecha de desigualdad entre regiones productoras y consumidoras donde, a consecuencia de ello, conviven antagónicamente la exclusión social y la obesidad, o el despilfarro y la precariedad. El consumo colaborativo o participativo puede suponer una herramienta de mercado complementaria con la que reiniciar y regenerar el mercado interior, saneándolo y haciéndolo más equilibrado y sostenible, siempre que cuente con estructuras fijas”. Y, por otro lado, “la propuesta del consumo colaborativo o participativo propicia también una salida a todos los colectivos más vulnerables y, especialmente, a aquellas familias con una situación económica difícil o que hayan podido ser excluidos de los canales convencionales de acceso al crédito para la adquisición de los bienes que necesitan, dadas las circunstancias sociales actuales. Pero también supone una opción para aquellos que, pudiendo acceder al mercado de bienes y servicios de forma normalizada, voluntariamente toman la decisión de no hacerlo, basada en el compromiso con sus valores personales”.

Frente al potencial de la economía colaborativa, son numerosos los desafíos que plantea y su complejidad requiere de la confianza y de la regulación nacional e internacional y de la ordenación de las prácticas existentes en este sector, a los efectos de preservar los derechos y obligaciones de todos los agentes implicados. Junto a esta regulación, es preciso, asimismo, identificar cuándo la economía colaborativa cubre necesidades sociales y cuándo constituye una actividad comercial. Precisamente, cuando se está en presencia de una actividad que tiene ánimo de lucro, la regulación debe ir encaminada, como se ha señalado, a “responsabilizar a los agentes operadores en el cumplimiento

5 Otras estrategias de la UE que afectan directa o indirectamente el espacio del consumo colaborativo, son la Comunicación relativa al “Plan de acción sobre consumo y producción sostenibles y una política industrial sostenible”, la Iniciativa de Innovación social de Europa, o la “Agenda Digital para Europa”.



de las normas de seguridad, publicidad, patentes y marcas, protección del consumidor, derecho de la competencia y... la normativa fiscal”.⁶

Por ello, el Consejo concluye que la Comisión debería abordar esta materia, pues “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”.⁷

Haciendo eco de dicha recomendación, dos años más tarde, el 2 de junio de 2016, la Comisión Europea, en su Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa” (COM 2016, 356 final) remarca el papel de la economía colaborativa como fuente de ingresos. Y, para ello, la Comisión facilita orientaciones sobre cómo debería aplicarse la legislación vigente de la Unión Europea a este sector. Además, aclara cuestiones clave a las que se enfrentan de la misma manera tanto los operadores del mercado como las autoridades públicas: el tipo de requisitos de acceso al mercado que pueden fijarse; criterios de determinación de responsabilidad en caso de que surjan problemas; medidas de protección de los usuarios, criterios para la determinación de la existencia de una relación de empleo; y la fiscalidad aplicable. Precisamente, la fiscalidad constituye, a todos los efectos, uno de los principales retos para el desarrollo de la economía colaborativa.

Respecto a esta última cuestión, la Comisión remarca que “como todos los demás participantes en la economía, los prestadores de servicios de la economía colaborativa deben pagar impuestos” y anima a los Estados miembros a que sigan simplificando y clarificando la aplicación de las normas fiscales a la economía colaborativa e indica que

6 RUIZ GARIJO, M. (2017). La economía colaborativa en el ámbito de la vivienda: cuestiones fiscales pendientes. *Lex Social*, vol. 7, nº 2. Pág. 56.

7 Para ello, el Consejo plantea a la Comisión las siguientes líneas de actuación. En un primer momento, compilando los derechos y principios básicos que ya están consagrados en el Derecho de la Unión Europea y protegen a los ciudadanos. Posteriormente, desarrollando estudios al respecto, a fin de detectar los obstáculos que puedan existir en el desarrollo de estas actividades y los problemas que se tendrían que solucionar, destacando el valor europeo que comportaría la adopción de una medida de ámbito europeo. Para ello, deberían dedicarse suficientes recursos financieros. Y también creando una base de datos y de intercambios de experiencias y buenas prácticas del consumo colaborativo o participativo, que sea de acceso a todos los consumidores. A la vez, podría crear campañas de sensibilización e información sobre el consumo colaborativo o participativo. En último lugar, debería proceder a la armonización de legislaciones de los problemas transfronterizos y los que aporten un valor añadido europeo al tema.



las plataformas colaborativas deberían prestar su total colaboración a las autoridades nacionales para registrar la actividad económica y facilitar la recaudación de impuestos. Además, identifica como aspectos trascendentales respecto del cumplimiento de las obligaciones fiscales “las dificultades para identificar a los contribuyentes y a los ingresos imponibles, falta de información sobre los prestadores de servicios, exacerbación de la planificación fiscal agresiva en el sector digital, diferencias de las prácticas fiscales en la UE e intercambio de información insuficiente”. Para ello, la Comisión entiende que los Estados “deben aplicar obligaciones fiscales similares desde el punto de vista funcional a las empresas que prestan servicios comparables. Aumentar la sensibilidad sobre las obligaciones fiscales, informar a los administradores fiscales sobre los modelos de empresa colaborativa, publicar orientaciones y aumentar la transparencia a través de información en línea podrían ser instrumentos para liberar el potencial de la economía colaborativa”.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA FISCAL

El tratamiento fiscal de la economía colaborativa es complejo y no es único, pues depende del concreto tipo de iniciativa de que se trate (transporte, alojamiento, financiación, filantropía...) y también del operador implicado (plataforma, usuario o prestador del servicio). Además, en muchas ocasiones es un fenómeno que debe ser analizado desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, ya que entran en concurrencia distintos ordenamientos tributarios nacionales, al tratarse de operaciones transnacionales.

Con carácter general, la explotación de una plataforma colaborativa supone una ordenación de medios materiales y personales que tiene la consideración de actividad económica si se realiza con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Estas empresas deben tributar como cualquier otra empresa cuando se cobra una comisión o ingreso por los servicios prestados en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto sobre Sociedades, si se trata de una persona jurídica o el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si se trata de una persona física. El problema en estos casos es el de la deslocalización, ya que normalmente no hay presencia física de la plataforma en los países de sus usuarios.

Por otra parte, las plataformas pueden actuar como potenciales colaboradoras de la Administración tributaria, ya que registran la actividad económica. Esta colaboración puede pasar, por ejemplo, por el establecimiento de deberes de información específicos, por el mecanismo de retención o bien por el establecimiento de un supuesto de responsabilidad tributaria.⁸

8 A este respecto, RUIZ GARIJO considera que podría crearse un nuevo supuesto de responsabilidad tributaria solidaria que permitiera dirigirse indistintamente contra la plataforma o contra la empresa o particular que presta sus servicios a través de la misma. En RUIZ GARIJO, M., cit., pág. 70.



Por su parte, existen dudas sobre cuál es la naturaleza de la actividad que realizan los particulares que mediante plataformas colaborativas prestan servicios u ofrecen bienes mediante contraprestación, pues la cuestión que debe aclararse es si las rentas obtenidas y los servicios prestados lo son en el ámbito de una actividad empresarial o profesional o no, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Valor Añadido. Difícilmente los particulares que intervienen en la economía colaborativa pueden tener esta consideración de empresario o profesional afectos a ambos tributos.⁹

En cualquier caso, se pueden identificar tres tipos de grandes problemas en materia de fiscalidad de la economía colaborativa. El primero de ellos radica en la incertidumbre surgida respecto de la normativa aplicable, produciéndose problemas de cumplimiento de las distintas obligaciones tributarias. Para evitarlo, es importante que se revise la normativa aplicable para crear condiciones de competencia equitativas para las empresas que prestan los mismos servicios y también lo es que se refuercen las actuaciones de información tributaria sobre este sector. Asimismo, la fiscalidad aplicable no debería desincentivar la participación en esta actividad económica, pues a veces dicha participación por parte de particulares es esporádica y, por otra parte, el beneficio generado es ínfimo o inexistente.

Un segundo bloque de problemas tributarios a resolver tiene que ver con la calificación. En primer lugar, deben identificarse los hechos reveladores de capacidad económica en cada una de las posibles manifestaciones de la economía colaborativa, teniendo en cuenta los principios de igualdad tributaria y de neutralidad.¹⁰ Como ha señalado algún autor, ello “exigirá que sean objeto de un adecuado y proporcionado tratamiento tributario que impida, por un lado, que bajo tal etiqueta se propicie la elusión del gravamen correspondiente a operaciones de naturaleza empresarial, a rentas de diversa naturaleza o a consumos que no se diferencien significativamente de los que se producen en el mercado tradicional de bienes y servicios, pero también, por otro, que se penalicen indebidamente experiencias innovadoras de carácter esencialmente cooperativo o incluso solidario, en las que no afloran beneficios económicos significativos o que generan externalidades positivas merecedoras de un tratamiento fiscal de incentivo”.¹¹

9 No obstante, en el sector de alquiler de inmuebles, a efectos del IVA, el arrendador, en principio, es sujeto pasivo del impuesto. Ahora bien, con carácter general, el arrendamiento de viviendas, incluidos los garajes y anexos accesorios y los muebles arrendados conjuntamente con ellas, está exento del IVA (art. 20. Uno. 23º de la Ley 37/1992, del IVA).

10 En la citada Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa” se propugna la idea de neutralidad que ha de inspirar la fiscalidad de este sector, al objeto de que las normas tributarias no generen distorsiones en la competencia.

11 MONTESINOS OLTRA, S. (2016). “Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del Derecho tributario”. *Economía Industrial*, nº 402, pág. 47.



Y, en segundo lugar, los operadores intervinientes en la economía colaborativa no siempre son de fácil encaje en algunos conceptos tributarios pues pueden actuar al mismo tiempo como prestadores de servicios y como usuarios, con o sin ánimo de lucro, de forma habitual o no. Así sucede con los conceptos de empresario y profesional, a efectos la calificación y cuantificación de las rentas en la imposición sobre la renta y a efectos de la distinción entre tráfico jurídico civil y mercantil en la imposición sobre el consumo.

Por último, el tercer bloque de problemas viene dado por la existencia de numerosas plataformas que operan a nivel transnacional y por la masificación de actos y negocios con repercusiones tributarias que se generan en la economía colaborativa y que dificultan su fiscalización por parte de la Administración y pueden dar lugar a situaciones de fraude fiscal; si bien el potencial del uso de la tecnología de las plataformas y la función medidora que desarrollan ofrecen oportunidades para un mayor control y un cumplimiento más ágil de las posibles obligaciones tributarias. Además, no hay que olvidar que la tecnología, de hecho, mejora la trazabilidad de las transacciones. A estos efectos, resulta imprescindible establecer vías de colaboración entre las plataformas y las Administraciones tributarias en materia de información y recaudación que aseguren la correcta aplicación del sistema tributario.

En particular, se ha establecido una obligación específica de este tipo, con fines de prevención del fraude fiscal, en el art. 54 ter del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, introducido por la modificación operada por el Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre. Esta nueva obligación de información periódica afecta a las personas o entidades, en particular, las plataformas colaborativas, que intermedien en la cesión del uso de viviendas con fines turísticos, y comprende a la identificación del cedente y del cesionario del uso de tales viviendas situadas en territorio español.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, es importante la conjugación de tales medidas de lucha contra el fraude fiscal con medidas de carácter preventivo (como puede ser reforzar la información sobre las obligaciones fiscales que corresponden a los usuarios y a los prestadores de servicios colaborativos). Por otro lado, debe buscarse un equilibrio entre las medidas de lucha contra el fraude fiscal y una Administración tributaria eficiente, si estamos en presencia de manifestaciones de riqueza ínfimas o inexistentes.

4. LA POSICIÓN DE LA OCDE Y LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Conscientes de la percepción generalizada la mayoría de las empresas de la economía digital obtienen beneficios sin pagar sus impuestos en el lugar en el que se generan, tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como la Unión Europea han se han ocupado del tema y han adoptado una serie de medidas.



4.1. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

A partir de unos trabajos previos sobre el establecimiento permanente, la OCDE impulsa, junto con el G20, desde el año 2013, el proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), dado que la erosión de las bases imponibles y la transferencia de beneficios es un problema mundial que requiere soluciones globales.¹² El plan de acción BEPS, publicado en octubre de 2015, contiene medidas para mejorar la coherencia de los estándares impositivos internacionales, reforzar su focalización en la sustancia económica y garantizar un entorno fiscal de mayor transparencia.¹³ Ello implica cambios en materia de convenios tributarios bilaterales, incluyendo: un estándar mínimo con el fin de prevenir la búsqueda del tratado más favorable o *treaty shopping*; la revisión de las normas sobre el traslado de beneficios, que determinan el tratamiento fiscal de las transacciones intragrupo; el enfoque sobre el sustrato de las transacciones en lugar de su forma legal; la actualización del marco de evaluación de los efectos potencialmente perniciosos de los regímenes preferenciales introducidos por los gobiernos, haciendo especial hincapié en el régimen y estándares impositivos aplicados a la propiedad intelectual.

Su acción 1 se centra en la economía digital, si bien no ha producido resultados satisfactorios hasta el momento. El informe de la acción 1, a pesar de plantear una serie de medidas, no recomienda ninguna de ellas, a la espera del resultado de las restantes acciones del proyecto BEPS, y asume el compromiso de publicar otro informe en el año 2020.

- 12 BEPS hace referencia a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios propiciados por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las multinacionales, con el fin de hacer desaparecer beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones donde existe escasa o nula actividad real, si bien goza de una baja imposición, derivando en escasa o nula renta sobre sociedades.
- 13 Las quince acciones contempladas por el proyecto BEPS son las siguientes: Acción 1: hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital. Acción 2: neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos. Acción 3: reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional. Acción 4: limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros. Acción 5: incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo cuenta la transparencia y la sustantividad. Acción 6: impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición. Acción 7: impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente. Acciones 8 a 10: garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor. Acción 11: establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión. Acción 12: requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. Acción 13: nuevo análisis de la documentación sobre precios de transferencia. Acción 14: hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos). Y Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.



En efecto, en el informe final “*Adressing the tax challenges of the digital economy, Action-1*”, de octubre de 2015, la OCDE constató la necesidad de responder a las consecuencias de la digitalización en el terreno de la noción del establecimiento permanente, aceptando la idea de “*significant economic presence*” o bien mediante la creación de figuras tributarias novedosas, en forma de nuevos supuestos de “*withholding tax*” o de impuestos sobre determinadas operaciones para compensar la menor tributación de las empresas inmersas en la economía digital.

En marzo de 2018 la OCDE ha publicado un informe intermedio, titulado “*Tax Challenges Arising from Digitalisation*”, ante la inminente aprobación por parte de la Comisión de un paquete de medidas en este campo. En este nuevo informe, la OCDE, a pesar de que continúa sin recomendar ninguna medida y reconoce que no hay acuerdo en este sentido entre los Estados, analiza las ventajas e inconvenientes de las distintas medidas posibles, con indicaciones sobre cómo deben de ser en el caso de que un Estado decida aplicarlas, y, además, valora positivamente los cambios generados en las empresas de economía digital, derivados de la adopción del resto de acciones del proyecto BEPS.

4.2. La Unión Europea

Por su parte, la Comisión Europea, el 21 de septiembre de 2017 publicó su Comunicación sobre un sistema tributario justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital, en conexión con la adopción del paquete IVA ese mismo año.

Recientemente, la Comisión Europea ha aprobado el 21 de marzo de 2018 un paquete de medidas sobre la fiscalidad de la economía digital: una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo; una propuesta de Directiva sobre el establecimiento permanente digital, que la Comisión considera como una solución integral a largo plazo; una Recomendación relativa al establecimiento permanente digital; y una propuesta de Directiva sobre un impuesto a los servicios digitales, el denominado “*Google tax*”, constituyendo para la Comisión la solución provisional, a corto plazo, para afrontar el problema de forma rápida.¹⁴

En la Comunicación, titulada “*Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*”, la Comisión remarca los desafíos de adaptar las normas existentes del impuesto sobre sociedades al escenario actual y reconoce la necesidad de un nuevo marco fiscal acorde con los modelos de negocios digitales. La Comisión concluye que es imprescindible una solución internacional a los desafíos de gravar la economía digital, solución que supone un desafío, dada la naturaleza compleja del problema y la gran variedad de actores y cuestiones que deben abordarse.

14 La voluntad de la Comisión es que ambas directivas sean aplicables desde el 1 enero de 2020.



Por su parte, la Propuesta de Directiva sobre el establecimiento permanente digital, será de aplicación a todos los contribuyentes que estén sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o más Estados miembros y a entidades residentes fuera de la UE.¹⁵ En dicha propuesta se establecen tanto reglas de determinación de la existencia de un establecimiento permanente digital como consecuencia de una "presencia digital significativa" como reglas de atribución de beneficios al mismo.

A estos efectos, se entiende que se está en presencia de un establecimiento permanente como consecuencia de la presencia digital significativa si se cumplen uno o más de los siguientes criterios: si la proporción de los ingresos totales obtenidos en el ejercicio que resulten del suministro de servicios digitales a usuarios situados en el Estado miembro sea superior a 7 millones de euros; si el número de usuarios de uno o más de esos servicios digitales que se encuentran en ese Estado miembro en el ejercicio es superior a 100.000; y si el número de contratos para el suministro de dicho servicio digital que concluyen en ejercicio por usuarios ubicados en ese Estado miembro excede de 3.000.

Respecto de los criterios de atribución de los beneficios a este establecimiento permanente, debe efectuarse un análisis funcional. En este punto, se entienden como económicamente significativas las siguientes actividades, con carácter abierto: la recopilación, almacenamiento, procesamiento, análisis, despliegue y venta de datos a nivel de usuario; la recopilación, el almacenamiento, el procesamiento y la visualización del contenido generado por el usuario; la venta de espacios publicitarios *online*; la puesta a disposición de contenido creado por terceros en un mercado digital; y el suministro de cualquier servicio digital no incluido anteriormente.¹⁶

Finalmente, la Propuesta de Directiva sobre un impuesto temporal sobre los servicios digitales (*Digital Services Tax*) aspira a establecer un impuesto temporal aplicable a los servicios digitales a un tipo del 3% sobre los ingresos brutos (ventas) obtenidos en la UE de una serie de actividades, que tiene en común que el valor es creado mediante la interacción de los usuarios en la red. Por consiguiente, no se grava el beneficio obtenido por tales empresas, sino las ventas. Tales actividades son, en particular, las siguientes: la publicidad *online*; la puesta a disposición de los usuarios de una web (interfaz digital

15 Salvo que una entidad sea residente a efectos fiscales en una jurisdicción tercera que tiene un convenio de doble imposición con el Estado miembro en el que hay presencia digital significativa. Ante estos supuestos, la Recomendación propone a los Estados miembros que modifiquen sus Convenios para incluir este establecimiento permanente digital. Ello provoca que la aplicación práctica de esta futura Directiva sea limitado, pues difícilmente se modificarán convenios con algunos países como Estados Unidos.

16 Para calcular los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, se debe aplicar el método de "profit split", salvo que el contribuyente pueda demostrar que existe un método alternativo más apropiado, teniendo en cuenta el análisis funcional.



de múltiples lados) que permita a usuarios encontrar a otros usuarios e interactuar con ellos, y que también pueda facilitar la provisión de bienes o servicios directamente entre usuarios; y la transmisión de los datos recopilados sobre los usuarios y generados a partir de las actividades digitales de los usuarios.

Respecto a las entidades sujetas al impuesto, serían las que cuenten con ingresos superiores a 750 millones de euros e ingresos en la UE superiores a 50 millones de euros, con independencia de si están establecidas en un Estado miembro o en una jurisdicción tercera. En este punto, se fijan normas relativas al lugar de gravamen, basadas en la ubicación de los usuarios del servicio sujeto (localización de los equipos o la residencia fiscal, en función de los casos). Además, a los efectos de tratar posibles casos de doble imposición cuando los ingresos están sujetos al mismo tiempo a este nuevo tributo y al impuesto sobre sociedades y para evitar que el gravamen se acabe trasladando a los usuarios finales, los Estados miembros deberían permitir a las empresas deducir el nuevo tributo como un coste en el impuesto sobre sociedades. El devengo del impuesto sería anual y la idea es que la gestión del mismo resulte sencilla mediante un sistema de autoliquidación y con la colaboración de los Estados miembros y un sistema *One-Stop-Shop* que permita a las empresas gestionar y recaudar el impuesto en un único Estado.

Dado que ambas propuestas de directivas han de ser adoptadas, en su caso, por unanimidad y teniendo en cuenta el objeto de las mismas, no parece fácil su aprobación, teniendo en cuenta, además, los intentos no exitosos de la OCDE en materia del establecimiento permanente digital.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALGUACIL MARÍ, M.P. (2016). “Perfiles tributarios de las cooperativas de freelance. El ejemplo Factoo.es”, *Economía Industrial*, nº 402.
- ANTÓN ANTÓN, A. y BILBAO ESTRADA, I. (2016). “El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad”, *Documento de Trabajo, IEF*, nº 26.
- CAÑIGUERAL BAGÓ, A. (2014). *Vivir mejor con menos: Descubre las ventajas de la nueva economía colaborativa*. Barcelona: Editorial Conecta.
- MONTESINOS OLTRA, S. (2016). “Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del Derecho tributario”, *Economía Industrial*, nº 402.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. (2015). “El tratamiento fiscal del *crowdfunding*”, *Quincena Fiscal*, nº 14.
- PASTOR DEL PINO, M.C. (2017). “Economía colaborativa: situación, problemas tributarios y vías de actuación”, *Crónica Tributaria*, nº 164.
- RUIZ GARIJO, M. (2017). “La economía colaborativa en el ámbito de la vivienda: cuestiones fiscales pendientes”, *Lex Social*, vol. 7, nº 2.



VAQUER FERRER, F.A. (2016). “Establecimiento permanente y economía digital. Especial referencia a las empresas intermediadoras en el ámbito del turismo colaborativo”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, nº 3.



LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA CIUDAD DIGITAL: EL CASO DE LOS ATENEUS DE FABRICACIÓ EN BARCELONA

Jérémy DIAZ

Doctorando de la Université du Québec à Montréal

Mariona TOMÀS

Profesora agregada de Ciencia Política de la Universidad de Barcelona

Sylvain LEFEBVRE

Profesor de Geografía de la Université du Québec à Montréal

RESUMEN: En este artículo analizamos las características del proyecto de ciudad digital de Barcelona en el mandato 2015-19 y especialmente el caso de los *Ateneus de Fabricació*. Como explicamos en la primera parte del artículo, el modelo de ciudad digital que se está implementando en Barcelona tiene unos antecedentes claros. La ciudad digital no se limita a su infraestructura o extracción de datos, sino que crea nuevos lugares, federa comunidades y anima territorios. Como mostramos en la segunda parte del texto, los espacios de fabricación digital ocupan un lugar singular debido a la disponibilidad de herramientas y máquinas controladas digitalmente. Desde 2013, la ciudad de Barcelona ha iniciado la creación de una red de espacios públicos de fabricación digital, llamada *Ateneus de Fabricació*: analizamos los tres que están en funcionamiento (les Corts, Ciutat Meridiana y La Fàbrica del Sol).

PALABRAS CLAVE: ciudad digital, smart city, maker, Barcelona, co-creación.

ABSTRACT: In this article, we analyze the characteristics of the digital city project of Barcelona during the 2015-19 mandate and focusing our attention on the case of the *Ateneus de Fabricació*. As we explain in the first part of this article, the digital city model that is being implemented in Barcelona has a clear background. The digital city is not limited to its infrastructure or data, but creates new places, builds communities and promotes local development. As we demonstrate in the second part of the text, public makerspaces occupy a unique place thanks to the availability of digitally controlled tools and machines. Since 2013, the City of Barcelona has started the creation of a network of digital manufacturing public spaces, called *Ateneus de Fabricació*: we analyze the three currently in operation (Les Corts, Ciutat Meridiana and La Fàbrica del Sol).

KEYWORDS: digital city, smart city, maker, Barcelona, co-creation.



INTRODUCCIÓN

La ciudad digital no se limita a su infraestructura o extracción de datos, sino que crea nuevos lugares, federa comunidades y anima territorios (Graham, 2003; Watcher, 2010; Deakin, 2014). Entre estos nuevos espacios, los talleres de fabricación digital ocupan un lugar singular debido a la disponibilidad de herramientas y máquinas controladas digitalmente (Smith *et al.*, 2013). Internet ha alterado nuestras formas de apropiarnos del conocimiento: no solo han aumentado las rutas de acceso al conocimiento (sitios de divulgación, redes sociales), sino también las oportunidades para crear conocimiento (wikipedia, ciencia participativa, bricolaje) (Jutand, 2013). Ante este fenómeno, las autoridades públicas han adaptado sus propios métodos de mediación cultural: observamos un creciente entusiasmo de las ciudades para promover las prácticas culturales artesanales en torno a la fabricación digital.

Las ciudades como Barcelona reactivan estrategias y discursos sobre el desarrollo de una cultura científica y técnica. La idea no es nueva (Las Vergnas, 2017): implementar mecanismos en la educación formal e informal para desarrollar una cultura suficiente entre la población para que puedan usar y explotar los nuevos recursos que ofrece la transformación digital y la apertura de datos. Entre estos discursos y estrategias, el movimiento *maker* destaca entre los dispositivos tradicionales de mediación cultural. De hecho, estos dispositivos no se centran ni en la visita a la exposición ni en la actividad educativa, sino en la apropiación de herramientas y procesos técnicos mediante el acto de diseñar y fabricar objetos.

Desde un punto de vista democrático, los talleres de fabricación digital serían una forma de promover la participación material de una variedad de personas con diferentes visiones y valores (Cardoso, 2009; Smith, 2017). Sin embargo, aunque el papel de los objetos en la participación pública ha sido reconocido por Marres (2012), la realidad de los discursos y las prácticas que se desarrollan en estos espacios todavía es poco estudiada (Smith *et al.*, 2013; Bosque, 2015). La literatura sobre estos espacios no aborda suficientemente ciertos temas esenciales para su comprensión, tales como "estudios sobre sus creadores, sus usuarios o incluso los impactos de su actividad en el empleo, la actividad económica, la ecología o dinámica del territorio que los alberga" (Scaillerez y Tremblay, 2017, p. 10).

El objetivo de este artículo es analizar las características del proyecto de ciudad digital de Barcelona en el mandato 2015-19 y especialmente el caso de los *Ateneus de Fabricació*¹. Como veremos en la primera parte del artículo, la estrategia de ciudad

1 El trabajo se basa en un análisis documental exhaustivo de los principales textos oficiales, al igual que de un trabajo de campo basado en la observación participante y la realización de 23 entrevistas semi-estructuradas a los responsables y los técnicos de los espacios de fabricación digital en Barcelona entre enero y febrero de 2017 y entre enero y marzo de 2018.



digital parte de una transformación del proyecto de smart city (ciudad inteligente) desarrollado en el mandato anterior. En la segunda parte nos centraremos en el funcionamiento, misión y desarrollo de los Ateneus de Fabricació como pilar básico de la estrategia digital barcelonesa.

1. DE LA SMART CITY A LA CIUDAD DIGITAL

En Barcelona, la consolidación de la ciudad digital se entiende como consecuencia de unas políticas que tienen sus antecedentes en los gobiernos anteriores. En efecto, la ciudad de Barcelona es conocida por la transformación urbanística acaecida entre los años de transición democrática y los años noventa, configurando el “modelo Barcelona”, un modelo basado en los proyectos de mejora urbana y de recuperación de la ciudad (Busquets, 1994; Borja, 1995). Este modelo ha ido evolucionando desde la celebración de los Juegos Olímpicos en 1992, derivando, para muchos autores, hacia un modelo orientado al marketing urbano y la competitividad económica, con más dominio de los intereses privados (Capel, 2005; Delgado, 2007; Martí-Costa *et al*, 2011). Gobernada por alcaldes socialistas, en solitario o en coalición con otras fuerzas de izquierdas, entre 1979 y 2011, la última etapa del alcalde Hereu ya está marcada por el discurso sobre la sostenibilidad, la economía del conocimiento y la competitividad económica. La estrategia Smart city se convierte en el lema principal del alcalde Xavier Trias, de *Convergència i Unió*, quien gobierna en minoría entre mayo de 2011 y 2015.

El Gobierno Trias decidió como objetivo prioritario convertir Barcelona en un punto de referencia mundial para las Smart city y, a la vez, en una ciudad laboratorio de innovaciones. Para hacerlo posible, uno de los primeros pasos del Ayuntamiento del Gobierno de Trias fue fusionar los departamentos de infraestructuras, urbanismo, vivienda, medio ambiente y las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (NTIC) en una única área, denominada Hábitat Urbano. Bajo el mandato de Trias y de su arquitecto en jefe Vicent Guallart, la ciudad de Barcelona se concibe como un sistema de sistemas y se promociona el concepto de ciudad autosuficiente y el empoderamiento de los ciudadanos a través de mejoras tecnológicas. Sin embargo, como demuestran Tomàs y Cegarra (2016), en la construcción de la Smart city barcelonesa la ciudadanía quedó al margen de las “negociaciones/acuerdos” entre políticos y grandes empresas tecnológicas (como Cisco, GDF Suez, Schneider Electric Telvent, Abertis, HP, IBM, Telefónica, Indra, Philips, Ros Roca y Etra Y+D). En efecto, el modelo de gobernanza se centra en el rendimiento económico de los actores implicados, orientando las políticas hacia una versión *high-tech* de la *entrepreneurial city* (Hollands, 2008). Ésta se caracteriza por tres elementos principales (Harvey, 1985). Primero, por un discurso centrado en la competitividad económica y el mercado, incluyendo las dimensiones simbólicas (imagen, identidad de la ciudad). Segundo, por convertir las políticas de crecimiento económico y de atracción de capital en elementos centrales de la gobernanza. Tercero, por extender el



uso de los partenariados público-privados como mecanismo para transformar la ciudad, otorgando al sector privado un papel más importante en la definición del interés general de la ciudad y en la concepción e implementación de los proyectos.

En un contexto de crisis económica, el Ayuntamiento en el mandato de Trias ensalzó los argumentos de la eficiencia y la necesidad de generar riqueza y ocupación. Para conseguirlo, las actuaciones del proyecto Smart city Barcelona se desarrollaron sobre tres ejes: la promoción internacional, la colaboración internacional y el programa local. A su vez, el programa local se dividía en dos fases. La primera fase, de promoción industrial y talento (con proyectos como Smart City Campus, Cluster SC y Urban Labs). La segunda fase, de ejecución a partir del desarrollo de proyectos y convenios con empresas (para conocer más detalles de la estrategia de Smart city, ver Bakici y al., 2012; March y Ribera-Fumaz, 2014; Tomàs, 2015; Mora y Bolici, 2016; Angelidou, 2017).

En mayo de 2015 hubo un nuevo cambio de Gobierno municipal: la candidatura de *Barcelona en Comú* liderada por la activista Ada Colau ganó las elecciones municipales, aunque otra vez en minoría (solamente obtuvo 11 concejales de 41). Desde el principio, el nuevo Gobierno hizo explícito un cambio de orientación en la Smart city: ya no es una prioridad del nuevo gobierno municipal, o como mínimo, no se enmarca en el mismo modelo de ciudad inteligente. En efecto, el documento del Programa de Actuación Municipal (PAM) 2016-2019 no contempla el concepto Smart city. Paulatinamente, el concepto que se va difundiendo y promocionando es el de ciudad digital, en el marco del Plan de Transformación Digital titulado *Transición hacia la Soberanía Tecnológica: Plan "Barcelona Ciudad Digital"* (Ajuntament de Barcelona, 2016d).

El concepto de ciudad digital se puede analizar a partir de sus distintas capas o dimensiones y de los retos que propone (ver Tabla 1).

Tabla 1: Las diferentes capas de la ciudad digital

Capas		Ciudad digital	Retos principales
Social (humano)	Todos los actores y entidades (municipales, empresas, universidades, asociaciones) con intereses diversos que participan a través de diferentes roles	Nuevos lugares (Coworking spaces, Incubadora de empresas, Living Labs), comunidades de práctica (hackers, makers, fabbers) o eventos (congresos, hackathons, exposiciones)	Innovación tecnológica Democracia digital Brecha digital
Informativo (cognitivo)	Todo el campo del conocimiento en forma de información digital	Datos masivos recopilados y sus tratamientos	Protección de la privacidad



Capas		Ciudad digital	Retos principales
Software (sintaxis)	Las capacidades que asegura la transmisión de datos entre diferentes puntos de una red	Sistemas de telecomunicaciones y software	Ciberseguridad
Física	Toda la infraestructura física necesaria para configurar, mantener y acceder al ciberespacio	Fibra óptica, sensores, teléfonos inteligentes, centros de datos, ordenadores, etc.	Riesgo de privatización de infraestructuras públicas

Fuente: Elaboración propia a partir de Loiseau, 2016.

En el caso del Ayuntamiento de Barcelona, la idea de ciudad digital se traduce en cambios en la organización interna y en el tipo de políticas impulsadas. En primer lugar, lo que era el área de Hábitat Urbano ha pasado a ser el Área de Ecología, Urbanismo y Movilidad. A continuación, el Ayuntamiento ha encargado al Instituto Municipal de Informática la implementación del Plan de Transformación Digital mediante la creación de tres comités: 1) la *Comisionada de Tecnología e Innovación digital* para definir y orientar las estrategias y las políticas de innovación tecnológica con la participación de los actores clave de la ciudad; 2) la *Comisión de Transformación Digital* para ejecutar el Plan y asegurar su coherencia con la estrategia global municipal y 3) la *Ponencia de Innovación Digital* para llevar a cabo las políticas de innovación asegurando la participación y la coherencia con los distintos departamentos municipales (Ajuntament de Barcelona, 2016d).

Además, el Ayuntamiento está impulsando un cambio en la cultura de la organización administrativa, es decir, en el conjunto de valores, normas, procesos y prácticas de la administración. Así, la mitad del presupuesto destinado al Plan de Transformación Digital (31 ME) se dedica al programa *Digitalización abierta: programario libre y desarrollo "Ágil" de servicios a la administración pública*. Su objetivo es que todos los programas utilizados por el personal del Ayuntamiento migren hacia los programas libres u *open source*. También se pretende que el ciudadano esté al centro del desarrollo, participando en la concepción, elaboración y mantenimiento de estos servicios (Barcelona Ciutat Digital, 2017).

El tipo de políticas relacionadas con la ciudad digital se basa en dos pilares: la participación ciudadana a través las NTIC y los ciudadanos como *makers*. En relación a la participación, se están impulsando proyectos para fomentarla a través de las NTIC. Citamos tres ejemplos. En primer lugar, las aportaciones y debate en torno al PAM y a todos los procesos participativos que se realizan en la ciudad se pueden hacer a través de una plataforma online (<https://www.decidim.barcelona/>). En segundo lugar, partiendo de un proyecto piloto en el distrito de Nou Barris de la ciudad se está llevando a cabo el proyecto "Smart barris", un proyecto basado en la soberanía tecnológica, compartir



conocimiento y la democratización en el acceso al conocimiento y la tecnología. El proyecto parte de las necesidades de las comunidades de los barrios y quiere favorecer, de un lado, la revitalización del tejido asociativo y, del otro, las condiciones de vida de la población. Finalmente, la orientación del mayor congreso internacional dedicado a las Smart Cities, el Smart City World Congress Expo, que se celebra cada año en Barcelona, ha ido cambiando su orientación hacia un contenido cada vez más social. Así, en la edición de 2017 el ponente invitado para la conferencia inaugural fue el geógrafo David Harvey, mientras que en las primeras ediciones la mayoría de conferencias eran protagonizadas por representantes de las mayores multinacionales tecnológicas. Es decir, sin renunciar al evento internacional, se cambia el mensaje y la orientación de éste.

El segundo pilar de la ciudad digital de Colau se basa en la concepción del ciudadano como *maker*. Desde la publicación del informe Bangemann en 1993 hacia una sociedad de la información europea, se han forjado dos concepciones de ciudadanía digital local: (1) transformar al ciudadano espectador / consumidor en un ciudadano activo y (2) crear comunidades locales capaces de recurrir a usos y contenido digital (Vidal, 2007). El éxito comercial del movimiento *maker* ha atraído la atención de las autoridades públicas, ya que se asimila cada vez más a un creador de riqueza (Eloi, 2016). Las autoridades públicas ven en la promoción de actividades relacionadas con el bricolaje, la experimentación y el aprendizaje colectivo (Dickerson, 2015; Richardson, 2016; Capdevila, 2017) una oportunidad para transmitir ideas relacionadas con el emprendimiento, la creación de productos tecnológicos, la capacitación tecnológica de los ciudadanos o la relocalización de actividades microindustriales dentro de las ciudades. La ciudad de Barcelona ha implementado iniciativas públicas para el desarrollo de una cultura local *maker* a través de distintas dimensiones: alianzas público-privadas, subsidios locales, eventos y festivales, nuevos espacios, programas de educación y formación, marketing territorial o la aplicación de políticas nacionales (ver Tabla 2).

Tabla 2: Las iniciativas políticas para el desarrollo del movimiento *maker* en Barcelona.

Dimensiones	Descripción	Ejemplos en Barcelona
Alianzas público-privadas	Muchas ciudades crean alianzas público-privadas para gestionar espacios de fabricación o subsidiar organizaciones para comprar máquinas y herramientas.	Alianzas de la ciudad de Barcelona con Trànsit Projectes (<i>Maker Convent</i>), Calaix de Cultura (<i>Fab Casa Del Mig</i>), Fundació CIM (<i>Ateneus de Fabricació de la Fàbrica del Sol</i> y de Ciutat Meridiana) y Esclat (<i>Ateneu de Fabricació de Les Corts</i>). Subvenciones de Cultura Barcelona y Barcelona Activa



Dimensiones	Descripción	Ejemplos en Barcelona
Eventos y festivales	Varias ciudades están organizando eventos en torno a la fabricación digital para alentar la participación de los jóvenes en el movimiento y crear oportunidades de networking entre fabricantes, empresas y fondos de capital de riesgo.	MakerFaire Barcelona IN(3D)USTRY From Needs to Solution Smart City Expo World Congress Mobile Week Barcelona 3D Print Party
Programas de capacitación educativa y profesional	Varias ciudades apoyan el establecimiento de una formación educativa constructivista más conocida como educación multidisciplinar STEAM (<i>Science, Technology, Engineering, Art and Mathematics</i>). Los organismos públicos dedicados al empleo y el emprendimiento están organizando cursos de formación profesional sobre la tecnología y fabricación digital.	Colaboración con el Ayuntamiento de Barcelona y el Consorcio de Educación de Barcelona en el Programa pedagógico de los Ateneus de Fabricació dirigido a la comunidad educativa de la ciudad (estudiantes, profesores y centros educativos de educación primaria, secundaria y profesional). Cibernàrium (capacitaciones tecnológicas para el trabajo de investigación, empresarios, negocios, profesionales).
Marketing territorial	Para muchas ciudades, los proyectos relacionados con el movimiento <i>maker</i> se integran en proyectos urbanos de distritos de innovación.	El proyecto del Maker District en Poblenou (@22)
Políticas nacionales	El movimiento <i>maker</i> se integra en las iniciativas políticas nacionales a través de la creación de una red u organización nacional.	Plan de Industria conectada 4.0 (2015, Ministerio de Industria, energía y turismo) Creación del 3D Global Printing Hub en Catalunya

Fuente: Elaboración propia.

Entre estas iniciativas políticas para el desarrollo del movimiento *maker*, la creación de servicios públicos es la más evidente en la ciudad de Barcelona: encarna un claro deseo de la ciudad institucionalizar las prácticas culturales en torno al *making* (Lallement, 2015).



2. HACIA UNA INSTITUCIONALIZACIÓN DE ESPACIOS DE FABRICACIÓN DIGITAL: LOS ATENEUS DE FABRICACIÓ

2.1. Origen

Los espacios de fabricación digital son talleres colectivos equipados con máquinas y organizados en forma de red (Eychenne, 2012; Capdevila, 2015; Bosque, 2015). Un estudio que cubre el territorio de EE.UU muestra que más del 26% de las ciudades tenían, en 2016, al menos un espacio no industrial dedicado a la fabricación digital (National League of Cities, 2016). A nivel europeo, un estudio ha identificado 826 áreas de fabricación en los 28 países miembros de la Unión Europea. El 41% de estos espacios se encuentran en Francia, Alemania e Italia. En España, los autores cuentan 51 espacios ubicados principalmente en Barcelona y Madrid, correspondiente a un 6,2% del total europeo (Rosa *et al.*, 2017).

La existencia de los *Ateneus de Fabricació* ya se incluye en la visión Smart city de Vicent Guallart, fundador del *Institute of Advanced Architecture of Catalonia* (IAAC) y ex arquitecto jefe de la ciudad de Barcelona en el mandato Trias (Guallart, 2013a). En este periodo se propone establecer en Barcelona la primera red de talleres de fabricación (13 en total) (Guallart, 2013b), empezando con la apertura del primer Fab Lab público en el barrio de Ciutat Meridiana en 2014, cumpliendo una promesa electoral. Esta iniciativa se basa en uno de los modelos más populares de organizaciones en red que brindan acceso a máquinas controladas digitalmente: los *Fabrication Laboratories* (Fab Labs), el primer espacio europeo en abrir en el IAAC de Barcelona.

Después de 2015, la derrota del equipo de Xavier Trias detiene el proyecto de ciudad inteligente y autosuficiente tal como lo concibieron. Convertidos en *Ateneus de Fabricació*, los Fab Labs públicos de Barcelona se liberan de su misión de microproducción local que continuará en otro proyecto iniciado por Fab Lab Barcelona: Fab City (Diez, 2016). Sin embargo, se mantendrá la idea que estos espacios pueden educar e involucrar a los ciudadanos más activamente en la vida cívica de su vecindario a través de las herramientas de fabricación.

2.2 Misión, valores y principios

El cambio en el nombre del proyecto marca un primer punto de inflexión en la institucionalización de Barcelona del movimiento internacional Fab Labs. Históricamente, los *Ateneus* representan un conjunto de lugares destinados a la educación popular de los ciudadanos catalanes desde finales del siglo XIX. La elección del nombre *Ateneus de Fabricació* marca una primera apropiación local de la administración pública para ubicarla en una tradición histórica de espacios culturales de conocimiento popular entre la población. El Libro azul de los *Ateneus de Fabricació* dice que su misión gene-



ral es "convertirse en un lugar donde personas con trayectorias, historias formaciones y habilidades de aprendizaje diferentes puedan experimentar, crear juntos, desarrollar actividades y proyectos relacionados con la fabricación digital y se involucren en todo el proceso" (Ajuntament de Barcelona, 2016a, p.5). En otras palabras, la estrategia de la red de los *Ateneus de Fabricació* es desarrollar en todos los distritos de la ciudad un proyecto de innovación social y participación ciudadana basado en los preceptos de la economía colaborativa para capacitar a los ciudadanos en las herramientas y máquinas de fabricación digital.

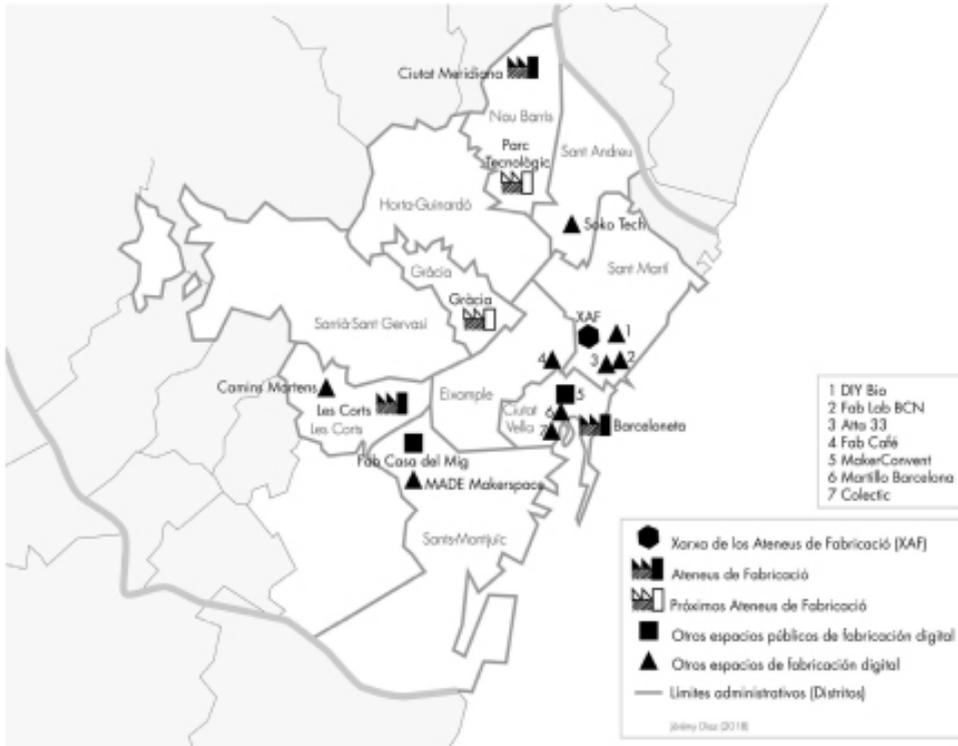
En términos de valores, los *Ateneus de Fabricació* comparten valores comunes a otros espacios de fabricación digital como Fab Labs, Makerspaces o Media Labs: aprendizaje autónomo; la colaboración entre iguales y el intercambio y la adhesión a la cultura libre (Cayouette, 2017). Sin embargo, los *Ateneus de Fabricació* son diferentes de los otros espacios en dos puntos: (1) el carácter de servicio público que le obliga a garantizar la continuidad del servicio, la igualdad de trato y adaptabilidad a las necesidades de los usuarios y (2) su sistema operativo que permite un uso gratuito de todos los recursos puestos a disposición del usuario.

2.3 Despliegue territorial

Desde 2013, el Gobierno municipal ha estado experimentando con un nuevo tipo de servicio público al ofrecer acceso gratuito a herramientas y máquinas con control digital tradicionalmente presentes en talleres profesionales. A largo plazo, el objetivo del Ayuntamiento es abrir un Ateneu de Fabricació en los diez distritos de la ciudad: una forma de cubrir territorialmente la ciudad mediante una red descentralizada de equipamientos públicos dedicada por completo a la cultura técnica a través de la fabricación digital. Actualmente hay tres *Ateneus* en los distritos de Les Corts, Ciutat Vella y Nou Barris (Mapa 1). A finales de 2018, se abrirá un cuarto en Gracia centrado en la creatividad, mientras que un quinto dedicado al emprendimiento se está preparando en el Parque Tecnológico de Barcelona. Durante nuestra investigación pudimos identificar otros espacios que ofrecen acceso a máquinas de fabricación digital. El siguiente mapa ubica todos estos espacios. Podemos observar una concentración de estos espacios en los distritos centrales de Ciutat Vella y Sant Martí, así como a proximidad de la estación de Sants. Estos barrios son las antiguas zonas industriales de Barcelona.



Mapa 1. Localización de los espacios de fabricación digital en los distritos de Barcelona (2018).



Fuente: Elaboración propia.

2.4. Modo de operación

El desarrollo de este nuevo tipo de espacio ha requerido una adaptación de los modos de operación de una administración pública que no disponía de los recursos humanos, técnicos y financieros para la gestión de espacios de este tipo. Por esta razón, el proyecto está recibiendo una gran atención (Smith, 2014; Besson, 2017). Esta es la primera vez que una administración pública se compromete a ofrecer un servicio que propone el uso de máquinas digitales. Cada uno de los *Ateneus de Fabricació* es administrado actualmente por una empresa privada (sin ánimo de lucro) que administra el lugar, los salarios del personal, el mantenimiento de los equipos y las compras de materiales. Cada Ateneu cuenta con un local proporcionado por el Ayuntamiento y los equipamientos técnicos (electrónica, máquinas, herramientas, etc.) adquiridos por la *Xarxa d'Ateneus de Fabricació* (XAF), la pequeña estructura local de coordinación compuesta por un líder de proyecto y dos técnicos. Aunque comparten la misión y los valores del XAF, cada



Ateneu tiene una especificidad territorial relacionada con las políticas locales del distrito en el que están ubicadas. Estas especificidades son un vector de anclaje territorial y de aceptación social.

En **Ciutat Meridiana**, la especificidad territorial inicial del Ateneu fue la regeneración urbana. Después de la ocupación del local por las asociaciones de vecinos del distrito antes de su apertura, el tema central del Ateneu pasó a ser el empleo. Solo el Ateneu de Ciutat Meridiana tiene un programa dedicado a la construcción y la jardinería que integra el aprendizaje de los procesos de fabricación digital.

En la **Barceloneta**, el Ateneu se especializa en el medio ambiente. Esta especificidad se refleja, por un lado, en la ubicación del espacio dentro del edificio de la Fábrica del Sol. Este edificio, gestionado por el departamento de Ecología, Urbanismo y Movilidad del Ayuntamiento de Barcelona, es una demostración de construcción de medidas medioambientales y posibles soluciones en la rehabilitación ecológica de los espacios. También es un espacio que ofrece un servicio de documentación y asistencia a organizaciones públicas y privadas con buenas prácticas en materia de ecología. Por el otro lado, el Ateneu está tratando de desarrollar su propia infraestructura y proyectos a partir de los residuos generados en el distrito de la Barceloneta.

En **Les Corts**, la gestión del espacio ha sido contratada por una organización especializada en inclusión social. La prioridad territorial dada a la inclusión se refleja en el apoyo de proyectos desarrollados para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad como en la impresión de mapas tridimensionales de rutas táctiles para ciegos y deficientes visuales o la fabricación de plantillas ortopédicas y prótesis personalizadas a muy bajo coste. Además, el Ateneu organiza talleres de capacitación para personas en riesgo de exclusión social.

Los próximos dos proyectos se centrarán en la creatividad para el de Gracia y el emprendimiento para el *Ateneu* en el Parque Tecnológico.



Fotos 1, 2, 3. Edificios de los Ateneus de Ciutat Meridiana (arriba a la derecha), de Barceloneta (abajo a la izquierda) y de Les Corts (abajo a la derecha).



Fuente: Fotografía propia.

Es interesante comparar el desarrollo de la red de bibliotecas públicas con la red de los Ateneus. Mientras que la primera buscaba la alfabetización de la población, la segunda tiene como objetivo la alfabetización digital. Como explica el líder del proyecto entrevistado, el funcionamiento de espacios culturales como bibliotecas o centros cívicos se basa en cuatro pilares: (1) un espacio de encuentro donde los ciudadanos pueden reunirse para compartir una actividad o desarrollar un proyecto común; (2) un área de consumo cultural que permite la consulta de libros, el uso de ordenadores o el préstamo de juegos, por ejemplo; (3) un espacio de formación e información en forma de talleres o actividades y (4) un espacio de difusión cultural como exposiciones o conferencias.



El servicio está garantizado por un equipo que tiene un presupuesto para ejecutarlo. Sin embargo, el proyecto *Ateneus de Fabricació* no cuenta actualmente con suficientes asignaciones financieras para cubrir completamente el tercer y cuarto pilar. Para compensar esta falta de recursos humanos y financieros, la filosofía de gestión de los *Ateneus* se basa en la implementación de un amplio sistema de servicios recíprocos para ayudar a desarrollar proyectos llevados por colectivos, individuos, instituciones o empresas. El contrato entre el usuario y el personal de supervisión de los *Ateneus* tiene como objetivo reducir el riesgo de subestimar el acceso a estos espacios y de poner en valor las actividades desarrolladas por sus miembros.

En resumen, más allá de la naturaleza de la oferta, el método de gestión de los *Ateneus* está inspirado en las prácticas de la economía de contribución y la cultura libre. Cualquier usuario puede usar sin coste las herramientas y máquinas del *Ateneus de Fabricació* a cambio de la realización de una contraprestación decidida conjuntamente por el personal de supervisión y la persona interesada.

Tabla 3. Recapitulativo de las características de los Ateneus de Fabricació (AdF).

	AdF Les Corts	AdF Ciutat Meridiana	AdF Barceloneta
Apertura	Noviembre de 2013	Noviembre de 2014	Abril de 2015
Localización	Distrito Les Corts	Distrito Nou Barris	Distrito Ciutat Vella
Especialidad territorial	Inclusión social	Empleo	Medio ambiente
Área actual del espacio	200 m ²	1500 m ²	150 m ²
Horario	Martes - Viernes 10h - 14h / 16h - 20h	Lunes - Viernes 9h -14h / 16h - 20h Viernes 9h - 14h	Miércoles - Viernes 10h -14h / 16h30 -20h Sábado 10h -14h
Gerencia	Esclatec	Fundación CIM (UPC)	Fundación CIM (UPC)
Personal	1 director/animador 2 tecnólogos	2 directores 1 animadora 4 tecnólogo	1 director/animador 3 tecnólogo 1 secretaria
Herramientas y máquinas digitales	1 escáner 3D 6 impresoras 3D 1 cortador láser 1 cortador de vinilo Wi-Fi Portátiles y software	1 fresadora de gran formato 6 impresoras 3D 1 cortador láser 1 cortador de vinilo Wi-Fi Portátiles y software	1 cortador láser 1 cortador de vinilo 5 impresoras 3D 1 bordado digital Wi-Fi Portátiles y software



	AdF Les Corts	AdF Ciutat Meridiana	AdF Barceloneta
Herramientas y máquinas de madera	1 fresadora 1 horno 1 taladradora 1 sierra circular 1 prensa de membrana 1 banco de sierra	1 taladradora 1 sierra circular 1 banco de sierra 1 fresadora 1 fresadora de gran formato	1 sierra circular 1 taladradora 1 torre de madera 1 fresadora 1 rectificadora

Fuente: Elaboración propia.

2.5. Actividades y usuarios

El proyecto de los *Ateneus de Fabricació* aún se encuentra en una fase piloto. Sin embargo, se puede elaborar un informe inicial resumido de las actividades. De 2015 a 2017, la red *Ateneus* tiene un total de 20.868 usuarios, según el líder del proyecto entrevistado. Las actividades están organizadas en torno a tres programas principales. El primero es el **programa educativo** que representa el 41% del total de usuarios. De 2015 a 2017, 452 centros educativos solicitaron el programa. En colaboración con el Ayuntamiento de Barcelona y el Consorcio de Educación de Barcelona, el programa está dirigido a la comunidad educativa de la ciudad, que incluye estudiantes, profesores y centros educativos de educación primaria, secundaria y formación profesional. Estas actividades pueden ser visitas, talleres de diseño y fabricación, apoyo para proyectos o investigación, capacitación o creación de contenido didáctico.

El segundo es el **programa de innovación social**, que representa el 39% del total de usuarios. De 2015 a 2017 se realizaron 4738 actividades entre los beneficiarios. El programa tiene como objetivo apoyar cualquier proyecto de personas, colectivos, instituciones y empresas que deseen conocer, aprender y fabricar un objeto utilizando las herramientas de fabricación digital. Si el programa está dirigido a todos los ciudadanos, se aplican condiciones de selección: la realización de una contraprestación y la posibilidad de que el beneficiario desarrolle nuevas habilidades técnicas y sociales.

El tercero es el **programa familiar**, que representa el 20% del total de usuarios. Este programa ofrece actividades educativas accesibles al público general en torno a la fabricación digital (talleres de robótica, hacer una bolsa o camiseta, etc.). El objetivo es involucrar a las tres generaciones de familiares (hijos, padres, abuelos) en torno a actividades técnicas para fortalecer la relación intergeneracional y el compromiso de los padres en la educación del niño.

En el estado actual de los datos disponibles, es difícil extraer conclusiones definitivas de estos primeros años de funcionamiento. Actualmente, la recopilación de datos sobre el número de usuarios no se ha estandarizado y muestra varias disparidades de un espacio a otro. Además, las obras realizadas en dos de los tres *Ateneus* han alterado la



programación de estos espacios. Sin embargo, estos datos a la luz de las observaciones realizadas dibujan varias tendencias que resumimos a continuación.

a) El auge de la fabricación digital no puede separarse de las realidades socioeconómicas de los territorios en los que se basa.

La primera tendencia importante es la brecha entre el número de usuarios del programa educativo de Les Corts y Ciutat Meridiana con el de la Barceloneta. En 2017, el número de usuarios que comprenden alumnos y docentes en estos dos espacios es de casi diez veces más que los existentes en la Barceloneta. Estos resultados sorprenden de entrada, ya que se podría pensar que en Ciutat Meridiana hay un menor interés por parte de sus habitantes por actividades consideradas como elitistas. En efecto, en el distrito de Nou Barris donde se ubica este barrio, la población tiene el índice de ingresos más bajo de Barcelona, un alto nivel de desempleo (12%), un nivel de educación inferior al promedio en la ciudad y un porcentaje personas con estudios post-obligatorios muy por debajo del promedio de Barcelona (Ajuntament de Barcelona, 2016b). La clientela potencial de este tipo de espacio es muy pequeña. Para atraer a los usuarios, el equipo de gestión de Ciutat Meridiana tuvo que asociarse con organismos intermediarios como escuelas y universidades, asociaciones u organizaciones públicas relacionadas con el espíritu empresarial.

En el distrito de les Corts, la población tiene características opuestas: índice de ingresos 40% más alto que el promedio de Barcelona, alto porcentaje de uso de Internet (83,6%), población calificada, inscripción de niños en las escuelas privadas más altas en comparación con el promedio de Barcelona y mayor población de 0 a 16 años (Ajuntament de Barcelona, 2016c). La red de actores relacionados con la educación de Les Corts parece más propensa a solicitar las actividades innovadoras del *Ateneu*.



Foto 4. Actividad pedagógica con profesores en el Ateneu de Les Corts.



Fuente: Fotografía propia.

b) El espacio, lejos de perder su importancia, juega un papel clave en la apropiación de la fabricación digital.

La segunda tendencia principal observada es la mayor presencia de usuarios del programa de innovación social en el Ateneu de la Barceloneta. En otras palabras, parece que hay más *makers* en la Fábrica del Sol que en los otros dos espacios. Esta tendencia ciertamente explica el bajo rendimiento del *Ateneu* en programas educativos y familiares. En el trabajo de campo vimos una fuerte presencia de *makers* en Barceloneta, incluidos los usuarios habituales del lugar. Este rendimiento se puede explicar por la localización y la accesibilidad del espacio. Situado en una de las zonas centrales más concurridas de Barcelona, el Ateneu también está cerca de otros espacios de fabricación digital (ver Mapa 1) y de escuelas y universidades. La atracción de los *makers* hacia este lugar también puede explicarse por la organización espacial del lugar. Consta de solo dos salas principales y diáfanas: el arreglo espacial fomenta una animación más informal del lugar. Hemos visto una mayor interacción entre los usuarios que crean una atmósfera más cercana a los espacios de fabricación tradicionales como makerspaces. Sobre la apropiación espacial, podemos agregar que el número de cesiones de espacios a organismos en 2017 fue mucho mayor

en Ciutat Meridiana que en los otros espacios. La apropiación del espacio y sus recursos parece más colectiva en este espacio. Se explica también por las características socioeconómicas del barrio y el fuerte tejido de asociaciones sociales presentes.

Foto 5. Recepción y soporte de proyectos en el Ateneu de la Barceloneta.



Fuente: Fotografía propia.

c) El desarrollo de la fabricación digital se basa en la construcción de ecologías urbanas.

La tercera tendencia importante que hemos visto son los artefactos. Hemos visto una mayor cantidad de objetos hechos para uso personal en la Barceloneta. Esto se explica por la especificidad del Ateneu en el medio ambiente y el diseño ecológico, así como por el perfil de los usuarios. Sin embargo, el número de proyectos empresariales parece ser menor en la Barceloneta que en Les Corts o Ciutat Meridiana. Este punto puede explicarse por la naturaleza de los equipos industriales en Ciutat Meridiana o por la diferente gestión de usuarios en Les Corts mediante un esfuerzo para conectar a usuarios expertos, organizaciones sociales y empresarios en torno a proyectos comunes.



Foto 6. Construcción de muebles y de paneles solares en el *Ateneu* de Ciutat Meridiana.



Fuente: Fotografía propia.

Foto 7: Mapa de las relaciones entre los diferentes actores alrededor de los proyectos desarrollados en el *Ateneu* de Les Corts.



Fuente: Fotografía propia.



CONCLUSIÓN

En la historia de las ideas, la tecnología se ha construido como un fenómeno independiente de la política y la sociedad (Noble, 1995). Pero la evolución técnica es el producto de un "pensamiento interesado" (Séris, 1994, p. 33). Al explorar el caso de los *Ateneus de Fabricació*, quisimos documentar cómo los valores, objetos y prácticas culturales del *movimiento maker* contribuyen a forjar un nuevo servicio público tanto en su modo de operación como en su plan de desarrollo territorial. La ciudad digital se ha convertido en un espacio estratégico para todo tipo de aplicaciones tecnológicas, pero ¿hasta qué punto estas capacidades tecnológicas urbanizan la ciudad? Al plantear esta pregunta, Saskia Sassen (2011) lanza indirectamente el desafío de la apropiación social de estas tecnologías. Ya sean los procesos de consulta pública en línea, el desarrollo de la tecnología cívica (*civic tech*), la introducción de presupuestos participativos o la apertura de datos públicos, todas estas iniciativas desean fortalecer el papel del ciudadano identificando nuevas posibilidades de acción en el dominio público. Hasta ahora, el lugar del individuo en la ciudad inteligente y digital no había sido suficientemente conceptualizado por sus promotores, limitándose en gran parte al papel de usuario pasivo (Díaz y Breux, 2017).

A lo largo de nuestras observaciones y visitas, observamos una apropiación emergente de estas herramientas digitales. Promover la propiedad ciudadana de una tecnología como la fabricación digital requiere nuevas instituciones, estructuras descentralizadas, objetos, instrumentos, documentos que estén disponibles para las comunidades y las personas, y que hagan posible del "decir al hacer". La red de los *Ateneus de Fabricació* complementa una oferta territorial ya presente en el territorio de Barcelona para ampliar el espectro social de los usuarios potenciales. Quedan varias preguntas sobre el uso real que hacen los ciudadanos de este nuevo servicio público y los recursos técnicos y humanos disponibles para los ciudadanos. Existen muchas preguntas pendientes sobre la composición socioeconómica del público, sus prácticas, sus opiniones, sus motivaciones, la naturaleza de los proyectos desarrollados o su participación en la animación del lugar a través de la realización de contraprestaciones. Estas preguntas nos permitirán, al responderlas, comprender la forma en la que los ciudadanos se apropian socialmente de estos lugares y de las herramientas tecnológicas, así como el papel del singular modo de funcionamiento de los *Ateneus de Fabricació* en este proceso individual y colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

AJUNTAMENT DE BARCELONA. (2015). *Informe: Xarxa d'Ateneus de Fabricació. Espais per a promoure la innovació social ciutadana i la nova industrialització de Barcelona*. [document en línia]. [Data de consulta: 1 de abril de 2018]. https://fr.slideshare.net/Barcelona_cat/informe-xarxa-ateneus-de-fabricaci



- AJUNTAMENT DE BARCELONA. (2016a). *Llibre Blau dels Ateneus de Fabricació*, 20 pàg.
- AJUNTAMENT DE BARCELONA (2016b). *Mesura de Govern. Actuacions al districte de Nou Barris 2016-2019*. [document en línia]. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <http://ajuntament.barcelona.cat/noubarris/ca/mesura-de-govern-actuacions-nou-barris-2016-2019>
- AJUNTAMENT DE BARCELONA (2016c). *Mesura de Govern. Actuacions al districte de Les Corts 2016-2019*. [document en línia]. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/108618/1/MG_LesCorts_2016-2019.pdf
- AJUNTAMENT DE BARCELONA (2016d). *Mesura de govern: Transició cap a la sobirania tecnològica. Pla "Barcelona ciutat digital"*. [document en línia]. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <http://ajuntament.barcelona.cat/digital/ca/documentacio>
- ANGELIDOU, M. (2017). "The Role of Smart City Characteristics in the Plans of Fifteen Cities". *Journal of Urban Technology*. Vol. 23, pàg. 1 i seg.
- BAKICI, T; ALMIRALL, E., & WAREHAM, J. (2012). "A Smart City Initiative: the Case of Barcelona". *Journal of the knowledge economy*. Vol.4, pàg. 135 i seg.
- BARCELONA CIUTAT DIGITAL. (2017). *Mesura de govern per a la digitalització oberta: programari lliure i desenvolupament àgil de serveis a l'administració pública*. [document en línia]. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <http://ajuntament.barcelona.cat/digital/ca/documentacio>
- BAUWENS, M. (2006). "The political economy of peer production". *Post-Autistic Economics Review*. Vol. 37, pàg. 33 i seg.
- BESSON, R. (2017), "Rôle et limites des tiers-lieux dans la fabrique des villes contemporaines". *Territoire en Mouvement*. Vol. 34, pàg. 1 i seg.
- BOSQUÉ, C. (2015). "Des FabLabs dans les marges: détournements et appropriations". *Journal des anthropologues*. Vol. 142-143, pàg. 49 i seg.
- BORJA, J. (1995). *Barcelona: Un modelo de transformación urbana*. Quito: PGU. 287 pàg.
- BUSQUETS, J. (1994). *Barcelona*. Madrid: Mapfre. 432 pàg.
- CAPDEVILA, I. (2015). "Les différentes approches entrepreneuriales dans les espaces ouverts d'innovation". *Innovations*. Vol. 48, pàg. 87 i seg.
- CAPEL, H. (2005). *El modelo Barcelona, un examen crítico*. Barcelona: Ediciones el Serbal. 120 pàg.
- CARDOSO, R. (2009). "Craft versus design: moving beyond a tired dichotomy". A: Adamson, G. (ed.). *The craft reader*. Oxford :Berg, pàg. 321 – 332.
- CAYOUILLE, V. (2017). "Les ateliers de fabrication numérique" [document en línia]. Info-documentation. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <http://aptdq.org/extrait-de-linfo-documentation-les-ateliers-de-fabrication-numerique/>



- DEAKIN, M. (2014). "From The City Of Bits to E-Topia: Space, Citizenship and Community as Global Strategy", *International Journal of E-Adoption*. Vol.6, pàg 16 i seg.
- DELGADO, M. (2007). *La ciudad mentirosa. Fraude y miseria del modelo Barcelona*. Madrid: Catarata. 288 pàg.
- DICKERSON, K. (2015). *The Innovation Makerspace: Geographies of Digital Fabrication Innovation in Greater New York City* [document en línia]. *CUNY Academic Works*. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. https://academicworks.cuny.edu/hc_sas_etds/8/
- DIEZ, T. (2016). *Fab City Whitepaper, Locally productive, globally connected self-sufficient cities*. [document en línia]. Fab City. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <http://fab.city/whitepaper.pdf>
- DIAZ, J., & BREUX, S. (2017). "Les affres du devenir "de la ville intelligente" : vers une accentuation des limites du cyberspace". A: H. Loiseau & É. Waldispuehl (ed.). *Cyberspace et science politique. De la méthode au terrain, du virtuel au réel*. Montréal: Presses de l'Université du Québec, pàg. 254-281.
- ELOI, L. (2016). *Nos mythologies économiques*. Paris : Les Liens qui libèrent. 200 pàg.
- EYCHENNE, F. (2012). *Fab Lab. L'avant-garde de la nouvelle révolution industrielle*. Paris : FYP. 112 pàg.
- GRAHAM, S. (2003). *The Cybercities Reader*. New York: Routledge, 464 pàg.
- GUALLART, V. (2013a). *The Self-Sufficient City: Internet has changed our lives but it hasn't changed our cities, yet*. Barcelona: Actar. 416 pàg.
- GUALLART, V. (2013b). *The Science of Digital Fabrication*. [document en línia]. MIT. [Data de consulta: 1 abril de 2018] <http://cba.mit.edu/events/13.03.scifab/>
- HARVEY, David (1989). "From managerialism to entrepreneurialism: the transformation in urban governance in late capitalism". *Geographiska Annaler*. Vol. 71, pàg 3 i seg.
- HOLLANDS, R. (2008). "Will the real smart city please stand up? Intelligent, progressive or entrepreneurial?". *City*. Vol. 12, pàg. 303 i seg.
- JUTAND, F. (ed.) (2013). *La métamorphose numérique: vers une société de la connaissance et de la coopération*. Paris: Éditions Alternatives. 240 pàg.
- LALLEMENT, M. (2015). *L'âge du faire. Hacking, travail, anarchie*. Paris: Seuil. 448 pàg.
- LAS VERGNAS, O. (2017). "Répétitions des discours sur la culture scientifique et technique et effets de la catégorisation scientifique scolaire". *Innovations*, 52(1). pàg. 85 i seg.
- LOISEAU, H. (2016). "L'humain, grand oublié du phénomène cyber ? Pistes de réflexion pour la cybersécurité". A: GARON, R. (ed.), *Penser la guerre au futur*. Québec: Presses de l'Université Laval. pàg. 249 - 266.



- MARRES, N. (2012). *Material participation : technology, the environment and everyday publics*. London: Palgrave Macmillan, 216 pàg.
- MARCH, H. & RIBERA-FUMAZ, R. (2014). "Smart contradictions : The politics of making Barcelona a Self-sufficient city", *European Urban and Regional Studies*. Vol. 23, pàg 1 i seg.
- MARTI-COSTA, M.; IGLESIAS, M; SUBIRATS, J. & TOMÀS, M. (2011). "Barcelona". A: IGLESIAS, M; MARTI-COSTA, M.; SUBIRATS, J. & TOMÀS, M. (eds.). *Políticas urbanas en España. Grandes ciudades, actores y gobiernos locales*. Barcelona : Icària, pàg. 45-74.
- L. MORA, L. & BOLICI, R. (2016). "The Development Process of Smart City Strategies: The Case of Barcelona" A. RAJANIEMI, A. (ed.), *Re-city. Future City: Combining Disciplines*. Tampere: Tampere University of Technology, School of Architecture. pàg. 155–181.
- NATIONAL LEAGUE OF CITIES (2016). *How Cities Can Grow The Maker Movement* [document en línia]. NLC.ORG. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <https://www.nlc.org/resource/how-cities-can-grow-the-maker-movement-report>
- NOBLE, D. (1995). *Progress Without People. New Technology, Unemployment and the Message of Resistance*. Toronto: Between The Lines, 184 pàg.
- RICHARDSON, M. (2016). "Pre-hacked : Open Design and the democratisation of product development", *New Media & Society*. Vol. 18, pàg 653 i seg.
- ROSA, P. & al. (2017). *Overview of the Maker Movement in the European Union, Publications Office of the European Union*. [document en línia]. European Union. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/overview-maker-movement-european-union>
- SASSEN, S. (2011). *The Future of Smart Cities* [document en línia] Lift. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <https://www.youtube.com/watch?v=Ww4pYjLVIFE>
- SCAILLEREZ, A & TREMBLAY, D. (2017). "Coworking, fab labs et living labs. État des connaissances sur les tiers lieux". *Territoire en Mouvement*. Vol. 34, pàg 1 i seg.
- SERIS, J.-P. (1994). *La Technique*. Paris : Presses universitaires de France. 432 pàg.
- SMITH A. & al. (2013). *Grassroots Digital Fabrication and Makerspaces: Reconfiguring, Relocating and Recalibrating Innovation?.* [document en línia] SPRU Working Paper Series. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2731835
- SMITH, A. (2014). *Tooling Up: Civic visions, FabLabs, and grassroots activism. Making is political. What happens when city authorities get involved?* [document en línia]. Guardian. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <https://www.theguardian.com/science/political-science/2015/apr/04/tooling-up-civic-visions-fablabs-and-grassroots-activism>



- SMITH, A. (2017). «Social Innovation, Democracy and Makerspaces». [article en línia] SPRU Working Mazzucato and Douglas K. R. Robinson, Paper Series (SWPS) [Data de consulta: 1 abril de 2018]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2986245
- TOMÀS, M. (2015). "Gobernanza urbana y smart cities. El caso de Barcelona". A.: BALCELLS, J.; DELGADO GRACIA, A.M.; FIORI, M. MARSAN RAVENTOS, C., PENA-LOPEZ, I, PIFARRE DE MONER, M.J. & VILASAU SOLANA, M. (eds.). *Internet, Derecho y Política. Regulating Smart Cities*. Barcelona: UOC-Huygens Editorial, pàg. 47-59.
- TOMÀS, M. y CEGARRA, B. (2016). "Actores y modelos de gobernanza en las Smart cities". URBS. *Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales*. Vol. 6, pàg. 47 i seg.
- VIDAL, P. (2007). "La permanence d'une politique publique TIC", *Netcom*. [article en línia]. [Data de consulta: 1 abril de 2018]. <http://journals.openedition.org/netcom/2499>
- WACHTER, S. (2010). *La ville interactive: L'architecture et l'urbanisme au risque du numérique et de l'écologie*. Paris: L'Harmattan. 236 pàg.



THE COLLABORATIVE ECONOMY AS A MATTER OF COMPETENCES BETWEEN THE EU AND MEMBER STATES - THE CASE S) OF UBER

Graça ENES

Assistant Professor, Faculty of Law of the University of Porto and CIJE

ABSTRACT: The collaborative economy was the subject of many analysis. Its revolutionary potential, in a positive or a negative sense, was highlighted. The use of at long distance technologies, namely electronic platforms, allowing instant access to everyone everywhere, creates a new offer of services and a new consumer demand that are able to contact and interact worldwide. Its effects on tourism and mobility are evident. The adequacy of regulations, legal principles, and concepts in competition, labour or tax law are questioned.

Judicial conflicts multiplied in the US and Europe, particularly, involving Uber and its alleged unfair competition practices, infringement of public transport regulations, and the legal and labour status of drivers. Taxi associations sued Uber in Spain, Belgium, Germany, or Portugal accusing it of infringement of public transport regulations imposed at national, regional, and local level to taxis. Uber defended itself claiming not to be a transport provider, but the provider of a service of the information society, and invoking the law of the European Union, namely the freedom to provide services, especially under Directives 2000/31 and 2006/123. The problem was brought to the ECJ through preliminary reference by the Juzgado de lo Mercantil nº 3 of Barcelona (Case *Elite Taxi*, C-434/15) . The Court ruled on this question in 20 December 2017 and considered Uber as a transport company. In 10 April 2018 the Court rule on Case C-320/16, *Uber France*.

Transport is a shared competence under *lex specialis* rules. This qualification makes all the difference, since public transport rules have not been harmonised by European Union. The matter is ruled by Member States law until the Union legislates on the subject after passing the subsidiarity test. The studies of the European Commission and the European Parliament are not conclusive about regulating these activities at European level. The collaborative economy raises fundamental questions about the articulation of competences between the EU and the Member States and this is the main objective of this paper.

KEYWORDS: Collaborative economy, Uber; Transport policy, EU and Member State competences Subsidiarity.



INTRODUCTION

New technologies developed around the turn of the millennium have enabled the establishment of platform mediated activities that in turn fostered the creation of new services and innovation in the provision of many existing ones. It also gave a worldwide range to useful nonprofessional services and sharing of commodities (car sharing or temporary lettings of households) until then confined within the limits of neighborhood and friendship. Some claimed that a new post capitalist, nonprofit, more efficient and sustainable “utopian economy and society”, “sharing” or “collaborative” was ahead of us. Soon changes occurred and now those are “floating signifiers” (Codagnone *et al.* 2016). “Collaborative” or “sharing” economy is an essentially diverse phenomenon, covering very different activities, actors with different aims and capacities. Disputes around this subject are semantic (Belk 2014), epistemic but also legal. These last ones will be our focus. Do changes from small-scale activities, mostly nonprofit, to activities with massive and worldwide reach pose different regulatory challenges (Zale 2016)? Do legal systems, national and European cover these activities? Should these activities be subject to existing regulations or should new made to fit regulations be enacted that do not curb innovation (Cannon and Chung 2015)? What is the appropriate level for regulation?

These questions were raised in relation to collaborative economy in general but the sectors that have attracted attention and caused litigation in the United States and in Europe were temporary home renting and ride services. For the last one, the nature of the activity and also its effects on incumbent industries facing this new competition, on labor relations, or on consumer protection gave rise to numerous litigation and even violent protest.

European institutions like the European Commission or the European Parliament are very open minded towards the collaborative economy and to digital services in particular. The potential perceived by investors in these new companies, most of them originated in the US – labelled as “unicorns” – makes Europeans feel as archaic players, incapable of competing and eager to ride along and to share the potential economic benefits of that new sector. The universal reach of platforms enable micro-entrepreneurs with little financial capacity but who dominate “smart” technology to engage in fast-growing business such as tourism or urban mobility. In a world of high unemployment and precarious employment this may be an alternative especially for young people. The fall in prices and the improvement of quality in a sector such as urban mobility seem to be powerful arguments in favor of this “new economy” (Wallstein 2015). Nevertheless, negative externalities soon appeared particularly in these fields: the gentrification of cities; the rise of house rentals; unfair competition with incumbent industries like taxis, which in most of the countries are subject to licensing and to very strict regulations, national, regional, and local; consumer protection; liability problems. The last three are salient in regard of Uber activity: to provide a passenger with a means of getting a driver in return for a price.



In European Union, in addition and before dealing with substantive issues related to regulation there is an issue of conferral and exercise of regulatory competences that conditions these. Ride services like the one provided by UberPop or UberX will be the focus of the analysis. These two platforms present similar features, allowing the provision of ride services by nonprofessional drivers, and were at the heart of all litigation involving Uber in European Union and its Member States.

1. RIDE SERVICES AND EUROPEAN UNION LAW

1.1. The freedom to provide services, ecommerce legislation and transport policy

The activity performed by companies like Uber is arguably under the scope of European Union law. The same holds for the ride services provided by local drivers. *A priori* and in general various provisions of the Charter on Fundamental Rights can be invoked: article 15 (freedom to choose an occupation and right to engage in work), article 16 (freedom to conduct a business), article 17 (right to property), article 20 (equality before the law), article 21 (non-discrimination), article 31 (fair and just working conditions), article 34 (social security and social assistance). In turn, the Treaty on European Union refers to the values of freedom and non-discrimination (article 2) and the objective of the internal market (article 3). It is the Treaty on the Functioning of the European Union that governs the freedoms of the internal market (article 45 to 48: freedom of movement for workers; articles 49 to 55: right of establishment; articles 56 to 62: freedom to provide services) and common policies like transport (articles 90 to 100), competition (article 101 to 109), or approximation of law in view of the establishment of the internal market (articles 114 and 115). In this analysis the provisions of the internal market stand out, above all the freedom to provide services.

Uber market strategy in Europe was to establish the company that holds the platform in one of the most tax-friendly jurisdictions – the Netherlands – and provide its connecting services throughout the Union benefiting from the freedom to provide services enshrined in articles 56 to 62 TFEU. It has created national companies in other Member States but allegedly only for marketing purposes and not to provide for the intermediary service between drivers and passengers.

In a view to create a legal framework to ensure the free movement of information society services between Member States the European Parliament and the Council approved Directive 2000/31 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). According to this act Member States cannot restrict the provision of information society services from another Member State (article 3/2) and may not impose its internal requirements such as qualifications, authorization, or requirements concerning



the behavior of the service provider, regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and contracts, or requirements concerning the liability of the service provider (coordinated field requirements defined in article 2/i). Member States are bound to mutual recognition but requirements applicable to services not provided by electronic means are excluded from the coordinated field and the mutual recognition imposed by the Directive. The Annex contains a list of services exempt from the abovementioned regime, none of which relate to our subject. Of course restrictions may be imposed by Member States grounded on very strict and proportionate public policy reasons related to criminal offenses, public health, public security, protection of consumers and investors, and subject to prior notification to the Commission or consultation to the “home Member State” of the service provider (article 3/4). The conditions to fulfill are very demanding and hardly would allow the prohibition of a service like the one provided by Uber.

Uber claims it provides solely information society services. Directive 98/34 as amended by Directive 98/48 defined information society services as “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services” (article 1/2). In fact the parties to the contract are not simultaneously present, the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means, and the service is provided through the transmission of data on individual request (article 1/2). Directive 2015/1535 of the European Parliament and the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification) repealed Directive 98/34 but it did not change that concept.

The purpose of Directive 98/34 as amended by Directive 98/48 (now codified by Directive 2015/1535) was to lay down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations related to information society services. The services provided by Uber both to the drivers and to passengers seem to fall under this category: an intermediation service that enables the transfer, by means of a smartphone application, of information concerning the booking of a transport service between the passenger and the non-professional driver who will carry out the transportation using his own vehicle meets, in principle, the criteria for classification as an ‘information society service’ within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34 (*Case Uber France*, C-320/16, paragraph 19). Yet Annex V (now, under Directive 2015/1535, Annex I) included in the indicative list of services considered as not provided by electronic means, and therefore not covered, services having material content (emphasis added) even though provided via electronic devices: (a) automatic cash or ticket dispensing machines (banknotes, rail tickets); (b) access to road networks, car parks, etc., charging for use, even if there are electronic devices at the entrance/exit controlling access and/



or ensuring correct payment is made (Article 2). In this respect, does not the service provided by Uber through its app have material content (access to a transport service)? If one accepts Uber claim that these are two distinct services and transport is provided by an independent contractor that exclusion does not apply.

Under article 8/3 (now article 5/3 of Directive 2015/1535) Member States shall communicate the definitive text of a technical regulation to the Commission without delay. If not, those rules shall not be enforceable against individuals. On the other hand, rules that affect information society services only in an implicit or incidental manner are not to be considered as specifically aimed at information society services (Article 1/5, now article 1/e/ii) of Directive 2015/1535) and therefore fall outside the scope of that Directive.

This came to be one of the core issue in relation to Uber services. Taxi associations and national and local authorities consider those services as transport services and not as information society services. This qualification makes all the difference.

The provision of services in general are governed by the abovementioned Treaty provisions (articles 56 to 62) and also Directive 2006/123. Uber claims its activity is under the scope of these provisions too. Directive 2006/123 intends to facilitate the exercise of the freedom of establishment for service providers and the free movement of services (article 1/1) and rules in a very detailed way the actions prohibited in relation to establishment and the conditions of the requirements admitted.

It intends to pursue the liberalizing objective of the treaty, through simplification of procedures (article 5/1), demanding that authorizations or requirements imposed by States on establishment by undertakings from other Member States are only by objective and clear public interest reasons and subject to proportionality conditions, and, of course, guaranteeing nondiscrimination (articles 9 and 10). It excludes duplication of requirements already scrutinized by the home state authorities (article 10/3). This directive excludes also the case-by-case application of an economic test making the granting of authorization subject to proof of the existence of an economic need or market demand, an assessment of the potential or current economic effects of the activity or an assessment of the appropriateness of the activity in relation to the economic planning objectives set by the competent authority; this prohibition shall not concern planning requirements which do not pursue economic aims but serve overriding reasons relating to public interest (article 14/5).

In regard of services, Directive 2006/123 takes the same approach. Article 16/1 imposes free access and free exercise and any requirements must be non-discriminatory, necessary for reasons of public policy, public security, public health or the protection of the environment, and proportionate. Several requirements on a service provider from another Member State are prohibited, namely the obligation to have an establishment in the territory, to obtain an authorization from local authorities or register with a professional body, except where provided in European law (article 16/2). On the other hand,



the Member State to which the provider moves shall not be prevented from imposing requirements with regard to the provision of a service activity where they are justified for reasons of public policy, public security, public health or the protection of the environment and in accordance with paragraph 1 (article 16/3).

If the Uber service was to be considered an intermediation service between a driver and a passenger it would fall under the scope of these primary and secondary rules on services in general regardless of the rules on information society services. Article 56 TFEU requires not only the elimination of all discrimination on grounds of nationality against providers of services who are established in another Member State, but also the abolition of any restriction on the freedom to provide services, even if that restriction applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, which is liable to prohibit, impede or render less attractive the activities of a service provider established in another Member State where it lawfully provides similar services (Case C-98/14, § 35). Taxi associations and authorities in some European States think otherwise and qualify Uber services as transport services like the ones provided by taxis without complying with the strict rules imposed onto these at national, regional, or local level.

This makes all the difference. According to article 58/1 TFEU, Treaty rules on transport (articles 90 to 100 TFEU) constitute *lex specialis* in relation to general rules on the provision of services and also, even if not expressly stated, in relation to the right of establishment. In regard of transport the Treaty envisages the building of a common policy, not necessarily the dismantling or deregulation of national policies (this is clear from the statements enshrined in article 91/1/b/c TFEU). Public transport activities are highly regulated in all Member States, not only at national level, but also at regional and local level and the Treaty admits that certain of them may be considered as a public service that Member States are authorized to reimburse without infringement of state aids rules (article 93 TFEU). The specificities regarding transport explain why the Treaty recognizes the importance of consequences such as seriously affecting “the standard of living and level of employment in certain regions, and the operation of transport facilities” and the EU institutions should consider them in the rules they enact (article 91/2 TFEU). In fact, the EU has not legislated in matters relating to public transport services such as those. Furthermore, transport services were excluded from the scope of Directive 2006/123 (article 2/2/d). Even if the wording of this last article is not entirely clear, recital 21 of the Preamble excludes from the scope of the Directive urban transport and taxis.

For that reason, according to article 2/2 TFEU (conferral principle), Member States rules apply in regard to access and conditions of exercise in transport services, only subject to the conditions set in Treaty rules on transport, and Uber cannot benefit from Treaty rules on the freedom to provide services and Directives 2006/123 and 2000/31.

All in all, the issue depends on the qualification of the service provided: is it a service of the information society (as Uber claims) or a transport service exactly like the



underlying service provided by the local driver (as taxi companies claim). Are there two autonomous services each one under the scope of different rules? The battle shifts to the nature of the services provided by Uber, particularly UberPop/X, and its relation to the underlying transport service provided by local drivers.

1.2. New services or “the Emperor’s new clothes”?

Claims have been put forward that there is a legal vacuum and the services provided by the collaborative economy do not fall or fall only partially under the scope of existing European and national regulations. This fragmentation entails uncertainty (European Commission 2016A). This claim deserves attention.

It is true that the collaborative economy covers very diverse activities, profit and non-profit oriented, with very different modes of exercise. The common feature is the presence of a digital platform connecting the provider of a service with a consumer or user of that service. Can all these be put under the same “umbrella” or not (Cohen and Kietzmann 2014)? The confusing semantics surrounding the collaborative economy does not help. What kind of service is provided using the Uber platform? Is it ride sharing or a ride service? A platform like Blablacar and the platforms run by Uber like UberX/Pop are similar? They are not. Blablacar connects someone who has a spare place in its car on a journey with a passenger with a common destination to the one defined by the driver allowing that provider by accepting a passenger to share the costs (and prevent the use of a second vehicle). UberX/Pop connects someone that is willing to drive someone to a destiny defined by the passenger in return for a price. The transport provided is similar to a commercial transport service, but as the driver may be a nonprofessional like happens with drivers using the UberPop/X platform it raises important concerns about liability and consumer protection that ride sharing does not. Accidents in the United States fueled this controversy and the public policy debate around the need to regulate these activities. It was the confusion not clarified by the *Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel* between transport in “covoiturage” (ridesharing), i.e. using a car by several people traveling in the same direction and sharing the costs and a transport service by a chauffeur on demand whose destination is defined by the passenger one of the arguments of the European Court of Justice to judge as inadmissible the preliminary reference in *Case Uber Belgium, C-526/15*.

As for the underlying transport service provided by nonprofessional drivers, it can be viewed as a new kind of activity, not regulated, or as an illegal taxi service. It may be that the activity does not fit among the existing regulated categories regulated. If so, that means it is not prohibited. Moreover, if it is a different kind of service not regulated the main question is if it should be regulated by European, national or local authorities, and how, or if the purpose of not hindering innovation and efficiency recommend instead self-regulation (Koopman *et al.* 2014).

Also the relation between the digital platform and the underlying service providers may differ substantially. It seems that there are multiple contractual relationships: a



contract between the provider of the underlying service and the platform; a contract between the user interested in the underlying service and the platform; and, a contract between the provider of the underlying service and the user of that service. In this multiple framework the platform is a mere intermediary offering a digital connecting service with a transnational reach and it is not responsible for the underlying service provided, in the case of Uber a ride service. This is the claim put forward by Uber. Can this be simply apparent? Is it this the way customers see it? Or, is the connection established through the platform part of the transport service or at the least not autonomous.

The relation between Uber and the underlying transport service raised immense controversy. The service provided by the platform and the transport service are different or not? Even if they are two distinct services are they separable or not? Uber says they are different and declares that it only provides an intermediation service that consists in connecting an independent contractor (the driver) and a passenger. The transport contract is established directly between these two and does not involve in any way Uber itself. Taxi companies and authorities in several States and cities do not accept that view. The answer to this question is decisive in determining the appropriate seat of regulation and the conditions under which it can be exercised. If Uber does not provide a transport service and instead only an intermediary service it may benefit from Directive 2006/123 and also since it does so using a digital platform from Directive 2000/31. If Uber service is qualified as a transport service it has to comply with national rules on transport. To determine that some tests have been put forward. The tests are different between the Commission, the Advocate-General and the Court.

1.3. Intermediary digital service or transport service: the tests proposed by the European institutions

The answer lies in the nature of the services provided: the relevant categories are digital intermediary services and transport services. The alternative qualification has diverse regulatory consequences. Contrary to the claims presented by taxi drivers, Uber declares it does not provide transport services. According to the company, within the European Union, the service provided by Uber falls under the scope of the internal market freedom to provide services, especially the rules concerning the information society. The underlying transport service is provided by independent contractors that engage in direct contractual relationships with the passengers. National authorities and courts, national and the ECJ, on the contrary, have ruled otherwise and have qualified UberX/Pop as a transport operator albeit “wearing” cutting-edge technology. The use of new technologies and innovative ways of organizing the provision of a service do not mean that the service itself is a new category. This is precisely the issue regarding several Uber litigation cases and there are different approaches on that.

The European Commission assumes that the intermediary connection service is distinct from the underlying transport service. The key issue is to determine who is



responsible for the last one, an independent contractor or the platform owner? For that purpose it refers to the level of control or influence the platform exerts over the underlying service (European Commission 2016C, 5-6) that may indicate that it also provides this last service in addition to an information society service. In order to determine the existence of control, the Commission proposes that three criteria should be cumulatively met: (1) the price is set and not just recommended by the platform and not by the actual provider of the transport service. In *Elite Taxi* case, Uber claimed it did not set the price because the driver was free to charge less than the price that resulted from the algorithm and factors defined by Uber unilaterally. The Advocate General Szpunar did not accept that argument but the Commission and the Court did not elaborate on the question; (2) the platform imposes unilaterally other key contractual terms through mandatory instructions for the provision of the underlying service, including the obligation to provide the service. The Advocate General was not particularly demanding and considered it sufficient that the company could unilaterally impose penalties on drivers who frequently refuse the service, block access to the platform to drivers falling below a threshold unilaterally fixed by the company, and require drivers to justify themselves when they do not follow the recommended itinerary; (3) Ownership of key assets used to provide the underlying service. With this third criterion Uber could never be qualified as a transport provider since it does not own the cars. Advocate General Szpunar dismissed it completely noticing that a transporter may use vehicles hired or belonging to others, in fact a common practice among transport companies.

The Commission pointed other criteria possibly relevant such as who incurs the costs and assumes the risks related to the provision of the underlying service or the existence of an employment relation between the platform and the operators providing the underlying service. These additional criteria give reason to Uber. The facilities regarding payment, insurance coverage, aftersales services, rating or review mechanisms are not decisive in the eyes of the Commission.

The Advocate General goes one step further and, following teleological hermeneutical standards, admits that the distinction between these services may be only apparent. An autonomy test will determine that. According to the Advocate General view the service provided by Uber cannot be compared to that of online sale of physical goods because this sale is completed online and the delivery is simply the compliance of the contract (Case *Ker-Optica*, C-108/09). The service requested by passengers to Uber is not in fact a simple connection to a local driver but is instead the supply of a transport service in reality organized by Uber in a standardized manner and in fact under its brand. The passenger uses Uber app to hire a transport and gets exactly that. Uber does not limit itself to match a third party supplier to a demander, “it created the supply itself”, “lays the rules concerning the essential characteristics of the supply and organizes how it works” (Case *Elite Taxi*, paragraph 43), be those the requirements to be met by cars, or age and behavioral requirements for the drivers do not exist as providers of transport independently of the platform.



The Advocate General concludes that the service provided by Uber is a composite service, comprising electronic elements and non-electronic elements not independent from each other. To determine the nature of the service, it is necessary to determine which one is the main component. This is the one that “gives it meaning in economic terms” (Case *Elite Taxi*, paragraph 35) and it is the transport service; the use of electronic means to organize transport is simply incidental, preparatory or secondary and therefore the service provided by Uber is not an information society service but, in fact, a transport service. The business model may be innovative but the service provided is a transport service (Conclusions, Case *Elite Taxi*, paragraph 61). The digital platform has no economic meaning (Conclusions, Case *Uber France*, paragraph 19 and 20). The fact that Uber closed its platform in countries where the drivers of UberPop/X were subject to demanding requirements that they could not comply with confirms this view.

If there are not distinct services for each ride there are not three contracts, one between the platform and the driver, a second one between the platform and the passenger, and a third one between the passenger and the driver; there is just one contract between the platform and the passenger and that irrespective of the kind of relation (employment relation or not) between the platform and the driver. Also, the rules to apply are the ones that regulate the main component that is transport.

The Grand Chamber of the European Court of Justice in *Elite Taxi* endorsed entirely the reasoning of the Advocate General and its *ratio decidendi* is based on the “decisive influence over the conditions under which that service [the transport] is provided” (paragraph 39). A point worth noting in the reasoning of the Court is the fact that local drivers are non-professional and subject to a selection and supervision by Uber without which they “would not be led to provide transport services” (paragraph 39). Moreover, without Uber organization role a transport service provided locally by non-professional drivers could never achieve the quality and professional character it presents. Recalling its judgment in Case *Itvelesa*, C-168/14, and Opinion 2/15, where the Court qualified “any service inherently linked to any physical act of moving persons or goods from one place to another by means of transport” concludes that UberPop is a composite service whose main component is a transport service available through an accessory service of connection to a local driver by means of a digital platform.

Therefore, as seen above, transport is outside the scope of Directive 2006/123 and Directive 2000/31. Following article 58 TFEU it is ruled by the special rules on transport. Since in this field of public urban individual transport the European Union did not approve any rules Member States rules apply and Uber as a transport operator or transport broker has to comply with them.

Directive 98/34 (now Directive 2015/1535) was not present in the reasoning of the Advocate General and the Court in spite of the the wording of article 1/5 of Directive 98/34 as amended by Directive 98/48: “a rule shall not be considered to be specifically aimed at Information Society services if it affects such services only in an implicit or incidental manner.” To the Advocate General that was not relevant because the connecting



service is not autonomous but a part of a composite service that included the transport itself. The Court does not deepen the issue but follows the same reasoning.

When directly asked about the scope of that act in Case *Uber France*, C-320/16, the European Court of Justice did not analyze, in this respect, the issue of the nature and of “rules specifically aimed at information society services” clarifying the conditions for considering a rule as having a simply an incidental or implicit effect on information society services. Instead, in its judgment of April 10 2018, the Court took a step back and following *Elite Taxi* reasoning considered UberPop service a transport service excluded from the scope of the primary and secondary rules on freedom to provide services in general and information society services in particular and, instead, under the scope of national laws. But this result does not exempt the Member States from respecting European Union Law, namely non-discrimination and proportionality principles under the cover of general rules of the Treaty and of the title on transport in particular. A rule that prohibits an activity precisely an intermediary service for connecting a provider and a customer of a transport service has only implicit or incidental effects on a service of the kind provided through the means of a smartphone app? This prohibition admits that both services are distinct and autonomous. The Court refused that. The issue is put under a different perspective but not necessarily outside the scope of European Union law. If the Member States consider these services to be distinct, the intermediation one would be an information society service under the scope of EU law and not only in an incidental or implicit manner. The Court completely disregards this point in case *Uber France*. On the other hand, if the services are distinct national regulations on transport may hinder EU laws, and the freedom to provide services of the information society under the provisions of the internal market. Its justification on grounds of public policy, like the prevention and combat of an illegal transport activity have to pass the proportionality test. These are the questions put in Case *Uber v. Richard Leopold*, C-371/17. This case was removed from the register after the national court communicated it did not intend to keep the reference. In our view, the issues raised were pertinent and were not entirely covered by the *Elite Taxi* case.

2. TO REGULATE OR NOT TO REGULATE, THAT IS THE QUESTION (IN EUROPEAN UNION)

2.1. Conferral and exercise of European Union competences

Moreover, are there different features in this “new economy” that demand a new regulatory framework? Some argue against the need to impose top-down regulations and believe it has the capacity for self-regulating (Koopman *et al.* 2014). If the answer is positive should it take place at European level? The European Parliament thinks so (European Parliament 2016). Regulation can be excessive by imposing too demanding and



costly access and / or exercise conditions. This prevents innovation and development. But it may be insufficient at the same time to protect potential problems concerning the protection of consumers, service providers, third parties and even the local community. Anyway the need for regulation does not mean it should be the Union to legislate.

If regulation if necessary what is the appropriate level for regulation, national or European?

The European Union competences are governed by the principle of conferral (article 5/1 TEU). According to this principle the European Union “shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein” (article 5/1 TEU). Therefore, to legitimize European Union intervention, it is necessary to determine if an activity such as that carried out by Uber fall within the scope of some of the powers provided for in the provisions of the Treaties. If this is not the case, competence to regulate those activities remains with the Member States (articles 4/1 and 5/2 TEU). Portugal has ruled on that with the recent TVDE Law (“Lei do transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica”).

Yet, things are more complex. There are several categories of Union competences (article 2 TFEU): the Union has some exclusive competences (article 3 TFEU), other competences are shared with the Member States (article 4 and 5 TFEU), and in some areas the Union may only coordinate, support or supplement Member States competences. The extent and scope of European Union action differs between them. If exclusive competences are only in the hands of the Union (article 2/1 TFEU), shared competences can be exercised at both levels and “the Union and the Member States may legislate and adopt legally binding acts in that area” (article 2/2 TFEU). This simultaneous presence of such competences at the level of the Union and at the level of the Member States requires that a criterion of articulation be established to determine the legitimate scope of the use of these competences at each level. This criterion is the principle of preemption according to which “[t]he Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence” (article 2/2 TFEU). But this is not the end. *De iure constituendo*, another question rises. Even if the issue falls under the scope of European Union competences not yet exercised should the Union use the powers conferred upon it and regulate those services? The use of Union competences is subject to other conditions, namely the pursuit of the objectives set out in the Treaties (article 5/2 TEU) and the principle of subsidiarity (article 5/1 TEU). Besides the aims proclaimed in the Preambles, the objectives are enshrined in article 3 TEU. In this respect the internal market (article 3/3 TEU) and the freedom to provide services (article 56 to 62 TFEU) stand out. But also the provisions on a common transport policy (articles 90 to 100 TFEU) may be relevant. These fields are part of the shared competences indicated in article 4/2 TFEU. The principle of subsidiarity entails that “in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States (...) but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better



achieved at Union level” (article 5/3 TEU). This means that if these conditions are not met, the European Union may not legislate and it is up to Member States to regulate the field under review. The European Parliament recognizes that principles like conferral and subsidiarity are relevant in this matter (European Parliament 2016).

Nevertheless, the European Parliament believes the EU should legislate in this field eliminating the fragmented regulation that prevent the EU from taking full benefit of the economic potential of the “sharing/collaborative economy”, even if they are aware of the diversity of this “new economy” and of the special features of some sectors which justify the permission of some local diversity, namely the transport sector (European Parliament 2016). In spite of the enthusiasm, the European Commission takes a more cautious view and in the *Agenda for the Collaborative Economy* declares its preference, at least for the moment, towards mere supervision of the compliance with the scarce rules in force, assessing the effects on the internal market and on European economy, and to offer guidance to stakeholders and public authorities through surveys and the exchange of best practices (European Commission 2016B).

In fact, this is a field where the reach of subsidiarity is notorious and the European Union must take it serious. In transport policy, local and national concerns related to mobility, the management of traffic, urban planning, road safety and public security stand out and point to the local and national level as the most appropriate to regulate since the scale and effects involved are essentially regional and local. On the other hand, the diversity of reality imposes different approaches and different regulations.

2.2. The use of Member States powers. Obligations under European Union law

Since the European Union has not approved legislation to regulate urban transport, Member States can exercise their competence and enforce their legal framework according to article 2/2 TFEU. Uber may claim the right to establishment and to provide services but it has to comply with the requirements set by national and local regulations. Member States are bound by the obligation of sincere cooperation enshrined in article 4/3 TEU and cannot hinder the European Union law, namely the rules on transport (Title V TFEU), and nondiscrimination principle, proportionality, and general principles and rights, including the Charter (Case *Pfleger*, C-390/12; Case *Yellow Cab*, C-338/09; Case *ERT*, C-260/89; and Case *Akerberg Fransson*, C-617/10). As the European Court of Justice stated in Case C-98/14 Member States must exercise their competences consistently with EU law (Simon 2018), particularly given that the large extent of their powers is not the recognition of an essential State function recognized in article 4/2 TEU or a power not conferred to the Union.

And there are several European Union acts that apply to collaborative economy relations. B2C relations are under the scope of Directive 2005/29 on Unfair Commercial Practices, Directive 93/13 on unfair terms on consumer contracts, Directive 2013/11 on alternative dispute resolution for consumer disputes, Regulation



523/2013 on online resolution for consumer disputes; Directive 2006/114 on misleading and comparative advertising apply to B2B relations. None of these acts cover P2P transactions and these are subject to different national regulations on contracts among private parties. But again, what is the appropriate level to regulate this, the European or the national/local one? Given the transnational character of these transactions the subsidiarity test may point to the need to adopt common rules in regard of some of those issues, like dispute resolution. For the time being, collaborative economy most prominent actors have put in place reputational mechanisms that may suffice to tackle most of the risks. Another field where European Union action might be needed relates to competition because Uber is viewed as a market player that may become dominant (Lougher and Kalmanowicz 2016).

CONCLUSIONS

The regulation of the “collaborative economy” proves to be a difficult issue and “one size fits all rules” are not appropriate.

Specifically, the service provided by Uber was qualified as a transport service, a matter falling under the shared competences of the Union and the Member States. Thus, the rules governing the competences in the European Union determine that as long as the Union does not legislate that matter falls under the scope of Member States rules. Should the Union use its competence and legislate on this matter? The principle of subsidiarity governs this issue and this an activity in which demands of public policy at national, regional, and local level are important. In our view, the conditions set in the subsidiarity test and are not easily met. Member States or even regional or local authorities are the appropriate level for regulating these activities, safeguarding principles and rules of European Union law such as nondiscrimination and proportionality. The conditions to impose on urban mobility services as well as on short home rentals are a field where the subsidiarity test is very demanding and the requirements that legitimize the intervention of the European Union are difficult to meet.



BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

- BELK, R. 2014. "Sharing versus pseudo-sharing in web 2.0." *Anthropologist*, 18(1), 7 et seq.
- CANNON, B., CHUNG, H. 2015. A framework for designing co-regulation models well-adapted to technology-facilitated sharing economies". *Santa Clara High Tech. L. J.*, 31, 23 et seq.
- CODAGNONE, C. et al. 2016. *The Passions and the Interests: Unpacking the Sharing Economy*. Institute for Prospective Technological Studies. JRC Science for Policy Report EUR 27941 EN. doi: 10.2791/474555
- COHEN, B., KIETZMANN, J. 2014. "Ride On! Mobility Business Models for the Sharing Economy". *Organization & Environment*, 27(3), 279 et seq.
- EUROPEAN COMMISSION. 2016A. *Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy*. Retrieved from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries> (09-09-2017)
- EUROPEAN COMMISSION. 2016B. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda for the Collaborative Economy*. COM (2016) 356 final, Brussels, 2.6.2016.
- EUROPEAN PARLIAMENT. 2016. *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy. Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*. January 2016. Retrieved from [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf) (06-09-2017)
- KOOPMAN, C. et al. 2015. "The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change". *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*. Vol. 8. Issue 2, Article 4, 529 et seq.
- LOUGHER, G., KALMANOWICZ, S. 2016. "EU Competition Law in the Sharing Economy". *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), 87 et seq.
- SIMON, P. 2018. "Uber saisi par le droit du marché intérieur". *Revue des Affaires Européennes 2017/3*, 521 et seq.
- WALLSTEIN, S. 2015. *The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis?* New York: Technology Policy Institute. Retrieved from https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/06/01912-96334.pdf (22-01-2018)
- ZALE, K. 2016. "When Everything is Small: the Regulatory Challenge of Scale in the Sharing Economy". 53 *San Diego L. Rev.* 949 et seq



DIGITALIZACIÓN DE LA POLÍTICA FISCAL Y LABORAL: ¿CAPRICHOS O NECESIDAD?

Anna MERINO CASTELLÓ (PhD)

Economista experta en competencia, regulación y economía digital¹

1. INTRODUCCIÓN

Las administraciones públicas deben hacer frente a los cada vez más complejos retos económicos y sociales, siendo las plataformas digitales y la economía colaborativa una mezcla de ambos. A menudo, los poderes ejecutivos temen las implicaciones que vienen de la mano de la innovación y optan por reaccionar a la defensiva ante situaciones de cambio disruptivo.² Mantener el *status quo* todo el tiempo que sea posible nunca suele ser la estrategia más adecuada, aun siendo consciente que no siempre es sencillo que estructuras pesadas y burocratizadas como las predominantes en las administraciones públicas tengan una capacidad de reacción rápida y efectiva. Las administraciones públicas deberían saber leer este nuevo contexto dinámico para permitir un desarrollo natural de estas actividades colaborativas y de plataforma haciendo valer el principio *equal the playing field* tan defendido por las instituciones europeas y plantearse no solamente qué se regula, sino cómo se regula: de forma necesaria, proporcionada y no discriminatoria.

Tal y como sostienen las autoras (Fernández y González, 2018), en el campo de la regulación también se aconseja seguir el camino marcado por el modelo de gobernanza pública inteligente. Por una parte, la ciudadanía debe jugar un papel protagonista en el proceso de creación de normas y, a la vez, conviene escuchar a los operadores económicos así como a los expertos juristas en la materia. Sin duda, la regulación de la economía de

1 La autora, en su calidad de Jefa del Área de Competencia y Regulación de la Generalitat de Catalunya, fue la secretaria técnica de la Comisión Interdepartamental para el desarrollo de la Economía Colaborativa en Catalunya en el periodo 2016-2018.

2 *¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público.* PwC (2017).



plataformas requiere de amplitud de miras: hay que analizar y encontrar el encaje de las nuevas realidades empresariales y sociales asociadas a las plataformas digitales así como equilibrar los intereses divergentes de las partes implicadas en el fenómeno siempre en favor del bienestar social: administración, emprendedores digitales, empresas tradicionales, expertos, trabajadores, consumidores y ciudadanos en general. Como ejemplo de ello, cabe destacar la labor que ha llevado a cabo la Generalitat de Catalunya a través de su Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa.³

Las ventajas de este modelo de trabajo transversal (Serra, 2005) en su dimensión disciplinaria y administrativa no son despreciables: analizar y hacer propuestas conjuntas desde el punto de vista de los responsables públicos por ámbito competencial permite identificar la importancia de todos los intereses públicos a proteger; contar con el apoyo de los agentes implicados en este nuevo fenómeno aporta a la administración una visión innovadora y más próxima a la realidad; la opinión de la ciudadanía se valora cada vez más en los procesos de creación normativa, siendo en este caso incluso más relevante, ya que las personas, en su posición de ciudadanos agentes productores o *prosumidores*, son, en buena parte, la base de esta nueva economía colaborativa. Aun así, las diferentes competencias entre administraciones públicas y sus visiones, la diversidad de agentes económicos con intereses opuestos y la complejidad del fenómeno en sí mismo, no facilita la adaptación de todo un sistema regulatorio estructurado y anclado en el siglo XX a las necesidades y entornos innovadores del siglo XXI.

A continuación, se arrojará un poco de luz sobre ámbitos concretos donde la economía colaborativa y de plataformas incide especialmente: la política fiscal, la laboral y las relaciones público-privadas entre administraciones públicas y plataformas digitales. Este análisis permitirá identificar las luces y sombras de esta nueva realidad, así como valorar las dificultades de encaje con la regulación actual y, aún más relevante, las diferentes medidas que podría adoptar la administración pública para hacerles frente.

2. DIGITALIZACIÓN DE LA POLÍTICA FISCAL

En primer lugar, se deben plantear las cuestiones sobre la fiscalidad en el entorno de la economía colaborativa y digital partiendo de la base que, a menudo, se mezclan dos conceptos muy diferentes, lo que puede dar lugar a razonamientos y conclusiones erróneas. Por un lado, hablamos de la fiscalidad que afecta a las propias plataformas

3 Informe de la Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa: *Propuestas para un buen encaje de la economía colaborativa y de plataformas en Catalunya*. Generalitat de Catalunya (2017). http://economia.gencat.cat/web/.content/70_economia_catalana/arxius/economia-colaborativa/informe-comissio-eco-collaborativa.pdf



que, como cualquier otra empresa de servicios, deben contribuir a las finanzas públicas a través del impuesto de sociedades. Por otro lado, hay que tener en cuenta también la fiscalidad a la que deben hacer frente los usuarios de las plataformas digitales, especialmente aquellos que ofrecen bienes y/o servicios a través de estas aplicaciones y obtienen ingresos de ellas. En cualquiera de los dos casos, se puede observar que la normativa fiscal, tanto a nivel estatal como europeo, está en gran parte obsoleta, pues no está diseñada para adaptarse a las peculiares características de la economía digital y facilitar la tributación de forma proporcionada. Estamos hablando, tal y como sostiene R. Álamo (2016), de la presencia global, la ausencia de “establecimiento permanente”, o bien, el rol cada vez más presente del prosumidor o *peer*, que desdibuja la relación tradicional entre el proveedor del bien y/o servicio y el consumidor.

Las plataformas digitales se entienden, en líneas generales, como una herramienta que pone en contacto los oferentes de un bien y/o servicio con los usuarios demandantes de éstos, es decir, son conectores de oferta y demanda. Independientemente de la discusión sobre la responsabilidad de estas plataformas en relación a la transacción que se realiza a través de ella, es lógico que si esta intermediación genera un ingreso y un beneficio en territorio nacional, se la pueda grabar por ello. Ahora bien, el problema surge cuando, en base a la interpretación de las normativas fiscales (en general, en toda la Unión Europea hay requisitos muy similares), para poder ser gravadas se requiere que las empresas dispongan de un establecimiento permanente en el país donde realizan la actividad. Tradicionalmente, esta circunstancia otorgaba seguridad jurídica a las multinacionales y no suponía un gran problema para los Estados miembros pero, tal y como indica F.A. Vaquer (2016), la digitalización cambia, sustancialmente, las reglas del juego: las plataformas digitales no disponen de un establecimiento permanente en cada país en el que operan, lo que les permite imputar la gran mayoría de sus ingresos y beneficios en el país donde tienen su sede central, que dentro de la Unión suelen ser países con una menor tasa impositiva, como Irlanda o Luxemburgo.

En este contexto, los diferentes Estados miembros están adoptando cada uno de ellos diferentes estrategias para afrontar la *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, concepto creado por la OCDE⁴ para referirse a la erosión de la base fiscal y el desplazamiento de los beneficios. En palabras del Comisario Europeo de Asuntos Económicos y Financieros, Fiscalidad y Aduanas, Pierre Moscovici: “*Nuestras normas previas a Internet no permiten a nuestros Estados miembros gravar a las empresas digitales que operan en Europa cuando tienen poca o ninguna presencia física aquí. Esto representa un cada vez más grande agujero para los Estados miembros, porque la base fiscal se está erosionando. Es por eso que presentamos un nuevo estándar legal y un impuesto de carácter temporal para actividades digitales.*”

4 *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.* OCDE (2016). <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>.



En este sentido, la Comisión Europea⁵ ha empezado a trabajar intensamente en un sistema que permita gestionar mejor esta problemática.⁶ Como solución más adecuada, plantea la creación de un impuesto comunitario (una pequeña victoria dentro de la todavía utópica unión fiscal) que grave aquellas plataformas y empresas digitales que lleven a cabo una interacción significativa con sus usuarios mediante canales digitales y, por lo tanto, prescindiendo del decimonónico concepto de establecimiento permanente. En este sentido, se considerará que una plataforma tecnológica tiene una presencia digital gravable en un Estado miembro si cumple uno de los siguientes requisitos:

- supera el umbral de 7 millones de euros de ingresos anuales en un Estado miembro,
- tiene más de 100.000 usuarios en un Estado miembro durante un ejercicio fiscal, o
- genera más de 3.000 contratos de servicios digitales con los usuarios en un ejercicio fiscal.

Where to tax?	What to tax?
<p>Under the proposed new rules, companies would have to pay tax in each Member State where they have a significant digital presence, reaching one of the following thresholds:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li style="margin-bottom: 10px;"> ✔ Revenues from supplying digital services exceeding €7 million  <li style="margin-bottom: 10px;"> ✔ Number of users exceeding 100,000  <li style="margin-bottom: 10px;"> ✔ Number of online business contracts exceeding 3,000  	<p>The attribution of profit will take into account the market values of:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li style="margin-bottom: 10px;"> ✔ Profits from user data (e.g. placement of advertising)  <li style="margin-bottom: 10px;"> ✔ Services connecting users (e.g. online marketplace, platforms for "sharing economy")  <li style="margin-bottom: 10px;"> ✔ Other digital services (e.g. subscription to streaming services) 

Fuente: Comisión Europea.

Sin embargo, la Unión Europea es muy consciente de sus *tempos* y del creciente impacto que el *BEPS* está causando en los Estados miembros, por lo que ha diseñado una estrategia más cortoplacista que pasa por establecer un impuesto digital del 3% sobre los

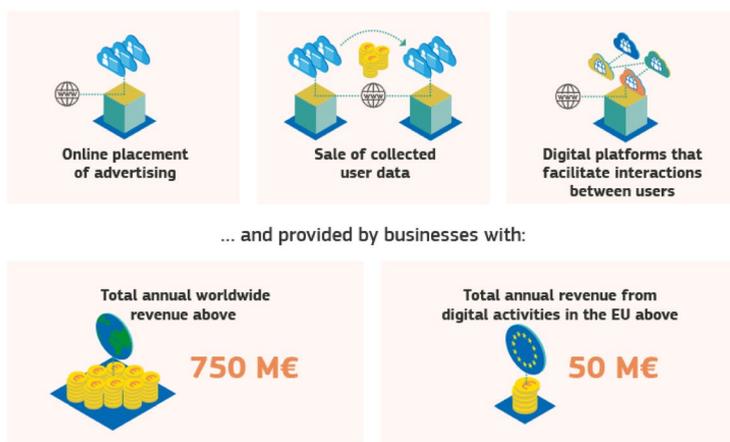
5 Propuesta para el Consejo "Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services."

6 Fair Taxation for the Digital Economy. European Commission (2018).



ingresos generados por dichas actividades que sería recaudado directamente por los diferentes países europeos. Este impuesto se aplicaría a las empresas con un total anual de ingresos de 750 millones de euros a nivel mundial, de los cuales, 50 millones se generen en la UE. Cabe añadir que, aún sin ser unánime (hay quejas en relación a que se graven los ingresos directamente y no los beneficios generados), el diseño de esta estrategia por parte de la UE está contando con un amplio apoyo social y político.

An interim tax of 3% on revenues made from three main types of services, where the main value is created through user participation.



Fuente: Comisión Europea.

En este sentido, la Generalitat de Catalunya ya se manifestó, en septiembre de 2016, a favor de la necesidad de gravar las plataformas digitales por el lugar de origen de los ingresos y no por razón de la ubicación de su establecimiento permanente.

Las prisas de la Unión Europea no se deben únicamente a la existencia de la erosión de las bases fiscales nacionales, sino que también han influido las decisiones unilaterales que están tomando algunos Estados miembros a falta de una respuesta global (Wolfgang, 2018). Efectivamente, varios países europeos están aprobando medidas para regular la economía colaborativa y digital, estando entre las más significativas aquellas relacionadas con el marco fiscal. En España, por ejemplo, se ha modificado el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria a través del artículo primero apartado once del Real Decreto 1070/2017.⁷ Esta modifi-

7 Artículo 1. Apartado 11 del Real Decreto 1070/2017: 1. *Las personas y entidades que intermedien entre los cedentes y cesionarios del uso de viviendas con fines turísticos situadas en territorio español en*



cación normativa insta a las denominadas plataformas colaborativas que intermedian en la cesión de viviendas con fines turísticos a facilitar una gran cantidad de datos sobre el arrendador y el arrendatario que debe ser recabada y comunicada a la Agencia Tributaria por parte del intermediario (plataforma digital). Tal y como indican varios autores, entre ellos M. Ruíz (2017), la justificación de esta medida es la correcta recaudación efectiva y la reducción del fraude fiscal, pudiéndose lograr este objetivo con una medida menos intervencionista. De hecho, esta actuación ha sido ampliamente criticada por diferentes medios, plataformas digitales e incluso por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aunque finalmente este organismo ha desestimado la posibilidad de interponer un recurso contencioso administrativo al considerar que las obligaciones impuestas están justificadas para la lucha contra el fraude fiscal y no suponen una carga desproporcionada para las plataformas.

En cualquier caso, la vía de la imposición no parece ser la mejor alternativa para empezar con buen pie las relaciones entre administraciones públicas y plataformas digitales, tan beneficiosas para ambas partes. En este sentido, se podría seguir el ejemplo de muchas ciudades, regiones e incluso países que han firmado acuerdos de colaboración con plataformas. A través de estos convenios, ambas partes suelen establecer que sea la plataforma quien asista al usuario y recaude el impuesto turístico e incluso colabore en la retención de otros tributos como el IRPF o el IVA, para, posteriormente, ingresarlo a las agencias tributarias respectivas (Herrero, 2017). En ocasiones, el acuerdo va incluso más allá y fija una compartición de datos debidamente anonimizados de la plataforma a la administración, para que esta última pueda usarlos como herramienta de diseño de las políticas públicas correspondientes o de control e inspección. En la ciudad de Barcelona ya se ha dado un primer paso de colaboración con la empresa Airbnb que ha desarrollado una nueva herramienta para combatir los pisos turísticos ilegales mientras que la Generalitat de Catalunya ha modificado su marco normativo⁸ para crear la figura de asistente en la recaudación y está trabajando intensamente para que la firma del correspondiente convenio se materialice.

los términos establecidos en el apartado siguiente, vendrán obligados a presentar periódicamente una declaración informativa de las cesiones de uso en las que intermedien. / 2. A los exclusivos efectos de la declaración informativa prevista en este artículo, se entiende por cesión de uso de viviendas con fines turísticos la cesión temporal de uso de la totalidad o parte de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, cualquiera que sea el canal a través del cual se comercialice o promocióne y realizada con finalidad gratuita u onerosa.

8 Decreto 141/2017, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos y Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono.



En otro orden de cosas, también entendemos como fiscalidad relacionada con la economía colaborativa o digital todos aquellos ingresos que obtienen los diferentes usuarios de estas plataformas (Jarne, 2016). Aunque la situación es distinta respecto a la fiscalidad que deben soportar las plataformas, el origen del problema es el mismo: un sistema y una normativa fiscal no adaptados a las necesidades reales. Los proveedores de bienes y servicios son, en su mayor parte, ciudadanos que no se dedican profesionalmente a esta actividad, sino que la realizan de forma ocasional y accesoriamente a su actividad habitual: los conocidos como prosumidores o *peers*.

Normalmente, estos usuarios encuentran grandes dificultades administrativas para declarar los ingresos obtenidos a través de plataformas digitales de manera que puedan cumplir con todas las obligaciones fiscales a las que están sometidos; es decir, a menudo les falta información y conocimiento preciso sobre como tributar las rentas obtenidas a través de plataformas así como incentivos cuando las cantidades a declarar son muy pequeñas. Los impuestos que generan mayor controversia son el IRPF y el IVA.⁹ El IRPF grava todas aquellas rentas obtenidas por cualquier persona física, lo que evidentemente también afecta a los ingresos obtenidos vía plataformas digitales. En este caso, el problema surge cuando el prosumidor, a menudo ajeno a estas peculiaridades, debe declarar estos ingresos: dependiendo de su origen, se pueden considerar rendimientos del capital mobiliario (el rendimiento de alquilar habitaciones por cortos periodos en tu propia vivienda de alquiler); rendimientos del capital inmobiliario (ingresos recibidos por alquilar un parking); rendimientos del trabajo (cuando el prosumidor se ha dado de alta como autónomo para poder proveer servicios a través de una plataforma), etc. Ante la falta de pautas claras por parte de la administración tributaria, algunas plataformas han llegado a acuerdos con asesores fiscales para que los anfitriones puedan resolver dudas sobre cómo declarar los ingresos obtenidos y conocer cuáles son los gastos deducibles en cada caso.

Por otro lado, el IVA es el otro gran escollo al que deben hacer frente los prosumidores. Actividades como el alquiler de una plaza de parking propia por horas, mientras no necesitas usarla, parece una gran ventaja para el aprovechamiento eficiente de los bienes infrautilizados, reducir la contaminación urbana y obtener unos ingresos extra. Sin embargo, los incentivos a utilizar plataformas que permiten este tipo de actividades se reducen sustancialmente al conocer que debes llevar a cabo una declaración trimestral de IVA. Esto también ocurriría en el caso del alquiler de tu propia vivienda si no existie-

9 Para mayor información, consultar el blog de la Asociación Española de la Economía Digital (ADIGITAL) y, concretamente, el artículo *Fiscalidad en la Economía Colaborativa: Hablando de Retos*. Artículo de Mercedes Ruiz Garijo, Profesora y experta en Fiscalidad de la Economía Colaborativa.



ra una excepción expresa en la Ley 37/1992 del IVA (Art. 20. apartado 1.23º .letra e'), aunque se deban cumplir también ciertos requisitos para acogerse a ella.

En este contexto, el ciudadano ve tan complejo cumplir con la fiscalidad aplicable, que a menudo opta por no llevar a cabo este tipo de actividades o, simplemente, no tributar. Esto supone, por un lado, una barrera al desarrollo de la economía colaborativa y digital, tal y como ya ha recogido en varias ocasiones la Comisión Europea, por ejemplo en su *Comunicación de la Comisión: Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa* (2016) y, por otro, una mayor prevalencia de la economía sumergida. En este sentido, son varios los países de la Unión Europea que han empezado a tomar medidas en el asunto, como Francia, Bélgica o Reino Unido que, cada uno a su manera, han establecido umbrales o límites en los que no es necesaria la declaración de los ingresos o el pago del IVA para facilitar y fomentar la participación de sus ciudadanos en esta economía digital y colaborativa y, a su vez, reducir la economía sumergida. A modo de ejemplo, Bélgica¹⁰ grava los ingresos provenientes de plataformas digitales a un tipo del 10% (20% desgravable en un 50%) si los ingresos son inferiores a 5.097 € al año, y han sido recaudados directamente a través de las propias plataformas, que actúan como asistentes en la recaudación. Adicionalmente, para una gran variedad de provisión de bienes y si no se supera la barrera de los ingresos de 5.907 €, tampoco se aplica IVA.

A modo de conclusión, se puede afirmar que nos encontramos ante una economía que escapa de los principios de territorialidad, por lo que cada vez es más complejo aplicar las mismas reglas del juego. Los conceptos ampliamente utilizados en la normativa fiscal, como el establecimiento permanente, están perdiendo su validez a raíz de los cambios que está experimentando la estructura económica europea y mundial. Ante este cambio de paradigma, es imprescindible que las autoridades tomen cartas en el asunto y se adapten a las nuevas características del entorno, de modo que la política fiscal pueda cumplir con sus principios inspiradores: justicia, igualdad, progresividad y eficacia.

3. DIGITALIZACIÓN DE LA POLÍTICA LABORAL

El ámbito de las relaciones laborales es una de las piedras angulares de la economía colaborativa y de la economía digital. Tal y como manifiestan muchos autores, como por ejemplo C.Otero (2017), existe en la actualidad un intenso debate sobre cuando un ciudadano que ofrece servicios a través de una plataforma digital (*gig economy*) se encuentra en una relación de laboralidad (trabajador por cuenta ajena) o mercantilidad (autónomo). Igual de relevante es la repercusión social y mediática que está generando.

10 *Loi Programme* de 1 de julio 2016.



No obstante, la casuística es compleja y, a menudo, no se puede generalizar, pues hay un conjunto de factores a tener en cuenta.

En primer lugar, es un hecho reconocido que la economía colaborativa y digital representa una gran oportunidad para los ciudadanos, pues ofrece un sinfín de nuevas opciones que permiten obtener unos ingresos extra a través del uso de bienes infrautilizados por parte de los ciudadanos agentes productores. Haciendo extensivo este concepto, se puede llegar a ofrecer también el propio tiempo libre de cada individuo o, lo que es asimilable, ofrecer la prestación de servicios a través de una plataforma digital.

En palabras de la propia Comisión Europea en la Comunicación Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa: *“La economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo lineales tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles. Esto les permite ser económicamente activas cuando las formas más tradicionales de empleo no son adecuadas para ellas o no están a su disposición.”*

En este contexto, es necesario establecer un punto de partida que permita poner orden a la situación y aportar seguridad jurídica. Desde la Generalitat de Catalunya¹¹ se ha propuesto una clasificación teórica de las plataformas digitales en función de las relaciones que se establecen con los prestadores de servicio que ofrecen su tiempo a través de ellas:

- **Relación mercantil o de autónomos** (trabajadores por cuenta propia): Plataformas en las cuales los prestadores del servicio no están sujetos a normas y éstas se limitan a poner en contacto a profesionales con usuarios.
- **Relación laboral** (trabajadores por cuenta ajena): Plataformas en las cuales los prestadores del servicio están sujetos a las normas que se fijan por parte de la propia plataforma.
- **No existe relación laboral:**
 - Plataformas que se limitan a poner en contacto necesidades para compartir gastos entre los participantes.
 - Plataformas que favorecen los trabajos de amistad, benevolencia o buena vecindad, o sirven de intermediarias para el ejercicio del voluntariado.

Esta sencilla clasificación resulta muy útil para comprender las diferentes relaciones que se pueden dar entre el prestador del servicio y la plataforma digital. En términos

11 Informe de la Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa: *Propuestas para un buen encaje de la economía colaborativa y de plataformas en Catalunya*. Generalitat de Catalunya (2017). http://economia.gencat.cat/web/.content/70_economia_catalana/arxius/economia-collaborativa/conclusions-gt-laboral.pdf.



generales, la normativa estatal¹² fija una serie de requisitos para considerar que la relación entre las dos partes es puramente laboral, es decir, que el prestador de servicios es un trabajador por cuenta ajena:

- **Voluntariedad:** personal y libre.
- **Ajenidad:** tiene que ser por cuenta ajena. El indicio relevante de la nota de ajenidad es que la adopción de las decisiones se hace por parte del empresario y no por parte del trabajador.
- **Dependencia:** el trabajador está bajo el ámbito de organización y dirección del empresario.
- **Retribución:** la falta de remuneración impide que pueda calificarse en principio dentro del concepto de contrato de trabajo según definición del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, a pesar de la existencia de estos criterios, la subjetividad con la que pueden interpretarse está creando una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica muy relevante en el mercado laboral y en la órbita de la economía colaborativa y digital, lo que puede comportar fuertes barreras a la entrada y freno a la innovación y desarrollo tecnológico. Existen ejemplos de varios países europeos con normativa en materia laboral similar a la española que, a pesar de presentar unas características también rígidas, están empezando a buscar soluciones para la adaptación de estas nuevas prestaciones de servicios a su realidad nacional, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea en términos de economía colaborativa y digital.¹³

“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 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.”

“La Comisión Europea insta a los Estados miembros a evaluar la adecuación de su normativa nacional en materia de empleo, considerando las diferentes necesidades de los trabajadores por cuenta propia y ajena en el mundo digital, así como la naturaleza innovadora de los modelos de empresa colaborativa.”

12 Artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.: Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

13 Comunicación de la Comisión Europea: *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*.



En España, al contrario que en Francia (y no es precisamente un ejemplo de Estado poco garantista), la tendencia pasa por considerar la mayoría de prestadores de servicios a través de plataformas digitales como trabajadores por cuenta ajena de la plataforma.¹⁴ Teniendo en cuenta que la mayoría de ellos usan sus propios medios, trabajan sin exclusividad, tienen total libertad de horarios y no reciben instrucciones de la plataforma, sino que principalmente la utilizan como medio para localizar a los posibles clientes, entra en debate si éstos deben ser considerados como trabajadores de la plataforma o pueden mantener una relación mercantil.

En esta misma línea, el Consejo de Ministros aprobó recientemente el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se incide en la lucha contra los llamados falsos autónomos y la economía de plataformas cuando, probablemente, sería más adecuado pensar previamente en una adecuación de la norma en materia de empleo a las nuevas realidades sociales y empresariales.¹⁵

Es decir, desde un punto de vista lógico y pragmático, se debería diseñar una nueva figura a caballo entre un trabajador por cuenta ajena y un autónomo que permita el desarrollo de nuevas formas de trabajo en entornos digitales y, a su vez, ofrezca derechos a los prestadores de servicios y evite su precarización. Pensar en las nuevas características que presentan estas nuevas economías nos induce a plantearnos también una potenciación de las plataformas de cooperación, no tanto por la experiencia del usuario, si no por el sentido de pertenencia, la mutualización y la participación democrática.

Lo cierto es que las plataformas tienden a considerar que los prestadores de servicios que utilizan su sistema digital son autónomos y no trabajadores por cuenta ajena, pues supone un torpedo directo en su línea de flotación: su modelo de negocio, basado en la flexibilidad tanto del prestador del servicio como del consumidor. La obligación de contratar a los trabajadores en las condiciones legalmente vigentes, diseñadas para empresas físicas con un horario estable, implicaría la inviabilidad de estas plataformas, con el consiguiente freno a la actividad económica y la innovación.

Tal y como afirma Albert Cañigueral, experto en consumo colaborativo y la digitalización del trabajo: *“Tradicionalmente, siguiendo la teoría de los costes de transacción, organizaciones y empresas han internalizado un buen número de procesos para ser más ágiles en la consecución de sus objetivos. Lo que ocurre ahora es que, gracias a las plataformas digitales, resulta más costoso internalizar algo que conectarse a ello como un recurso externo. Las plataformas digitales reducen de manera drástica los costes de coordinación, los costes de*

14 *Francia vuelve a ser la cuna de la revolución, ahora en materia laboral para las plataformas digitales.* Adigital (2018).

15 El 6 de abril de 2018, el Consejo de Ministros aprobó el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020, en el que se incide en la lucha contra los llamados falsos autónomos y la economía de plataformas.



transacción y la asimetría informativa. Todo ello cambia la naturaleza de las organizaciones y nos conduce a la plataformización del trabajo. Tu “contrato” de trabajo será definido por los términos y condiciones de la plataforma”.

En este contexto, la Sentencia nº 244/2018 del juzgado nº 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 marca un antes y un después en el debate entre laboralidad y mercantilidad de los trabajadores de las plataformas, especialmente las de delivery. En concreto, esta sentencia declara la laboralidad del demandante, un rider, y condena a Deliveroo a pagarle la indemnización por despido improcedente, tal y como ya habían argumentado previamente las Inspecciones de Trabajo de Madrid y Valencia. El argumentario principal de la juez para determinar la dependencia y ajenidad del trabajador se basa en el control por GPS de la ubicación del rider por parte de la plataforma, el uso de la plataforma (y su algoritmo) como medio de producción, la fijación del precio por parte de Deliveroo, la ajenidad de la información (el repartidor desconoce cuántos clientes y proveedores existen en la aplicación) y, la identificación del rider como la imagen de la marca, es decir, la ajenidad en la marca.

En cualquier caso, parece que la prestación de servicios a través de plataformas digitales está revolucionando el concepto de lo que entendemos por trabajo. Aplicar las normas existentes de una forma rígida no parece ser la manera adecuada de proceder, al contrario: mientras haya un vacío regulatorio que no cubra las necesidades de estos nuevos oferentes de servicios y de las plataformas digitales y no se piensen alternativas y mecanismos que permitan llevar a cabo estas actividades de una forma legal y en pro de la innovación, continuarán existiendo conflictos y litigios laborales.

4. COLABORACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y PLATAFORMAS DIGITALES

La colaboración público-privada es esencial en nuestros días a causa de las características que presenta una economía de mercado abierta y competitiva (Contreras, 2017). No debería sorprender, pues, que esta colaboración sea incluso más relevante en el marco de la economía colaborativa y de plataformas. En términos generales, el objetivo de esta cooperación entre administración pública y plataformas digitales es utilizar estas últimas como asistentes eficientes en la recaudación fiscal. No obstante, hay que tener en cuenta también la oportunidad de obtener información y potenciar la transparencia de las actividades que se llevan a cabo en sus respectivos ámbitos sectoriales. En este contexto, es imprescindible contar con los avances en la tecnología digital, los cuales posibilitan la recogida, el almacenamiento y el procesamiento de cantidades cada vez mayores de datos, es decir, permite explotar el *Big Data* (Ferrer y Sánchez, 2013).

Los datos y la información que se puede extraer de ellos se han convertido en un pilar fundamental para el crecimiento económico y social, por lo que la administración pública debería potenciar cualquier iniciativa que tenga por objeto su obtención, siempre velando por la imprescindible protección de datos personales. Así, las plataformas



que participan en la economía colaborativa y digital son agregadoras naturales de datos que, convenientemente anonimizados, procesados y en posesión de las administraciones permitirían una mejora notable de la capacidad de análisis y predicción en el diseño de políticas públicas y su control e inspección: la explotación de datos tiene un enorme potencial para impulsar la innovación, la productividad, la eficiencia y, en definitiva, el crecimiento económico y el valor social.¹⁶

Si bien el potencial de los acuerdos entre administraciones públicas y plataformas digitales es muy elevado, también hay que tener en cuenta que, al fin y al cabo, los datos que posee la plataforma legalmente le pertenecen y que, a menudo, compartirlos no le reporta un beneficio empresarial directo; es por ello que la negociación y cooperación toman mayor relevancia. Obligar en vez de negociar no es una vía adecuada para establecer un diálogo y una situación en la que ambas partes salgan ganando (Parrado & Reynaers, 2017). En la actualidad, varias administraciones han optado por alternativas menos invasivas y más conciliadoras que buscan el mismo objetivo o, incluso, ir más allá, como por ejemplo Estonia o Portugal.¹⁷

En este mismo sentido, la Generalitat de Catalunya está actualmente negociando un acuerdo de adhesión con las principales plataformas de alquiler turístico, en un sentido similar al acuerdo establecido entre Lisboa y Airbnb. El objetivo es recaudar este impuesto turístico de la manera más sencilla tanto para la Administración como para el anfitrión de las viviendas de uso turístico y el propio turista.¹⁸

16 En palabras de la Comisión Europea, a través de la Comunicación *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*: “El crecimiento económico se apoya mejor mediante medidas que tienen por objeto reducir la carga administrativa para las personas y las empresas sin discriminar entre modelos de empresa. A tal efecto, un intercambio eficaz de información entre plataformas, autoridades y prestadores de servicios puede ayudar a reducir costes. La creación de ventanillas únicas y el desarrollo de mecanismos de intercambio de información en línea pueden crear también nuevas posibilidades de colaboración y seguimiento del cumplimiento.”

17 Estonia, por ejemplo, ha establecido un acuerdo de adhesión con plataformas de vehículos de uso compartido para simplificar el proceso de declaración fiscal para los conductores. Las plataformas, adicionalmente, facilitan datos sobre movilidad a la administración, de manera que ésta pueda planificar y ordenar más eficientemente el tráfico urbano e interurbano. Lisboa, en su caso, ha firmado un convenio de colaboración con Airbnb para que esta plataforma asista al consistorio en la recaudación del impuesto turístico. Adicionalmente, el convenio prevé otros aspectos como la garantía del cumplimiento de la normativa vigente, la buena vecindad y la facilitación de información anonimizada con la finalidad de mejorar las políticas públicas sectoriales.

18 No obstante, esta no es la única iniciativa que ha tomado la administración de la Generalitat para calmar los ánimos entre poderes públicos y plataformas: El Código de Buenas Prácticas para las plataformas digitales y colaborativas es otro ejemplo de voluntad conciliadora, donde se pactan una serie de principios y normas de comportamiento y actuación a las que se comprometen las plataformas hacia sus usuarios.



5. CONCLUSIONES

Las oportunidades que nos ofrece la economía colaborativa y de plataformas es enorme. No obstante, también es un reto: las administraciones públicas deben asumirlo y llevar a cabo un ejercicio de responsabilidad en el que estudien y analicen este nuevo entorno económico y social que se les presenta. Esta comprensión debería permitir establecer una regulación justa para todos los participantes de esta nueva economía, de forma que puedan ofrecer sus servicios en las mismas condiciones que el resto de operadores tradicionales.

Por otra parte, el prosumidor o *peer*, el verdadero protagonista de este nuevo fenómeno, es otro de los retos que la regulación debe afrontar. Este nuevo agente, que rompe los roles tradicionales de productor y consumidor, necesita una regulación que le permita desarrollar su actividad sin la necesidad de comportarse como un profesional, pues no lo es: ofrece sus servicios y/o bienes normalmente de forma ocasional, lo que le reporta unos ingresos extra que tampoco suelen ser la base de su economía personal.

Está en manos de las administraciones públicas decidir cuál es su postura respecto a esta nueva economía: puede optar por imponer su voluntad sin escuchar a las partes y actuando de forma precipitada y conservadora, con los resultados discutiblemente efectivos que puedan tener estas políticas, o bien, analizar el sector y establecer un diálogo conciliador con todos los agentes partícipes, para conseguir una regulación armonizada que permita desarrollar todo tipo de iniciativas en este nuevo marco digital y colaborativo de manera eficiente, ordenada y respetuosa con el conjunto de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCO (2016), *Transacciones entre iguales (P2P) y competencia. Un paso adelante.*
- Adigital y Sharing España (2017), *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales.*
- Adigital, (2018) *Francia vuelve a ser la cuna de la revolución, ahora en materia laboral para las plataformas digitales.*
- ÁLAMO, R. (2016), *La obsolescencia del concepto de establecimiento permanente, Carta tributaria. Revista de Opinión, núm. 13.*
- BOTSMAN, R. & ROGERS, R. (2010), *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption.*
- CAÑIGUERAL, A. (2014), *Vivir mejor con menos. Descubre las ventajas de la nueva economía colaborativa.*
- CNMC (2016), *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Resultados preliminares.*



- Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones y Asociación Española de Ingenieros de Telecomunicaciones: Grupo de Políticas Públicas y Regulación (2016), *Informe sobre Economía Colaborativa*.
- Comisión Europea (2016), COM/2016/0288 final, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*.
- Comisión Europea (2016), COM/2016/0356 final, *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*.
- Comisión Europea (2018), COM/2018/148 final, *Propuesta para el Consejo: Directiva para el establecimiento de un impuesto común de servicios digitales a los ingresos que resulten de la provisión de ciertos servicios digitales*.
- Comité Europeo de las Regiones (2016), DOUE C 51/28, *Dictamen del Comité de las Regiones Europeo. La dimensión local y regional de la economía colaborativa*.
- Comité Económico y Social Europeo (2014), DOUE C 177/1, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*.
- Comité Económico y Social Europeo (2016), DOUE C 303/36, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. La economía colaborativa y la autorregulación*.
- Consejo de Trabajo Económico y Social de Catalunya (2017), *Informe nº 44 del CTSEC. Posicionamiento del CTSEC sobre la economía colaborativa*.
- CONTRERAS, C. (2017), *El Papel del gobierno en la era digital: Un enfoque de economía pública*. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces.
- DE RIVERA, J. & GORDO, A. & CASSIDY, P. (2016), *La economía colaborativa en la era del capitalismo digital. Redes, núm. 15*.
- Generalitat de Catalunya (2017), *Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa: propuestas per a un buen encaje de la economía colaborativa y de plataformas en Catalunya*.
- FERRER, A. & SÁNCHEZ, E. (2013), *Open data, big data: ¿hacia dónde nos dirigimos?* Anuario ThinkEPI 2013. vol. 7.
- FERNÁNDEZ, T. y GONZÁLEZ, E. (2018), *La Administración pública ante el paradigma de innovación y ciencia abiertas: retos y oportunidades* Monografía. Núm.22. Departamento de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda. Generalitat de Catalunya.
- GREEN, S. (2015), *The share economy: Motivations and strategies for corporations*.
- HERRERO, C. (2017), *Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos*. Revista de estudios europeos, Nº. 70.



- JARNE, P. (2016), *El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital*. Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 19/2016.
- OCDE (2013) *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*.
- Organización de Consumidores y Usuarios, (2016) *Collaboration or business? Collaborative consumption: from value for users to a society with values*.
- OTERO, C. (2017), *El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad*.
- Parlament de Catalunya (2015), BOPC 656/10, *Informe de la Comissió d'Estudi de les Polítiques Públiques en Matèria d'Economia Col·laborativa*.
- Parlamento Europeo (2017), 2016/2276 (INI), *Resolución del Parlamento Europeo sobre las plataformas en línea y el mercado único*.
- Parlamento Europeo (2017), 2017/2003 (INI), *Resolución del Parlamento Europeo sobre una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*.
- PARRADO, S. & REYNAERS, A.M. (2017), *Valores públicos y sector privado, ¿una cuestión de control o de confianza?* Editorial INAP.
- PriceWaterHouse (2017) *¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público*.
- Procomuns (2016), *Declaració procomuns i propostes de polítiques per l'economia col·laborativa procomú a Barcelona*.
- RUIZ, M. (2017), *La economía colaborativa en el ámbito de la vivienda: cuestiones fiscales pendientes*. Lex Social, vol. 7, núm. 2
- RUIZ, M. (2017), *Fiscalidad en la Economía Colaborativa: Hablando de Retos*. Blog Asociación Española de la Economía Digital
- SERRA, A. (2005), *La gestión transversal. Expectativas y resultados*. Revista del CLAD Reforma y Democracia, núm. 32, junio, 2005, pp. 1-17.
- SUNDARARAJAN, A. (2017), *Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism (The Sharing Economy)*.
- TODOLÍ, A. (2017), *El Trabajo en la Era de la Economía Colaborativa*. Editorial Tirant Lo Blanc.
- VAQUER, F. A. (2016), *Establecimiento permanente y economía digital: Especial referencia a las empresas intermediadoras en el ámbito del turismo colaborativo* Bitácora Millennium, Nº 3.
- WOLFGANG, S. (2018). *Debate: Facilitating Entry by Facilitating Exit: New Paths in EU Tax Legislation*. 46 Intertax, Issue 4.



BLOCKCHAIN, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. APROXIMACIÓN DESDE LA NORMATIVA URUGUAYA

Rosario IERARDO URIARTE

*Dra. en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República.
Asesor jurídico en Acceso a la Información Pública.*

María CECILIA MONTAÑA CHARLE

*Dra. en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República.
Asesor jurídico en Derecho Informático*

Bárbara MURACCIOLE

*Dra. en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República,
Asesor jurídico en Protección de Datos Personales.*

ABSTRACT: El objetivo del presente trabajo es abordar las fortalezas y debilidades que las nuevas tecnologías disruptivas como el *Blockchain* acarrear en su posible adopción en el ámbito estatal. Desde su aparición en 2008, se ha promocionado como una herramienta que brinda seguridad en las transacciones, elimina intermediarios y distribuye la información entre los participantes de la red. En este sentido se plantean varias interrogantes desde el punto de vista normativo. ¿Es posible aplicar la tecnología que se encuentra detrás del Bitcoin al ámbito estatal? Si es así, ¿afecta la regulación preexistente o requiere la elaboración de nuevas normas? Por el tipo de información que se encuentra en poder del Estado, ¿genera beneficios o existen barreras infranqueables?

Desde la óptica de los Derechos Humanos reviste especial interés su abordaje entorno al derecho de protección de datos personales debido a que las promesas de inmutabilidad de la herramienta chocan con los derechos consagrados en este campo, en tanto de principio, los datos personales pueden y deben ser rectificadas, actualizados, incluidos y suprimidos según corresponda. En un contexto de cambios normativos tendientes a reforzar el derecho de las personas de disponer de su información personal, como es el caso del novel Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea N° 679/2017 vigente a partir de mayo de 2018, resulta imperativo valorar la posible aplicación de la privacidad desde el diseño y por defecto para definir la viabilidad de uso de esta tecnología al tratamiento de datos personales.

Asimismo se abordará la relación con el derecho de acceso a la información pública como derecho humano y como obligación de transparencia por parte de los estados. La información en poder de los organismos puede ser clasificada ante determinadas circunstancias, por lo que se evaluará la conveniencia o no que dicha información circule en bloques.



KEYWORDS: *Blockchain*, Cadena de bloques, Distributed Ledger Technology, Protección de Datos, Acceso a la Información Pública, Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años y ante el avance de las nuevas tecnologías y expansión de internet se ha incrementado el potencial de desarrollo para aplicaciones que permitan un ahorro significativo, disminución de los tiempos y en algunos casos eliminación de intermediarios.

Según un reciente informe elaborado por Gartner¹ el *Blockchain* se encuentra en la lista de las 10 tendencias tecnológicas que mayor impacto tendrán dentro de las organizaciones durante el 2018. Aparejará cambios en la forma de almacenar y registrar la información, pasando de un esquema centralizado a uno descentralizado. Si bien en sus orígenes el *Blockchain* se encontraba enfocado a los servicios financieros², cuenta con el potencial de introducirse en varias áreas con los más diversos usos, tal es así que se analiza su aplicación en el área de la salud, industria manufacturera, verificación de identidad, registro de títulos, registro de tierras, cadena de suministros, entre otros. Particularmente en este trabajo se analizara su posible utilización e implementación en el sector gubernamental.

1.1. *Blockchain*: ¿de qué hablamos cuando hablamos de *Blockchain*?

El *Blockchain* puede definirse como un libro de contabilidad y transacciones digitalmente distribuido y replicado entre los participantes de una red. Es decir, una base de datos que se distribuye entre sus participantes, quienes colaboran en su mantenimiento, y aseguran las transacciones mediante la utilización de criptografía, lo cual la vuelve difícilmente pasible de ataques informáticos.

La tecnología de contabilidad distribuida o DLT (por sus siglas en inglés, Distributed Ledger Technology) permite que cada uno de los participantes cuente con una copia idéntica del libro mayor de consenso distribuido, eliminando los intermediarios y terceras partes. Cada transacción es agregada a un bloque de información, que mediante la utilización de criptografía es unido a la cadena, conformando un nuevo eslabón. Es decir, para cada bloque de la cadena un código hash es calculado como una combinación de la información que se incorporará en el bloque, con el código hash del bloque ante-

1 CEARLEY, D. W. (2017). "Top 10 Strategic Technology Trends for 2018" [artículo en línea]. Gartner. [Fecha de consulta: 06 de febrero de 2018].

2 NAKAMOTO, S. (2008) "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>



rior, conformando así la cadena. En la cadena de bloques quedarán registradas, mediante códigos, las operaciones, cantidades, fechas y participantes en orden cronológico.

Los códigos hash se calculan y verifican en forma sencilla por los participantes de la cadena, lo que les permite verificar que la información almacenada no ha sido alterada. Cualquier alteración, intento de borrado de información o cambio en la información de la cadena será fácilmente detectable por sus participantes. Cada participante o nodo de la red sincroniza en forma constante su copia de la base de datos y el consenso se alcanza conforme a reglas específicas previamente fijadas en el protocolo de funcionamiento de esa red. Este modelo cambia por completo la forma en que se manejaba la información en arquitecturas tradicionales de tecnología de la Información, en las cuales cada empresa aseguraba su propia información en forma centralizada.

1.2. Diversos tipos de *Blockchain*

Se distinguen tres tipos de cadena de bloques: *Blockchains* públicas, *Blockchains* privadas y *Blockchains* híbridas, según aspectos tales como participantes, protocolos utilizados, forma de validación, apertura a nuevos miembros, entre otros.

1.2.1. *Blockchains* públicas

Se entiende como cadena de bloques pública aquella red que es accesible a cualquier usuario a nivel mundial. Cualquier persona que posea un ordenador y conexión a Internet podría formar parte de la misma. Algunos ejemplos claros los encontramos en Bitcoin y Ethereum.

Este tipo de cadenas permite que pueda ser consultada en cualquier momento por cualquiera. En las cadenas públicas cada usuario tiene una clave criptográfica privada (asociada matemáticamente a una clave pública), que contiene toda la información del usuario y garantiza su identidad. A través del uso de la clave pública el usuario solo mostrará lo que desea que otros puedan ver. En el esquema utilizado por ejemplo en Bitcoin, para enviar criptomonedas a otro usuario, se deberá acreditar que se tiene la clave privada para demostrar la identidad y poder firmar la transacción, bastando para recibir criptomonedas el proporcionar la clave pública. Derivado de este punto, surgen críticas en cuanto a las posibles transacciones asociadas a negocios ilícitos a causa del anonimato que proporcionaría este sistema.

1.2.2. *Blockchains* privadas

Este tipo de cadena no se encuentra abierta al público, solo se accede a ella por invitación, lo cual brinda un grado mayor de control. En este esquema las transacciones no son accesibles al público a nivel mundial sino que son privadas.

Por estas características ha sido elegido por algunos consorcios bancarios para desarrollar soluciones con esta tecnología aplicables a la economía financiera.



1.2.3. *Blockchains híbridas*

En una *Blockchain* híbrida los nodos que participan en la red se unen a ésta por invitación (al igual que en las privadas), pero las transacciones son públicas, es decir visibles para todos los usuarios a nivel mundial (igual que en las redes públicas). Se trata de una combinación de los dos tipos anteriores.

1.3. Principio de especialidad en materia Derecho Administrativo

Cuando pasamos del ámbito privado al de la Administración pública, las facultades de actuación que tienen los sujetos de derecho deben interpretarse de manera distinta. Así como para las personas físicas rige el principio de libertad por el cual están facultadas para hacer todo aquello que no esté prohibido por Ley, en el caso de las entidades públicas sólo pueden realizar aquello para lo que expresamente han sido creadas, es decir, sólo pueden actuar dentro del marco de sus competencias.

Según enseña el reconocido Administrativista uruguayo, Prof. Sayagués Laso³ “los órganos de administración se mueven dentro de los límites precisos que fija el derecho, sujetándose a reglas de procedimiento determinadas. Esto es indispensable no sólo para encauzar debidamente a las administraciones públicas, sino como garantía de los particulares afectados por la actividad que desenvuelven. El cumplimiento de las normas de procedimiento, es por tanto, un deber de los órganos públicos”. Por tanto, la actuación de los diversos órganos del Estado está circunscripta a la acción dentro de los parámetros de su competencia específicamente establecidos en el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado donde la regla es la capacidad y libertad de actuar, los órganos del Estado sólo pueden hacer aquello que específicamente está contenido en su esfera de competencia. En este sentido autores como García de Enterría y Fernández indican que (...) “hay que subrayar que es la legalidad y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, y que ello no es un prurito de los juristas, como alguien podría creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo”⁴.

Ahora bien, ¿por qué es importante explicitar este concepto en el marco del *Blockchain*? Porque este principio de especificidad hace que determinado organismo no tenga la potestad de validar los bloques provenientes de otro organismo. Por ejemplo, si se define un nodo para determinado Ministerio, no podrá validarlo otro Ministerio o agencia, esto implica que la cadena de bloques deberá limitarse al ámbito interno de cada entidad. En definitiva no resultaría viable una cadena de bloques que integre a varios

3 SAYAGUÉS LASO, E. (2010). “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo I, 8°. edición Montevideo. FCU. pág. 461.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2004). “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I, 12° edición, Madrid. Civitas. págs. 410 y 411.



organismos del Estado, donde cada entidad valide bloques de otra en el contexto actual. Será necesaria una profunda reforma normativa que amplíe los cometidos de la entidad pública, permitiéndole a texto expreso efectuar la mencionada tarea de validación, de lo contrario estaría actuando fuera del ámbito de su competencia.

2. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

2.1. Conceptos generales

Las respuestas jurídicas surgen como consecuencia de realidades sociales, por lo que debemos comprender la necesidad de regulación normativa sobre la protección de datos, desde que su uso pudo potencialmente lesionar derechos debido al exponencial desarrollo técnico informático de las últimas décadas. (Rebollo⁵)

En este sentido, el fundamento del derecho a la protección de datos personales es proteger originariamente la dignidad de las personas humanas, constituye un ámbito de libertad del individuo, y tiene una concreción inexorable en los derechos clásicos de la personalidad, como son el honor, la intimidad y la propia imagen.

Los ejes centrales de la tutela reposan en los principios que deben cumplir los tratamientos para ser legítimos y en los derechos que han de garantizarse a sus titulares, y son los parámetros principales de medición que se utilizarán para valorar si la tecnología en estudio es posible de respetar este derecho.

2.2. Contexto nacional

En nuestro país este derecho se encuentra regulado en la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y Decreto reglamentario N° 414/2009, de 31 de agosto de 2009.

Sumariamente, la referida norma consagra el principio del previo consentimiento expreso como regla para la generalidad de los casos, y expreso y escrito para la categoría de datos sensibles (aquellos que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual). Del mismo modo, consagra los principios de legalidad, veracidad, finalidad, seguridad, reserva y responsabilidad, aclarando que “dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”.

5 REBOLLO DELGADO, L. (2014). “*Manual de Protección de Datos*”. Madrid. Dykinson. S.L., pág. 25 en adelante.



En materia de derechos, dispone que el titular de los datos tendrá derechos de acceso, rectificación, actualización, inclusión o supresión y de impugnación de las valoraciones personales derivadas de tratamientos automatizados y con efectos jurídicos.

En este sentido, si pensamos en la inmutabilidad que presenta esta tecnología no es posible visualizar como podrían ejercerse los derechos de actualización y supresión en tanto ambos implican eliminar un registro anterior, en el primer caso para sustituirlo por uno nuevo y, en el segundo, para hacerlo definitivamente.

Respecto de los principios preocupa la inmutabilidad de cara a la revocación del consentimiento de los titulares en los casos en que resulte aplicable.

2.3. Reglamento General de Protección de Datos

Con fecha 27 de abril de 2016, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento Europeo N° 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, denominado como Reglamento General de Protección de Datos (GDPR por sus siglas en inglés).

“Se trata de una reforma emblemática, que trae aparejados cambios sustanciales: refuerza los derechos de los individuos, facilita su ejercicio, enfatiza la responsabilidad de los organismos públicos y las empresas de documentar internamente las medidas adoptadas para cumplir con la legislación y fortalece el poder de las autoridades independientes de protección de datos, incluyendo multas que pueden alcanzar el 4% de la facturación global de una empresa.” (María Verónica Pérez Asinari)⁶.

Estamos ante una norma de aplicación directa en todos los estados miembros de la Unión Europea a partir del 25 de mayo de 2018, sin necesidad de ley que la internalice. Su aprobación, implica la adopción de una legislación única en materia de protección de datos que sustituirá sistemas disímiles ya existentes, nacidos a la luz de la emblemática Directiva 95/46/CE, la cual deroga.

Entre las novedades regulatorias en materia de derechos de los titulares de los datos, este cuerpo normativo consagra el denominado “derecho al olvido” en cuanto ejercicio del derecho de supresión.

Así, el numeral 1° del artículo 17 dispone que el interesado tendrá derecho, sin dilación indebida del responsable de tratamiento, a la supresión de los datos personales que le conciernan en determinados supuestos establecidos taxativamente por la norma,

6 PÉREZ ASINARI, V. (2016). “Impacto en Uruguay del Nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre Protección de Datos Personales”, *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*, Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, Número 1- Agosto, Montevideo.



extremos que no pueden quedar condicionados a la utilización de una determinada tecnología.⁷

Por su parte, el numeral 2 establece que cuando el responsable del tratamiento haya hecho públicos los datos y esté obligado a suprimirlos de acuerdo al numeral 1, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el costo de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

Claramente una tecnología que no permita suprimir información ni referencias a la información, no cumplirá con los requisitos antes mencionados, por tanto no puede ser considerada para el tratamiento de datos personales. Pensemos por un instante en datos ilegítimos y violatorios de la dignidad humana, si fueron incluidos en una cadena de bloques, ¿cómo serían suprimidos?

Otra innovación legislativa del Reglamento refiere a la regulación de las actividades del responsable y encargado de tratamiento entre las cuales se encuentra la protección de datos desde el diseño y por defecto.

Así, el artículo 25 dispone que el responsable de tratamiento, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir con los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.

7 “1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.”



Asimismo, enfatiza que el responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas con miras a garantizar que por defecto, sólo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos establecidos, obligación que se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad, para garantizar que los datos personales no sean accesibles sin la intervención del interesado, a un número indeterminado de personas.

Si partimos de la imposibilidad de suprimir información o referencias a cierta información contenida en la cadena de bloques, no será posible –al menos en el actual estadio técnico- embeber la protección de datos por diseño y por defecto en la referida tecnología.

3. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

3.1. Conceptos generales

El Estado en su actuación e interacción con los ciudadanos y otras entidades genera información propia y recibe información de terceros. Si se pretende utilizar *Blockchain* en este ámbito debe prestarse atención a ciertos puntos.

Según hemos visto, si pensamos la aplicación de la tecnología de *Blockchain* a nivel estatal se generan algunas interrogantes tomando en cuenta que implica la distribución de la información en cada una de las copias de la base de datos descentralizada.

Es decir, implica la posibilidad de que los datos que circulen en esta red sean generados por el propio organismo público o en poder del organismo pero proveniente de terceros. En este punto debe tenerse presente que lo mencionado puede ser objeto del derecho de acceso a la información pública.

En Uruguay el derecho de acceso a la información pública está consagrado a texto expreso por la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008, como un derecho humano a acceder a toda aquella información que está en poder de un organismo público estatal o no estatal.

A efectos de la normativa uruguaya todas las personas públicas estatales o no estatales son sujetos obligados. Esto implica que están obligados a permitir acceso a la información todos los organismos estatales, pero también aquellos organismos que no pertenezcan al estado pero se rijan por el derecho público. En esta categoría entran por ejemplo las cajas de seguridad social paraestatales.

La regla es que por principio toda la información manejada por los sujetos obligados es pública, sin embargo la propia Ley de acceso contempla un elenco acotado de excepciones, que implican el secreto, la reserva y la confidencialidad.



En el primer caso, no es pública la información que alguna ley ha establecido como secreta. La reserva refiere a información que debería ser pública pero que como puede vulnerar un determinado bien jurídico tutelado puede ser apartada de la luz pública por un plazo de hasta 15 años. Así es reservable aquella información que pueda:

- Comprometer la seguridad pública o la defensa nacional.
- Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien de las relaciones internacionales.
- Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país.
- Poner en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona.
- Suponer una pérdida de ventajas competitivas para el sujeto obligado o pueda dañar el proceso de producción.
- Desproteger descubrimientos científicos, tecnológicos o culturales desarrollados o en poder de los sujetos obligados.
- Afectar la libre provisión de asesoramientos, opiniones o recomendaciones de un proceso deliberativo hasta que se adopte la decisión.

Finalmente la confidencialidad apunta a información de terceros en poder del sujeto obligado, así que su apartamiento del público no está sujeto a plazo. Es confidencial aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que:

- Refiera al patrimonio de la persona.
- Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico, que pudiera ser útil para un competidor.
- Esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad.
- Los datos personales que requieran previo consentimiento informado.

Tanto la reserva como la confidencialidad se deben considerar de forma casuística y dependen de un acto administrativo fundado y motivado del jerarca del organismo, que se hará mediante una resolución de clasificación. Si la clasificación no se ajusta a los mencionados parámetros entonces no será válida y el órgano garante de este derecho (la Unidad de Acceso a la Información Pública), puede revocar la clasificación.

Asimismo cabe destacar que la clasificación no es estática sino que puede variar dentro del ciclo de vida de la información, ya que no siempre la clasificación se realiza al momento de generar o recibir la información. En el caso de la información confidencial, el tercero puede solicitar la confidencialidad luego de que fuera entregada la información. En el caso de la reserva, el sujeto obligado puede realizar la reserva con posterioridad a haber recibido una solicitud de acceso a la información pública. También la información puede ser desclasificada cuando vence el plazo de la reserva, o cuando



el órgano de contralor decide desclasificarla por no ser ajustada a derecho. En el caso del secreto, pueden promulgarse leyes que establezcan nuevos secretos y que obliguen a revisar la información exceptuada de publicidad.

La posibilidad de clasificar la información es para el caso de terceros que solicitan acceso a la información, amparados en la Ley N° 18.381, pero sin embargo dentro de los sujetos obligados la información circula y se intercambia.

La correcta clasificación de información es una de las obligaciones de los organismos, también los sujetos obligados deben publicar de forma actualizada en su sitio web determinada información básica del organismo, en cumplimiento de la transparencia activa. En ese sentido, los datos no pueden ser publicados de determinada manera sino que tienen que respetar los estándares en ser abiertos y reutilizables, de forma que puedan ser utilizados y distribuidos libremente por cualquier persona.

Las principales características de los datos abiertos son:

- Deben estar disponibles para descargar de internet y poder ser modificados. La reutilización, redistribución y combinación con otros datos tiene que estar permitida por sus términos de uso.
- No discriminación respecto de las personas o grupos de personas que pueden usar los datos, por ejemplo se debe permitir el uso comercial y no comercial de los mismos.

Debemos destacar que si bien una de las características del *Blockchain* es que: “Todos los datos introducidos en *Blockchain* son inmutables, inalterables o inmodificables”⁸ y que otorga seguridad y transparencia a las transacciones financieras, no será adecuada su utilización para la gestión de información pública, debido a que no permite operaciones tales como la clasificación y desclasificación de la información.

4. CONCLUSIONES

Desde la óptica de los organismos estatales, se debe considerar el principio de especialidad, estatuido por el derecho administrativo. Esto implica que si se define un modelo donde un organismo valide bloques provenientes de otras instituciones, esta facultad le debe ser otorgada por ley. De lo contrario, los organismos sólo podrán validar bloques provenientes de sus propias unidades ejecutoras.

8 BETTIN DÍAZ, R., (2017) “Blockchain, una mirada a la descentralización de las transacciones y de la información” *Revista Sistemas*, N° 145, Bogotá, Colombia, Octubre – Diciembre 2017, página 57.



Además, desde la administración resulta fundamental el determinar si cualquier tipo de información que tenga bajo su control, podrá ser cargada a la cadena de bloques. La inclusión de información exceptuada de publicidad, esto es secreta, reservada o confidencial, puede ocasionar problemas jurídicos que deben ser tenidos en cuenta. Asimismo carece de sentido incluir por ejemplo la información que es parte de las obligaciones de transparencia activa.

En este sentido lo más adecuado parece ser la implementación en la esfera de los registros públicos de la propiedad, a fin de mantener la trazabilidad de los bienes.

La Administración pública deberá determinar para ello la conveniencia de una cadena pública o privada, siendo esta última la que mejor se adapta a los requerimientos de controlar los usuarios que accedan.

Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales la inmutabilidad de la cadena de bloques choca frontalmente con los derechos que tiene toda persona respecto de su información personal y, consecuentemente, queda descalificada para ser considerada como una tecnología que cumple con Privacy by Design⁹ al menos en el estado actual de la técnica. En su mérito, no debe ser considerada como herramienta de tratamiento de datos personales ni por los particulares ni por el Estado.

5. BIBLIOGRAFIA

- NAKAMOTO, S. (2008) “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- CEARLEY, D. W. (2017). “Top 10 Strategic Technology Trends for 2018” [artículo en línea]. Gartner. [Fecha de consulta: 06 de febrero de 2018].
- CANO, J. (2017) “Blockchain: Reflexiones y retos emergentes” *Revista Sistemas*, N° 145, Bogotá, Colombia, Octubre – Diciembre.
- BALADÁN, F, BETARTE, G, BLANCO, A, MONTAÑA, C, MURACCIOLE, B, RODRIGUEZ, B “Privacy by Design; de la abstracción jurídica a la práctica ingenieril”, Actas del IX Congreso Iberoamericano de Seguridad Informática, CIBSI2017, Buenos Aires, Argentina, noviembre 2017.
- PÉREZ ASINARI, V. “Impacto en Uruguay del Nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre Protección de Datos Personales”, *Revista Uruguaya de Protección de Datos*

9 BALADÁN, F, BETARTE, G, BLANCO, A, MONTAÑA, C, MURACCIOLE, B y RODRIGUEZ, B “Privacy by Design; de la abstracción jurídica a la práctica ingenieril”, Actas del IX Congreso Iberoamericano de Seguridad Informática, CIBSI2017, Buenos Aires, Argentina, noviembre 2017, pág. 12.



Personales, Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, Número 1- Agosto 2016, Montevideo.

REBOLLO DELGADO, L. *Manual de Protección de Datos*. (2014). Dykinson. S.L., Madrid.

BETTIN DÍAZ, R., (2017) “*Blockchain*, una mirada a la descentralización de las transacciones y de la información” *Revista Sistemas*, N° 145, Bogotá, Colombia, Octubre – Diciembre 2017.

SAYAGUÉS LASO, E. (2010). “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo I, 8°. edición Montevideo. FCU.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2004). “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I, 12° edición, Madrid. Civitas.



RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA. EL CASO DE UBER

Albert RUDA GONZÁLEZ¹

Profesor agregado de Derecho Civil de la Universitat de Girona.

RESUMEN: Las plataformas de economía colaborativa actúan en general poniendo en contacto a usuarios para que intercambien servicios u otras prestaciones entre ellos. En el caso de Uber, por ejemplo, el usuario que quiere un servicio de transporte es puesto en contacto con un conductor, que le presta luego ese servicio gracias a la intermediación de la plataforma, a cambio de un precio. Este trabajo se plantea cómo opera la responsabilidad civil en ese contexto, pongamos por caso en el supuesto en el que el conductor puesto a disposición por Uber cause un daño al usuario de la plataforma o a un tercero. En particular, conviene determinar si existe o no la dependencia que es presupuesto de la responsabilidad por hecho ajeno según nuestro Derecho civil. Se comparan a este respecto las soluciones del Derecho español y el extranjero.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, Uber, responsabilidad, daños, responsabilidad por hecho ajeno.

1. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que el Derecho siempre va un paso por detrás de la evolución social. Las innovaciones científicas y tecnológicas provocan una y otra vez una situación de posible falta de adaptación del ordenamiento, con la consiguiente inseguridad jurídica. Recientemente hemos asistido a dicho fenómeno una vez más con los problemas que plantea el surgimiento de gigantes como Google, Facebook o Twitter. Un nuevo ejemplo de todo ello lo constituye el empleo de las nuevas tecnologías en relación con la llamada economía colaborativa, concretamente en el ámbito del transporte de personas.

1 Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación “Modernización y armonización del derecho de daños: fronteras de la responsabilidad, daño resarcible y su valoración (II)”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España (2016-2019), del que el autor es uno de los directores.



Así pues, en el presente trabajo se realiza una aproximación a una cuestión práctica que se comienza a plantear en la actualidad en relación con determinadas plataformas de economía colaborativa. Concretamente se trata de determinar cuál es la posición de la plataforma en aquellos casos en los que una persona que presta servicios mediante la misma causa daños a un tercero. Hay que plantearse en ese escenario si la plataforma en cuestión responde civilmente por los daños o no.

En este estudio se toma como punto de partida concreto el caso de la plataforma conocida como Uber. Como es sabido, la misma permite que una persona se ponga en contacto con un conductor que la va a transportar hasta un lugar determinado. El transporte se asemeja al que puede realizar un taxista, con la diferencia de que la plataforma aparece como una especie de intermediaria. La cuestión es si el papel desempeñado por la plataforma permite considerarla como responsable por el hecho ajeno, en el caso de que el conductor cause daños al usuario de la plataforma. Mientras no acabe de llegar el tan anunciado “coche sin conductor” (*driverless car*), es previsible que sigan proliferando plataformas de este tipo, con problemas como el descrito. Dicho problema es fundamental, pues de la respuesta que se dé al mismo depende que estas plataformas constituyan una panacea frente a un modelo preexistente e ineficiente o bien se revelen como una trampa saducea para consumidores incautos –y también como un riesgo para terceros.² Por otra parte, es cierto que las posibilidades de la economía colaborativa no se agotan seguramente con el modelo de Uber, pero aun y así se parte de la premisa de que este es un buen ejemplo de la problemática de fondo que aquí se quiere plantear.³

Este trabajo, pues, expone de manera resumida en qué consisten plataformas colaborativas como la descrita, cual es el problema que plantean desde el punto de vista de la responsabilidad civil y su posible solución en los casos de responsabilidad por hecho ajeno.

2 En esa línea, puede verse PFEFFER-GILLET, A. (2016). “When “Disruption” Collides with Accountability: Holding Ridesharing Companies Liable for Acts of Their Drivers”, *California Law Review*, Vol. 104, 233 y sig. Parecidamente, puede verse ROBERTS, A. (2016). “Effective and efficient regulation of new sharing economy transportation network companies”, *Denver Law Review Online*, Vol. 93, 149.

3 Para un enfoque más amplio sobre el concepto de economía colaborativa puede verse FINCK, M. / RANCHORDAS, S. (2016). “Sharing and the City”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 1299 y sig.



2. EL FUNCIONAMIENTO DE LA PLATAFORMA DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y LOS RIESGOS

Como es bien sabido, las plataformas de la llamada “economía colaborativa” actúan en general poniendo en contacto a usuarios para que intercambien servicios u otras prestaciones entre ellos. Dicha intermediación es posible gracias al extraordinario avance de las tecnologías de la información y la comunicación, que han permitido el desarrollo de los llamados teléfonos inteligentes (o *smartphones*) y, con ellos, la prestación de una serie de nuevos servicios prestados de un usuario a otro.

En efecto, las plataformas colaborativas deben su nombre, precisamente, a la colaboración que se produce entre los usuarios. Estos son puestos en contacto a través de una plataforma, la cual es accesible para los usuarios a través, a su vez, de una sencilla aplicación de móvil (la llamada *app*). El usuario descarga la *app* en su dispositivo, se da de alta en la misma (para la cual generalmente tiene que dar un número de tarjeta de crédito) y ya puede comenzar a utilizarla.

La economía colaborativa se ha convertido en especialmente popular en dos ámbitos: a) el del alojamiento, mediante la posibilidad de compartir una vivienda con personas que quieran viajar y alojarse en ella por períodos generalmente cortos de tiempo, como en el caso de Airbnb, y b) el del transporte, en el caso de personas que quieren desplazarse en vehículo de motor conducido por un tercero, pero a un precio más reducido que el de un taxi tradicional, como en el caso de Uber, Lyft, etc.

En el caso de Uber, por ejemplo, el usuario que requiere un servicio de transporte es puesto en contacto con un conductor, que le presta luego ese servicio gracias a la intermediación de la plataforma, a cambio de un precio. El usuario de la plataforma no elige propiamente a su conductor, sino que se lo proporciona la plataforma mediante el empleo de algoritmos que tienen en cuenta la geolocalización del conjunto de conductores de la zona. De ese modo, la plataforma puede enviar al usuario el conductor más cercano, teniendo en cuenta, si sus sistemas lo permiten, otros factores, como por ejemplo la congestión en el tráfico, a los efectos de calcular cuánto tardará en llegar el conductor de que se trate.

La conexión entre los conductores y los usuarios tiene lugar gracias a la tecnología GPS, presente tanto en los dispositivos móviles del usuario como del conductor. Los conductores pueden ser, en teoría, profesionales que ya prestan servicios de transporte, o bien simplemente particulares que participan en este marco de colaboración o compartición.

Desde este punto de vista, Uber funciona de un modo *similar* a la clásica compañía de taxi. Antes, uno podía llamar a la compañía y esta le enviaba a un taxista. Ahora, utilizando un teléfono inteligente, es posible contactar con el conductor de Uber. No se trata, estrictamente hablando, de un taxista en el sentido tradicional, sino que se presenta la situación como una en la que dos personas simplemente comparten el coche (*car-*



sharing) o viaje (*ride-sharing*). Lo que sucede es que Uber insiste en que la plataforma misma (Uber como tal) no proporciona servicios de transporte, sino que los prestadores de servicios son los propios conductores.

El usuario de la plataforma puede identificar a su conductor, y además tiene la seguridad de no tener que pagar a este directamente. Los pagos se realizan, en efecto, a través del dispositivo móvil, ya que —como se ha dicho— la plataforma dispone de los datos de la tarjeta de crédito del usuario. Este puede, según la plataforma, añadir una propina al pago, o valorar al conductor. La plataforma puede tomar en cuenta esas valoraciones a efectos internos.

La relación jurídica en la economía colaborativa se establece entre dos personas (conductor y usuario) que son puestas en contacto a través de la plataforma en cuestión. Desde este punto de vista, se ha descrito la estructura de la relación en términos de *peer-to-peer* (abreviado, P2P). La contratación mediante la plataforma permite eliminar a un intermediario, según suele decirse.

Las ventajas de este tipo de transacciones saltan a la vista. Son cómodas y fáciles de celebrar entre las partes, que se ponen en contacto mediante sus dispositivos móviles. Desde el punto de vista del consumidor, el precio suele ser menor que el del mercado tradicional (por ejemplo, en comparación con el precio de un taxi, en el caso del transporte mediante Uber). En su conjunto, este tipo de plataformas pueden promover el crecimiento económico. Pero al mismo tiempo, preocupan por la situación de incertidumbre que crean al respecto de la protección de los consumidores o de la competencia.⁴

El empleo de plataformas de este tipo plantea un sinnúmero de cuestiones jurídicas. De entrada, no está claro cuál es la percepción de los agentes que intervienen en este tipo de operaciones económicas. Los consumidores pueden tener la sensación de que simplemente están pidiendo a un igual que les lleve de un sitio a otro y de que tienen que pagar algo a cambio como una especie de compensación que, en todo caso, es inferior en la cuantía a lo que se pagaría a un profesional. El estatuto del transportista, llamémosle así por el momento, no está tampoco claro, pues este tampoco tiene necesariamente la percepción de que depende de la plataforma. La plataforma puede ser entendida por los usuarios como un simple canal de comunicación o contacto, como si de una especie de “agencia de contactos” se tratase, que extiende las virtudes de las típicas agencias matrimoniales o análogas a esferas o servicios que pretenden satisfacer otras necesidades de la vida cotidiana.

4 Puede verse FEDERAL TRADE COMMISSION (2015). “FTC To Examine Competition, Consumer Protection, and Economic Issues Raised by the Sharing Economy at June Workshop”, <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/04/ftc-examine-competition-consumer-protection-economic-issues>>. Recuperado el 30.4.2018.



Ante la emergencia de ese fenómeno, se plantea inevitablemente el papel del Estado. Por un lado, se encuentra el papel del Estado como regulador, que puede intervenir para definir el marco o condiciones en las que dichas plataformas pueden operar en concreto. Se trata entonces de que el Estado tome partido a favor o en contra de estas plataformas y que prevea, si así lo considera oportuno, un marco que las haga posibles, incluso que las fomente, o bien, por el contrario, que las dificulte. Por ejemplo, los Estados pueden aprovechar para revisar los regímenes jurídicos aplicables a la prestación de servicios de taxi, que en algunos lugares pueden haber quedado desfasadas ante la aparición de la economía colaborativa. En ese sentido, se ha afirmado en alguna ocasión que la protección de los intereses del consumidor son la principal razón para regular esta materia.⁵

En efecto, en muchos lugares se ha preguntado qué debería hacer el Estado ante un fenómeno de dicha naturaleza. A menudo existen marcos regulatorios aplicables a las actividades de transporte, en particular en relación con el servicio de taxi. Dar entrada a servicios como Uber supone crear la posibilidad de circunvenir la regulación existente, con la amenaza de tirar por tierra el sector del taxi.⁶ Además, parece claro que los servicios que se prestan ponen en ocasiones a los consumidores (y a otras personas) en peligro. La ocurrencia de accidentes en el marco de la prestación de servicios de transporte mediante Uber o similares dan buena cuenta de ello. Sin embargo, se trata también de un empleo de las tecnologías disruptivas, que aporta indudables ventajas para los consumidores. De hecho, una plataforma como Uber no ha hecho nada que no hubiese podido hacer el sector del taxi por su cuenta. Desde esta perspectiva, se ha criticado la ferocidad del ataque del sector del taxi contra plataformas de este tipo.⁷

La regulación específica tiene la ventaja indudable de que clarifica la situación o el estatuto jurídico de este fenómeno, que actualmente está en cierto modo en una penumbra y que, por ello, genera una considerable incertidumbre.⁸ Desde luego, existe la posibilidad de que el Estado opte por la llamada “alternativa cero”, que es aquella en la que simplemente se abstiene de regular el fenómeno. Precisamente, muchos partidarios de las plataformas de economía colaborativa están a favor del abstencionismo estatal,

5 Véase MCDONALD, D. K. (2016). “Reputation Will Teach the Sharing Economy to Share”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, 227.

6 Véase BROWNING, J. G. (2014). “Emerging Technology and Its Impact on Automotive Litigation”, *Defense Counsel Journal*, Vol. 81(1), p. 84.

7 Puede verse en su defensa DOWNES, L. (2013), “Lessons from Uber: Why Innovation and Regulation Don’t Mix”, *Forbes*. <<https://www.forbes.com/sites/larrydownes/2013/02/06/lessons-from-uber-why-innovation-and-regulation-dont-mix/>>. Recuperado el 30.4.2018.

8 Como señala BARGLIND, K. (2016). “Innovation, technology, and transportation: the need to address on-demand ridesharing and modernize outdated taxi regulations in the US”. *Wisconsin International Law Journal*. Vol 33, pág. 701 y sig.



mientras que los detractores adoptan la posición diametralmente opuesta, consistente en que se aprueben normas estrictas que pongan coto a dichos desarrollos.

Las propias compañías defienden su originalidad o su carácter distintivo respecto de los sectores tradicionales. Por ejemplo, Airbnb suele argumentar que no presta el típico servicio de alojamiento hotelero, y Uber tampoco se quiere asimilar o asemejar al clásico servicio de taxi. Para las compañías de economía colaborativa, se pone el acento en su carácter novedoso, en el hecho de que, a su juicio, se sitúan en un terreno nuevo y no son subsumibles, por ende, en los marcos regulatorios existentes hasta la fecha.

La respuesta de los Estados ante estas plataformas ofrece variantes para todos los gustos, y que van desde la prohibición total hasta la no intervención.⁹ La pasividad equivale a una invitación a la auto-regulación. Pero dicha opción no parece haber funcionado adecuadamente, al menos hasta la fecha. Como se ha apuntado antes, parece evidente que al permitir plataformas de este tipo se están poniendo en riesgo los derechos e intereses de los consumidores y de terceros. La auto-regulación parece haber fracasado para prevenir o evitar estos riesgos.¹⁰ Además, se ha puesto de relieve en ocasiones lo ventajoso de disponer de una regulación que garantiza los derechos de los consumidores, por ejemplo, en relación con la prevención de abusos, o al fijar estándares de calidad del servicio.¹¹

Por el otro lado, cuando suceden unos daños, exista o no un marco regulatorio específico, es preciso plantearse la posible responsabilidad por los mismos. En efecto, como en toda esfera de la vida, la persona que participa en la economía colaborativa se coloca en una situación en la que está expuesta a ciertos riesgos. En el caso de Uber, por seguir con el ejemplo referido, a los riesgos generales de la vida —que hay que dejar de lado, pues nos afectan a todos por igual— hay que añadir los propios de la circulación de vehículos a motor. Además, el usuario (o terceros) pueden sufrir daños causados en modos que no están estrictamente ligados a la circulación automovilística. Por ejemplo, un usuario puede ser atracado o violado por el conductor. La víctima tendrá derecho, en

9 Puede verse ALONI, E. (2016). “Pluralizing the ‘Sharing’ Economy”. *Washington Law Review*. Vol. 91, pág. 1398.

10 Véase CAO, D. (2017). “Regulation Through Deregulation: Sharing Economy Companies Gaining Legitimacy by Circumventing Traditional Frameworks”, *Hastings Law Journal*, Vol. 68, 1086. Puede verse también KOOPMAN, C. / MITCHELL, M. / THIERER, A. (2015). “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8, 532 y ss.. <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol8/iss2/4>>. Recuperado 30.4.2018.

11 Puede verse FRIZELL, S. (2014). “A Historical Argument Against Uber: Taxi Regulations Are There for a Reason”, *Time*, Nov. 19, 2014. <<http://time.com/3592035/uber-taxi-history/>>. Recuperado 30.4.2018.



línea de principio, al resarcimiento correspondiente, si se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil (como regla general, art. 1902 y ss. CC, si es extracontractual, y 1101 ss. CC, si es contractual). También entrarán en juego normalmente otras reglas, como las relativas a la circulación de vehículos a motor, etc.

Al menos en la Unión Europea, no existe un marco regulatorio adecuado para este tipo de plataformas y, en general, para la economía colaborativa. Es cierto que algunos intermediarios, como el ya referido Uber, se implican cada vez más en la prestación de los servicios (de transporte, en este caso). Pero dicha implicación más directa no dispone de un marco jurídico cortado a medida. La posición de las instituciones europeas a este respecto ha sido más bien pasiva.¹²

3. RESPONSABILIDAD DE LA PLATAFORMA COLABORATIVA

Conviene a continuación preguntarse cómo opera la responsabilidad civil en el contexto o escenario descrito en este trabajo, a saber, pongamos por caso en el supuesto en el que el conductor puesto a disposición por Uber cause un daño a un tercero. Según señala algún autor, en la mayoría de casos quien responde es el mismo conductor de modo personal o individual, no solo frente a la víctima, sino que también tiene que enfrentarse luego a un posible incremento de prima del seguro correspondiente.¹³

De momento se van a dejar de lado otras posibles cuestiones relativas a la responsabilidad, a pesar de su evidente interés, dado que desbordarían el tema de este trabajo. En concreto, a primera vista cabría asumir que la plataforma colaborativa podría ser considerada responsable en virtud del contrato con el usuario de los servicios, sobre la base de la Ley de servicios de la sociedad de la información.¹⁴ Por tanto, la compañía respondería *ex contractu* por los daños que pueda causar a la persona que contrata sus servicios mediante la plataforma en cuestión.¹⁵ Cuando el daño lo causa un tercero que ha sido puesto en contacto con el usuario mediante la plataforma, la cuestión parece más dudosa. Parte de la doctrina ha puesto de relieve que la cuestión parece poco clara, y que seguramente habría que examinar cual es el rol de la plataforma en cuestión a la hora de controlar o no a los prestatarios de los servicios colaborativos. Cuanto más activa sea la

12 Como pone de relieve VAN CLEYNENBREUGEL, P. (2017) “Le droit de l’Union européenne face à l’économie collaborative”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. octubre-décembre, 698 y 703.

13 Nuevamente, véase CAO, *op. cit.*, 1088.

14 Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (Boletín Oficial del Estado [BOE] núm. 66, de 12.7.2002).

15 Así también VAN CLEYNENBREUGEL, *op. cit.*, 712.



posición de la plataforma en ese sentido, más peso tendría la idea de que la plataforma debe responder por la actuación del prestatario.¹⁶

Puede suceder, sin embargo, que la víctima no quiera dirigirse contra el conductor sino contra la plataforma que, en definitiva, ha intermediado en la relación, en el caso del usuario. Tratándose de un tercero (por ejemplo, un transeúnte que sufre un atropello), no cabe descartar que la víctima se plantee diversos posibles demandados. En particular, conviene determinar si existe o no la dependencia que es presupuesto de la responsabilidad por hecho ajeno según nuestro Derecho civil, a los efectos de que dicho tercero demande no al conductor sino a la plataforma como tal. Puede resultar interesante comparar a este respecto las soluciones del Derecho español y el extranjero.

En los EE.UU., se ha señalado por parte de los autores que la clave de esta cuestión radica en el estatus jurídico que tengan los conductores de la plataforma, esto es, los “taxistas” o transportistas de Uber. Si se trata de empleados, entonces responde la compañía por la vía de las acciones basadas en la regla *respondeat superior*, esto es, una regla de responsabilidad vicaria (por tanto, objetiva o sin culpa del principal por los actos del dependiente). Conviene aclarar que en general no existe un deber de vigilar a los demás,¹⁷ y por tanto esa responsabilidad tendría que basarse en algún argumento como puede ser la dependencia del conductor, en tanto que trabajador de la plataforma.

Uber en regla general se ha defendido de las demandas de este tipo con la alegación de que el conductor no es un empleado suyo, ni un representante, ni un socio, ni un miembro de una *joint venture* con la compañía. En dicho país, los empleadores responden vicariamente por los daños causados por sus empleados cuando estos actúan en el marco de dicho empleo, o en algunas situaciones incluso por daños causados fuera del marco del empleo. Dichas situaciones comprenden los casos en los que el empleador quiso la conducta en cuestión o sus consecuencias, o se comportó de modo negligente o incluso temerario (*reckless*), o cuando el empleado, basándose en la autoridad aparente, actuó dando a entender que hablaba en nombre del empleador, o fue capaz de cometer el ilícito precisamente debido a su trabajo. En cambio, las personas que contratan a un llamado contratista independiente (*independent contractor*) solo pueden ser consideradas responsables vicariamente si han incurrido en negligencia durante la ejecución del negocio del empleador, y solo en el caso en el que pueda considerarse que tenían un deber de cumplir el acto en cuestión con el cuidado debido (*due care*).¹⁸

16 Nuevamente, VAN CLEYNENBREUGEL, *op. cit.*, 712-713.

17 Puede verse el trabajo clásico de HARPER, F. V. / KIME, P. M. (1934). “The Duty to Control the Conduct of Another”, *Yale Law Journal*, Vol. 43, 886 y sig.

18 Puede verse al respecto BOLTON, A. (2015/2016). “Regulating ride-share apps: a study on tailored reregulation regarding transportation network companies, benefitting both consumers and drivers”, *Cumberland Law Review*, Vol. 46, 170-171.



Como es lógico, los criterios para determinar si se trata de un contratante independiente inciden en la independencia o no del mismo, para lo cual el acento se pone en aspectos tales como: a) el control de la relación entre ambas partes, concretamente, si el trabajo de que se trate forma parte del negocio habitual del empleador, o b) las habilidades requeridas para el trabajo en cuestión; c) si dicho trabajo requiere la asistencia de un especialista o supervisor; d) qué parte proporciona las herramientas y el lugar para llevar a término el trabajo; e) la duración del tiempo del empleo y el método de pago; y f) la intención de las partes.¹⁹

En términos generales, se considera que empresas como Uber y análogas (como Lyft) se basan en un modelo de contratación con contratistas independientes. En efecto, si se toman los criterios anteriores, se aprecia cómo son los propios conductores los que aportan el vehículo con el que se lleva a cabo la prestación de transporte de personas. El criterio de la propiedad de los medios o instrumentos utilizados para prestar el servicio no sirve en este caso, dado que cada conductor aporta el vehículo de que se trate. Qué duda cabe que este elemento es fundamental desde el punto de vista económico, pues precisamente las plataformas pueden ofrecer un precio competitivo (si se compara con el taxi tradicional) precisamente porque no disponen de toda la estructura de empresa que sí tiene una compañía tradicional. Al no tener que adquirir y mantener una serie de edificios (en el caso de las plataformas de compartición de alojamiento) o una flota de vehículos (en el caso del transporte), por ejemplo, dichas plataformas pueden reducir los costes sensiblemente. Desde el punto de vista jurídico, se ha señalado en alguna ocasión que, en el caso en que un accidente ocurra, puede ser difícil para el regulador intervenir –por ejemplo, para sancionar a la plataforma–, si resulta que esta no es la propietaria de los medios con los que se causó el dicho accidente.²⁰

Además, son nuevamente los conductores mismos los que deciden donde prestan los servicios. El pago por los servicios prestados no se produce como una nómina a fin de mes, sino que tiene lugar por cada transporte. Los conductores no tienen derecho a un salario mínimo, aunque en realidad podría argumentarse que este argumento depende, precisamente, de si se considera que son trabajadores o no (pues se trata de un derecho laboral).

Desde la perspectiva del usuario, las plataformas presentan la compartición del vehículo o viaje como una experiencia colaborativa en la que el usuario asume el riesgo de lo que le pueda suceder. El pasajero se coloca así en una situación de “viaja por tu propia cuenta y riesgo” (*ride-ar-your-ow-risk*). Ello es así porque la plataforma, de hecho, no lleva a cabo muchos controles a la hora de seleccionar a sus conductores, o por

19 Nuevamente, BOLTON, *op. cit.*, 172.

20 Véase CAO, *op. cit.*, 1097.



lo menos son controles mucho menos estrictos que en el caso de un taxista tradicional. Por ejemplo, es bien sabido que los taxistas de Londres tienen que pasar un examen durísimo, pues tienen que conocer el callejero de la ciudad de memoria (lo que suelen llamar coloquialmente “el libro” o *The Book*). Un conductor de Uber no se examina de algo así, sino que en general depende por completo del conocimiento que ya pueda tener y, desde luego, de los mapas que pueda descargar por Internet con la ayuda de su dispositivo móvil.

Además, la llamada letra pequeña del contrato, o condiciones generales del contrato, suelen incluir cláusulas de exclusión de la responsabilidad. Pero las mismas plantean muchas dudas en cuanto a su legalidad (desde luego, al menos en el Derecho español son más que dudosas, no solo por referirse a responsabilidad extracontractual, sino porque los daños son frecuentemente personales y en relación con estos la exclusión es ineficaz, arg. *ex art.* 1102 CC).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha reconocido, en la Sentencia de su Gran Sala de 20 de diciembre de 2017 (*Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S.L.*, asunto C-434/15) que Uber no se limita a intermediar, sino que también controla el modo en que se prestan los servicios de transporte, por ejemplo, estableciendo precios máximos o fijando mínimos de calidad de los vehículos que deben cumplirse. Esto es muy importante, porque se desprende del pronunciamiento de la justicia europea que Uber no es un prestador de servicios de la sociedad de la información, sino un servicio del ámbito del transporte.²¹ Permite además encontrar un posicionamiento europeo sobre la actividad de la que trata este estudio. Concretamente, los ordenamientos jurídicos europeos suelen prever que el empleador responda por los daños causados por el empleado y existe una tendencia a atribuir al principal aquellos daños causados por el dependiente en los que la conducta de este puede razonablemente ser atribuida a —o identificada con— la organización o empresa.²² Incluso fuera del ámbito del empleo, lo decisivo suele ser la subordinación de una persona a la otra, en el sentido de que aquella está obligada a seguir las instrucciones de esta.²³ En ese sentido, es bien sabido que en el Derecho español la dependencia es un elemento clave para que se atribuya al empresario la responsabilidad por los daños causados por otra persona

21 Al respecto, véase GARCÍA MONTORO, L. (2018). “El regalo navideño del TJUE a los taxistas catalanes llega tarde: Uber realiza un servicio de transporte”, *Revista CESCO*, 2 y sig., <<http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3315-el-regalo-navide%C3%B1o-del-tjue-a-los-taxistas-catalanes-llega-tarde-uber-realiza-un-servicio-de-transporte>>. Recuperado 30.4.2018.

22 Por todos, VAN DAM, C. (2016), *European Tort Law*, 2nd edn., Oxford: Oxford University Press, 511-512.

23 Nuevamente, véase VAN DAM, *op. cit.*, 514.



(en el marco del art. 1903 CC). Por ello, no se exige que exista una relación jurídico-laboral entre ellos, sino que lo decisivo es que haya una subordinación a las instrucciones del principal y que este participe en el control de la actividad como supervisor.²⁴ Sin embargo, la doctrina sí excluye la responsabilidad del empresario si se trata de daños causados por un contratista independiente, dado que entonces faltan aquel control y aquella supervisión.²⁵ De hecho, la idea de que el principal no debe responder por los daños causados por el contratista independiente parece imperante en el Derecho de los distintos países (incluida España), con contadas excepciones.²⁶

Con todo y con eso, estas plataformas tampoco exigen a sus conductores que tengan una póliza de seguros adecuada a la naturaleza de la actividad que desarrollan. Por el contrario, se confía plenamente en la póliza que ya puedan tener de seguro obligatorio de la circulación. Se habla en este sentido de una laguna o ausencia de seguro (*insurance gap*).²⁷ De ese modo, una vez más, la plataforma coloca el riesgo sobre los hombros de la víctima en potencia, que queda relativamente desprotegida. Dicho problema ha sido criticado por la doctrina, ya que también se induce a error a los propios conductores sobre la cobertura existente, según se ha denunciado.²⁸ El aspecto del seguro es uno de los que provocan más preocupación, dicho sea de paso, pues está en juego la protección de la víctima (y en parte también la del conductor). Uber ha ido modificando su posición al respecto, aunque no está claro si la situación actual es satisfactoria.²⁹ Queda planteada la duda de si es preciso establecer una obligación de contratar un seguro suficiente y adecuado, en el caso de los conductores, o bien se centra toda la atención sobre la pla-

- 24 En ese sentido, véase ROCA TRIAS, E. / NAVARRO MICHEL, M. (2011), *Derecho de daños*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 155 e YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Madrid: Dykinson, 344. Véase también GÓMEZ CALLE, E. (2014). “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en REGLERO CAMPOS, L. F. / BUSTO LAGO, J. M. (dirs.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Cizur menor: Thomson Aranzadi, 1055 y sig.
- 25 Nuevamente, ROCA/NAVARRO, *op. cit.*, 155.
- 26 Véase SOLÉ FELIU, J. (2012). *La responsabilidad extracontractual por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Madrid: Editorial Reus, 80 y sig.
- 27 Véase LEE RASSMAN, C. (2014). “Regulating Rideshare Without Stifling Innovation: Examining the Drivers, the Insurance “Gap,” and Why Pennsylvania Should Get on Board” *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. XV, 81 y sig.
- 28 Véase DAVIES, J. (2015). “Drive at your own risk: Uber violates unfair competition laws by misleading Uberx drivers about their insurance coverage”, *Boston College Law Review*, Vol. 56, 1097. También véase LOUCKS, T. G. (2015). “Travelers beware: tort liability in the sharing economy”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, Vol. 10(4), 335 y sig.
- 29 Puede verse DOBSON, E. (2015). “Transportation network companies: how should South Carolina adjust its regulatory framework?”, *South Carolina Law Review*, Vol. 66, 701 y sig.



taforma como tal.³⁰ Como es lógico, si el foco de atención se pone sobre el conductor, porque sea él el que responda y tenga que contratar el seguro, ello producirá un incremento de las primas y puede afectar a la actividad en sí.³¹ La decisión que se adopte sobre quién responde inevitablemente impactará de algún modo sobre el aspecto del seguro.³² En cualquier caso, este aspecto permite poner de relieve dos de los problemas que la economía colaborativa suscita, como son la protección de los trabajadores y la seguridad de los consumidores.³³

Por el contrario, existen otras consideraciones que abonan la conclusión contraria, en el sentido de que los conductores no son contratistas independientes sino verdaderos empleados. Concretamente, la empresa tiene un control muy directo sobre estos últimos, más directo que en el caso de un contratista independiente típico. Además, sin los conductores, simplemente el negocio de Uber no se podría llevar a cabo. A parte de lo anterior, los conductores no suelen tener el poder de negociación suficiente para imponer sus condiciones a la compañía, más bien al contrario. Desde ese punto de vista, la situación de desigualdad es bastante parecida a la que tiene lugar en la relación jurídico-laboral típica.

Aún y con eso, resulta obvio que es la plataforma la que, en cierto sentido, crea la situación de riesgo a la que se expone no solo el usuario, sino también terceras personas. En efecto, si bien la plataforma no es propietaria de los medios de locomoción, sí que está poniendo a los pasajeros (o a terceros) en vehículos en movimiento en el denso tráfico urbano.³⁴ La selección del “personal”, por llamarlo de algún modo, tiene lugar sin que un departamento de recursos humanos tradicional se entreviste con los posibles candidatos. Desde el punto de vista del Derecho español, a pesar de que la responsabilidad del empresario no es vicaria sino por culpa presunta, se pone el acento en el papel

- 30 Puede verse HOLLOWAY, C. (2015). “Uber unsettled: how existing taxicab regulations fail to address transportation network companies and why local regulators should embrace Uber, Lyft, and comparable innovators”, *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, Vol. 16(1), 41 y sig., y KELLY, A. (2014). “Public Utilities: Chapter 389: Closing the App Gap with Insurance Requirements for Transportation Network Companies”, *McGeorge Law Review*, Vol. 46, 399 y sig.
- 31 Véase SACHS, R. (2016), “The common carrier barrier: an analysis of standard of care requirements, insurance policies, and liability regulations for ride-sharing companies”, *DePaul Law Review*, Vol. 65, 905.
- 32 Véase SULLIVAN, D. C. / BARRETTE, M. P. (2007), “Special Symposium Edition: Third Party Surface Transportation - Common Issues and Recent Trends: Transportation Tort Liability Travels Up the Supply Chain”, *Transportation Law Journal*, Vol. 34, 304-305.
- 33 Al respecto, en general, puede verse DYAL-CHAND, R. (2015). “Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System”, *Tulane Law Review*, Vol. 90, 245 y sig.
- 34 Como señala BROWNING, *op. cit.*, 85.



de la empresa como centro de atención de compromisos de hacer las cosas bien.³⁵ Pese a que el modelo es distinto en el Derecho español respecto del ya expuesto del *common law*, ambos modelos coinciden en exigir, como presupuesto (entre otros) de la responsabilidad del principal, la relación de dependencia o subordinación entre el mismo y el autor del daño.³⁶ Además, el principal puede acabar respondiendo si ha aparecido como garante de la actuación correcta y la víctima confió legítimamente en esa apariencia.³⁷

Ello abre la puerta para que cualquiera se convierta en conductor de estas plataformas. Nada impide, por ejemplo, que un psicópata se dé de alta como conductor con la mera intención de actuar de modo predatorio. Resulta fácil encontrar en las redes información sobre múltiples episodios de ese tipo, incluyendo secuestros o raptos, abusos sexuales o intentos de violación, lenguaje inapropiado o agresiones físicas, e incluso algunos incidentes que han concluido con la muerte de la víctima. Un ejemplo es el caso de la muerte de una niña de seis años por el atropello por un conductor de Uber en San Francisco en 2013, caso que concluyó con una transacción entre las partes.³⁸ O bien el caso en el que un conductor de Uber atacó con un martillo a un pasajero, causándole daños en un ojo.³⁹

Episodios de este tipo pueden abonar, al menos en el *common law*, la tesis de que plataformas como Uber deberían responder aun en el caso en el que se considerase que los conductores son contratistas independientes, aunque para ello haga falta crear una excepción en el actual sistema de reglas. En ese sentido, se esgrimen no solo argumentos de equidad o justicia intrínseca, sino también de eficiencia económica, pues la plataforma estaría, según se dice, en la mejor situación para evitar el riesgo (es, como suele decir, el *cheapest cost avoider*).⁴⁰ En lo que tampoco parece existir acuerdo es en si realmente hace cambiar algo del sistema de reglas ya existente para lograr que plataformas como Uber respondan de los daños causados por los conductores. En ese sentido, se ha afirma-

35 Véase YZQUIERDO, *op. cit.*, 341 y 343.

36 Véase SOLÉ FELIU, *op. cit.*, 22.

37 Véanse los ejemplos que maneja SOLÉ FELIU, *op. cit.*, 128-130.

38 Véase CBS SFBay Area (2015), “Family Of 6-Year-Old Girl Killed By Uber Driver In San Francisco Settles Lawsuit”, July 14, 2015 <<http://sanfrancisco.cbslocal.com/2015/07/14/uber-lawsuit-sofia-liu-san-francisco/>>. Recuperado el 30.4.2018.

39 Véase HUET, E. (2014). “Uber Rider Might Lose an Eye From Driver’s Hammer Attack. Could Uber Be Held Liable?”, *Forbes*, Sep. 30, 2014 <<https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2014/09/30/uber-driver-hammer-attack-liability/>>. Recuperado 30.4.2018.

40 Así GEISSER, L. (2016). “Risk, reward, and responsibility: a call to hold Uberx, Lyft, and other transportation network companies vicariously liable for the acts of their drivers”, *Southern California Law Review*, Vol. 89, 357. Parecidamente, puede verse ROGERS, B. (2017). “The Social Costs of Uber”, *University of Chicago Law Review Online*, Vol. 82, 92.



do que el *common law* ya dispone de doctrinas suficientes, como la de responsabilidad vicaria, *respondeat superior*, o el ya referido contratista independiente, como para lograr alcanzar aquel resultado.⁴¹ A parte, tampoco parece tan claro que los conductores sean siempre contratistas independientes. Al parecer, en la práctica no existe una coincidencia de criterios, sino que unas veces se considera que son empleados, y en otras, que son contratistas independientes.⁴² En cambio, esos problemas no se plantean en iguales términos en nuestro ordenamiento, donde no existe la misma fijación que existe en el *common law* en relación con la naturaleza laboral o no de la relación. En efecto, en nuestro ordenamiento la dependencia puede existir más allá de las relaciones jurídico-laborales o también de las comisiones de servicios, siendo suficiente que el auxiliar esté subordinado a un principal que es quien obtiene un beneficio gracias a la actuación del primero.⁴³

3. CONCLUSIONES

La víctima de los daños causados por un conductor de un vehículo que opera en el marco de la plataforma de economía colaborativa Uber o similar puede plantearse la posibilidad o no de demandar no al conductor mismo, sino a la plataforma. Para ello necesita demostrar que existe alguna de las razones que permite hacer responsable a una persona de los daños causados por otro, lo que suele conocerse como responsabilidad por hecho ajeno. El caso es un buen ejemplo del contraste que existe en el Derecho comparado, pues en el *common law* el acento suele ponerse en la cuestión de si el conductor es o no un trabajador de la plataforma (caso en que esta responde) o bien se trata de un contratista independiente (caso en que no, como regla general); mientras que en el *civil law* en general, y en el Derecho español en particular, la naturaleza jurídica de la relación entre uno y otro es secundaria y lo determinante es si existe o no una relación de dependencia o subordinación. Si bien en el *common law* ese distinto punto de partida ha dado lugar a notables dificultades, que la doctrina se esfuerza en resolver, y que pronto van a atormentar a los tribunales —dada la proliferación de dichas plataformas— en el *civil law* la situación parece en principio más fácil de resolver. En nuestro Derecho, en principio la flexibilidad del enfoque adoptado no solo por el art. 1903 CC sino por la interpretación jurisprudencial y doctrinal el mismo abonan el terreno para que, si se cumplen los

41 Véase MCPEAK, A. A. (2016), “Sharing Tort Liability in the New Sharing Economy”, *Connecticut Law Review*, Vol. 49, 171 y sig.

42 Véase KATZ, V. (2015). “Regulating the Sharing Economy”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, 1104 y sig. <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol30/iss4/18>>. Recuperado 30.4.2018.

43 Véase SOLÉ FELIU, *op. cit.*, 53 y sig.



requisitos de aplicación de la norma (en particular, la dependencia, pero también cabe recurrir a la doctrina de la apariencia según se ha expuesto más arriba), Uber o similares acaben siendo condenadas por los daños causados por sus conductores en el marco de la prestación de servicios de la llamada economía colaborativa.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONI, E. (2016). "Pluralizing the 'sharing' economy". *Washington Law Review*. Vol. 91, pág. 1397 y sig.
- BARGLIND, K. (2016). "Innovation, technology, and transportation: the need to address on-demand ridesharing and modernize outdated taxi regulations in the US". *Wisconsin International Law Journal*. Vol 33, pág. 701 y sig.
- BOLTON, A. (2015/2016). "Regulating ride-share apps: a study on tailored reregulation regarding transportation network companies, benefitting both consumers and drivers", *Cumberland Law Review*, Vol. 46, pág. 137 y sig.
- BROWNING, J. G. (2014). "Emerging Technology and Its Impact on Automotive Litigation", *Defense Counsel Journal*, Vol. 81(1), pág. 83 y sig.
- CAO, D. (2017). "Regulation Through Deregulation: Sharing Economy Companies Gaining Legitimacy by Circumventing Traditional Frameworks", *Hastings Law Journal* Vol. 68, pág. 1086 y sig.
- DYAL-CHAND, R. (2015). "Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System", *Tulane Law Review*, Vol. 90, pág. 241 y sig.
- DAVIES, J. (2015). "Drive at your own risk: Uber violates unfair competition laws by misleading Uberx drivers about their insurance coverage", *Boston College Law Review*, Vol. 56, pág. 1097.
- DOBSON, E. (2015). "Transportation network companies: how should South Carolina adjust its regulatory framework?", *South Carolina Law Review*, Vol. 66, pág. 701 y sig.
- DOWNES, L. (2013), "Lessons from Uber: Why Innovation and Regulation Don't Mix", *Forbes*. <<https://www.forbes.com/sites/larrydownes/2013/02/06/lessons-from-uber-why-innovation-and-regulation-dont-mix>>. Recuperado el 30.4.2018
- FEDERAL TRADE COMMISSION (2015). "FTC To Examine Competition, Consumer Protection, and Economic Issues Raised by the Sharing Economy at June Workshop", <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/04/ftc-examine-competition-consumer-protection-economic-issues>>. Recuperado el 30.4.2018
- FINCK, M. / RANCHORDAS, S. (2016). "Sharing and the City", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, pág. 1299 y sig.



- FRIZELL, S. (2014). "A Historical Argument Against Uber: Taxi Regulations Are There for a Reason", *Time*, Nov. 19, 2014. <<http://time.com/3592035/uber-taxi-history/>>. Recuperado 30.4.2018.
- GARCÍA MONTORO, L. (2018). "El regalo navideño del TJUE a los taxistas catalanes llega tarde: Uber realiza un servicio de transporte", *Revista CESCO*, 2 y sig., <<http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3315-el-regalo-navide%C3%B1o-del-tjue-a-los-taxistas-catalanes-llega-tarde-uber-realiza-un-servicio-de-transporte>>. Recuperado 30.4.2018.
- GEISSER, L. (2016). "Risk, reward, and responsibility: a call to hold Uberx, Lyft, and other transportation network companies vicariously liable for the acts of their drivers", *Southern California Law Review*, Vol. 89, pág. 317 y sig.
- GÓMEZ CALLE, E. (2014). "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en REGLERO CAMPOS, L. F. / BUSTO LAGO, J. M. (dirs.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Cizur menor: Thomson Aranzadi, pág. 971 y sig.
- HARPER, F. V. / KIME, P. M. (1934). "The Duty to Control the Conduct of Another", *Yale Law Journal*, Vol. 43, pág. 886 y sig.
- HOLLOWAY, C. (2015). "Uber unsettled: how existing taxicab regulations fail to address transportation network companies and why local regulators should embrace Uber, Lyft, and comparable innovators", *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, Vol. 16(1), pág. 20 y sig.
- HUET, E. (2014). "Uber Rider Might Lose An Eye From Driver's Hammer Attack. Could Uber Be Held Liable?", *Forbes*, Sep. 30, 2014 <<https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2014/09/30/uber-driver-hammer-attack-liability/>>. Recuperado 30.4.2018.
- KATZ, V. (2015). "Regulating the Sharing Economy", *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, 1067 y sig. <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol30/iss4/18>>. Recuperado el 30.4.2018.
- KELLY, A. (2014). "Public Utilities: Chapter 389: Closing the App Gap with Insurance Requirements for Transportation Network Companies", *McGeorge Law Review*, Vol. 46, pág. 399 y sig.
- KOOPMAN, C. / MITCHELL, M. / THIERER, A. (2015). "The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change", *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8, 529 y sig. <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol8/iss2/4>>. Recuperado el 30.4.2018.
- LEE RASSMAN, C. (2014). "Regulating Rideshare Without Stifling Innovation: Examining the Drivers, the Insurance "Gap," and Why Pennsylvania Should Get on Board", *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. XV, pág. 81 y sig.



- LOUCKS T. G. (2015). "Travelers beware: tort liability in the sharing economy", *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, Vol. 10(4), pág. 329 y sig.
- MCDONALD, D. K. (2016). "Reputation Will Teach the Sharing Economy to Share", *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, pág. 219 y sig.
- MCPEAK, A. A. (2016), "Sharing Tort Liability in the New Sharing Economy", *Connecticut Law Review*, Vol. 49, pág. 171 y sig.
- PFEFFER-GILLET, A. (2016). "When "Disruption" Collides with Accountability: Holding Ridesharing Companies Liable for Acts of Their Drivers", *California Law Review*, Vol. 104, pág. 233 y sig.
- ROBERTS, A. (2016). "Effective and efficient regulation of new sharing economy transportation network companies", *Denver Law Review Online*, Vol. 93, pág. 133 y sig.
- ROCA TRIAS, E. / NAVARRO MICHEL, M. (2011), *Derecho de daños*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch
- ROGERS, B. (2017). "The Social Costs of Uber", *University of Chicago Law Review Online*, Vol. 82, pág. 85 y sig.
- SACHS, R. (2016), "The common carrier barrier: an analysis of standard of care requirements, insurance policies, and liability regulations for ride-sharing companies", *DePaul Law Review*, Vol. 65, pág. 873
- SOLÉ FELIU, J. (2012). *La responsabilidad extracontractual por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Madrid: Editorial Reus
- SULLIVAN, D. C. / BARRETTE, M. P. (2007), "Special Symposium Edition: Third Party Surface Transportation - Common Issues and Recent Trends: Transportation Tort Liability Travels Up the Supply Chain", *Transportation Law Journal*, Vol. 34, pág. 289 y sig.
- VAN CLEYNENBREUGEL, P. (2017) "Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. octobre-décembre, pág. 699 y sig.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Madrid: Dykinson