


EL CONTRATO DE MEDIACIÓN DIGITAL EN EL MARCO DE LA
ECONOMÍA COLABORATIVA

*THE DIGITAL MEDIATION CONTRACT IN THE FRAMEWORK OF THE
COLLABORATIVE ECONOMY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 228-253



Facundo
MARTÍNEZ
MALLADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las plataformas intermediarias que actúan en el marco de la economía colaborativa despliegan una actividad esencial para la contratación de un servicio subyacente entre dos sujetos. Presentan interesantes aristas que hacen que se hayan surgido diversas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica del servicio que prestan y al contrato que celebran con sus usuarios. En este trabajo presentamos estas corrientes de un modo sistemático y crítico, aportando nuestra punto de vista. A la vez, abordaremos algunas de las obligaciones típicas que asumen estos intermediarios, efectuando un tratamiento de ciertos asuntos que pueden presentarse como polémicos o conflictivos.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, plataforma, agencia, mediación o corretaje.

ABSTRACT: *Online intermediary platforms that act in the context of the collaborative economy display an essential activity for the contracting of an underlying service between two parties. It presents interesting characteristics that made different positions have been held regarding the legal nature of the service they provide and the kind of contract in question. In this paper we present these matters in a systematic way, contributing with our position. At the same time, we address some of the typical obligations assumed by these intermediaries, dealing with certain issues that may be presented as controversial or conflictive.*

KEY WORDS: *Collaborative economy, platform, agency, brokerage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO QUE PRESTAN LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS. 1. Devenir histórico de las plataformas digitales. 2. La actividad característica de intermediación. 3. Posturas doctrinarias. A) Contrato de agencia. B) Contrato de corretaje o mediación. C) Contrato de intermediación digital. III. ALGUNAS NOTAS CARACTERÍSTICAS. 1. La obligación principal ¿es de medios o de resultado? 2. La obligación de información. 3. Cláusulas abusivas que desnaturalizan el contrato. 4. ¿Puede exigirse a la plataforma la contratación de un seguro? IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

De modo preliminar, debemos poner de manifiesto que el sistema en el cual se inserta la figura que será materia de nuestro humilde análisis no sólo que carece de una denominación única, sino que también es objeto de una múltiple conceptualización, lo cual dificulta enormemente su abordaje. Dejando de lado estos debates, que constituyen una interesante trama para llenar las páginas de trabajos de una mayor envergadura, nos limitaremos a expresar que la economía colaborativa –que es el vocablo que mayor consolidación ha logrado a nivel doctrinario– se muestra como un fenómeno novedoso y cambiante, aún en proceso de estudio y regulación, por lo que no existe como categoría a nivel legal, sino que depende de la noción que cada autor o institución tenga para sí.

Como puede verse, existen distintas definiciones, las cuales se construyen a partir de la valoración en cuanto a los elementos esenciales y accidentales del sistema, siendo probablemente la más característica aquella que emana de la Comisión Europea en su Comunicación de 2016¹. Por nuestra parte, concebimos a la economía colaborativa como un modelo abierto de producción y consumo que se despliega en un entorno de mercado multilateral, el cual diseña un esquema tripartito donde una plataforma en línea conecta, intermedia y facilita una relación subyacente entre sus usuarios, la cual consiste que la concesión del acceso temporal a un bien de uso privado infrutilizado o la prestación de un servicio por parte de un prestador no profesional y en favor del destinatario, pudiendo realizarse

¹ Comisión Europea: Una Agenda Europea para la economía colaborativa, COM(2016) 356 final, de 2/6/16, p. 3: afirma que son "... 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. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que –a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro".

a cambio de una remuneración, en un esquema de compartición de gastos o gratuitamente. Entre los elementos de la definición precedente, destaca la trilogía de sujetos que componen el modelo, la labor de intermediación de la plataforma –epicentro del presente trabajo–, el carácter de consumidor del prestador y el objeto de la vinculación yacente, que se integra exclusivamente del uso temporal de un bien o de la prestación de un servicio.

Por último, resulta menester referir que la economía colaborativa se encuentra inserta dentro de la economía digital, con la cual comparte una relación de género-especie. Más concretamente, y a los fines puramente didácticos, dividimos la economía digital en dos tipos: el inmediato y el intermediado y, a su vez, este último en economía digital intermediada y en economía colaborativa. Así, el modelo inmediato se compone de los prestadores directos de bienes y servicios que operan a través de medios telemáticos, como es el caso de tiendas en línea; la economía digital intermediada postula una trilogía subjetiva caracterizada por la intermediación de una plataforma digital; y la economía colaborativa se muestra como una subespecie de esta última cuyas peculiares características –referidas en el párrafo anterior– la hacen digna de un tratamiento diferenciado y favorecedor.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO QUE PRESTAN LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS

Las plataformas colaborativas, también llamadas digitales o electrónicas, representan el centro neurálgico de este novel modelo económico y el agente clave que permite el surgimiento de la relación yacente entre prestador y destinatario. Por tanto, resulta de gran importancia desentrañar la naturaleza jurídica del servicio que prestan, para luego esbozar algunas cuestiones puntuales relativas a su función. No es esta una faena sencilla, no sólo por la heterogeneidad de modelos de plataformas que existen, sino también debido a los cambios que estas han ido experimentando en su desarrollo. Estamos ante un contexto singular, en un estadio que podríamos denominar “germinal” en la materia, que precisa justamente de un minucioso análisis y desarrollo doctrinal que contribuyan al esclarecimiento de su esencia contractual².

I. Devenir histórico de las plataformas digitales

A fin de lograr una mejor comprensión, y siguiendo a destacados autores³, expondremos una especie de devenir histórico de las plataformas, del sistema

2 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 305, 2017, disponible en <https://aranzadigital.es>, punto V.2.1.

3 MONTERO PASCUAL, J. J.: “El régimen jurídico de las plataformas colaborativas”, en AA. VV.: *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, (Dir. Montero Pascual, J. J.), Tirant

más simple al más complejo. En una primera instancia, estructuraron su negocio como un sitio de oferta y demanda, funcionando a partir de la creación de un perfil de usuario permitiendo, por un lado, la publicación del servicio ofrecido, con la posibilidad de añadir fotografías, descripciones y el precio; y, por el otro, la búsqueda y elección de la oferta más apropiada. Así funcionan plataformas como Idealista o Fotocasa –para el ámbito de bienes raíces– que constituyen versiones en línea de auténticas secciones de publicidad de la prensa en papel o tablones de anuncio. En rigor de verdad, no podemos calificar a este tipo de plataformas como colaborativas, en la medida en que su labor no es la de intermediación, pues la actividad exclusiva de la plataforma es la publicación de la información, sin intervenir en la fase de contratación⁴.

En una segunda instancia del desarrollo, encontramos a los denominados “mercados electrónicos”: plataformas que, además de exhibir ofertas, crean un entorno amigable para que ocurra la transacción. Así, categorizan las prestaciones ofrecidas, permiten la selección conforme a criterios de búsqueda, el pago electrónico, organizan sistemas de reputación y de resolución de conflictos, verifican la identidad de los usuarios, etc. Estas empresas tienen mayor participación en la transacción, brindando seguridad y generando confianza entre las partes. Podemos poner de ejemplo a la plataforma neerlandesa Peerby, dedicada a la mediación en el préstamo y alquiler de artículos entre particulares. Entendemos que aquí ya nos hallamos ante una plataforma colaborativa, por cuanto actúa efectivamente como intermediaria, sirviendo de nexo entre prestadores y destinatarios, pero sin exceder de ese marco imparcial e independiente, como veremos que suele ocurrir en el siguiente grupo.

Finalmente, los autores marcan como el último hito en el desarrollo de las plataformas aquellas que, además de las funciones descritas en el párrafo anterior, se encargan de la casación de la oferta y la demanda, incluso en tiempo real. La hacen a través de la utilización de aplicaciones para dispositivos móviles que cuentan con GPS y que procesan algoritmos a tales fines, de modo que, ante un usuario con una necesidad determinada, lo contactan con un prestador que puede cumplirla, el cual tiene la particularidad de ser el mejor –o uno de los mejores– en esa circunstancia para hacerlo, al menos de acuerdo con el criterio de la empresa. Semejante emparejamiento se genera a partir del análisis de una enorme cantidad de datos obtenidos del perfil de usuario, de las preferencias y registros obtenidos del equipo desde el cual se accede y de los macrodatos (“big data”). Son los algoritmos matemáticos los que permiten combinar toda

lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 94-98; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El servicio...”, cit., pp. 9-10; en cierto punto también WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A.: “Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?”, en European Parliament Briefing, Internal Market and Consumer Protection, 2017, p. 6.

4 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El servicio”, cit., p. 9. En el mismo sentido, MONTERO PASCUAL, J. J.: “El régimen”, cit., p. 95.

esta información y propiciar una eficiente intermediación entre prestador y destinatario que comienza con su puesta en contacto y que finaliza con la gestión del pago y la calificación cruzada. Encontramos aquí plataformas como BlaBlaCar o Airbnb, siendo aquellas que, por sus especiales características, se encuentran en una delgada línea entre la economía colaborativa y la economía digital directa, pues todo dependerá del grado de injerencia que tengan respecto de la relación subyacente, ya sea en el control de la prestación por parte del sujeto activo, como así también en la posibilidad de decisión por parte del destinatario⁵.

2. La actividad característica de intermediación

Más allá del nivel de desarrollo en el que se encuentren, las plataformas colaborativas hacen de la prestación de un servicio de intermediación a través de medios digitales su actividad primordial y característica. De este modo, la obligación nuclear asumida por la plataforma consiste en encontrar una contraparte para las ofertas y demandas recibidas y, para ello, realiza todas aquellas actividades habituales de los mercados en línea que hemos referido más arriba tendientes a generar confianza entre los potenciales contratantes y que facilitan e impulsan la perfección de los contratos mediados⁶. Vale aclarar que el trabajo que despliega la plataforma consiste en la puesta en contacto de dos partes que tienen interés en la celebración de un contrato, pero no la de asumir en nombre propio las obligaciones que surgen de este.

Tal como adelantamos, el objeto de este trabajo consiste en analizar el contrato que vincula a la plataforma con ambos tipos de usuarios y, de modo general, puede decirse que se trata de uno de servicios a cambio de una remuneración, que tiene como finalidad la intermediación en la contratación del servicio subyacente, permitiendo así a los usuarios acceder a la plataforma y alojar sus ofertas y/o demandas⁷. Esta tarea característica de las plataformas ha sido puesta de resalto en la propia definición de economía colaborativa de la Comisión Europea⁸, a la vez que ha conseguido destacarse a nivel jurisprudencial tanto en España⁹ como a nivel europeo¹⁰.

5 Comisión Europea: Una Agenda, cit., pp. 6-7: ofrece y expone como criterios clave para la diferenciación cuestiones vinculadas a quién fija el precio, los términos y condiciones y aporta los medios clave, todo en relación con el servicio que es objeto del servicio subyacente.

6 GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: "El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios", en AA. VV., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Dir. Alfonso Sánchez, Rosalía y Valero Torrijos, Julián), Aranzadi, 2017, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, p. 5.

7 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: "El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa", en AA. VV., *La regulación*, cit., p. 132.

8 V. nota al pie 1.

9 SJM N°2 Madrid 2 febrero 2017 (ECLI:ES:JMM:2017:6), fundamentos de derecho cuarto y quinto.

10 SSTJUE 20 diciembre 2017 (ECLI:EU:C:2017:981) y 19 diciembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:1112).

Antes de ingresar en el análisis que nos convoca, vale dejar aclarado, como lo sostienen calificados autores, que estas plataformas cuando actúan dentro del exclusivo marco de la intermediación prestan un servicio de la sociedad de la información¹¹, por cuanto encaja dentro de “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”¹². En esa dirección se ha pronunciado el TJUE en el asunto “Airbnb Ireland”¹³. Si bien se trata de una temática más que controvertida e interesante, lo dejaremos así planteado, y pasaremos al estudio de algunas de las posiciones autorales que se han esbozado a la hora de abordar este contrato.

3. Posturas doctrinarias

La novedad que envuelve a la materia, la heterogénea y variada gama de servicios complementarios que prestan las plataformas colaborativas, y las prestaciones que en claro exceso brindan aquellas otras que no son colaborativas o que no son más que prestadores directos de los servicios principales, han generado un desconcierto entre los autores a la hora de definir la naturaleza jurídica del servicio prestado y su correspondiente ubicación dentro de alguna de las figuras contractuales existentes.

Con carácter previo a ingresar al análisis de las posturas principales, resulta apropiado mencionar algunas minoritarias, que no han logrado mayor consenso. En primer lugar, se ha afirmado que cuando la plataforma se limita meramente a permitir el anuncio de un servicio a través de internet, se trataría de un contrato atípico de publicidad¹⁴. No sólo que nos pronunciamos en contra de esa tesis por la carencia de una trilogía de sujetos en donde una plataforma asume el rol de intermediario, sino que en realidad se trata de una actividad propia de los tabloneros de anuncio que, como hemos dicho más arriba, no participan del sistema colaborativo. En segunda instancia, también se ha dicho que, para el caso en que el prestador no lucre de modo alguno con la actividad, sino que el único objeto sea social, se estaría ante un comodato no retribuido¹⁵. Tampoco nos parece atinado, pues se corre indebidamente el foco de la relación plataforma-usuario por la

11 MONTERO PASCUAL, J. J.: “El régimen”, cit., p. 104; Rodríguez Martínez, I.: “El servicio”, cit., punto IV.2.2.C; DOMÉNECH PASCUAL, G.: “La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC”, en AA. VV., *La regulación*, cit., p. 395; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: “Los desafíos jurídicos de la economía colaborativa: el caso BlaBlaCar en relación con UberPop”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N°310, 2018, disponible en <https://aranzadi.aranzadigital.es>, p. 8.

12 Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada), DOUE L 249/1 de 17/09/15, art. 1, traspuesta por la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, art. 1.1.

13 STJUE 19 diciembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:1112), apartado 49.

14 LUCAS DURÁN, M.: “Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas”, en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, N°10, 2017, p. 139.

15 *Ibid.*, p. 140.

subyacente, a la vez que, por definición, la figura de un intermediario entre otros dos sujetos descarta absolutamente la existencia de un contrato de comodato. Por último, desde la doctrina italiana se sostiene que el contrato de la economía colaborativa debe entenderse como uno de tipo abierto, donde se establecen sólo los aspectos esenciales de la relación, pero que se permite un espacio para una sucesiva revisión, es decir, un acuerdo donde no quedan claros todos los términos y obligaciones que asumen las partes¹⁶. Si bien no puede negarse que se trata de una postura coherente y ajustada a la realidad, intentaremos en las líneas que siguen aportar un poco de claridad sobre el asunto.

A) Contrato de agencia

El art. 1 de la ley 12/1992 de Agencia, de 27 de mayo (LCA)¹⁷, establece que “por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”. Se trata, como vemos, de un contrato típico.

Sin ingresar en un análisis pormenorizado de esta figura contractual, cabe referir que los agentes son comerciantes establecidos habitual y permanentemente, que desempeñan la actividad con independencia, que son titulares de una delegación estable de facultades conferidas por un único o por varios principales, que intervienen en la preparación o conclusión de contratos y que son remunerados por una comisión; en otras palabras, estos agentes actúan por cuenta ajena¹⁸. Como puede observarse, el agente adquiere la cualidad de auxiliar del empresario principal, lo cual sitúa al contrato de agencia en el ámbito de los contratos de colaboración entre empresarios, junto con los de comisión mercantil, mediación, concesión y franquicia¹⁹.

Existe un importante sector de la doctrina que entiende que la figura en la que se basa la economía colaborativa es el contrato de agencia, el cual parte de una estructura trilateral y contempla en la figura del agente ese sujeto que reviste la calidad de intermediario y que facilita la contratación entre otras dos partes. Entre ellos encontramos a RAMÓN ESTALELLA, para quien el modelo de las plataformas colaborativas como Airbnb se ajusta a este esquema: “Desde el momento en

16 SMORTO, G.: “I contratti della sharing economy”, en *Il Foro Italiano*, N°4, 2015, disponible en <https://iris.unipa.it/handle/10447/127476#.XqcKZmhKjIU>, p. 6.

17 BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992.

18 MERCADAL VIDAL, F.: *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 99.

19 GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, 2ª edición, CEDAM, Padova, 1993, t. II, p. 109; Mercadal Vidal, F.: *El contrato*, cit., p. 436.

que entra un intermediario que cobra una comisión, podemos hablar de una agencia online en toda regla, que vende alquileres en vivienda privada. No es un modelo peer to peer desde el momento que hay una empresa que cobra una comisión del 15% y tiene un portal que ordena por precios'²⁰. Acompañan esta tesis JARNE MUÑOZ Y SENECHAL, última para quien se trataría de una figura híbrida que oscila entre la distribución por cuenta propia y la intermediación con ciertas características de la agencia comercial, mientras se diferencia radicalmente en que la plataforma online no tiene la dependencia económica de un agente comercial²¹.

Por nuestra parte, advertimos que existe un nivel considerable de compatibilidad entre el contrato de agencia y el que propone el esquema colaborativo, principalmente observable en paralelo entre las figuras del agente y de la plataforma, respectivamente. De este modo, y al igual que destacamos al demarcar la actividad principal de la plataforma, la labor primordial del agente consiste en la promoción de actos y operaciones por cuenta del principal y desarrollar todas aquellas actividades cuya finalidad común es conseguir clientes que contraten con este, es decir, influir en el proceso racional de toma de decisiones de mercado en su favor²². Por supuesto que de esta obligación deriva otra, que es general a cualquier intermediario en la gestión ajena, que es la de actuar lealmente y de buena fe velando por los intereses del principal²³.

Como vemos, se trata de un contrato de colaboración en el cual el principal interesado en la distribución busca un agente que conozca el mercado al que se dirige²⁴, al igual que lo hace un prestador que busca una plataforma para dar exposición a la prestación que ofrece. Así, se trata de una relación que se apoya más en la confianza que transmite la organización ("intuitu instrumenti") que en las cualidades personales del agente ("intuitu personae")²⁵; en el caso de la economía colaborativa, esa confianza recae en la empresa que gestiona la plataforma digital.

20 ESTALELLA, R.: "Consumo colaborativo: ¿qué supone para el sector?: El rápido crecimiento de plataformas P2P y su influencia en el turismo", en *Tecnohotel*, 2014, p. 36.

21 JARNE MUÑOZ, P.: "El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N°17, 2016, p. 72; SENECHAL, J.: "Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of These Services - A Double Challenge for European and National Contract Law, The", en *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, N°1, 2016, p. 41.

22 VIDAL CALVO, L. J. Y SÁNCHEZ CUÉLLAR, M.: "El contrato de agencia", en AA. VV., *Contratos - Tomo IV. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I) [(Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e internacionales, con sus implicancias tributarias)]* (Dir. Yzquierdo Tolsada, M., Almodí Cid, J. M., y Martínez Lago, M. A.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, punto. IV.I.1.

23 LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: "El contrato de agencia y la comisión mercantil", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N°56, 2011, p. 175.

24 *Ibid.*, pp. 143-144.

25 *Ibid.*, p. 145.

Otro punto de contacto pasa por la característica de independencia del agente, es decir, que no debe mediar relación de dependencia laboral con el principal²⁶. Lo mismo ocurre en el ámbito de la economía colaborativa, en donde estas relaciones de empleador-empleado no tienen lugar, aunque, cabe recordar, que en el ámbito de la economía digital suelen darse en el sentido contrario: la plataforma suele ser el sujeto que puede adoptar en algunos casos el rol de empleador, quedando para el prestador el papel de dependiente (economía digital directa).

Sin embargo, sobre la misma figura del agente, respecto de aquella idea de la ausencia de la dependencia económica respecto del principal –característica típica del contrato de agencia–, se basan las principales construcciones que buscan desarticular esta tesis. Reconocidos autores a nivel europeo, luego de considerar que podría ser de aplicación analógica la legislación vinculada con la agencia, postulan que este tipo de normativa contiene instrumentos que buscan proteger al agente respecto del principal, lo cual no encaja en el modelo bajo análisis, pues resulta difícil de imaginar que las plataformas necesiten semejante tutela, sino que la situación es la contraria, en tanto son los prestadores aquellos que deben ser protegidos de la plataforma. En contraste, alegan que los destinatarios que contratan a través del intermediario sí podrían verse expuestos a los mismos peligros que aquellos que contratan por vía de una agencia²⁷. En una posición similar, Lucas Durán entiende que la vinculación colaborativa podría catalogarse como una agencia “sui generis”, aunque lo ve como poco factible si se tiene en cuenta la posición más independiente de la plataforma intermediaria que vela por los intereses tanto de prestador como de destinatario²⁸. En esa dirección, Sorensen es más tajante al negar rotundamente que una plataforma pueda ser considerada como un agente comercial, sino que entiende que las relaciones que surgen de la estructura triangular no se encuentran reguladas por más legislación específica que la Directiva de Comercio Electrónico²⁹.

Por nuestra parte, suscribimos a esta tesis y nos sumamos a los fundamentos expuestos en el párrafo anterior. De este modo, y más allá de ciertas similitudes que puedan ponerse de manifiesto, pensamos que la teoría que postula la aplicación de la normativa de agencia al contrato colaborativo es inviable. A los motivos antes expuestos, debe agregarse uno fundamental: para que la labor del agente pueda ser calificada como tal, tiene que ser el que se encargue de manera permanente de negociar por cuenta del principal, es decir, que se caracteriza por su continuidad

26 Ibid., p. 161.

27 BUSCH, C., SCHULTE-NÖLKE, H., *Wiewiórowska-Domagalska, A.* y ZOLL, F.: “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, N°1, 2016, p. 5.

28 LUCAS DURÁN, M.: “Problemática jurídica”, cit., pp. 139-140.

29 SORENSEN, M. J.: “Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework”, en *Nordic Journal of Commercial Law*, N°1, 2018, p. 79.

y estabilidad, siendo un eslabón más de la cadena de distribución³⁰. Así, en tanto que en la relación prestador-plataforma se realiza un encargo específico –la intermediación en la contratación del uso temporal de recursos infrutilizados–, aunque puede que ocurra repetidas veces en el tiempo, no se trata de un pedido genérico, estable o permanente, pues el prestador puede ofrecerlo y dejarlo de ofrecer a su antojo. La doctrina aporta un ejemplo ilustrativo: no puede ser calificado como agencia la venta de todos los pisos de un edificio, sino que se trata de una auténtica tarea de mediación³¹. Sumado a ello, el art. 9.I de la ley de agencia contempla una posibilidad que vemos ajena a la figura de la plataforma colaborativa: que el contrato sea celebrado por el agente en nombre del principal y a través de un poder de representación. Como se dijo, la plataforma se limita a intermediar y a prestar algunos servicios adicionales accesorios, pero no concluye contrato alguno en representación de los usuarios.

Otro punto de manifiesta incompatibilidad pasa por el elemento subjetivo que propone el contrato de agencia, pues conforme el ya citado art. 9.I LCA queda determinado como un contrato entre empresarios, es decir, agente y principal revisten la calidad de profesionales³². Así, siendo que el sujeto que haría las veces de principal es el prestador, el formato propuesto por la agencia no cuadra en el esquema colaborativo, pues constituye un elemento esencial del modelo objeto de nuestro estudio que el prestador revista la calidad de consumidor (prosumidor), negándose rotundamente la posibilidad de que sea un empresario³³.

En tercer lugar, hallamos otra cuestión que separa ambos esquemas: la doctrina señala que “el principio de la lealtad y la buena fe de la actuación del agente se manifiestan en la obligación de defensa de los intereses del principal y en el deber de comunicarle los intereses personales que tenga en la gestión (art. 9 LCA). Este deber implica la imposición al agente de la obligación de no competir con el

30 PANIZA FULLANA, A.: “Contrato de agencia y/o contrato de mediación: perfección y derecho al cobro de la comisión pactada”, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2, N°5, 2012, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, p. 6; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: “El contrato”, cit., pp. 156/163. En ese sentido, v. STS 10 enero 2011 (ECLI:ES:TS:2011:62), fundamento de derecho segundo: “No puede confundirse la ‘estabilidad’ de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a finde ejecutar lo pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dorada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único, que es lo que aconteció en este caso...”.

31 RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 776-777.

32 LCA, art. 9.I: “En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe”. Sobre el tema, v. PALAU RAMÍREZ, F., en AA. VV., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia* (Dir. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, Felipe), Civitas, Madrid, 2000, p. 43; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: “El contrato”, cit., p. 161; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, 16° edición, Tecnos, Madrid, 2009, t. II, p. 124.

33 Se trata de una discusión y una fundamentación que, dada su extensión, quedan fuera del marco del presente trabajo. Vale decir que la doctrina se encuentra dividida, y que la definición que da la Comisión Europea del modelo colaborativo permite también a los profesionales participar como prestadores (v. nota al pie 1).

principal mientras dure el contrato”³⁴. Por su parte, no existe impedimento alguno para que las plataformas presten también servicios del mismo tenor que aquellos que integran la relación subyacente, dejando de lado la calidad de intermediario y convirtiéndose con respecto a esa actividad puntual en un prestador directo; es decir, si compite con los prestadores, deja de ser intermediario, pero ello no implica necesariamente que se trate de una posibilidad que se encuentre vedada. Además, resulta esencial para la actividad de la plataforma el promover la contratación de numerosos usuarios, los cuales generalmente ofrecen el mismo servicio y, por lo tanto, compiten entre sí. Claramente, el contrato de agencia se encuentra previsto para otro tipo de vinculación, en la cual un agente ejerce su comercio en torno al ofrecimiento y promoción de un empresario principal, desnudando en este punto también un distanciamiento insalvable con la estructura contractual que propone la economía colaborativa.

En adición a estas importantes diferencias, encontramos también otras menores, tales como el deber del agente de informar al principal, el cual resulta demasiado intenso para la plataforma colaborativa³⁵; o la obligación de “recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido” (art. 9.2.d)³⁶, cuestión que se opone a la relación contractual trilateral propuesta. A la vez, existen otras cuestiones que justamente se derivan de la no aplicación de la normativa de agencia y que lucen como ilógicas en el marco del contrato entre usuario y plataforma, como es el caso de las indemnizaciones por clientela o por denuncia unilateral que prevén los arts. 28 y LCA, respectivamente.

En suma, más allá de que existe cierta afinidad entre estas figuras, principalmente generada por los caracteres de intermediación y colaboración que informan ambos sistemas, encontramos diferencias capitales que tornan absolutamente imposible la aplicación de la normativa del contrato de agencia a la economía colaborativa.

B) Contrato de corretaje o mediación

La amplia mayoría de la academia ubica a la relación contractual que vincula a la plataforma con sus usuarios dentro del espectro de la mediación o corretaje,

34 LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: “El contrato”, cit., p. 177. También QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, p. 306.

35 LCA, art. 9.2.b: “En particular, el agente deberá: [...] Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución”.

36 VIDAL CALVO, L. J. Y SÁNCHEZ CUÉLLAR, M.: “El contrato”, cit., punto IV.1.4 aclaran: “No se trata, en consecuencia, de que el agente responda de los defectos de los productos o servicios prestados, sino que la norma pretende facilitar el ejercicio de los derechos de reclamación por la clientela y que nada anticipa en relación con la imputación de la responsabilidad por productos o servicios defectuosos”.

principalmente con atención a la modalidad que despliegan las plataformas más evolucionadas que, sobrepasando la función de meros tableros de anuncios, participan activamente en la exposición de ofertas, en el acercamiento de las partes, la estandarización de los contratos, la gestión del pago e incluso en la etapa poscontractual a través de la gestión de la reputación y la resolución de conflictos.

Uno de los principales promotores de esta teoría es Montero Pascual, quien afirma, luego de realizar una detallada exposición de la actividad que despliegan las plataformas colaborativas, que el servicio brindado por estas encaja perfectamente en la figura del contrato de corretaje, el cual advierte que se trata de uno atípico en España, y al cual ha caracterizado la jurisprudencia como “contrato innominado, ‘facio ut des’, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor o mediador) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o de servirle para ello de intermediario, a cambio de una retribución llamada también comisión o premio; negocio jurídico que tiene su origen el principio de libertad de la contratación, consagrado en los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, siéndole de aplicación la normativa general de las obligaciones y contratos, contenida en los Título I y II del libro IV del Código Civil, pues aunque guarde cierta similitud con el mandato, los arrendamientos de obras y de servicio, la comisión mercantil y el contrato de trabajo, goza de características propias que le dotan de autonomía alejándolo de esas otras figuras jurídicas”³⁷. La profesora LEIÑENA MENDIZÁBAL participa sin reparos a esta posición³⁸, al igual que lo hacen otros autores calificados como, RODRÍGUEZ MARÍN, HATZOPOULOS, DÍAZ GÓMEZ, BOIX-PALOP, GONZÁLEZ CABRERA Y GRIMALDOS GARCÍA³⁹.

Adhiere explícitamente a esta línea de pensamiento el Working Group on the Collaborative Economy, que por encargo de la Comisión Europea redactó un documento que, para el caso concreto del sector de alojamiento, se pronuncia de siguiente modo: “El Grupo de Trabajo considera que bajo la ley española la relación entre la plataforma y el anfitrión puede ser un contrato de mediación o corretaje si el servicio que presta la plataforma consiste en proveer una plataforma de internet para conectar al prestador y al buscador de alojamiento y si el pago es

37 MONTERO PASCUAL, J. J.: “El régimen”, cit., p. 97. Cita de SAP Madrid 9 de marzo 2005 (ECLI:ES:APM:2005:2557), fundamento de derecho tercero, que cita, a su vez, a la SAP Madrid 13 noviembre 2001 (ECLI:ES:APM:2001:15850), fundamento de derecho segundo.

38 LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: “Los desafíos”, cit., p. 8.

39 RODRÍGUEZ MARÍN, S.: Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales, Madrid, 2017, disponible en <https://www.fidefundacion.es/attachment/810605/>, pp. 6-7; HATZOPOULOS, V. Y ROMA, S.: “Caring for sharing? The collaborative economy under EU law”, en *Common Market Law Review*, 54, N°1, 2017, p. 13; DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, N°70, 2017, p. 34; Boix-Palop, A.: *Competitive Risks in the Sharing Economy and European Union Market Regulation*, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2863032, p. 3; González Cabrera, I.: “La economía colaborativa del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N°309, 2018, p. 20; GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: “El contrato”, cit., punto III.1.

realizado a través de la modalidad i) [la plataforma deduce el pago de los servicios de la suma que el buscador de hospedaje transfiere al anfitrión (Airbnb)]. Una plataforma como Airbnb será vista como un agente (intermediario), facilitando la conclusión de un contrato en nombre del anfitrión. El agente no representa al anfitrión ni al huésped⁴⁰.

También se muestra favorable a la incardinación del contrato que aquí abordamos en el modelo de corretaje o mediación RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, quien adapta una definición de la doctrina especializada para graficarlo: “La plataforma se obliga únicamente a intermediar permitiendo tanto el acceso de los usuarios al sistema o canal de contratación, como la casación (celebración) del contrato subyacente, bien directamente por el propio sistema, bien mediante el accionamiento de los propios usuarios, no asumiendo ni interviniendo en la ejecución del servicio objeto del contrato subyacente nacido de la operación de case del sistema, entre los usuarios”⁴¹. En realidad, esta autora entiende que entre las figuras contractuales existentes en la actualidad del Derecho español, la mediación o corretaje es aquella que guarda mayor vinculación con el esquema de contratación con la economía colaborativa, aquella que mejor lo recepta, aunque sostiene que, dadas sus peculiares características, se trata de una subespecie de ese contrato atípico⁴². Analizaremos esta posición en el epígrafe siguiente.

Por nuestra parte, coincidimos con esta postura y consideramos que el contrato que une a los usuarios con la plataforma es uno de corretaje o mediación con la particularidad de que es celebrado a través de medios digitales. En cuanto a los caracteres generales, como se ha dicho, se trata de un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución instantánea y que puede asumir la naturaleza civil o mercantil. En nuestro caso será mercantil, por el carácter de comerciante que asume la plataforma, y uno que se celebra por adhesión a cláusulas generales de la contratación, excluyendo categóricamente toda posibilidad de que el usuario pueda negociar su contenido. Merece la pena detenerse sobre algunas de estas notas.

Con relación a la primera, debemos referir que, si bien una parte de la doctrina lo ha calificado de accesorio –argumentando que depende del contrato

40 KOOLHOVEN, R., NEPELENBROEK, E. D. C., SANTAMARÍA ECHEVERRÍA, L. M. Y VERDI, P. L.: *Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector: Paris - Amsterdam - Barcelona* Prepared by the Working Group on the Collaborative Economy, 2016, pp. 94-95. Vale aclarar que luego refiere a que entre el huésped y la plataforma existe también un contrato de corretaje (p. 97). A ello agrega, a modo de aclaración, que cuando utiliza el término “agente” no lo utiliza en el sentido que lo hace el Código de Comercio español al hablar de “agente comercial”, y que eligen traducir “intermediario” como “agente” de conformidad con el Marco Común de Referencia (DCFR) 133 y para evitar que se confunda con el intermediario que regula la Directiva de Comercio Electrónico.

41 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El servicio”, cit., punto IV.2.1, con cita de Gázquez Serrano, L.: *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, p. 65.

42 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El servicio”, cit., p. 134.

principal pretendido, sin el cual no se genera retribución para el mediador⁴³–, es absolutamente mayoritaria la posición que lo cataloga como principal y autónomo, que cumple una finalidad contractual propia que es facilitar la realización de un contrato futuro. ARGUDO PÉRIZ destaca que, más allá de que existan quienes consideran que el hecho que el mediador no pueda exigir su retribución hasta que no se perfeccione el contrato gestionado impide que sea considerado un contrato preliminar o precontrato, sino un supuesto de prestación sometida a condición suspensiva, la realidad es que son los efectos del contrato los que se suspenden hasta que se cumpla la condición, pero no la propia existencia del contrato de corretaje⁴⁴.

En lo que hace a la estructura subjetiva, si bien existe una disputa entre los autores, siendo varios los que defienden la unilateralidad⁴⁵ e incluso la plurilateralidad, el criterio dominante afirma la bilateralidad, pues se trata de un contrato que existe desde que oferente y mediador acuerdan el corretaje, independientemente de la participación del otro contrayente (mediatario), y “es cierto que el concurso de un segundo contratante es necesario para que la intervención del mediador consiga su fin pero es evidente también que ya existe una relación jurídica entre el primer contratante y el mediador, y es esta precisamente la que concreta el contrato de mediación”⁴⁶. Se agrega que ese tercer sujeto es un elemento complementario relevante, pero no necesario para configurar la relación contractual⁴⁷. Ahora bien, en este punto es necesario efectuar una precisión: dadas las peculiares características del modelo colaborativo, principalmente aquellas que surgen de su estructura subjetiva tripartita, lo usual será que se realice un doble encargo para el mediador, es decir, que ambas partes del negocio subyacente contratan con la plataforma, lo cual hace que se asuman obligaciones equivalentes para con los dos extremos contratantes, distinguiéndose de la generalidad de los casos de mediación convencional; se trata de dos contratos de mediación diferentes, con

43 BONET CORREA, J.: “El contrato de corretaje o mediación. Comentario a la STS de 3 de junio de 1950”, en *Anuario de Derecho Civil*, IV, N° Octubre-diciembre, 1951, p. 1622.

44 ARGUDO PÉRIZ, J. L. Y SESMA SÁNCHEZ, B.: “El contrato de mediación o corretaje”, en AA. VV., *Contratos - Tomo IV. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I) [(Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e internacionales, con sus implicancias tributarias)]* (Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M., ALMUDÍ CID, J. M., y MARTÍNEZ LAGO, M. A.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, punto II.1.2.1. En ese sentido, v. BLANCO CARRASCO, M.: “El contrato de corretaje”, en *Revista de Derecho Privado*, 89, N°2, 2005; entre la jurisprudencia, STS 5 febrero 1996 (ECLI:ES:TS:1996:665).

45 ARGUDO PÉRIZ, J. L. Y SESMA SÁNCHEZ, B.: “El contrato”, cit., punto II.1.1: nombra a Galgano, Stolfi, Larenz, Bonet Correa, quienes lo fundan en que sólo surgen obligaciones del contrato para el oferente o mediado, siendo la principal la de pagar la retribución del mediador en el caso de perfeccionarse el contrato pretendido con una tercera parte. A ello se le suma la no exigibilidad de puesta en contacto de las partes o actuación alguna por parte del mediador, justificada por la falta de responsabilidad del mediador en el caso de inactividad parcial o total.

46 GÁZQUEZ SERRANO, L.: El contrato, cit., p. 69. En este sentido, v. SSTS 6 octubre 1990 (ECLI:ES:TS:1990:10985), 4 julio 1994 (ECLI:ES:TS:1994:5110) y 30 marzo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2263). Un panorama general del asunto en Argudo Pérez, J. L. y Sesma Sánchez, B.: “El contrato”, cit., punto II.1.1.

47 MILLÁN GARRIDO, A.: “Introducción al estudio del corretaje”, en *Revista General de Derecho*, N°510, 1987, p. 702.

su propio contenido, aunque confluyendo en el mismo objeto⁴⁸. Esto hace que una de las notas características fundamentales a la hora de ejercer su obligación medular sea la imparcialidad. Sin ingresar en mayores precisiones al respecto, nos centraremos en decir que podemos encontrar aquí una particular fuente de responsabilidad por parte de la plataforma, pues la práctica indica que resulta frecuente la exposición de los distintos prestadores no es igualitaria, así como tampoco se muestran al destinatario siguiendo un orden que refleje fielmente su conveniencia o sus preferencias, sino más bien se encuentran formuladas en base a parámetros establecidos de acuerdo con el interés económico de la plataforma, generalmente materializado en el pago de un precio a cambio de mayor exposición.

Respecto a la aleatoriedad, vale aclarar que no debe confundirse con la condicionalidad, ya que en ambos casos interviene el azar. La más calificada doctrina afirma que es un contrato aleatorio, “puesto que no se trata de que la eficacia del contrato quede sometida al cumplimiento de una condición, en todo caso será la efectividad del pago lo que estará sometido a esa condición”⁴⁹, ya que “el mediador no sabe si va a encontrar a un tercero con quien contratar o si este tercero se convertirá en parte contractual por concluir el contrato pretendido con el oferente. La existencia del contrato no depende de que se concluya el contrato perseguido, sino que existe al margen de este evento, aunque la retribución del mediador dependerá de que se produzca el hecho aleatorio de la celebración del contrato pretendido. Esta incertidumbre es el factor aleatorio del contrato”⁵⁰.

Finalmente, en lo atinente a su ejecución encontramos un argumento más que vincula a la economía colaborativa con este régimen contractual. Así, negamos que pueda serle de aplicación la figura de la agencia justamente por tratarse un contrato que se caracteriza por la estabilidad o permanencia, es decir, por ser de tracto sucesivo, entendiéndose por tal aquel cuyos efectos se prolonguen en el tiempo. En cambio, el contrato de mediación es uno de ejecución instantánea motivado por un encargo singular y concreto. Esta distinción pareciera hacer tambalear toda la exposición hasta aquí hecha, puesto que lo habitual es que ambos usuarios se registren en el portal web de la plataforma y que contraten con ella para luego celebrar numerosos contratos –piénsese en el caso de un prestador de alojamiento colaborativo, que usualmente intentará rentar varias veces su propiedad o parte de ella, lo mismo que ocurre con un viajero frecuente–. Sin embargo, la doctrina nos ilustra al respecto, dejando en claro que para el caso que la actividad de mediación fuese continua, cabría entender que encontramos

48 ARGUDO PÉREZ, J. L. y SESMA SÁNCHEZ, B.: “El contrato”, cit., punto III.

49 BLANCO CARRASCO, M.: “El contrato”, cit., p. 86.

50 ARGUDO PÉREZ, J. L. y Sesma Sánchez, B.: “El contrato”, cit., punto II.1.2.3. En el mismo sentido, y para el caso particular del contrato de mediación en la economía colaborativa, v. ESTANCONA PÉREZ, A. A.: “Carpooling: C2C en el transporte de personas”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N°37, 2015, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, pp. 8-9

una sucesión de contratos de corretaje, y no otra figura contractual⁵¹. Es también esclarecedora la jurisprudencia del máximo tribunal español, por cuanto en la STS 9 noviembre 2011, y para el caso de un contrato titulado como “de agencia” para la venta exclusiva de 320 apartamentos a construirse, se concluyó que se trataba en realidad de uno de corretaje atinente a la intermediación en la enajenación a terceros de esos inmuebles de forma individual, pues, como a modo de mantra se repite en doctrina: “los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son”⁵². Así, el mencionado decisorio, con cita a la STS 10 enero 2011, distingue el contrato de agencia del de mediación por la razón de la estabilidad del primero y, en función de ello, niega que dos contratos muy similares sean calificables como contrato de agencia porque “no puede confundirse la ‘estabilidad’ de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar lo pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único, que es lo acontecido en este caso en el que la sentencia recurrida confunde el encargo de mediar en la colocación de dos promociones inmobiliarias, con una inexistente estabilidad de la relación, ya que la relación entre el ‘empresario’ y el ‘agente’ estaba abocada estructuralmente desde el mismo momento de su inicio a finalizar una vez concluida la venta de los distintos apartamentos que componían los complejos inmobiliarios”⁵³. En idéntico sentido se ha resuelto en la STS 21 mayo 2015 para un caso de mediación para la venta de más de 200 viviendas⁵⁴.

A mayor abundamiento, cabe decir que, también separándose en este punto del agente –cuya actividad es parcial, pues, como dijimos, debe actuar con buena fe y lealtad con su principal– la tarea del mediador debe ser independiente e imparcial, actuando siempre en interés de los dos futuros contratantes. Ello se condice con la cuestión que señaláramos antes de la mediación doble y la obligación de la plataforma de favorecer en la casación a ambos contratantes.

En definitiva, a pesar de la existencia de ciertas particularidades, la figura contractual que vincula a la plataforma con sus usuarios encaja sin problemas en el contrato de mediación o corretaje. La atipicidad de este modelo y la autonomía de la voluntad imperante en el plano de los contratos operan como versátiles adaptadores que permiten que cualquier situación propia del novel esquema de la

51 ARGUDO PÉREZ, J. L. y SESMA SÁNCHEZ, B.: “El contrato”, cit., punto II.2.2. En el mismo sentido, v. LARA GONZÁLEZ, R.: “¿Contrato de mediación o contrato de agencia? El carácter estable y continuado de la relación. Notas al hilo de la STS de 21 de mayo de 2015”, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, N° 11, 2015, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, pp. 6-7.

52 PANIZA FULLANA, A.: “Contrato de”, cit., p. 4. Importante panorama, doctrina y jurisprudencia sobre el asunto.

53 STS 9 de noviembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7356), fundamento de derecho tercero; STS 10 enero 2011 (ECLI:ES:TS:2011:62).

54 STS 21 mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2222).

economía colaborativa que no cuadre armónicamente ni que haya sido abordado por la doctrina o la jurisprudencia pueda ser debidamente integrada.

C) Contrato de intermediación digital

Tal como adelantamos en el punto anterior, existe una corriente doctrinaria que no se conforma con la incardinación del contrato entre la plataforma y sus usuarios dentro del marco del corretaje, sino que proponen la adaptación, cuando no la creación, de un modelo especial que contemple sus particularidades y que intente prever, al menos en parte, las cuestiones conflictivas que se plantean.

En primer término, Rodríguez Martínez sostiene que “existen elementos característicos suficientes que aconsejan una mejor y más adecuada identificación de la naturaleza jurídica del contrato de intermediación en la contratación electrónica entre las plataformas y sus usuarios, habida cuenta de la complejidad del marco y del propio servicio prestado. Dicha relación contractual se encuentra carente de tipificación y regulación, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho español...”. Llega entonces a la conclusión de que “el contrato de intermediación electrónica constituye una subespecie del contrato de mediación o corretaje, cuya causa y elementos esenciales son comunes a la mediación, pero el medio electrónico a través del cual se presta este servicio, así como determinadas características derivadas de aquel medio, lo convierten en un tipo específico al que, por un lado, no siempre el régimen previsto para el tradicional contrato de mediación permitirá dar respuesta a la compleja problemática jurídica derivada de su esquema, y al que por otro, precisamente por ser su actividad desplegada a través de medios electrónicos y a distancia, le serán de aplicación también específicos y concretos parámetros de exigencia”⁵⁵.

La profesora ESTANCONA PÉREZ, quien también participa de esta idea, parte de reconocer que, de las figuras “clásicas” de la contratación española, el contrato de corretaje o mediación es aquella que más se asemeja. Sin embargo, entiende que existen notables particularidades que hacen necesario un trato jurídico específico, a saber: los riesgos relativos al sector en el que se desarrolla (transporte por carretera, alojamiento turístico), la vinculación contractual de los usuarios con la empresa –que cataloga como B2C (“business to consumer”)– y la mediación exclusivamente en línea. De este modo, concluye en que resulta menester “dotar de una regulación legal específica a esta figura contractual que, bajo el nombre de ‘contrato de intermediación’, quede diferenciada del contrato de mediación tradicional y englobe todas las características mencionadas...”⁵⁶.

55 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: “El servicio”, cit., pp. 130/134-135.

56 ESTANCONA PÉREZ, A. A.: “Carpooling: C2C”, cit., p. 9.

Desde nuestra perspectiva, se trata de una tesis muy interesante, pues destacamos la conveniencia –no así la necesidad– de regular la actividad de la economía colaborativa en general, y la vinculación contractual entre la plataforma y sus usuarios en particular. En otras palabras, no podemos pronunciarnos en contra de quienes bregan por regular fenómenos novedosos en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, pero tampoco creemos que sea un paso fundamental para el estado en el que se encuentra la cuestión actualmente; es que, con la normativa existente a la fecha (legislación general de consumo, de la competencia y de comercio electrónico, y legislación específica de cada segmento relativo al servicio subyacente), la autonomía de la voluntad, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno al contrato de corretaje, la costumbre, los principios fundamentales, y las demás fuentes del Derecho, creemos que es más que suficiente para comprender el alcance de los derechos subjetivos de cada una de las partes comprometidas, de las obligaciones y responsabilidades que implica la actividad y, eventualmente, resolver cualquier conflicto o disputa jurídica que pudiera suscitarse.

Humildemente, pensamos que se trata de una posición que no cuenta con suficientes argumentos de peso. Si analizamos los que hemos intentado resumir más arriba, veremos que se dan cuatro principales: a) respecto a la contratación a través de medios telemáticos, aportado por ambas autoras citadas, no vemos que sea una cuestión de singular importancia en la actualidad, cuando sabido es que una gran parte de los contratos se celebran por esos medios (piénsese en los contratos bancarios o todos aquellos realizados a distancia a través de portales web como Amazon o eBay); b) en cuanto a esas “determinadas características derivadas de aquel medio” y “la compleja problemática jurídica derivada de su esquema” de la que habla Rodríguez Martínez, no logramos advertir a qué se refiere específicamente, aunque observamos que el esquema subjetivo trilateral no es novedoso, sino que se da en la gran mayoría de los contratos en los mercados multilaterales de la actualidad; c) en lo atinente a los riesgos propios de cada sector en el que se desarrolla –que refiere puntualmente a la relación subyacente–, entendemos que se encuentran debidamente tratados por la normativa específica de cada uno de ellos: por ejemplo la ley de ordenación del transporte terrestre y su reglamento⁵⁷, y la legislación emanada de las Comunidades Autónomas sobre transporte terrestre por carretera, la Directiva de viajes combinados, la normativa de Derecho interno y europea sobre consumidor y contratos a distancia, etc.; y d) en lo que hace a la contratación B2C, tampoco vemos una particularidad que escape a lo ordinario, existiendo ingente cantidad de normativa que lo regula específicamente.

57 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 182, de 31/07/1987. Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 241, de 08/10/1990.

Por último, no resulta ocioso decir que, al igual que sucede con la economía digital intermediada y con la economía colaborativa, donde la primera (género) no se encuentra regulada puntualmente, y la segunda (especie) tampoco, en el caso que analizamos ahora, no se muestra como esencial una regulación del contrato de mediación digital (especie), cuando ni siquiera se encuentra normado en el Derecho español el contrato de mediación o corretaje (género). Sin embargo, no por ello hemos de desechar esta postura, menos aun cuando semejante estructura normativa puede surgir del seno de la UE a través de un reglamento o una directiva.

III. ALGUNAS NOTAS CARACTERÍSTICAS

I. La obligación principal ¿es de medios o de resultado?

La obligación primordial a la que se compromete la plataforma colaborativa consiste en el desarrollo de la actividad mediadora, es decir, realizar las gestiones necesarias para acercar a prestador y destinatario a fin de la celebración del negocio jurídico que de origen a la relación subyacente: la contratación del uso temporal o la prestación de un servicio a cambio –por lo general– de un precio en dinero. Se trata de una auténtica obligación de hacer, que comprende una pluralidad y diversidad de actos que se regirán por lo pactado entre las partes (términos y condiciones predispuestos por la plataforma) y los usos negociales⁵⁸.

Advertimos la existencia de una controversia que en la materia en cuanto a considerar si se trata una obligación de medios o de resultados. A fin de abordarla, resulta necesario recordar esta clasificación de las obligaciones efectuada por la doctrina francesa⁵⁹ que distingue entre aquellas en las que el deudor debe desplegar la diligencia normalmente suficiente para satisfacer al acreedor (de medios), y aquellas otras que exigen a aquel no solo el despliegue de una actividad diligente, sino el logro de un fin preciso y determinado (de resultado)⁶⁰.

Un importante sector de la doctrina sostiene que, como el pago del precio al corredor depende de la celebración del contrato objeto de la mediación, se trata de una obligación de resultado positivo y no de medios, en el sentido de que no se tiene en cuenta la mera actividad del corredor sino sólo en cuanto esta va a

58 ARGUDO PÉREZ, J. L. Y SESMA SÁNCHEZ, B.: "El contrato", cit., punto VI.I.I.

59 DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en général*, I. Sources des obligations (Suite et fin), Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, pp. 536-545.

60 JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medio y de resultado", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, I, p. 7; De VEREDA Y BEAMONTE, J. R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas", en *Revista de Derecho Patrimonial*, N°36, 2015, p. 2.

conducir a un resultado positivo: la contratación⁶¹. Una significativa jurisprudencia se inclina por esta postura⁶².

En las antípodas, hallamos otro sector de la academia que afirma que se trata de una auténtica obligación de medios, pues si bien busca la obtención de un resultado, no comprende el deber de alcanzarlo, sino que se limita al ejercicio de una actividad en esa dirección⁶³. En este sentido se expidió el más alto tribunal español, al decir que "... difícilmente, salvo pacto expreso de las partes o aplicación de los usos y costumbres, que de la caracterización básica de la figura la obligación del mediador pueda calificarse de una propia obligación de resultado..., pues si bien la perfección del encargo actúa como condición del derecho de retribución (onerosidad), sin embargo, no crea ningún deber jurídico o prestacional propiamente dicho que opere un fenómeno de reciprocidad obligacional, más allá de la mera bilateralidad del contrato"⁶⁴.

Compartimos la segunda de las posiciones, por cuanto entendemos que es aquella que aplica correctamente el criterio de la clasificación ilustrado por Demogue. Semejante conclusión resulta palmaria cuando se analiza la responsabilidad del corredor, la cual surgirá sólo en el caso de que se demuestre que no ha ejercido actividad alguna tendiente a la promoción, al acercamiento de las partes, a la búsqueda de posibles contratantes, pero no para el supuesto de que el contrato que es objeto de la obligación principal no llegue a celebrarse⁶⁵.

2. La obligación de información

Además de la obligación principal, existen otras de carácter accesorio, entre ellas, la de información, que consiste en comunicar al oferente todas las circunstancias que conozca el corredor que puedan influir en la celebración del contrato y mantenerlo informado de la marcha de las gestiones, siendo de aplicación analógica lo establecido al respecto para el mandatario (arts. 230 CCom y 1720 CC)⁶⁶.

61 En este sentido, v. GÁZQUEZ SERRANO, L.: *El contrato*, cit., p. 17; BLANCO CARRASCO, M.: *"El contrato"*, cit., p. 165; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: *"El contrato"*, cit., p. 205.

62 SSAPValencia 24 marzo 2006 (ECLI:ES:APV:2006:754), 30 junio 2010 (ECLI:ES:APV:2010:3952); SAPBarcelona 19 septiembre 2007 (ECLI:ES:APB:2007:9693); SSAP Madrid 22 octubre 2007 (ECLI:ES:APM:2007:15452), 13 octubre 2010 (ECLI:ES:APM:2010:14480), 18 octubre 2010 (ECLI:ES:APM:2010:16871). Citadas en Paniza Fullana, A.: *"Contrato de"*, cit., pp. 9-10.

63 En esa dirección, v. ARGUDO PÉREZ, J. L. Y SESMA SÁNCHEZ, B.: *"El contrato"*, cit., punto VI.1.1.; CUADRADO PÉREZ, C.: *"Consideraciones sobre el contrato de corretaje"*, en RDCI, N°704, 2007, p. 2537; REBOLLEDO VARELA, Á. L.: *"Compraventa a través de agente inmobiliario."*, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, N°20, 2016, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, p. 10.

64 STS 8 marzo 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3846), fundamento de derecho segundo.

65 En esa tónica, v. ARGUDO PÉREZ, J. L. Y SESMA SÁNCHEZ, B.: *"El contrato"*, cit., punto III.3.c.; VILLA VEGA, E.: *"Contrato de corretaje o mediación"*, en AA. VV., *Contratos mercantiles - Tomo I* (Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, disponible en <https://aranzadi.aranzadidigital.es>, p. 3.

66 ARGUDO PÉREZ, J. L. Y SESMA SÁNCHEZ, B.: *"El contrato"*, cit., punto VI.1.2.3.; Villa Vega, E.: *"Contrato de"*, cit., p. 5. En ese sentido, STS 2 octubre 1999 (ECLI:ES:TS:1999:6044).

Tal como lo explica GRIMALDOS GARCÍA para el caso de una plataforma colaborativa, y teniendo en cuenta su carácter de profesional y prestadora de un servicio de la sociedad de la información, debe cumplimentar tanto con las previsiones del TRLGDCU⁶⁷ como de la LSSI. Así, en la fase precontractual debe delimitar los términos del negocio proyectado, informando a los usuarios las condiciones contractuales que asumen entre sí y para con la plataforma como, por ejemplo, comisiones, seguros, cancelaciones, medios de pago, precio, etc.; a la vez, si el negocio subyacente se concreta, debe informar sus concretas características; por último, durante la ejecución del contrato, deberá seguir informando a las partes aquellas eventualidades o hechos relevantes que varíen o se concreten respecto al objeto o las circunstancias de la mediación y sus consecuencias jurídico-económicas⁶⁸.

Nuestra intención en este punto pasa por remarcar que resulta una derivación de la obligación de información que tiene el mediador para con el mediado el dejar en claro que su rol es el de mero intermediario, y no de auténtica parte en el contrato que se va a celebrar a partir de su intervención. Así surge palmario de la jurisprudencia del TJUE en el asunto Wathelet, para el caso en donde quien adquirió un coche de segunda mano podía perfectamente pensar que lo hacía directamente del intermediario y no de otro consumidor⁶⁹. La doctrina destaca este punto, afirmando que se trata de un recaudo fundamental cuya omisión hace inaplicable la exención de responsabilidad prevista por la Directiva de Comercio Electrónico en sus arts. 12 a 14⁷⁰. En este sentido, se afirma que “en el Derecho de los contratos se presume que un sujeto es parte del contrato en el que interviene, salvo que quede muy en claro que no lo es. Mientras no exista una regulación específica que regule el rol contractual de las plataformas en la estructura triangular, debe ser una precondition para que la plataforma evite ser catalogada como la contratante principal que se presente a sí misma como un mero intermediario cuando el prestador y el cliente celebren un contrato a través de ella”⁷¹. De igual forma lo prevén los proyectos de instrumentos regulatorios con mayor relevancia a nivel europeo, en especial el borrador del Research Group on

67 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30/11/2007.

68 GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: “El contrato”, cit., punto III.3.A.

69 STJUE 9 noviembre 2016 (ECLI:EU:C:2016:840).

70 BUSCH, C., SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A. Y ZOLL, F.: “The Rise”, cit., p. 6; DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, en *La Ley Unión Europea*, N°88, 2021, disponible en <http://eprints.ucm.es>, p. 8; JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°3, 2019, pp. 26-27.

71 Sorensen, M. J.: “Intermediary Platforms”, cit., pp. 75-76.

the Law of Digital Services, y la reciente Propuesta de Reglamento llamado “Ley de Servicios Digitales”⁷².

3. Cláusulas abusivas que desnaturalizan el contrato

A la par de las prestaciones complementarias al servicio principal que hemos enunciado en el punto II y que catalogamos como “lícitas”, y de las correspondientes estipulaciones contractuales que las reflejan, existen o pueden existir otras que tengan el carácter de abusivas, en la medida en que desnaturalicen el carácter de mero intermediario de la plataforma. La doctrina señala, tomando el ejemplo de la plataforma Airbnb, dos cláusulas de este tenor que surgen de sus términos y condiciones: una vinculada con la reforma unilateral del contrato y otra referida a la resolución de conflictos entre usuarios⁷³. En virtud de la primera, la empresa se reserva la facultad extraordinaria de modificar unilateralmente el contenido del contrato que los usuarios suscriben para el acceso y el uso de la plataforma, por la que puede variar el precio de las tarifas con un criterio discrecional sin bases objetivas de referencia que conozcan o puedan conocer los usuarios, o decidir unilateralmente los efectos del contrato que razonablemente subsistan después de su terminación⁷⁴. En cuanto a la segunda, se arroga el papel de juez para decidir las responsabilidades que pueden surgir entre los anfitriones y los huéspedes, privando de esa manera a los consumidores del derecho a un procedimiento con todas las garantías procesales y en una jurisdicción distinta a la de su domicilio⁷⁵.

Si bien las estipulaciones de este tenor son moneda corriente en los contratos con consumidores, no es nuestra intención efectuar un relevamiento pormenorizado, sino utilizar estos ejemplos a modo de sencilla exposición de qué tipo de servicios resultan ajustados al rol de un intermediario y qué otros no. Las cláusulas de este tipo caen dentro del marco protectorio de la Directiva 93/13/CEE, receptada en el TRLGDCU, donde se reputan como abusivas aquellas estipulaciones que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan detrimento del consumidor en desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato⁷⁶. Semejantes cláusulas son nulas de pleno derecho y deben tenerse por no escritas, siendo de aplicación toda la normativa pertinente.

72 Research Group on the Law of Digital Services: “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, N°4, 2016, arts. 11 y 13. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Bruselas, 15/12/20, COM(2020) 825 final, art. 5.

73 JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La situación”, cit., p. 29.

74 V. términos y condiciones de Airbnb, puntos 11 y 13.5, respectivamente. Disponible en <https://www.airbnb.com.ar/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#6>. Sobre el particular, resulta esclarecedora la STJUE 26 febrero 2015 (ECLI:EU:C:2015:127).

75 V. términos y condiciones de Airbnb, puntos 15 y 24.

76 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, DOCE, L 95/29 de 21/04/93, art. 3.1. TRLGDCU, art. 82.1.

4. ¿Puede exigirse a la plataforma la contratación de un seguro?

Advertimos que entre ciertos autores parece haber acuerdo respecto de que exigir a las plataformas a que contraten un seguro que cubra las eventuales responsabilidades por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones que surgen de la relación subyacente puede ser una pieza clave en la construcción de una regulación de la economía colaborativa⁷⁷. En esa línea, la profesora Estancona Pérez sostiene que la intermediación de la plataforma genera una confianza tal en los usuarios respecto de las obligaciones publicitadas en cabeza del prestador –que se pueden entender aseguradas y comprobadas por la plataforma– que se torna necesario imputarle responsabilidad para el caso de que se produzca un incumplimiento. Lo grafica con el control de la contratación y la vigencia del seguro obligatorio del automotor, cuestión que no puede negarse que resulta relativamente sencilla de supervisar en la actualidad y que brinda una enorme seguridad a los consumidores del servicio de intermediación, que son a la vez destinatarios del subyacente⁷⁸.

Desde estas latitudes, creemos que la obligación de contratar un seguro no se corresponde con la naturaleza jurídica del contrato de corretaje ni con el rol de intermediario de la plataforma. El mediador no es responsable por las obligaciones contraídas entre las partes que ha acercado, pues ni siquiera tiene injerencia en él. Además, en cuanto a la confianza y a la apariencia, remitimos a lo que hemos dicho en el punto III.2, en tanto se trata de una cuestión que se encuentra resuelta a nivel jurisprudencial, reconocida por la doctrina y cercana a cristalizarse a nivel normativo⁷⁹. Sin perjuicio de ello, nos manifestamos en favor de que integre una suerte de “código de buenas prácticas” por parte de las empresas que desplieguen una actividad como plataformas colaborativas, pues brindará mayor confianza a los usuarios, pero nunca pudiéndose constituir como una obligación legal.

IV. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, debemos decir que el sistema que propone la economía colaborativa no resulta sencillo de encorsetar dentro del ordenamiento jurídico actual, y prueba de ello son los numerosos conflictos sociales y las disputas jurídicas que se han generado desde su aparición. Sin embargo, dentro de las figuras contractuales existentes, defendemos su inclusión dentro del corretaje o mediación, pues es aquella que mejor recepta su estructura tripartita y la obligación principal de intermediación que ejerce la plataforma, la cual es una

77 MONTERO PASCUAL, J. J.: “El régimen”, cit., p. 61.

78 ESTANCONA PÉREZ, A. A.: “Los sistemas de carpooling y su régimen de responsabilidad”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N°38, 2015, disponible en <https://aranzadi.aranzadigital.es>, p. 30.

79 En la misma tónica, v. GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: “El contrato”, cit., p. 5.

típica de medios. Asimismo, destacamos aquel sector de la doctrina que pugna por la regulación específica del sector; aunque nos mostramos un tanto escépticos respecto de esa posibilidad, al menos en un futuro inmediato.

Consideramos que el servicio que prestan las plataformas es uno típico de la sociedad de la información, por lo que merece especial atención el examen de su actividad, controlando que no se extralimite en su función de mediadora e influya decisivamente en la prestación del servicio subyacente. Para ello, resulta fundamental que la empresa cumplimente con su obligación de información a los usuarios, en especial dejando en claro su rol de intermediaria y que el contrato se celebra entre estos y no con aquella. En caso contrario, no serán de aplicación las exenciones de responsabilidad que prevé la Directiva de Comercio Electrónico, debiendo ser obligada a reparar a la par del usuario que cause un daño.

Destacamos la necesidad aplicar a este tipo de contratos la normativa específica del Derecho del Consumidor; en especial aquellas que refieren a las cláusulas generales de la contratación y de cláusulas abusivas que, tal como hemos expuesto brevemente, son práctica habitual en la materia.

Por último, desalentamos la posibilidad de obligar a las plataformas a contratar un seguro que cubra las eventuales responsabilidades que pudieran surgir en el marco de la prestación del servicio subyacente, cuestión que escapa a las características propias de un intermediario en el marco de un contrato de corretaje.

