

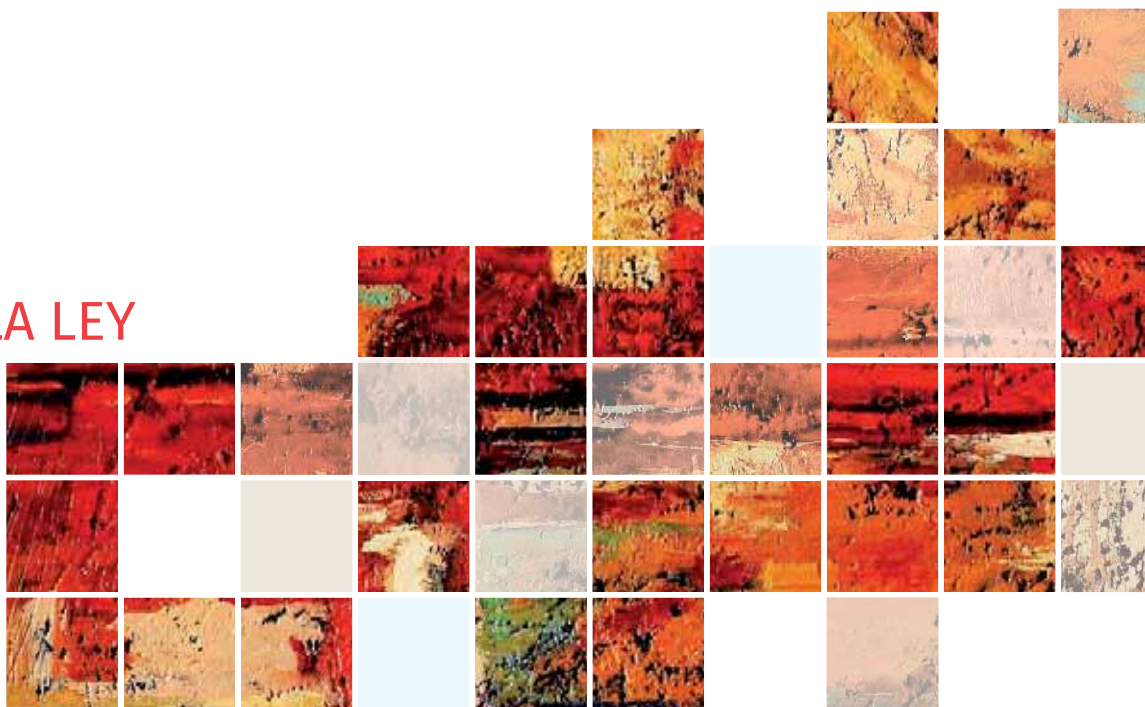
TEMAS

La protección del consumidor en la vivienda colaborativa

Directora

Esther Muñiz Espada

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

La protección del consumidor en la vivienda colaborativa

Directora

Esther Muñiz Espada

© De los autores, 2019

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: septiembre 2019

Depósito Legal: M-26586-2019

ISBN versión impresa: 978-84-9020-928-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-929-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Al abordar la espinosa y desconcertante problemática de una renovación normativa en uno de los ámbitos más complejos y cambiantes de la nueva contratación, creo pertinente una reflexión general previa sobre nuevas modalidades de dicha novedosa contratación a la altura de 2019, que pudiera actuar como referencia a la hora de afrontar concretos problemas de régimen respecto de cada modelo de negocio jurídico. En cuanto al ámbito geográfico, aludiré sustancialmente a España, pero ello hoy implica tener presentes Ordenamientos jurídicos y territorios estrechamente ligados a ella, pues obviamente vivimos en un tráfico económico global: con algunas especificidades de Derecho positivo, lo que diré sería aplicable a Francia o a Alemania y, con más matizaciones técnicas, al Reino Unido o a los Estados Unidos.

Voy a centrarme en lo que en los últimos años viene denominándose «Economía colaborativa» o «Consumo colaborativo» (reputémoslos, de momento, como expresiones sinónimas), dejando, en estas líneas, en la penumbra modalidades relativamente modernas, algunas de las cuales extensamente abordadas por mí, como la predisposición del contenido contractual (cláusulas impuestas, condiciones generales, etc.), u otras como la contratación informática ordinaria y los muy recientes *smart contracts*, cuyas peculiaridades atañen más a los modos de formulación de su contenido y a los procedimientos de control y vigilancia de su ejecución que a problemas de análisis de su contenido y de la conveniente regulación jurídica de éste.

Sobre la llamada Economía colaborativa viene hablándose abundantemente y los textos que la abordan se multiplican. La expresión citada parece dar a entender que nos hallamos ante un fenómeno unitario, con rasgos comunes definitorios, que, aun permitiendo diferencias de unos casos a otros, aconsejan un régimen jurídico único. Pues bien, ese régimen ni existe ni debe existir, pues dentro de esa denominación se esconden o se comprenden figuras muy distintas y distinguibles. La regulación actual de muchas de ellas es, en el caso de España, fragmentaria, anárquica y pobre, siendo hoy necesario aplicarles, en diversos supuestos, normas generales de Derecho priva-

do (civil contractual, mercantil general, de consumidores, etc.) o de Derecho administrativo, razón por la que percibimos una tensión entre el Derecho vigente y el Derecho posible o deseable, detectando yo, como apuntaba hace líneas, una censurable tendencia a construir un régimen jurídico básico de la Economía colaborativa. Pero, una vez más, el lenguaje y hoy el murmullo de las comunicaciones y las redes sociales nos engañan y nos despistan, introduciendo en el mismo recipiente naranjas, nueces y plátanos.

Examinemos, sin pretender agotar los supuestos, unos cuantos ejemplos: Pedro acuerda con Julia un viaje de Córdoba a Sevilla, aportando ella el automóvil, que conduce, comprometiéndose Pedro a pagar la gasolina. Pedro, utilizando una plataforma, llama a una entidad que le envía un automóvil conducido por Pablo para que le transporte de Madrid a Toledo. Leonor cede quince días su piso de Salamanca a Patricia a cambio de que ésta ceda a aquélla quince días su piso de Segovia. Isabel cede su piso de Zaragoza, a cambio de dinero, una semana a Francisco, otra a María, otra a Alberto, etc. Claudia, que conoce bien la historia y los monumentos de Écija, enseña esta ciudad a varios amigos a cambio de una comida, pero se anima a anunciarse informáticamente a desconocidos, ofreciéndoles dicho servicio a cambio de dinero. Isidoro organiza viajes para sus amigos y, estimulado por su éxito, se anima a organizarlos para amigos de sus amigos a cambio de unos regalos o del uso de un apartamento en Mallorca, etc. Como se ve, se trata de supuestos muy diversos, algunos ya regulados específicamente al menos en parte, otros solamente subsumibles en el Derecho civil común, otros en el Derecho mercantil, otros susceptibles de ser atendidos por normas sancionadoras, etc. Supuestos diversos que presentan notas propias que reclaman reacciones diferentes del Ordenamiento: los ejemplos de los denominados «pisos turísticos» (VUP o alojamientos P2P) o de los viajes en vehículo privado (*ride sharing*) son paradigmáticos. Obsérvese que he ido presentando los modelos prescindiendo de su tratamiento legal, como meros acontecimientos sociales; obsérvese además que hoy, en el mundo de la Economía colaborativa, muchos de estos acuerdos tienen lugar a través de una plataforma con la que los interesados se comunican mediante una aplicación informática: dicha plataforma puede limitarse a una mera intermediación, contratando ella con los dos usuarios (el prestador del servicio y el receptor), contrato éste que probablemente sería de mediación o corretaje, aplicándosele el tratamiento de los contratos atípicos y, además, en cuanto que las plataformas actúan telemáticamente, la normativa relativa al comercio electrónico; en estos casos la plataforma, aunque forma parte de una relación jurídica trilateral, actúa asimismo como instrumento de una relación *peer to peer*, muy representa-

tiva del consumo colaborativo, relación en la que el prestador del servicio suele recibir en la reciente doctrina el nombre de *prosumer*. Pero cabe que la plataforma realice más actividades, por ejemplo, fijando precios o incluso participando en la ejecución de la prestación que recibe una de las partes, tal vez aportando el material (automóvil que se utilizará), lo que provocará que tal plataforma devenga empresaria de esa actividad (en ese supuesto, transporte), además de practicar la mediación, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la protección de los consumidores (sin que abordemos aquí el tratamiento jurídico de las relaciones con ¿sus? trabajadores). Algunos autores aluden a la tendencia a la fusión de ambas actividades, de modo que las plataformas sean titulares de pisos y coches, lo que puede aumentar sus dimensiones, deslizándose hacia el oligopolio o el monopolio, con el consiguiente impacto sobre la competencia. Se considera que la plataforma es algo más que mera intermediaria, en cuanto que también presta, en considerable medida, el llamado «servicio subyacente», cuando ejerce un control o una influencia significativa sobre el prestador de dicho servicio, siendo criterios clave para detectar la existencia de tal control la determinación del precio, el establecimiento de los términos y las condiciones de actuación (por ejemplo, instrucciones obligatorias) y la propiedad de los activos clave.

La finalidad de este breve ensayo es la de apuntar ideas *de iure condendo* en relación a unos posibles regímenes jurídicos atinentes a las figuras más representativas de eso que viene llamándose «consumo colaborativo». *De iure condito*, como apunté, el panorama es confuso, desordenado e insuficiente: algunas modalidades contractuales están desnudas de regulación específica, debiendo hoy ser atendidas por el Derecho privado ordinario preferentemente aplicable a los contratos atípicos; otras son contratos claramente mercantiles celebrados por consumidores y empresarios, debiendo ser afectados por el Derecho mercantil general y por el Texto Refundido de consumidores y usuarios, añadiéndose además la necesaria intervención del Derecho administrativo para posibilitar o facilitar la protección de la calidad de las prestaciones y la salud y la seguridad de los receptores de éstas, como sucede en contratos relativos a arrendamientos esporádicos o a transportes, pues el vigente control administrativo de autobuses, taxis y hoteles nos indica que deben ser asimismo objeto de aquél, en mayor o menor medida, los nuevos contratos relativos a inmuebles o vehículos vinculados al llamado «consumo colaborativo». Y, siendo en algún caso, algunos de estos negocios jurídicos actos en masa con finalidad lucrativa, sustentados en una organización empresarial, no entiendo cómo, debiendo someterse al Derecho mercantil, son hoy regulados en España por normas autonómicas o

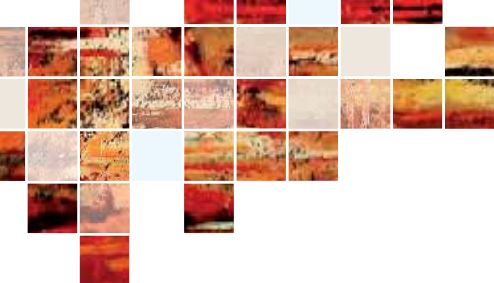
municipales, en algunos supuestos afectando negativamente a la unidad de mercado. Por no hablar de unos falsos autónomos que trabajan inequívocamente para grandes empresas de reparto, que deberían ser afectados por el Derecho laboral y cuya «autonomía» constituye un clamoroso ejemplo de fraude de ley. Quizá alguna mención especial merece el llamado «contrato de acceso» (contrato atípico) que vincula a la plataforma no meramente intermediaria con el usuario demandante de bienes o servicios; si éste es un particular no profesional que actúa fuera de una actividad profesional o empresarial, debe reputársele consumidor frente a la plataforma, aplicándosele las normas atinentes a la protección de los consumidores y a las condiciones generales de la contratación si las hay. Si, por el contrario, es un empresario, se le aplicarán el Código de Comercio, el Código civil y demás normas generales de Derecho privado. Pero, si se trata de una entidad meramente intermediaria, no parece que quepa reputar consumidor al receptor del bien o servicio, aplicándose a ambos entonces las reglas generales de Derecho privado, además de la normativa relativa al comercio electrónico; cuando digo «normas de Derecho privado» me refiero, como he sugerido antes, también a las mercantiles, pues la entidad intermediaria suele ser una empresa que realiza actos en masa. Pero, siendo sólo intermediaria, dudo de que quepa considerar como consumidoras a las partes comunicadas, pues el servicio principal lo recibe el perceptor del *prosumer*, que no es empresario.

Pero vayamos a lo que se ha venido llamando desde hace muchos años «política legislativa», es decir, a meditar sobre un posible Derecho deseable aplicable a estas figuras, para lo cual conviene tener presente la actitud vital de los interesados en esta clase de contratos, que no quieren exactamente las cosas, sino, como algunos autores sugieren, la satisfacción de las necesidades que ellas producen o las experiencias que proporcionan, lo que podría orientarnos a la hora de perfilar las facultades que compondrían unos nuevos derechos subjetivos producidos por unos nuevos contratos caracterizados por unas funciones económico-sociales diferentes de las tradicionales. Conviene asimismo reparar en la concepción que la sociedad que llega a nuestro presente tiene o va a tener de la misión del Estado o del poder público, ya lejos del *laissez faire* decimonónico pero quizá tampoco demasiado propensa a contar siempre con el Estado intervencionista, prestador de servicios, fiscalizador, sancionador, etc., de la socialdemocracia occidental; adviértase cómo las plataformas, además de mediar y poner en contacto electrónicamente y en muchos casos de prestar los servicios con instrumentos de su propiedad o alquilados, fijan gran parte de los contenidos de los contratos *peer to peer*, creándose instancias reguladoras ¿seminormativas?

privadas, de modo similar a las condiciones generales de la contratación del siglo XX, pero repárese en que dichos contenidos no son producto de un poderoso predisponente que impone de hecho las cláusulas, sino a veces de una entidad intermediaria, sin olvidar que nuevos predisponentes, gigantes tecnológicos asoman sus orejas, imponiendo piezas o sistemas operativos y monopolizando el mercado. Al mismo tiempo debemos considerar que en muchos de los contratos de los que tratamos y a pesar de esa nueva reprivatización de la que hablaba y de ese mencionado regreso del Estado a la llamada sociedad civil, no deberíamos descartar la necesidad de control administrativo para salvaguardar la salud, la seguridad y los intereses económicos de personas que seguirían siendo consumidores vulnerables o, al menos, personas necesitadas de protección cualificada ante posibles prestadores escasamente escrupulosos, así como la irrenunciabilidad de un Derecho imperativo que determinase requisitos de acceso a ciertas profesiones o actividades.

Pero la idea que reputo más importante es que debemos rechazar la pretendida existencia de una figura unitaria llamada «Economía colaborativa» o «Consumo colaborativo»: hemos visto que los contratos que suelen encasillarse en dicha supuesta categoría son muy diversos entre sí, pues sus funciones económico-sociales, sus «causas» en el sentido por mí expuesto en varios escritos interpretativos del Código civil, difieren patentemente, lo que aconseja que cada modelo negocial reciba una regulación específica que tenga presentes los intereses en conflicto, diversos en cada caso, así como las diferentes posiciones de poder real de los partícipes en la relación jurídica —bilateral, trilateral, A con B y con C, B con C, etc.— de que se trate. Piénsese al respecto —salgamos un momento del estricto ámbito de lo que se llama Economía colaborativa para expresar la idea de la actual complejidad del mundo contractual— en los modernos y sofisticados contratos financieros o en los de asistencia técnica, compuestos de prestaciones variadas —bienes (entre los que se cuentan las llamadas propiedad intelectual e industrial), actividades, asesoramiento, información, etc.—, tan lejanos de la compraventa o del comodato del Código civil. El análisis de la denominada causa del contrato proporciona la clave para inferir su tratamiento: si lo sustancialmente aportado por la plataforma es el transporte de las personas, siendo un instrumento de ello la comunicación electrónica, los contratos, concebidos en serie por la empresa, son contratos mercantiles de transporte pactados con consumidores; pero, si la plataforma se limita a poner en contacto a transportistas y a compañeros de viaje de dichos transportistas, el contrato debe reputarse de mediación, aunque la empresa

pueda intervenir en cierta medida, necesariamente pequeña, en parte del contenido de tales negocios jurídicos. En dicha tarea de regulación habría que medir cuidadosamente qué aspectos podrían dejarse a la autonomía negocial, aportando, para suplirla, un prudente Derecho dispositivo, y cuáles deberían ser atendidas con normas imperativas; la elaboración y la construcción de nuevos tipos contractuales, relativamente abiertos, es una actividad ardua, que, como hace líneas apunte, comprende la distribución de nuevas facultades que puedan integrar derechos subjetivos de nuevo cuño o quizá posiciones jurídicas complejas que pueden no ser exactamente calificables de derechos subjetivos. No olvidemos que uno de los rasgos de la figura de la llamada «Economía colaborativa» es la de que se pretende con ella atender necesidades mediante mecanismos diversos de la transmisión de la propiedad, siendo muy relevante al respecto la idea de temporalidad y la de preservación del medio ambiente, lo que implica un peculiar componente ético diverso de la mentalidad mercantilista dominante. Ello puede afectar a la configuración jurídica de las antes mencionadas posiciones. En síntesis, el régimen legal o pactado de cada contrato concreto que se celebre deberá ser acorde con la función económico-social efectivamente querida por los contratantes, función a veces difícil de detectar (¡Cuidado con las simulaciones y los fraudes de ley!), pero necesitada de amparo jurídico si es compatible con los valores del Ordenamiento de que se trate, de modo que el circuito económico funcione con arreglo a unos principios que quepa reputar defendibles y que el Derecho aplicable sea idóneo para proteger a los consumidores, a los empresarios y a la solvencia de los deudores en favor de unos acreedores cuyos intereses pueden coincidir con los intereses generales. Sin olvidar valores como la sostenibilidad, el aprovechamiento de recursos y el desarrollo económico.



La consolidación de la economía colaborativa está hoy por hoy suficientemente demostrada, manifestando incluso, su superioridad en algunos sectores respecto de la economía tradicional. Su pretensión de ampliarse como estrategia de futuro ha quedado reconocida especialmente en el ámbito inmobiliario.

En este sentido, la renovada atención por los bienes comunes y la relativización de la propiedad como elementos característicos de la *sharing economy*, ha propiciado en el mercado inmobiliario la creación de nuevas formas de alojamiento mediante la vivienda participativa como opción de transacción inmobiliaria a través de la desintermediación bajo el signo de la descentralización.

La presente obra ofrece un tratamiento exhaustivo de las diferentes tenencias y los estatutos alternativos de acceso al alojamiento centrado en la protección del consumidor o usuario. Se parte de un innovador análisis de la evolución del mercado inmobiliario que avanza hacia la aplicación de las modernas técnicas de *blockchain*.

