

# EL ENCAJE JURÍDICO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

*Manuel Díaz Pérez*

Universidad de Coruña

## I.- Papel cada vez más relevante de la economía colaborativa.

La economía colaborativa, como comportamiento del consumidor, toma cada vez un papel más relevante en la economía de las naciones. Los estudios de PwC<sup>1</sup> revelan que la economía colaborativa suponía en 2013 un 5% de la actividad económica mundial<sup>2</sup>, generando, aproximadamente un 255.000.000.000 \$; una cifra que llegará a suponer el 50%, incrementando en un 162,74% para alcanzar los 670.000.000.000 \$. Crecimientos de este tipo suelen ser reveladores de dos realidades: la primera, que nuevas formas de actividad surgen para competir en el mercado tanto a través de nuevos canales de distribución, como con nuevos productos; y, la segunda, que supone una conquista sobre actividades existentes. Esta última cuestión estriba en la atipicidad de nuevas formas de economía colaborativa, las cuales se encuentran en un limbo regulatorio puesto que no encajan en las categorías tradicionales de aquéllas actividades que, a pesar de proveer el mismo servicio, lo realizan de modo habitual o profesional. En otras palabras, la dilución de las fronteras de entrada en el mercado para la prestación de servicios o provisión de bienes (especialmente la primera), fruto de la asimetría realidad-norma, ha permitido la conquista de ámbitos tradicionales de actividad bajo nuevas fórmulas de compartición que persiguen monetizar la capacidad ociosa y la mejora de resultados por medio de la participación colectiva en activos intangibles<sup>3</sup>.

Como quiera que no se trata ya de una actividad marginal o minoritaria, sino de un fenómeno de masas el Derecho debe dar respuesta a las problemáticas que la misma plantea y merece toda la atención. En particular, el *ius publicum* debe proveer el marco adecuado para propiciar el desarrollo de estas actividades colaborativas entre ciudadanos que surgen como respuesta al anquilosamiento de las fórmulas tradicionales de recuperación económica.

## II.- Principios de relevancia jurídica.

Habida cuenta de lo anterior, debemos estudiar cuales son los principios que, a nuestro juicio, aquellos principios de la economía colaborativa que presentan relevancia en nuestro ámbito de estudio por su carácter innovador o desnaturalizado con respecto a las formas de economía tradicional:

---

<sup>1</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS *The sharing economy: How will it disrupt your business?* , PwC UK (2014)

<sup>2</sup> Tomando como referencia de tal actividad una cesta con diez sectores: P2P y *Crowdfunding*,; *online staffing*, P2P *Accommodation*, auto compartido, musica y video en *streaming*, alquiler de equipos; *bed & breakfast*; reservas; alquiler de autos y alquiler de DVD.

<sup>3</sup> A modo ilustrativo ponemos a disposición la iniciativa de *Business to Business sharing* que ha puesto en marcha Merck junto a MedImmune, *Vid.* VAN ARNUM P. *The manufacturing capacity-sharing model in biologics between Merck & Co. and MedImmune LLC ushers in a new paradigm of co-opetition.* Pharmaceutical Technology Sourcing and Management, Volume 8, Issue 4 (2012)

1. Principio de transferencia de derechos. Las transacciones se completan a través de un sistema que ofrece acceso a los bienes o servicios por encima de la propiedad (sobre todo P2P, reventa y swapping<sup>4</sup>).

2. El principio de Base digital: Normalmente los proveedores, usualmente gratuitos, alojan la plataforma en internet, u otras plataformas digitales, permitiendo una conexión inmediata entre la oferta y la demanda.

3. Funcionamiento de facto con flexibilidad legal. Hasta el momento actual el surgimiento de estas actividades no había presentado suficiente relevancia jurídica por tratarse de un fenómeno puramente marginal que no representaba un elemento perturbador. Ello se ha manifestado por medio de dos vectores: a) No existe un modelo de negocio formalizado que se encuentre inscrito en el marco fiscal, legal y regulatorio; sin embargo, ello no viene en significar que exista una buena sintonía entre ambos sectores, sino el deber de actualización de los mismos para hacer frente a los desafíos que la nueva era plantea; es bien claro que la configuración normativa, que no presenta disonancias relevantes con respecto a actividades B2B<sup>5</sup> y B2C<sup>6</sup>, sí lo hará con respecto a las C2C<sup>7</sup>, PwC<sup>8</sup> ha referido que no existe una política hecha a medida de las nuevas formas de competir en el mercado; y b) Tampoco se presenta una situación de diálogo conductivo con los reguladores acerca de los parámetros de TIMM<sup>9</sup>; esto es, el reducido grado de acuerdo existente entre las partes sobre si el crecimiento de la economía colaborativa supone, en términos netos, un beneficio o una pérdida para la sociedad. Ello tiene lógica cuando se advierte que estas organizaciones deben entender y medir su impacto económico, fiscal, regulatorio, social y medioambiental. No se advierte, por ahora, la existencia de métodos de determinación, como tampoco es exigencia por el mercado o la regulación al respecto del grado de *compliance*.

4. Principio de confianza en un sistema el cual la calidad se encuentra auto-regulada en el mismo. Muy estrechamente relacionado con lo anterior, puesto que, como quiera que no existe regulación al respecto o políticas públicas distintas del estímulo, son las partes libremente las que en base a la experiencia o las prescripciones las que realizan esa labor de discriminación. Esto es elemento diferenciador y sitúa en una posición de ventaja competitiva en frente a los modelos de negocio tradicionales que suelen contar con una política de calidad formalmente publicitada y comprobada por agencias especializadas; asimismo

---

<sup>4</sup> Cfr. OWYANG, J. *The Collaborative Economy: Products, services, and market relationships have changed as sharing startups impact business models. To avoid disruption, companies must adopt the Collaborative Economy Value Chain*. Altimeter Research Theme: Digital Economies. June 4, 2014 (2014)

<sup>5</sup> B2B: *Business to Business*: Relaciones comerciales entre empresas

<sup>6</sup> B2C: *Business to Consumer*: Relaciones entre empresas y el consumidor final.

<sup>7</sup> C2C: *Consumer to Consumer*: Relaciones entre consumidores finales que bajo los términos de funcionamiento de la economía colaborativa se prestan servicios o se dan acceso a bienes de forma temporal. De otro modo, horizontaliza la relación de consumo, que se encontraría ordinariamente sujeta a términos de verticalidad

<sup>8</sup> Cfr. PRICEWATERHOUSE *Ib idem* p. 8

<sup>9</sup> *Total Impact Measurement and Management*.

sujetos a normativa de consumo, medioambiental, y un largo etcétera; la economía colaborativa, en la informalidad propia de su carácter incipiente

5. Principio de integración. Referido a un cambio o mutación en los modos en que se manifiesta la necesidad de ser propietario, reconducida hacia la generación de utilidad sin necesidad de adquirir nuevos activos, lo que permite incrementar su rotación como respuesta al factor exógeno de obsolescencia, con independencia de la existencia, consecuentemente, de unos períodos más cortos de amortización real.

## II.- Costos para la ecología jurídico-sistémica.

Todo desarrollo implica la generación de costos bien directos o indirectos, y la reducción de los mismos y su optimización deriva en una mayor eficiencia de los sistemas. Uno de estos costos debe entenderse en términos de ecología sistémica. Este concepto proyectado sobre la economía colaborativa pasa, sin duda, por la idea de sostenibilidad para entroncar directamente con las posibilidades de la economía circular, como hemos referido en II.iii en relación al marco legal y cuyo punto de conexión se realiza en II.v a través del principio de integración del concepto de rotación de los activos en relación con su amortización u obsolescencia.

La base de la ecología como respeto al entorno y al ambiente, nos permite no únicamente hablar únicamente de naturaleza biológica, sino también de ecología total que se proyecta sobre el Derecho y las normas. Aunque la cuestión pueda parecer disonante *prima facie* realmente si buceamos en la definición de ecología que actualmente la Universidad de Stanford ha recogido que las interacciones entre organismos individuales y su entorno, incluyendo las interacciones tanto con coetáneos como miembros de otras especies. El problema filosófico central incluye la explicación de nociones relevantes acerca de la entre divertida y estabilidad que preocupa a la ecología<sup>10</sup>. Surgen así las ideas de equilibrio y sostenibilidad en términos mucho más amplios donde el centro es el mismo: el hombre. Surge así la idea de respeto a la dignidad humana en todos sus términos garantizando la viabilidad de un modelo de sociedad conquistado tras generaciones, hoy en riesgo; y la supervivencia en un entorno durable. Un entorno que ha superado conceptos medioambientalistas<sup>11</sup> protección de la economía social desde los términos de lo razonable. Buscando el sano equilibrio que le otorgue una razón de existir en convivencia pacífica con el ordenamiento y el resto de agentes que intervienen en la economía. Resulta cierto que la inclusión de un nuevo escalón, diferente, en la cadena de consumo hace chirriar al sistema y pone en riesgo el juego del Derecho en la economía bajo los términos que lo conocemos; no obsta ello para que una posible gran oportunidad se levante ante nosotros.

Las nuevas realidades jurídicas que dan respuesta a una situación económica compleja sin encaje perfecto en el universo jurídico-público requieren de una *teché* del *pensamiento*

---

<sup>10</sup> SARKAR Sahotra, *Ecology*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring Edition), 2014. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/ecology/>

<sup>11</sup> Sinceramente, me cuesta llegar a extremos reduccionistas en los que la atipicidad de una actividad derive en su conceptualización ecológica solo desde la perspectiva de la naturaleza como medioambiental exclusivo. Es erróneo, la contaminación que no hiere la salud en un primer momento, pero hiere el alma del Derecho que da forma al modo de vida por el que Europa ha luchado durante generaciones.

de problemas<sup>12</sup>, una suerte de *Ars combinatoria*<sup>13</sup> en la que se estudia la relación del todo con la parte. Las formas de relación económica surgidas en forma de economía colaborativa son parte del todo, parte no integrada, parte en lucha; pero el Derecho Público es *in fieri* y por lo tanto debe dialogar con la realidad que le rodea, acogiendo aquello que no resulte dañoso a su propia esencia. Sin duda, la expresión más acertada es que *lus Publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatum*<sup>14</sup>. En efecto, hay cuestiones, como reza el apunte del célebre jurista, que son de interés público y por lo tanto requieren de la intervención del Derecho Público como garante de ciertos valores o bienes que afectan al interés o para la garantía de un correcto arbitrio de las relaciones *inter partes* cuando estas sean privadas y puedan producir una afectación sobre el ámbito previamente referido.

## 1. El Derecho Administrativo.

Pensar en cómo nuestra disciplina pueda incidir en regular en términos económicos estas actividades nos hace pensar en la teoría de la regulación económica, en cuyo sentido POSNER<sup>15</sup>, propiamente afirma que se refiere a la correcta *definición de los tributos, el gasto público así como a los controles legislativos y administrativos sobre tipos, barreras de entrada y otras facetas de la actividad económica*. Ello cobra sentido peno, especialmente, cuando las dinámicas del mercado conducen, como afirma STILLER<sup>16</sup> a *una asignación de recursos no eficiente o que contraviene el principio de equidad*, lo que se considera un fallo de mercado; que *puede ser debido a la información asimétrica, a la tragedia de los comunes, la amenaza de los monopolios, o la existencia de externalidades que no son naturalmente asumidas por los participantes*<sup>17</sup>. Así la regulación como medida correctiva es una solución, en ausencia de una tecnología autorregulada o de intervención de los gobiernos, a las diversas formas de fallo de mercado.

La primera de estas formas es la generación de información asimétrica. Ésta puede derivar en un número menor de transacciones de las que son socialmente óptima, debido a la falta de certeza acerca de la calidad, *además el principio de selección haz versa determinará que quienes puedan ofrecer mayores estándares de calidad no participen en el mercado*<sup>18</sup>. La posibilidad de aparición de cierto grado de riesgo moral se debe a que la limitación de información deteriora la calidad contractual y por lo tanto la disposición a contratar la mejor de las alternativas. Está claro que la seguridad y la calidad son aspectos que preocupan a los demandantes y que pueden llevar a unos niveles de intercambio menos

---

<sup>12</sup> VIEHWIG, T. *Topix und Jurisprudenz* C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich (1963)

<sup>13</sup> Cfr. LIEBNIZ, *Ars Combinatoria, Usus probl. I et II* núm. 40 y X.

<sup>14</sup> ULPIANO.

<sup>15</sup> Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 Bell J Econ 335,(1974)

<sup>16</sup> STIGLER, J., *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J Econ 3, 3 (1971)

<sup>17</sup> COHEN et SUDARARAJAN *Self-Regulation and Innovation in the Peer to Peer Sharing Economy*. Universidad de Chicago. Rev Dialogue 116 p 1-2.

<sup>18</sup> AKERLOF, J, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q J Econ 488, 493-94 (1970)

eficientes que en otros mercados. Como solución, y así lo hace constar COHEN<sup>19</sup>, algunos proveedores adoptan dos soluciones nativas para este fallo de mercado, incluyendo el uso de las tecnologías digitales para reducir las asimetrías informativas. Otra alternativa de solución que el propio mercado a través de la competencia ha provisto es a través de la concurrencia de más participantes tanto en la oferta como en la demanda que reduce la posibilidad de propensión individual a general un fallo de mercado puesto que ello supondría la exclusión del proveedor. Llegados a este punto podemos afirmar sin lugar a dudas que el riesgo es dúplice, tanto para el consumidor final, que puede verse dañado por las conductas desleales de la oferta, como para las plataformas que ponen en contacto unos y otros, a las cuales las malas experiencias de los clientes pueden suponerles una migración de estos hace otras soluciones similares.

La segunda son las externalidades. Respecto a las comportamientos de toma de elecciones, de las partes en economía colaborativa, puede terminar en *la imposición de costos y correlativos beneficios para una y otra parte, lo que sucede cuando las externalidades no hayan sido tomadas en cuenta o internalizadas en la relación cuando las partes toman sus decisiones*<sup>20</sup>. Muchas veces estas externalidades son negativas. Éstas pueden llevar a una sobreoferta de ciertos servicios; por su parte, el fallo en la internalización de las externalidades positivas puede desencadenar niveles ineficientes de intercambio en los mercados. En este punto se hace necesaria la regulación, como veremos posteriormente.

En tercer lugar, este nuevo modelo económico ha hecho surgir un problema regulatorio que la economía informal vaticinaba y que se ha evidenciado notablemente como lo es la necesidad de efectuar un distinguo entre la actividad personal y la profesional. Usualmente la normativa lo ha solventado la condición de profesionalidad a través de las nociones de ordenación de medios afectos a una actividad determinada<sup>21</sup>. Como señala LEVINE<sup>22</sup>, una proporción mayoritaria de los usuarios de plataformas como *Uber* realizan su actividad por períodos inferiores a lo que pueda considerarse actividad profesional. Consecuentemente, el régimen regulatorio que por naturaleza resultaría de aplicación es aquél que se hubo diseñado para proveedores a tiempo completo o a gran escala lo que genera barreras de entrada para los proveedores, incluso, semi profesionales (pertenecientes a la economía colaborativa) lo que genera un enrarecimiento y una ruptura del proceso innovador que facilitan estos modelos de desarrollo del consumo.

En definitiva, encontramos que el Derecho Administrativo se halla ante un importante desafío regulatorio que debe conseguir la regulación de mercados semi-profesionales o no profesionales sin que éstos pierdan ni las externalidades que les convierten en más eficientes, ni la idiosincrasia garantizadora de las

---

<sup>19</sup> CHOEN *et Al. Op. Cit.*

<sup>20</sup> CHOEN *et Al. Op. Cit.*

<sup>21</sup> En este sentido, la Ley 37/1992 considera actividades profesionales: las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En el mismo sentido, la Ley 2/2004, en su art. 79 contiene definición coincidente.

<sup>22</sup> LEVINE & McBRIDE, *Uber, Lyft Face Crucial Courtroom Test over Driver Benefits*; Reuters, Jan 28 (2015) disponible en <http://www.reuters.com/article/2015/01/28/usuberlyftworkersidUSKBN0L...>

dinámicas SRO<sup>23</sup>.

## 2. El Derecho Tributario

Todo fenómeno económico puede suponer o es susceptible de generar una muestra de capacidad económica en sentido positivo o negativo con independencia del nivel del estado en que nos encontremos, es la pérdida de ingresos fiscales que derivan de esta clase de prácticas y formas de negocio. Es bien claro que existe una obligación de todos a contribuir *al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad*, como señala el art. 31 de la Constitución; y cuya lógica se deriva de los más esenciales principios del Estado social. Sin embargo, lo que podría parecer más rápido y eficaz, como es reconducir cualquier nueva realidad a las categorías existentes<sup>24</sup>, constituye una huida hacia delante que nos representa, en modo alguno, los parámetros de gobernanza necesarios para la sostenibilidad y viabilidad del Estado de Derecho ¿Por qué? Fundamentalmente, porque, si la no tributación de esta nueva economía colaborativa puede plantear un problema social a través de la contribución al sostenimiento de esas políticas sociales estatales, el problema será mayor si se elimina un mecanismo que permite la obtención de iguales niveles de utilidad con un costo mucho menor puesto que no se accede a la propiedad de los bienes, con carácter ordinario. La privación que supone, para una importante masa social, el encarecimiento de estos servicios en ingresos y capacidad de consumo, derivara en la exclusión del mercado de una importante masa de agentes que la economía y, lo que resulta más importante, la cohesión social requiere. Ello es en suma el cumplimiento del mandato constitucional<sup>25</sup> que recoge que la actividad financiera del Estado tendrá como función primordial la garantía de lo recogido en el art. 9.2 CE bajo parámetros de realidad y efectividad.

Es cierto que hay existido una tendencia en todos los países europeos para la incentivación de estas plataformas a través de programas públicos donde las *start-up* tecnológicas son protegidas e impulsadas; como también lo es que el sometimiento de la economía colaborativa a la misma tributación que las actividades empresariales genera un gran rechazo en el mercado del *sharing*, como hemos mencionado.

Acá hemos de distinguir la actividad de economía colaborativa de la actividad empresarial organizada de provisión de una plataforma para lograr la economía colaborativa, lo que es radicalmente distinto y de colaborativo tiene realmente poco. , puesto que se trata de empresas que operan sin base territorial o cuya entidad territorial intentan desdibujar con el fin de maquillar y diluir la verdadera

---

<sup>23</sup> Self regulated Organization. Este paradigma se basa en organizaciones, por ejemplo el mercado en nuestro caso, que se encuentran reguladas por sus propias reglas. Su base estriba en el respeto a los mecanismos de coerción del propio mercado, la percepción de legitimidad de los prescriptores y el poder que genera la reputación.

<sup>24</sup> Pongamos por caso, la realización ocasional de actividades por medio de UBER. Se le somete a Actividades Económicas; régimen de IVA; alta en la Seguridad Social; sus rendimientos son calificados como Rendimientos del Trabajo Personal, integrados en la Base Imponible General, y susceptibles de elevar la tributación a tramos cuyo exceso sobre nivel previo puede determinar dos consecuencias: o bien que la actividad se preste al margen totalmente del sistema tributario

<sup>25</sup> ESCRIBANO LOPEZ, F. *Presupuesto del Estado y Constitución*. IEF, Madrid; (1981).

naturaleza de la operación principal y el lugar en el que se genera realmente el valor económico de la transacción. Particularmente, muchas de tales plataformas ofrecen servicios gratuitos teóricamente para el usuario pero cuyo mantenimiento es subvenido indirectamente por medio de otras actividades complementarias no realizadas, usualmente, con el mismo cliente.

A la luz de lo expuesto los retos parten por conseguir un mecanismo de adecuada tributación para los propios intervinientes en el mercado como los intermediarios que participan, a una tributación de conveniencia para los primeros y a un régimen fiscal justo para los segundos. Esto plantea la necesidad de no llevar a rupturas de mercado sin comprometer la solvencia de un sistema fiscal que necesita aumentar sus ingresos.

Podemos finalmente concluir que si bien las actividades de economía colaborativa han supuesto un elemento de expansión horizontal de los mercados como respuesta a una situación de crisis ha sido acertada, ello no desmerece que sea necesaria su regulación y su sometimiento, en unas condiciones diferenciadas de régimen de funcionamiento que permita su desarrollo e integración para evitar el deterioro ecológico de los ecosistemas jurídicos y conseguir por medio de su promoción, reducir la huella medioambiental que deriva de la sociedad de consumo individual.

### III.- Protección razonable.

Considerados los costos que, en las dos disciplinas anteriormente mencionadas implican esta clase de actividades debemos tender hacia la configuración de un marco jurídico equilibrado, una protección razonable. La regulación determinará si negocios como *Uber* o *Airbnb* son integrados en la economía o no. La ciudad holandesa de Amsterdam, como ha señalado FRENKEN<sup>26</sup>, desea asegurar de *la gente que alquile su casa como parte de la economía colaborativa en lugar de poner en marcha un hotel fuera de la ley bajo esa cobertura. Así, en la municipalidad de Amsterdam permite a sus residentes alquilar sus hogares aproximadamente 60 días; los clientes también participan del sistema pagando el impuesto turístico a través de Airbnb*. Este ejemplo, con lo que parece solo una mera apreciación fiscal introduce importantes reacciones. En primer lugar, extiende la posibilidad de realizar actuaciones por conflicto en aplicación de la norma tanto tributaria como administrativa, puesto que incorpora una definición de la actividad que cenar los parámetros bajo los que la misma se desarrolla. En segundo lugar, constituye una importante política social para conseguir los fines que, bajo estos términos, a la propiedad y al urbanismo son inherentes; en otras palabras: Plataformas Como la mencionada pueden suponer un incentivo a las actividades realizadas en fraude de ley, cuestión que no sólo era un perjuicio de ecología jurídica, sino que constituye un enorme riesgo para el equilibrio social<sup>27</sup> puesto que puede causar una elevación de los precios de los alquileres, especulación inmobiliaria y *noisance*. En tercero, la posibilidad de actuación de las plataformas a través de un mecanismo de *witholding tax* supone la inclusión de un *checkpoint* fiscal. En definitiva, nos encontramos en el contenido mínimo que introduce prácticamente una regulación de preservación del orden público *lato sensu*.

---

<sup>26</sup> FRENKEN, K. *Smarter regulation for the sharing economy*. The Guardian, 20 Mayo (2015) Disponible en <http://www.theguardian.com/science/political-science/2015/may/20/smarter-regulation-for-the-sharing-economy>

<sup>27</sup> Contenido en la Carta Europea de 1983, y en los arts. 40, 45 y 148 CE.

## 1. Definir.

La respuesta jurídica y regulatoria a una novedad en los mercados debe ser la definición de en qué consiste el objeto la regulación que se aplica, con un lenguaje claro y determinado. La Ciudad de SAN FRANCISCO<sup>28</sup> ha realizado una importante labor definitoria en este sentido a través de la adaptación de conceptos incorporando sentidos de gran relevancia como lo es el concepto de unidad, utilidad, uso y alteración; prestaciones principales y accesorias; así como nociones de operación típica.

## 2. Evitación de las prohibiciones

Ante un ámbito económico de gran desarrollo cualquier tendencia a la prohibición resulta manifiestamente perjudicial puesto que llegara aquí lo que es percibido como una amenaza emergente termine con vertiéndose en una amenaza que opera a través de mercados paralelos, informales o marginales (*underground market*).

## 3. Regimen de autorización.

Como quiera que cualquier negocio una ciudad requiere una licencia básica, incluso los más pequeños algún tipo de autorización, no empece razón alguna la extensión a las actividades de economía colaborativa. En Europa la directiva de servicios, 2006/123/CE faculta mecanismos como la declaración responsable, que agiliza altamente los trámites y suponen una carga mínima para el ciudadano. La experiencia fuera de España y fuera Europa nos indica que no debe someterse al mismo régimen que la habitualidad si no un régimen diferente, mucho más laxo y que tenga en cuenta la idiosincrasia y simplicidad de las propias actividades para su autorización. Un buen ejemplo constituye la ciudad PORTLAND<sup>29</sup> que ha catalogado las actividades P2P de acuerdo a el tipo de prestación como a la duración o intensidad económica de las mismas, de forma que sus regímenes de autorización son más estrictos o menos conforme a la naturaleza verdadera de esta. Se introduce en suma, una suerte de progresividad regulatoria que no es otra cosa que una manifestación del principio de proporcionalidad.

## 4. Información.

Cualquier referencia a la información, o a la necesidad de su tratamiento jurídico no sitúa en una esfera tanto interna de la operación como exterior. Tratamiento interno se refiere a la aplicabilidad de los regímenes de protección de datos, tratamiento correcto de los datos recibidos, tanto por parte de las plataformas P2P como por parte de los prestadores de servicios o proveedores de bienes. Pero también la implementación de mecanismos que permitan unos mejores flujos de información en los mercados para contribuir a una mejor formación de los precios y unos mayores índices de confianza

La necesidad de inclusión en registros públicos toma ejemplo de cómo lo ha realizado la ciudad de SAN FRANCISCO<sup>30</sup>, donde toda actividad debe ser incluida en un registro público por tiempo limitado, sin perjuicio de renovación de la inscripción,

---

<sup>28</sup> CITY & CTY. OF S.F., CAL., PLANNING CODE §§ 102.7, 102.13, 790.88 (2015).

<sup>29</sup> PORTLAND, OR., ZONING CODE § 33.207.040(A)(2) (2015).

<sup>30</sup> CITY & CTY. OF S.F., CAL., ADMIN. CODE § 41A.5 (g)(3)(A) (2015).



donde se determinan los términos de prestación o acceso al servicio o bien. La misma deberá ser de acceso público<sup>31</sup>.

## 5. Foro.

Entendemos la necesidad de explicitar a través de las plataformas los foros a que se someten las operaciones, en muchos casos son multi jurisdiccionales, lo que puede usar un grave perjuicio para las partes intervinientes al desconocer la norma aplicable.

## 6. Regimen fiscal.

Una de las primeras cuestiones que se nos plantean cuando realizamos una evaluación fiscal de esta clase de actividades es cuál debe ser la naturaleza de las operaciones. Muchas jurisdicciones han optado por el establecimiento de *checklist* de cumplimiento de requisitos y límites objetivos. En este sentido la Australian Taxation Office<sup>32</sup> ha parametrizado la consideración bajo un criterio de eficacia, al menos de modo transitorio hasta que exista una regulación específica; bajo esta idea, se somete al criterio que sigue: A) La existencia de una intención de obtención de beneficio o la creencia de que así será como derivada de la disposición de una idoneidad de medios; B) La habitualidad en la realización de una determinada actividad; C) El tamaño de la actividad o su escala es consistente con los homólogos de su sector. D) Que se encuentre organizado como un negocio y se gestione como tal.

Se trata de evitar la competencia fiscal desleal frente a los modelos de negocio tradicionales, por cuestiones de integridad de mercado, orden público y, sobre todo, porque la ruptura de la actividad de los proveedores tradicionales puede suponer una pérdida neta de difícil recuperación.

Sin embargo, la carga administrativa que supone para los contribuyentes por estos conceptos es una dificultad formal para la satisfacción de los tributos. La solución viene dada por el cumplimiento cooperativo que la nueva norma tributaria española recoge y cuya base es la colaboración entre los contribuyentes y la administración para conseguir mejores flujos de información y una mejor técnica a la hora de realizar las liquidaciones, en evitación de postres procedimientos de comprobación hoy inspección me resulta mucho más gravosos para ambas partes.

Por otra parte, en nuestra vocación de plantear modos de resolución alternativos, nos encontramos con lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York*<sup>33</sup>, ha denominado los TSR: Transferible Sharing Rights. De esta suerte, toda vez que no se tiene acceso a la propiedad de un bien se entiende que se está accediendo a un derecho transferible. Este entendimiento puede simplificar muy altamente la autoliquidación por tales conceptos, reconduciéndole al ámbito de la cesión patrimonial o la transmisión patrimonial, cuya gestión resultaría más eficiente en un impuesto separado y con gestión electrónica

---

<sup>31</sup> Incluso se permite la posibilidad de notificación de terceros ante los posibles cambios que pudieren tener lugar.

<sup>32</sup> ATO: <https://www.ato.gov.au/Business/Starting-your-own-business/>

<sup>33</sup> 438 U.S. 104, 114 (1978).

independiente; no obstante si se realiza adecuadamente el *witholding*<sup>34</sup> la autoliquidación ya no debería suponer un problema por asumirse por la plataforma de intercambio.

Por último, debemos retomar un aspecto que hemos referido, que es el agresivo *tax planning* que pueden llevar a cabo las empresas que facilitan el alojamiento de proveedores y el concurso de compradores operando multijurisdiccionalmente, o más bien nulijurisdiccionalmente, a través de: A) El desvanecimiento de la presencia física en mercados<sup>35</sup>; B) Transfiriendo los beneficios a lugares de fiscalidad más atenuada; C) la presencia de acuerdos intragrupo; D) localización geográfica en lugares donde, al amparo de la normativa, las actividades de economía digital no se encuentren sometidas a *witholding tax* para reparto de beneficios a través del pago a vinculadas de *royalties* o intereses localizadas *offshore*; E) La evitación del régimen de establecimiento permanente por medio de una interpretación restrictiva del concepto de establecimiento en el Convenio, lo que limita la aplicación de las reglas tributarias de los beneficios de las compañías no residentes obtenidos en ese mercado. En definitiva, se trata de evitar el abuso de ciertas actividades, es cierto que desde organizaciones internacionales se ha realizado una importante labor de lucha contra el *base erosion & profit shifting*.

## 7. El Derecho Global.

El Derecho Público Global tiene mucho que aportar y así lo realiza sobre todo en el ámbito fiscal con las directrices que marca la Organización para la Cooperación y el Desarrollo. Sin embargo, la gestión multijurisdiccional de las empresas transnacionales precisa de una armonización jurídica que garantice a los usuarios globalmente regímenes homogéneos de garantía de perfecto flujo de información. Es una garantía de mínimos globales de mercado.

Más allá, desde Naciones Unidas el Commons Cluster fomenta desde el ámbito transnacional la economía colaborativa garantizando el acceso a tales mercados, promoviendo la extensión del funcionamiento de la economía colaborativa a los partenariados público-privados; también como mecanismo de reequilibrio de las diferencias del desarrollo por medio de provisión de productos y servicios con intermediación y un costo cero o inferior al que tendrían otras formulas tradicionales.

---

<sup>34</sup> Concordando con lo referido por la OECD *February report Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013)

<sup>35</sup> Se opera digitalmente desde servidores localizados en otros países diferentes al de fuente, sin presencia en fuente para evitar la tributación, a pesar que la operación principal tiene lugar allá, por ello se intenta fragmentarla para tributar como prestaciones accesorias en lugares donde tribute poco o no lo haga.