

'ECONOMÍA COLABORATIVA' Y EL TRANSPORTE DE PERSONAS

Trinidad Vázquez Ruano

Acreditada al cuerpo PTU

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Jaén

RESUMEN

El modelo de colaboración recíproca o 'economía colaborativa' (*sharing economy*) se está instaurando en la mayor parte de los sectores. Dicho sistema consiste en un mecanismo de intercambio de servicios a través de la implementación de las nuevas tecnologías y con el que se pretende satisfacer necesidades de los participantes, sin que sea predominante la obtención de una ventaja patrimonial. Este trabajo se centra en la organización de servicios de transporte entre usuarios mediante el empleo de plataformas digitales habilitadas para que puedan ponerse en contacto entre ellos. A saber: entidades como *UberPop* o *BlaBlaCar*, a pesar de que éstas presentan una operativa distinta y, consecuencia de ello, también difieren los efectos jurídicos que plantean en la práctica. El funcionamiento de estas entidades se cuestiona básicamente desde la perspectiva de las disposiciones de competencia con el sector del taxi y de otros transportes públicos.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, transporte terrestre, defensa de la competencia, unidad de mercado, plataformas digitales, competencia desleal.

CLAVES ECONLIT: A19, D18, K21, L10, M21.

SHARING ECONOMY AND PASSENGER TRANSPORT SERVICES

ABSTRACT

The sharing economy is in many sectors. This system is an exchange of services through new technologies and to meet common needs. This paper studies and analyzes the transport service between users and the digital platforms of contact between them (UberPop or BlaBlaCar). The legal consequences of these platforms are different. Sometimes these platforms are unfair competition in the market because they affect the taxi sector and other public transport.

KEY WORDS: Collaborative economy (sharing economy), passenger transport services, protection of competition (antitrust), market unity, digital platforms, unfair competition.

SUMARIO¹

I. *Sharing economy* y las plataformas digitales en el servicio de transporte terrestre de pasajeros. II. Aspectos relevantes de las plataformas de intercambio de servicios de transporte. III. Disposiciones normativas de aplicación. A. El régimen jurídico aplicable a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información. B. El régimen jurídico del sector del taxi y de las empresas VTC. IV. Cuestiones controvertidas en relación con la competencia desleal. A. Disposiciones en materia de competencia desleal. B. Alcance de los casos de las entidades *UberPop* y *BlaBlaCar* en España. Diverso razonamiento. V. Reflexiones finales. Referencias bibliográficas.

I. *Sharing economy* y las plataformas digitales en el servicio de transporte terrestre de pasajeros

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, como hemos tenido ocasión de analizar en trabajos anteriores, ha afectado a distintos sectores, teniendo una especial repercusión en el ámbito social, económico y en el jurídico. Respecto del tema que nos ocupa, cabe destacar que han surgido plataformas electrónicas que hacen posible que los que ofrecen servicios de transporte por carretera y los que los demandan puedan comunicarse y contactar entre ellos de manera fácil y práctica. En este sentido, en líneas generales, es factible considerar que estas plataformas se dedican a realizar una actividad de intermediación entre sus usuarios y que, a su vez, son los interesados en contratar un servicio de transporte por carretera y el conductor del vehículo que lo ofrece, aunque no es una afirmación rotunda como comprobaremos más adelante. Además de este servicio, se han habilitado plataformas electrónicas para compartir otros de diversa naturaleza, entre los que destacan los siguientes: alojamiento y servicios turísticos, la compraventa de una multiplicidad de productos, y servicios del

1. La elaboración de este trabajo está vinculada a las investigaciones realizadas en el marco del *Proyecto de Investigación 'El transporte como motor del desarrollo socio-económico: adaptación normativa a las exigencias legales y a las nuevas oportunidades en el sector aéreo' (DER2015-65424-C4-4-P)* y de la *Estructura de Investigación de la Universidad de Jaén EI_SEJ2_2017* (2017/19).

sector educativo, inmobiliario e, incluso, en el financiero. Aunque por razones de concreción, en este trabajo nos centramos en el referido intercambio de servicios de transporte terrestre por carretera.

Partiendo del concepto de ‘economía colaborativa’, ha de atenderse a la definición que ha puesto de manifiesto la Comisión europea en su Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* (Bruselas, 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final. SWD (2016) 184 final), en la que afirma que se trata de un *modelo de negocio en el que se facilitan determinadas actividades a través de plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares*. A ello añade que las plataformas de economía colaborativa únicamente prestan un servicio electrónico de intermediación que tiene la naturaleza jurídica de servicio de la sociedad de la información. Pero es posible que, al mismo tiempo, también ofrezcan el servicio subyacente, en razón del control o influencia que ejerzan sobre los usuarios-prestadores del mismo (fijando el precio o determinando las condiciones esenciales de su ejecución, entre otros aspectos). Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en su Informe de Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (Resultados preliminares E/CNMC/004/15, marzo de 2016) emplea el término ‘economía colaborativa’ para referirse a un modelo económico que se basa en el *intercambio entre particulares de bienes y servicios, que permanecían ociosos o infrautilizados, a cambio de una compensación pactada entre las partes (...)*.

Atendiendo a esta primera aproximación de carácter genérico, puede decirse que las plataformas digitales en el ámbito del transporte terrestre de viajeros hacen posible que se lleven a cabo actividades de economía colaborativa o *sharing economy*, en cuanto que a través de las mismas se ponen de acuerdo los que proporcionan un servicio de transporte particular y los usuarios interesados en su realización y no siempre a cambio de recibir una contraprestación por ello (Alfonso, 2016: 13-73; Alfonso/ Burillo, 2017: 49-72; Contreras/ Silos/ Sobrino, 2017: 309-335; Doménech, 2015a: 37-59 y 2015a: 61-104; López, 2016; Maudes/ Sobrino/ Hinojo, 2016: 167-186; Touriño, 2016: 80-93). A este respecto, es posible diferenciar: de un lado, al prestador del servicio que ofrece y comparte servicios de transporte terrestre y que pueden ser particulares si lo hacen de modo ocasional o, en su caso, los que los llevan a cabo en el ejercicio de una actividad

profesional. De otro, los usuarios que demandan esos servicios y que, respecto del caso que nos ocupa, son los viajeros. Y, por último, los que efectúan una función de intermediación, nos referimos a los prestadores que habilitan las plataformas digitales a través de las que se ponen en contacto los usuarios y los que ofertan el servicio, permitiendo que se concluyan las relaciones contractuales con las que se obtendrá o no un ánimo de lucro.

Sin embargo, no puede llegarse a esta misma calificación en el caso de la denominada *economía bajo demanda* y la *economía de acceso*. En este sentido, conviene atender al contenido del Estudio *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales* realizado por la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) y *Sharing España* en el que se distinguen y delimitan conceptualmente las formas mencionadas. En consecuencia, y aunque no es tarea fácil, conviene diferenciar el servicio que se ofrece a través de la plataforma de carácter particular o, por el contrario, si se trata de un servicio profesional en razón de la regularidad o habitualidad de la actividad, de la obtención de un fin lucrativo derivado de su ejecución, o de los aspectos fiscales y de carácter laboral (Contreras/ Silos/ Sobrino, 2017: 309-335). Considerándose economía colaborativa únicamente la que se produce entre particulares, en cuyo caso las plataformas digitales se limitan a realizar una actividad de intermediación propia de un prestador de servicios de la sociedad de la información y que trae como consecuencia que los interesados se pongan en contacto y puedan concertar las actividades de economía colaborativa previstas en ellas.

Por su parte, la economía bajo demanda se singulariza porque se proporciona una relación de carácter comercial. En este caso, si bien es cierto que la plataforma actúa de intermediaria, mediante ella se ponen en contacto el profesional que presta el servicio en el mercado y el usuario interesado en su contratación. Siendo habitual que se abone una remuneración por el servicio contratado, lo cual implica para el que lo presta el ánimo de lucro característico de la actividad empresarial.

En un sentido distinto, la economía de acceso permite que la entidad proporcione el servicio y ponga a disposición de los usuarios unos bienes para que los utilicen temporalmente. Con la consiguiente adaptación al tiempo de uso efectivo que precisan los usuarios que los demandan y facilitan su localización.

II. Aspectos relevantes de las plataformas de intercambio de servicios de transporte

Las plataformas electrónicas de mayor trascendencia en cuanto a la oferta de servicios de transporte terrestre de viajeros en el ámbito nacional, como es sabido, son: *BlaBlaCar*, *UberPop* y *Cabify* (Carbonell, 2016: 65-69; Contreras/ Silos/ Sobrino, 2017: 309-335; Touriño, 2016: 80-93). No obstante, y a pesar de tener en común que se trata de plataformas digitales que ponen en contacto a conductores con personas interesadas en realizar un viaje, su modo de proceder no es homogéneo y ello hace que los efectos jurídicos derivados de su funcionalidad resulten diversos en la práctica.

De un lado, *BlaBlaCar* es una red social electrónica que permite que contacten los viajeros que quieren hacer un determinado viaje y los conductores particulares que lo van a realizar y, de este modo, puedan compartir el gasto que genera el trayecto. El porcentaje que recibe la plataforma por las relaciones contractuales que se concluyen mediante ella se justifica en razón de la actividad de intermediación que se realiza en el ámbito electrónico, sin que exista un ánimo de lucro propio de la ejecución del transporte. De este modo, el conductor que va a realizar un viaje, con independencia de que otros sujetos también estén interesados, lo ofrece y es el que determina el precio del mismo según el coste que su realización le origina. Por tanto, a través de la plataforma mencionada se habilita una forma de compartir entre los usuarios los gastos derivados del trayecto que se realice. En consecuencia, *BlaBlaCar* no ofrece un sistema de transporte de viajeros por carretera, sino un medio que permite la relación entre particulares para asumir de modo conjunto el coste del transporte que van a hacer.

Distinto es el planteamiento que hacen otras aplicaciones, las cuales se singularizan porque el viaje se realiza en razón de la demanda de los usuarios. En cuanto a la empresa *UberPop* presenta un sistema por el que cualquier persona con vehículo particular tiene la posibilidad de recoger y trasladar sujetos interesados hasta un destino determinado. Siendo el conductor el que obtiene una retribución a modo de fianza y en un momento anterior a la realización del viaje y, una vez ejecutado, percibe el porcentaje del precio final. El coste del servicio lo establece la entidad que intermedia, pues ésta obtiene una cantidad determinada que se concreta según la prestación del servicio tanto por la parte del precio que abona el viajero al prestador y que va en función de la distancia recorrida, como por la comisión que le impone al conductor. Por su parte, la entidad *Cabify* propor-

ciona mediante su aplicación un servicio de vehículos con conductor destinado al transporte urbano de personas y que necesariamente funciona con licencias VTC (Vehículo de Turismo con Conductor). En este caso, a través de *Cabify* se ofrecen distintas modalidades de vehículos para realizar el transporte, imponiendo al viajero una remuneración en función del trayecto que se va a realizar, así como también de otros extremos. Hay que tener en cuenta que, respecto del servicio indicado, se permite a los taxistas darse de alta en la plataforma para que los usuarios puedan contratarlos.

Las diferencias que existen respecto al funcionamiento de las plataformas indicadas implican que las consecuencias jurídicas en cada uno de los supuestos no resulten coincidentes (Alfonso, 2016: 13-73; López, 2016; Maudes/ Sobrino/ Hinojo, 2016: 167-186). Especialmente, en cuanto a las cuestiones que surgen en relación con las normas de competencia desleal en el mercado y, en particular, en lo que respecta al colectivo de taxis y otros servicios de transporte público como el autobús. Ya que las entidades que proporcionan el servicio de transporte carecen de las licencias necesarias para realizarlo, de los seguros especiales o de las exigencias de los automóviles que deben tener los profesionales del sector. A efectos de analizar la controversia que las mismas generan al momento de elaborar el presente trabajo, partimos del régimen jurídico que hay que tener en cuenta sobre la materia y a continuación se estudian los dos casos que en el ámbito judicial han tenido mayor repercusión, cuales son: *Uber Technologies Inc. (UberPop)* y *Conmuto Iberia y Conmuto S.A. (BlaBlaCar)*.

III. Disposiciones normativas de aplicación

La normativa aplicable a las plataformas digitales que proporcionan un servicio de economía colaborativa y a las que hemos hecho referencia con anterioridad, difiere si se atiende a su calificación como meros intermediarios- prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) e independientes de la actividad de sus usuarios; o si tenemos en cuenta la actividad que a través de ellas se ofrece y que, al mismo tiempo, es demandada por los usuarios (actividad subyacente). Esto es, en el caso que abordamos, el servicio de transporte por carretera de pasajeros.

A. El régimen jurídico aplicable a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información

La prestación de un Servicio de la Sociedad de la Información (SSI), cuál es la intermediación electrónica en las relaciones entre particulares que ofrecen una determinada actividad o servicio y los interesados en el mismo, tiene una regulación específica en el ámbito del mercado interior y que se ha incorporado al derecho positivo interno.

El régimen a tener en cuenta en relación con los servicios de la sociedad de la información se recoge en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico. Arts. 2 a 4), la cual establece como principio general la libre prestación de dichos servicios y el principio de no autorización previa en cuanto al acceso a la actividad de prestador de SSI. Estas previsiones han sido transpuestas al ordenamiento interno mediante la aprobación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. De acuerdo con la definición jurídica prevista en relación con el SSI, ha de entenderse por tal cualquiera que se ofrezca a distancia, por vía electrónica y a petición del sujeto que es el destinatario que lo recibe, siendo por lo general de carácter oneroso (letra a) del Anexo de la LSSIyCE. *Vid.* Vázquez, 2013: 10-15). Esto es, ha de tratarse de un servicio que se proporciona a través de equipos electrónicos de tratamiento y recopilación de datos, no estando las partes presentes de manera simultánea y que hayan sido demandados de forma individual por el destinatario. Si bien, la remuneración del mismo no puede entenderse como un elemento definitorio o determinante de su calificación, pues es posible que –aun careciendo de ella– el servicio constituya de alguna forma una actividad económica para el que lo presta (De Miguel, 2011:117-121).

En consonancia con lo expuesto, las plataformas digitales que nos ocupan pueden considerarse prestadores de servicios de intermediación que proporcionan un servicio a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario y, en la mayor parte de las ocasiones, a cambio de una remuneración de carácter económico o de la obtención de una ventaja de naturaleza patrimonial. Por lo que, al incluirse la actividad de las plataformas colaborativa en el conjunto de SSI, no están sujetas a autorizaciones previas o requisitos equivalentes, salvo las posibles restricciones que cabe establecer a los prestadores que proporcionen

sus servicios en el ámbito transfronterizo. En cuyo caso, es posible que el Estado miembro establezca reglamentaciones que incluyan limitaciones y procedimientos específicos (arts. 2 y 3 de la Directiva 2000/31/CE).

El régimen de responsabilidad al que están vinculados los PSSI, como regla general, se concreta en la responsabilidad civil, penal y administrativa propias del ordenamiento jurídico. Pero, además, se prevén supuestos específicos en razón de la actividad de intermediación que realicen. Teniendo en cuenta que la norma general contempla la exención de responsabilidad, salvo que concurren determinadas circunstancias. Así, los prestadores que proporcionan un sistema de plataformas de contactos entre usuarios no serán responsables si carecen de conocimiento efectivo acerca de la ilicitud de la información o actividad a la que facilitan el acceso, ni en los supuestos en los que –teniendo constancia de dicha ilicitud– actúan con la diligencia exigida (Cdos. 46 y 48 de la Directiva 2000/31/CE y art. 17 de la LSSIyCE. *Vid.* Clemente/ Cavanillas, 2003: 102; Peguera, 2002: 25-66; Vázquez, 2013: 90-100). A este respecto, en primer lugar, debe comprobarse que el prestador de intermediación no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud del servicio de que se trate. Del mismo modo, tampoco ha de saber que dicha información causa un perjuicio a los bienes o derechos de terceros que pueden ser cuantificados a efectos de obtener una indemnización. En segundo término, la exención de responsabilidad es aplicable en aquellos casos en los que, conociendo la ilicitud del contenido, el prestador del servicio hubiera actuado diligentemente. Esto es, inutilizando o suprimiendo el contenido o, en su caso, limitando el acceso o la visualización al mismo (García, 2002: 134-138; Garrote, 2001: 366 y 375-382; Massaguer, 1998:11134).

Por consiguiente, surge el interrogante acerca de qué ha de entenderse por *tener un conocimiento efectivo* de la ilegalidad de los contenidos albergados. El texto normativo lo precisa considerando que el prestador del servicio sabe de la misma porque conoce la resolución dictada por un órgano competente en la que se declara o en la que se ordena la retirada o imposibilidad de su acceso; o cuando el mencionado órgano hubiese estimado la existencia de una lesión de los bienes o derechos de una persona. No obstante, ello no significa que la mencionada autoridad competente tenga la obligación de comunicar su resolución al prestador del servicio en cuestión, antes bien será suficiente con que se hubiera pronunciado al respecto. De acuerdo con lo indicado, puede afirmarse que en los supuestos en los que un órgano competente –judicial o administrativo– no hubiera emitido una resolución sobre la actuación ilícita, no cabe que el prestador del servicio sea

responsable de dicha actuación contraria a Derecho, a menos que se compruebe que lo conocía por otros medios. En cuanto que la norma reconoce que el prestador puede tener constancia de ello por sí mismo en los supuestos en los que hubiere suscrito acuerdos voluntarios o emplease otros medios de conocimiento efectivo. En este aspecto, consideramos que el legislador ha tratado de incluir posibles mecanismos autonormativos de resolución de reclamaciones. En cuyo caso, si el prestador está voluntariamente adscrito a un sistema de autorregulación, habrá de respetar las resoluciones de las controversias que en su aplicación hubiera dictado el órgano competente para ello, según lo dispuesto en el código de conducta en cuestión.

En caso contrario y no siendo posible aplicar la exención de responsabilidad indicada, cabe considerar que el PSSI será responsable. Se trata de una responsabilidad extracontractual y de naturaleza subjetiva (arts. art. 1902 y 1104 del Ccivil). Siendo el PSSI responsable por actuar de forma culposa o negligente. Esta imputación está justificada porque, aunque supervisar y controlar cualquier contenido que se almacena o al que se facilita la visualización en un entorno como el electrónico sería una obligación imposible de cumplir (Cdo. 42 de la Directiva 2000/31/CE), en el caso de que se conozca que es contrario a Derecho, la limitación de su acceso o el impedimento de su visualización sólo precisa que el prestador rectifique el código fuente de la página *web* para evitar que se ocasione un perjuicio a terceros.

La exclusión de responsabilidad referida no puede alegarse cuando el proveedor de los contenidos que son antijurídicos actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que hace posible el acceso a los mismos (Ortega, 2006: 174). Ello responde, en nuestra opinión, a dos razones de acertada justificación. De un lado, porque la actuación del proveedor en estos casos no puede considerarse pasiva en cuanto a los contenidos. En segundo término, y siguiendo lo dispuesto en la norma comunitaria, porque no puede ser un impedimento para desarrollar y aplicar de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión que permite la tecnología digital dentro de los límites trazados (Cdos. 40 y 42 de la Directiva 2000/31/CE). Aunque esta última salvedad ha de matizarse, ya que se añade que la exención de responsabilidad sólo será aplicable cuando la actividad del prestador se limite al *proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente*. Es decir, que no conozca ni controle dicha información, sino que sólo actúe de forma técnica, automática y pasiva, como se ha señalado.

En definitiva, el PSSI podrá ser responsable en los casos en los que, teniendo conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido a través de una resolución (o por otros medios), existan pruebas suficientes que acrediten su falta de diligencia para eliminar o impedir el acceso al mismo. Sin embargo, si resulta probado que el prestador no conocía la ilicitud de la información que almacena o a la que da acceso o, en sentido opuesto, de haberlo sabido hubiera actuado diligentemente imposibilitando su visualización, no podrá ser responsable.

El afectado por la prestación de los servicios de intermediación tiene reconocido el derecho a interponer la acción civil de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados y, en la medida en que se cumplan las previsiones normativas, la acción de cesación para conseguir que cese la conducta que resulta contraria a los principios contenidos en la ley y que no vuelva a repetirse en un futuro (arts. 30 y 31 de la LSSIyCE).

Las plataformas de economía colaborativa que ofrecen el intercambio de información entre sus usuarios, en líneas generales, están realizando un servicio de intermediación que se rige por las previsiones contenidas en la norma específica a la que hemos hecho referencia. Pues se limitan a proporcionar el espacio electrónico para que los que ofrecen un servicio y los que lo demandan se pongan en contacto. Pero, procede añadir que hay supuestos en los que el prestador no se ciñe únicamente al servicio de intermediación, sino que también forma parte de la actividad subyacente del mismo. Nos referimos, en el tema que se aborda, a la contratación del transporte terrestre de viajeros. En este planteamiento, la plataforma electrónica no puede ser ajena a la normativa sectorial que regula dicho servicio y que incluye las exigencias administrativas necesarias para poder realizarlo (como la obtención de una licencia o la concesión de una autorización previa), tal y como se valora a continuación.

B. El régimen jurídico del sector del taxi y de las empresas VTC

La actividad de economía colaborativa que se ofrece a través de las plataformas electrónicas que hemos referido, se concreta en la prestación de un servicio de transporte terrestre de viajeros por carretera mediante vehículos de turismo. En este sentido, es preciso prestar atención a las normas propias del mismo y que le son exigibles en virtud de la actividad que se oferta a través de ellas. Esto es, en los supuestos en los que la plataforma realiza determinadas actuaciones en el ámbito de la contratación del servicio de transporte, como lo son: la fijación del

precio final que debe abonar el usuario por su realización (queda exceptuado el caso en el que la plataforma únicamente hace una recomendación sobre el precio y es el prestador el que lo determina de manera libre), la disponibilidad de los medios necesarios para poder ofrecer el servicio o el establecimiento de otras condiciones de la relación contractual. En cuyo caso, como se ha adelantado, no sólo hay que observar las disposiciones de la LSSIyCE en cuanto que se presta un servicio de intermediación, sino también las previsiones de la actividad de transporte subyacente.

El sector del transporte terrestre de viajeros por carretera se ha visto alterado, además de por la indicada influencia de las nuevas tecnologías, por las modificaciones de su régimen normativo. La aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre relativa a los servicios en el mercado interior, supuso el fomento de la eliminación de fronteras en dicho mercado y la garantía de la libre prestación de servicios y de establecimiento en el mismo. Este texto interesa en la materia por cuanto exige que las autoridades nacionales revisen las legislaciones internas para garantizar que los requisitos de acceso al mercado estén justificados por un objetivo legítimo y que sean necesarios y proporcionados, impidiendo restricciones que no cumplan dichas pautas (como autorizaciones discriminatorias, innecesarias e injustificadas); y, también, porque en su art. 2 excluye del ámbito de aplicación los servicios de transporte de carácter urbano, el prestado por parte del taxi y el arrendamiento de vehículo con conductor (Carbonell, 2016: 55-85). Es decir, los que están sometidos a regímenes de autorización o licencias previas a la actividad.

La transposición de estas previsiones al ámbito interno, se llevó a cabo con la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en todo el territorio español, la cual impulsó la mejora de la regulación del sector servicios en relación con el incremento de la productividad y el empleo; y el fomento de la variedad y calidad de los mismos, suponiendo la modificación –entre otras normas– de las relativas al transporte terrestre (Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres –LOTT– y el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres –ROTT–, ambos textos modificados por la Ley 9/2013, de 4 de julio; la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea; y el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre para adaptar dichos textos al contenido de la STS de 14 de febrero de 2012 y a la Sentencia de la AN de 7 de febrero de 2014).

Por su parte, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado –LGUM– (Aguilera, 2013: 107-113; León, 2013: 35-46; Vicente, 2013: 99-106), elimina las limitaciones que pudieran imponerse a la libertad de establecimiento de los operadores económicos y de circulación de bienes y servicios en el territorio nacional, así como respecto a la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica (art. 1 de la LGUM, en referencia al art. 139 de la CE -STC 1/1982 y STC 88/1986-. *Vid.* Castillo, 2014: 745-783; Padrós/ Macías, 2014: 116-131; Rebollo, 2014: 23-33; Rodríguez, 2014: 539-565; Tornos, 2014:148-174). Quedando al margen los supuestos en los que las posibles restricciones estuvieran justificadas en base a la tutela del interés general. El texto referido recoge una serie de principios básicos (arts. 3 a 9 de la LGUM. *Vid.* León, 2013: 39-43; Lozano, 2014: 157-166; Padrós/ Macías, 2014: 119-120; Vicente, 2013: 101-104), como lo son: la garantía de la libertad de establecimiento y de circulación en cuanto al principio de no discriminación por razón del lugar de residencia o establecimiento (art. 16 en relación con el art. 9 de la LGUM), lo que implica que los operadores económicos han de tener reconocidos los mismos derechos en el territorio nacional (Alonso, 2014: 85-98; León, 2013: 39-43; Lozano, 2014: 157-166); el principio de cooperación entre las distintas autoridades competentes y de confianza mutua de las decisiones adoptadas por otras entidades administrativas (arts. 23 a 25 de la LGUM); el principio de simplificación de cargas (art. 9 de la LGUM); el de transparencia (Buisán, 2014: 151-160); y el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de control de las autoridades competentes y de los medios de intervención de las mismas (art. 17 en relación con el art. 5 de la LGUM). A los referidos principios se añade, además y como novedad, el de eficacia territorial de las actuaciones que lleven a cabo las autoridades competentes locales o autonómicas (actos, disposiciones y medios de intervención) y cuyo efecto se extiende a todo el ámbito interno (Alonso, 2014: 293-353; Tornos, 2014: 157-161). Este principio encuadra tanto la libertad económica de cualquier operador legalmente establecido en un lugar del territorio español para ejercer su actividad (siempre que hubiera accedido a ella cumpliendo los requisitos exigidos), como la eficacia de las actuaciones administrativas en el territorio nacional y que se extiende de manera expresa a cualquier tipo de manifestación. Junto a lo indicado, la norma recoge un elenco de garantías administrativas y jurisdiccionales que tienen por finalidad superar la actuación de los poderes públicos que resulten contrarias a las libertades de establecimiento o circulación (Alonso, 2014: 161-213; Casares, 2014: 831-919; Rodríguez, 2016: 406-415).

Prestando atención a las normas referidas al transporte terrestre (taxi y empresas de arrendamiento con conductor en vehículos de turismo. Doménech, 2015: 37-59 y 2015a: 61-104), hay que destacar el contenido de la LOTT y el ROTT y, en lo que concierne a las VTC, además la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V en materia de arrendamiento de vehículos con conductor del ROTT, modificada por la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre. Textos normativos que condicionan la ejecución del transporte público de viajeros a la obtención de la correspondiente autorización que concede el órgano administrativo competente, de la que sólo cabe su denegación si no se cumplen los requisitos exigidos (art. 43 de la LOTT). La prestación de transporte por medio de taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor son servicios de transporte con vehículos de turismo públicos, realizados por cuenta ajena, retribuida y discrecional (Carbonell, 2016: 70-80). Pues el arrendamiento de vehículos con conductor ya no se considera una de las actividades auxiliares y complementarias del transporte, sino que se incluye dentro del transporte público en general.

En este sentido, como es sabido, la Constitución Española reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia del transporte terrestre cuando el servicio se realice por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, pero reserva a las CC.AA. la competencia para regular el transporte que se efectúe en el ámbito propio de la misma (arts. 149.1.21ª y 149.1.5ª de la CE). Salvo que la norma autonómica se remita explícitamente a la legislación estatal; o cuando la autonomía no cuente con una norma al respecto; y en los casos en los que el Estado puede incidir en la ordenación de los transportes intrarregionales cuando esté habilitado para ello por títulos competenciales distintos del transporte, en los que las CC.AA. no tengan competencias exclusivas. Si bien, hay que tener presente que las competencias estatales respecto de los transportes que se llevan a cabo por todo el territorio nacional (discrecionales y las actividades complementarias y auxiliares del transporte), fueron asumidas por las autonomías en virtud de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las CC.AA. en relación con los transportes por carretera y por cable (modificada por la Ley Orgánica 5/2013, de 4 de julio). A mayor abundamiento, a los municipios también se les reconoce competencia para ordenar y gestionar los transportes urbanos que se realizan dentro del término municipal (Carbonell, 2011: 2275-2345).

De este modo, el servicio de taxi precisa de la correspondiente licencia municipal y de la autorización autonómica para los servicios interurbanos (arts. 123 a 127 del ROTT), mientras que las VTC requieren la autorización de la CC.AA. Las primeras, se limitan desde la perspectiva cuantitativa en razón de la población del municipio desde cuyo término habrá de iniciarse el transporte (art. 125 del ROTT). Junto a este carácter limitativo de la norma y en el que destaca la limitación geográfica de las licencias que se autorizan, hay diversos aspectos que difieren entre el servicio prestado por el taxi y el de los VTC. A saber: la imposibilidad de que el VTC circule en la vía pública con la pretensión de que los clientes puedan contratar, la falta de paradas específicas y la necesidad de que previamente se contrate el servicio para poder realizarlo. El taxi, por su parte, cuenta con un régimen de horarios y descansos de carácter obligatorio, con un ámbito de actuación territorial limitado en el municipio de expedición de la licencia y cuenta con un sistema de precios regulado. Así, es factible entender que el arrendamiento de vehículos con conductor que permite realizar el transporte de viajeros es un servicio que, pese a requerir de una determinada autorización administrativa (VTC), presenta unas exigencias propias que lo singularizan y distancian del lleva a cabo por el taxi (STS de 16 de junio de 2003. Roj: STS 4170/2003).

Las exigencias que se establecen respecto de la obtención de licencias VTC comprenden el cumplimiento de las imposiciones generales para la prestación del servicio de transporte público y las particulares que se centran fundamentalmente en las siguientes: disponer en propiedad o arrendamiento de un número determinado de vehículos (al menos siete) y que éstos cumplan con unas características de potencia, antigüedad, dimensiones (no tendrán una capacidad superior a nueve plazas) y otras condiciones de protección medioambiental y de seguridad (art. 181 del ROTT). No obstante, a pesar de cumplir los requisitos indicados, es posible que se deniegue la autorización si existiera un desequilibrio entre oferta y demanda, así como que se otorguen las autorizaciones por vehículo y no por empresa. También se impide, como adelantábamos, que se circule con pasajeros sin un contrato previamente suscrito y con la correspondiente hoja de ruta; y que se ofrezcan los servicios circulando en las vías públicas. En lo que hace al precio del transporte, son las partes las que lo determinan libremente.

Dichas circunstancias han hecho que la CNMC actúe al respecto al considerar que algunos de los presupuestos contemplados en la normativa que regula estos servicios suponen barreras de entrada en la prestación del servicio de taxi y VTC (Garrigues, 2016: 31-40). La actuación de la CNMC ha sido en un doble

sentido: de un lado, a instancia de un operador de VTC (18 de agosto de 2015), en cuyo caso se ha presentado un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid. En concreto, con la exigencia de que los conductores que presten un servicio de VTC realicen la contratación previa del mismo tanto en las oficinas, como en los locales del prestador de servicio y lleven a bordo una hoja de ruta válida. La CNMC ha valorado la solicitud del operador y ha estimado su admisión, al considerar que dichas condiciones resultan opuestas al principio de necesidad y el de proporcionalidad, en la medida en que se limita el acceso al mercado del transporte de pasajeros y la competencia en el mismo y ello afecta a los consumidores y usuarios y reduce el bienestar general (Documento Objetivos públicos que persigue la regulación de la CNMC, diciembre 2014).

Por otro lado, en enero y febrero de 2016 la CNMC requirió al Consejo de Ministros la anulación de diversos preceptos del Real Decreto 1957/2015, de 20 de noviembre y de la Orden FOM 2799/2015, de 18 de diciembre, la ausencia de una respuesta motivada al respecto hizo que en abril de 2016 se presentase recurso contencioso-administrativo de oficio contra ambos textos (Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el Real Decreto 1057/2015 y en la Orden FOM/2799/2015, en materia de vehículos de alquiler con conductor (UM/085/15) y acumulados, de 9 de junio 2016). En su consideración, la CNMC afirma que estas normas han supuesto la modificación de la regulación del transporte de viajeros en vehículos de turismo en la modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor, y resultan contrarias a los principios de promoción de la competencia efectiva y a la regulación económica eficiente. Los requisitos que se exigen y que son cuestionados se centran en los siguientes: que se disponga de un determinado número de vehículos; y el carácter representativo de los mismos basado en ciertas características de potencia, dimensiones y antigüedad. De manera adicional, se enumeran algunas restricciones, cuales son: la posibilidad de denegar la autorización si se estima un desequilibrio entre la oferta y la demanda; el otorgamiento de autorizaciones sólo por vehículo (no por empresa); la prohibición de circular con pasajeros sin un contrato de arrendamiento y ofrecer sus servicios circulando en las vías públicas a fin de poder captar a los clientes.

En relación con lo anterior, entendemos que los principales aspectos a tener en cuenta en cuanto al perjuicio para la unidad de mercado se refieren a: las limitaciones de carácter cuantitativo o *numerus clausus* de las licencias de VTC al

establecer el 1/30 de este tipo de licencias frente a las propias del servicio de taxi, lo que implica que por cada treinta licencias de servicio de taxi se emite una VTC; el deber de realizar la contratación previa del servicio a través de aplicaciones; la prohibición de competir de forma directa en la vía pública sin que se puedan utilizar las paradas que están habilitadas a los taxis; las restricciones geográficas a la prestación del servicio que fragmentan el mercado nacional; el establecimiento de un número mínimo de vehículos para poder ejercer el servicio; y otras imposiciones que pueden resultar discriminatorias y, en todo caso, innecesarias para ejercitar la actividad (la CNMC ha actuado contra las Ordenanzas municipales reguladoras del servicio de taxis en Málaga de 25 de mayo de 2015 y de Córdoba de 9 de junio del mismo año por suponer una restricción de la competencia).

En consecuencia, a juicio de la CNMC, estos requerimientos suponen una restricción de la capacidad de competir de los VTC, reducen la competencia en el mercado de transporte de viajeros y afectan de modo negativo a los precios, la innovación y la calidad del servicio. Perjudicando el interés de los consumidores, las empresas, los autónomos y al propio sector público y sin que su previsión esté debidamente justificada en razón del interés general. Por ello, y en beneficio del fomento de la economía colaborativa y la innovación en el mercado, es conveniente revisar las disposiciones regulatorias del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor que permite el transporte de viajeros para beneficiar a los consumidores e impedir las barreras de entrada al sector, las cuales no se justifican ni son necesarias y pueden considerarse desproporcionadas (Resultados preliminares E/CNMC/004/15 Estudio de los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa de la CNMC, marzo de 2016).

IV. Cuestiones controvertidas en relación con la competencia desleal

Los principales problemas que han surgido respecto a las plataformas de intercambio de servicios de economía colaborativa en materia de transporte de viajeros por carretera se plantean por la falta de regulación específica y la práctica de comportamientos desleales en el mercado en relación con los colectivos profesionales tradicionales (Leñena, 2015: 283-334). Esencialmente, el del taxi y los servicios de autobús. En concreto, por cuanto las exigencias que se imponen respecto de la concesión de licencias y las tarifas reguladas en el ámbito del taxi,

no se corresponden con los vehículos con conductor y ello afecta a la competencia en el mercado.

A. Disposiciones en materia de competencia desleal

Las plataformas electrónicas que no sólo tiene una participación de intermediación en la relación entre los que ofrecen servicios de transporte con vehículos de turismo y los usuarios que los demandan, sino que además forman parte de su contratación, están siendo cuestionadas desde la perspectiva de las prácticas comerciales desleales. Pues las empresas que forman parte de este sector regulado consideran que no se atienden las exigencias jurídicas del mismo.

A nivel interno, la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD) pretende paliar las conductas y comportamientos que se suceden en el mercado y que suponen un perjuicio para la leal competencia en el mismo. Teniendo como principal objetivo la tutela y protección de la libertad de empresa y de la libre competencia ante prácticas desleales. En este sentido, el tenor de la norma tiene como prioridad la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (empresarios, profesionales o los que participen en el mercado con independencia de que sean personas físicas o jurídicas), para lo cual se limitan los comportamientos de competencia desleal (art. 1 de la LCD). Si bien, el acto de competencia desleal ha de realizarse en el mercado donde confluyen las ofertas y demandas de productos o servicios; y tener fines concurrenciales, no siendo preciso que la conducta se dé necesariamente en una situación de competencia (art. 3 de la LCD). Este último presupuesto se refiere a que sea *objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero* (art. 2 de la LCD).

La primera norma contra los actos de competencia desleal es la cláusula general (art. 4 de la LCD), en la que se *reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*, según lo previsto en el art. 7 del CC. De este modo, se trata de un supuesto de deslealtad con sustantividad propia que se establece junto a los planteamientos específicos recogidos en la norma. Así, los actos que supongan un perjuicio de los presupuestos de la buena fe serán desleales y frente a ellos podrán interponerse las correspondientes acciones judiciales previstas en el tenor de la ley. Tras esta primera norma de deslealtad, el legislador recoge un conjunto de comportamientos que afectan a la competencia en general, incluyendo la publicidad ilícita (arts. 6 a 17 de la LCD. Tato/

Fernández/ Herrera, 2010), seguidos de una relación de conductas desleales que afectan de modo particular a los intereses de los consumidores o usuarios (arts. 19 a 31 de la LCD. Tato/ Fernández/ Herrera, 2010).

En el caso que nos ocupa, la posibilidad de ofertar servicios de transporte a través de plataformas digitales es un comportamiento que se realiza en el mercado y que tiene una finalidad concurrencial. La realización de esta actividad al margen de las exigencias normativas que se imponen, puede dar lugar a un supuesto que afecta a la competencia por la *violación de normas* (art. 15 de la LCD. *Vid.* Carbajo, 2011: 405-431; Tato/ Fernández/ Herrera, 2010). La vulneración de una norma imperativa, general y coercitiva, no sólo tiene efectos negativos por la infracción en sí misma, sino que también puede calificarse como un comportamiento desleal. En particular, va a ser desleal servirse en el mercado o prevalerse de una ventaja competitiva y significativa que se ha conseguido por la vulneración de las normas de derecho positivo (STS de 24 de julio de 2007. RJ 2007, 4705); y, en igual sentido, la mera infracción de normas que regulen la actividad concurrencial. La oferta de un servicio de transporte por carretera a través de plataformas digitales sin que se observen los requerimientos administrativos previstos para ello, y amparándose bajo el prisma de la economía colaborativa, es un comportamiento que se realiza en un determinado mercado, con fines concurrenciales y que perjudica el juego de la libre competencia. A efectos de calificar el hecho como un supuesto desleal por infracción de normas, han de valorarse los dos condicionantes señalados. De un lado, que se trate de la infracción de cualquier norma, pero que suponga que el infractor obtiene una ventaja competitiva significativa de la que carecen los que cumplen la legalidad y que, a su vez, se prevalezca de ella en el mercado. De acuerdo con la interpretación del TS (STS núm. 512/2005, de 24 de junio), esto significa que la ventaja sea real (no potencial) y que exista un nexo causal entre el incumplimiento de las normas y la ventaja efectiva que se alcanza en el mercado de que se trate.

De otro, que las normas que se vulneran regulen la actividad concurrencial, lo que supone que las mismas tengan por objeto la ordenación del mercado y la regulación de las conductas competitivas de los que participan en él. En este supuesto, la calificación de deslealtad se basa en el simple hecho de infringir dichas normas con independencia del resultado alcanzado. La aplicación de esta disposición depende de la finalidad directa de la norma vulnerada y que ha de ser la regulación de los comportamientos concurrenciales específicos en beneficio de la libre competencia. Razón que permite afirmar que el incumplimiento

de las obligaciones de naturaleza fiscal o laboral no resulta *per se* un acto desleal, salvo que pueda enjuiciarse en el planteamiento anterior.

En otro orden, también se ha planteado la posibilidad de valorar ciertas formas de prestar servicios bajo la economía colaborativa como desleales por suponer un *acto de engaño* en el mercado. El análisis del posible engaño ha de hacerse tanto en relación con el contenido que se difunde, como por las omisiones de datos. En cuanto al primero, la norma prevé la deslealtad por engaño de la información falsa o de la que, siendo veraz, induce a error o puede hacerlo a los destinatarios; y que sea susceptible de alterar su comportamiento económico (Anexo I 'lista negra' de conductas que se consideran desleales en todo caso y, por tanto, están prohibidas y art. 27 de la LCD). La omisión de datos relevantes plantea dos alternativas: valorar la ilicitud por la omisión u ocultación de información de importancia para los consumidores; o que se ofrezcan los datos, pero de un modo que no resulten claros, inteligibles o que sean ambiguos, o se ofrezcan en un momento inadecuado. Siempre que ello influya en la toma de decisiones del destinatario con el debido conocimiento de causa y que, de otro modo, no hubiera llevado a cabo (Resolución de 22 de mayo 2012 del Parlamento europeo sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables). No obstante, para su determinación habrá de tenerse en cuenta el contexto de hecho en cada caso y las características y circunstancias específicas del mismo. Y, en particular, las limitaciones y los aspectos del medio de comunicación empleado y la percepción generada en el consumidor medio que se singulariza por estar *normalmente informado* y ser *razonablemente atento y perspicaz*, teniendo en cuenta los aspectos sociales, lingüísticos y culturales que le distinguen (*Vid.* Fernández-Nóvoa, 2006: 25; Massaguer, 2006: 91-95. El pronunciamiento de referencia sobre el concepto de 'consumidor medio' fue la Sentencia del TJCE, Sala Quinta, de 16 de julio de 1998, Asunto C-210/96, pág. I-04657, en relación con la petición dirigida al Tribunal de Justicia (según el art. 177 del Tratado CE) por el *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania) para obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano entre *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky* y *Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra e) del apartado 2 del art. 10 del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos. Caben destacarse otros pronunciamientos anteriores, como el asunto *Boscher* de 30 de abril de 1991 -C-239/90-, el asunto *Yves Rocher* de 18 de mayo de 1993 -C-238/89-, el asunto *Clinique* de

2 de febrero de 1994 -C-126/91- y el asunto *Mars* de 6 de julio de 1995 -C-456/93-). Si bien, el concepto de consumidor medio no es una referencia estadística, sino que corresponde a los Tribunales y autoridades nacionales de cada uno de los Estados miembros hacer valer sus razonamientos a efectos de concretar el comportamiento del mismo, según el supuesto particular de que se trate.

B. Alcance de los casos de las entidades *UberPop* y *BlaBlaCar* en España. Diverso razonamiento

Las plataformas colaborativas en el servicio de transporte por carretera que hemos indicado al inicio de este trabajo y que presentan una distinta funcionalidad han tenido que hacer frente a diversas polémicas que han sido objeto de procedimientos judiciales, esencialmente en materia de competencia desleal.

En el caso *UberPop*, la causa se inició a instancia de la *Asociación Madrileña del Taxi* porque la entidad no cumple las exigencias fiscales y de Seguridad Social necesarias. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid dictó un Auto por el que se le impuso a la entidad como medida cautelar la cesación y prohibición en España, y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid, de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos con la denominación *UberPop*, sin concederle la previa audiencia a la entidad demandada -*forma cautelarísima*- (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014. Medidas cautelares previas 707/ 2014. Doménech, 2015: 37-59 y 2015a: 61-104; Touriño, 2016: 80-93). A saber: *la cesación y prohibición en España de la prestación y adjudicación del servicio (...), la cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del servicio de transporte de viajeros UberPop en España mediante la página web (...) y la cesación y prohibición de cualquier aplicación (app) u otro soporte o sistema tecnológico (...)*. En este asunto, el juez considera la necesidad de analizar la tutela respecto de la medida cautelar del servicio regular de transporte de viajeros frente a una empresa que *presuntamente* lo está llevando a cabo sin las preceptivas autorizaciones administrativas, las cuales están previstas en un entramado normativo de disposiciones nacionales y autonómicas (arts. 22, 42, 53 y 91 de la LOTT; en cuanto a las normas autonómicas, hay que atender a la Ley 20/89, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid y al Decreto 74/05, de 28 de julio, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en los automóviles de turismo en la Comunidad de Madrid y la Ordenanza Municipal

del Taxi). La entidad cuya conducta se enjuicia cuenta con un dominio en Internet y un sistema de descargas de una aplicación que posibilita el servicio de transporte de viajeros por parte de conductores que carecen de la licencia obligatoria para ello. La actuación de *UberPop* precisa que se valore su alcance. Esto es, saber si la entidad se limita a prestar un servicio de intermediación entre los que realizan el transporte al margen de las imposiciones normativas y de los requisitos administrativos exigidos, en cuyo caso su única función sería proveer un entorno electrónico que haga posible a los usuarios intercambiar la información que ellos establecen al margen de la entidad y habilitar un espacio que haga posible que los que ofrecen el servicio y los que lo demandan se encuentren. O que la entidad, junto a dicha actividad de intermediación, participe también en la actividad subyacente que a través de la misma se ofrece, cual es la conclusión del transporte terrestre. Por ello, se valora lo dispuesto en la LCD sobre la aludida infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (apartado 2º del art. 15 de la LCD); así como las previsiones de la LOTT y otras normas en materia de transporte. Como es sabido, en estas últimas se encuadran tanto las actividades de transporte por carretera, ferrocarril, trolebús y teleféricos y las actividades complementarias de transporte que son las *desarrolladas por las agencias de transportes, los transitarios, los operadores logísticos, los almacenistas-distribuidores y las estaciones de transporte de viajeros y centros de transporte y logística de mercancías por carretera o multimodales*.

Respecto de esta misma entidad, se interpuso otra demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en 2015 por la *Asociación Profesional Élite Taxi*. Los taxistas reclaman que se prohíba de forma definitiva a *UberPop* operar su servicio entre particulares por considerar que se trata de un caso de competencia desleal y por la relación profesional que vincula a los que realizan el transporte y al que presta el servicio de intermediación (plataforma). Alegan que la empresa carece de las licencias y autorizaciones necesarias para llevar a cabo el servicio que ofrecen en el mercado del transporte. En este caso, la entidad *Uber* ha manifestado que no se trata de un supuesto de economía colaborativa, sino que es una *entidad de servicios de la sociedad de la información*. Consecuencia de lo cual, su servicio no es el transporte, sino la intermediación electrónica. Esta alegación, ha hecho que dicha empresa presente a la Comisión europea una denuncia contra distintos países en los que opera por entender que se vulnera la legislación comunitaria en materia de libre prestación de servicios y el comercio electrónico (Reclamación presentada el 31 de marzo de 2015, contra Francia, España y

Alemania). La Comisión concluye que el modelo de negocio de *Uber* es de naturaleza *mixta*, pues es una plataforma electrónica y, al mismo tiempo, una empresa de transporte porque la entidad participa en la determinación del precio y en las condiciones impuestas a los que lleva a cabo. Por tanto, ha de observar tanto los presupuestos normativos aplicables a los prestadores de SSI, como los propios de la actividad subyacente que ofrece (servicio de transporte terrestre). Pero califica de prioritaria la actividad de transporte que queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios (apartado 2º del art. 2 del texto). Razón por la que se considera que *Uber* no proporciona servicios de economía colaborativa ni es un simple intermediario de la sociedad de la información, en la medida en que controla los aspectos del servicio de transporte y lo organiza (aunque los que presten el servicio no sean sus trabajadores). La valoración de la participación de la entidad se hace atendiendo a distintos criterios determinantes en cuanto al nivel de control sobre su actuación. A saber: la participación en la fijación del precio final del servicio que se realiza, la concreción de parte del contrato que se concluye entre el que presta el servicio y el usuario del mismo, la posible relación laboral con el prestador del servicio y que la entidad cuente con los activos necesarios para que se lleve a cabo el servicio. En caso de que estos presupuestos se cumplan, la Comisión estima que la actuación de la entidad que gestiona la plataforma no es sólo de intermediación, sino que además participa en el servicio de transporte.

Con este panorama, el juez consideró que antes de analizar la posible conducta desleal de la entidad, era necesario precisar si *UberPop* es un mero intermediario que ofrece un servicio de la sociedad de la información o, en su caso, si además presta un servicio de transporte. Las consecuencias en el ámbito del Derecho difieren, pues mientras que en el primer planteamiento prima el principio de libre prestación de servicios, no así en el caso de que se trate de un servicio de transporte. En este último, es necesario contar con la licencia o autorización administrativa correspondiente. Ello hizo que se presentara la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE (de acuerdo con lo previsto en el art. 237 del Tratado de la UE. Cuestión prejudicial ante el TJUE el 7 de agosto de 2015. Touriño, 2016: 80-93). El discernimiento se establece en razón de la funcionalidad de la plataforma. Así, se trata de determinar si *Uber* presta un servicio de transporte o simplemente un servicio electrónico de intermediación propio de la sociedad de la información. En este último caso, sería aplicable el principio de libre prestación de servicios y, por ende, la imposibilidad de establecer restricciones innecesarias

o desproporcionadas a su ejecución. Por otro lado, si *Uber* no fuera un servicio de transporte y entrara dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios, se cuestiona si la regulación del acto desleal por infracción de normas puede ser contrario a la libertad de establecimiento de la norma comunitaria. Las conclusiones preliminares sobre el caso que ha hecho públicas el Abogado del Estado (Conclusiones del Abogado General (*Sr. Maciej Szpunar*) de 6 de abril, pero que se han presentado el 11 de mayo de 2017) determinan que *UberPop* no es una mera plataforma electrónica amparada por el principio de libre prestación de servicios, antes al contrario, se trata de un servicio de transporte al que le son exigibles las licencias y autorizaciones correspondientes para prestarlo.

En definitiva, a pesar de que la entidad *UberPop* no es titular de los vehículos a motor con los que se realizan los servicios de transporte que se ofrecen, no puede decirse lo mismo respecto del precio aplicable a cada servicio. La propia entidad es la que determina el coste del servicio y las condiciones de su ejecución. En consecuencia, su actuación no se limita a ser una simple plataforma colaborativa, sino también una empresa que presta servicios de transporte por carretera vinculada a las exigencias normativas impuestas a este sector. Estas conclusiones, pese a no ser definitivas ni vinculantes para la decisión del TJUE, cabe entenderlas como una orientación a la resolución del Tribunal, si bien al momento de concluir el presente trabajo éste aún no se ha pronunciado sobre el particular. No obstante, a la espera de dicha resolución, el TS ha admitido a trámite el recurso de la Generalitat de Catalunya sobre la actividad de *Uber* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Auto de 8 mayo. 2017JUR\2017\117443) cuyo fondo resulta coincidente con el contenido de la cuestión prejudicial. Es decir, definir si dicha entidad ha de someterse a la intervención administrativa del sector del transporte o, en su caso, cabe apreciar que la actividad que desarrolla es ajena al mismo y queda al margen del régimen de licencia o autorización previa, por lo que le son aplicables el principio de libre establecimiento y prestación de servicios (LSSIyCE).

Por su parte, el caso que enfrenta a la Confederación Española de Transportes en Autobús con *Comuto Iberia, S.L.* y *Comuto, S.A. (BlaBlaCar)* presenta una resolución opuesta a la anterior. El mismo Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, en esta ocasión, desestimó la demanda presentada por el colectivo del autobús para que adoptase medidas cautelares de cese de la conducta de *BlaBlaCar* y de la prestación de transporte entre particulares sin la preceptiva autorización administrativa (en virtud de la aplicación del art. 15 de la LCD). El órgano judi-

cial, apartándose del precedente, dio audiencia a la entidad y concluyó que la actividad que realiza la plataforma es ajena a la propia del transporte terrestre (Sentencia 30/2017, de 2 de febrero). Antes al contrario, en este caso se confirma que la plataforma es una mera intermediaria en el ámbito electrónico, a pesar de que ello no impida que pueda llevar a cabo diversos servicios que ordenen la actividad subyacente, en beneficio de la intermediación que proporciona. En este sentido, se recoge con literalidad: (...) *queda probado que Blablacar realiza una actividad ajena a la regulada por la LOTT, pues poner en contacto a particulares con más o menos requisitos, con un control de pagos, con una crítica de las personas intervinientes sobre retrasos o sobre la calidad de otros servicios no es una actividad sujeta a la ley de ordenación del transporte terrestre.*

Los que realizan los servicios de transporte no tienen una relación laboral con la plataforma, sino que se trata de particulares que por su cuenta y riesgo lo ofrecen a los que quieran realizar el mismo viaje y compartir el coste de su ejecución. Por tanto, y pese a la falta de una regulación específica sobre la economía colaborativa, se estima que la entidad ha creado una plataforma electrónica para poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje y compartir los costes derivados del mismo, pero no participa en la actividad de transporte que se concluye (art. 101 de la LOTT). El transporte se realiza entre particulares y ello hace que quede al margen de la aplicación de las normas que rigen el transporte terrestre y de las disposiciones sectoriales. En este caso, la entidad no fija el precio del transporte, sólo establece una recomendación en relación con el mismo y que no cabe entender como forma de obtención de un ánimo de lucro (*BlaBlaCar* se limita a *calcular los kilómetros y recomendar a fuerza de expulsar de la plataforma en caso de abuso, la cantidad que debe pagar el viajero en función de la distancia y de la cantidad de viajeros en relación al coste total del viaje* -entre 0,06 y 0,09 Euros/Klm.-). Aun cuando el pago se realiza directamente a la plataforma, ésta comprueba que el servicio de transporte se ha llevado a cabo correctamente y no hay ninguna reclamación y, en ese momento, es cuando hace una transferencia a quien lo ejecuta. Siento esta diferencia entre la actividad de intermediación y la subyacente, el elemento esencial que separa este caso del analizado con anterioridad (*Uber*). Consecuentemente, la actuación de la plataforma en este planteamiento sólo se refiere al transporte privado, quedando fuera de la aplicación de la LOTT y del ROTT, no pudiendo ser tampoco una actuación contraria a la competencia en el mercado.

La funcionalidad de esta plataforma es un modo de economía colaborativa que debe ser valorada positivamente y fomentada en beneficio del mercado y, en concreto, de los usuarios, tal y como se establece en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de enero de 2014 y en el Plan de Medidas Urgentes de Ahorro y Eficiencia Energética de fecha de 4 de marzo de 2011 del Ministerio de Industria.

V. Reflexiones finales

El estudio realizado nos ha permitido comprobar la repercusión que está teniendo en la actualidad la *sharing economy* y que afecta a numerosos y diversos sectores económicos y sociales e implica una alteración de la forma en la que se ofrecen y contratan una multiplicidad de servicios. La influencia de las Nuevas Tecnologías ha hecho posible que se implementen plataformas de economía colaborativa que proporcionan el medio a través del que van a poder contactar los que ofrecen productos o servicios y los que los demandan. Así, dejando al margen el fin lucrativo propio de la actividad empresarial, estas plataformas fomentan el desarrollo de la actividad colaborativa o conjunta subyacente entre los interesados.

No obstante lo anterior, la participación de las mencionadas plataformas electrónicas en la actividad que proporcionan consideramos que no siempre resulta clara y precisa, como sucede en el caso del servicio de transporte terrestre de pasajeros.

En consecuencia, puede concluirse que la economía colaborativa plantea nuevos retos en cada una de las ramas de actividad en la que surge (turismo, educación, financiera, transporte, entre otras) y, además, cuestiones jurídicas de importancia. En concreto, en cuanto al servicio de transporte terrestre de personas analizado las plataformas digitales de mayor reconocimiento en la práctica están soportando procesos judiciales y otras reclamaciones en relación con su funcionalidad. A este respecto, las ideas principales a destacar van a ser las que se relacionan a continuación.

En primer lugar, no cabe duda de la existencia de normativa de aplicación a las materias afectadas por la economía colaborativa (ámbito electrónico, unidad de mercado, competencia desleal) y, también, específica en cuanto a la actividad subyacente que se pone a disposición a través de estas plataformas digitales (transporte terrestre, educación, turismo, compraventa, entre otras). Sin embargo, es

necesario contar con un conjunto de principios específicos que rijan el funcionamiento de las mismas y delimiten su actuación en el ámbito de la economía colaborativa, bien mediante la aprobación de disposiciones concretas o revisando la existente a fin de adaptarla a los nuevos modelos de negocio.

En segundo término, y derivado de lo anterior, es preciso alcanzar la seguridad jurídica que actualmente es demandada por parte de las entidades de cada sector. Respecto del que nos ocupa, conviene concretar la naturaleza *mixta* de la actuación de las plataformas en el seno de la economía colaborativa, lo cual significa que se establezca si se trata de simples intermediarios electrónicos que proporcionan un servicio propio de la Sociedad de la Información amparados en el principio de libre prestación de servicios, o si se califican como verdaderas empresas de transporte sometidas al régimen normativo particular. Asimismo, y en relación con ello, hay que prever criterios homogéneos de habitualidad y profesionalización y la delimitación del ánimo de lucro de la actividad que se ejerce.

La tercera consideración que cabe hacer es que el servicio ofertado por las plataformas que nos ocupan no pretende suplantar los que se realizan de modo habitual (sector del taxi, autobús o licencias VTC), por lo que la aplicación estricta e igualitaria de las exigencias normativas propias del sector del transporte terrestre consideramos que no va a resultar adecuada en todo caso.

En cuarto orden, y aun en el supuesto de imponer a estas plataformas la observancia de las normas sobre el transporte terrestre de pasajeros y el de las licencias necesarias, la falta de cumplimiento de las mismas no puede dar lugar *per se* a prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado en perjuicio de los competidores y del resto de integrantes que lo conforman. La deslealtad habrá que valorarla en cuanto a la obtención de una ventaja competitiva en el mercado por el incumplimiento de las normas y que ello afecte al resto de sus integrantes.

Por último, la ausencia de una regulación particular en la materia -al momento de elaborar este trabajo- no puede traer como consecuencia que se limite el libre ejercicio de una actividad en el mercado que reporta beneficios tanto a los usuarios que la demandan, como al propio mercado.

Referencias bibliográficas

- AGUILERA SÁNCHEZ- GARRIDO, B. (2013): “De los aspectos teóricos a los aspectos prácticos de la unidad de mercado”, ICE: Revista de economía, 871, 107-113.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2016): “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, Cuadernos de derecho y comercio, 66, 13-73.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. / BURILLO SÁNCHEZ, F.J. (2017): “Capítulo primero. La economía llamada ‘colaborativa’”. En: Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, Aranzadi, Madrid, 49-72.
- ALONSO MAS, C. L. (2014): “El principio de no discriminación en la Ley de Garantía de la Unidad de mercado”. En: El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 85-98.
- BUISÁN GARCÍA, N. (2014): “Transparencia y acceso a la información como garantía de la unidad de mercado”. En: El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 151-160.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2011): “Artículo 15. Violación de normas”. En: Comentarios a la ley de competencia desleal, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 405-431.
- CARBONELL PORRAS, E. (2016): “Competencia y mercado en el transporte en vehículos turismo ante el reto de las nuevas tecnologías”, Revista Española de Derecho Administrativo, 179, 55-85.
- (2011): “Transporte urbano y movilidad”. En: Tratado de Derecho Municipal, Madrid, Iustel, 3ª ed., 2011, II, 2275-2345.
- CASARES MARCOS, A. B. (2014): “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”. En: El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 831-919.

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (2014): "Protección de los consumidores". En: El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 745-783.
- CLEMENTE MEORO, M. E./ CAVANILLAS MUGICA, S. (2003): Responsabilidad civil y contratos en Internet, Comares, Granada.
- CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M./ SILOS RIBAS, M./ SOBRINO RUIZ, M. (2017): "Capítulo duodécimo. La economía colaborativa en los sectores regulados (III). Transporte de viajeros". En: Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, Aranzadi, Madrid, 309-335.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2011): Derecho Privado de Internet, 4ª edic., Civitas, Navarra.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015): "El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi". En: La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad, Marcial Pons, Madrid, 37-59.
- (2015a): "La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»)", CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, 175-176, 61-104.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (2006): "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores", RAAP, 108, 16-25.
- GARCÍA VIDAL, A. (2002): Derecho de marcas e Internet, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARRIGUES (2016): "La CNMC se posiciona como defensora de la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio", Unión Europea Aranzadi, 6, 31-40.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, (2001): El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, Comares, Granada.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015): "Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte ("carpooling" y "car sharing"): entre la economía colaborativa y la competencia desleal", Revista de derecho mercantil, 296, 283-334.
- LEÓN SANZ, F. J. (2013). "La garantía de la unidad de mercado", ICE: Revista de economía, 871, 35-46.

- LÓPEZ ROMÁN, E. (2016): “Economía colaborativa, competencia y el mercado único digital”, *Diario La Ley*, 8690, 3.
- LOZANO CUTANDA, B. (2014): “Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 157-166.
- MASSAGUER FUENTES, J. (1998): “Conflictos de Marcas en Internet”, *Revista General de Derecho*, 648, 11107-11142.
- (2006): *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra.
- MAUDES GUTIÉRREZ, A./ SOBRINO RUIZ, M. / HINOJO GONZÁLEZ, P. (2016): “Fundamentos económicos de la economía colaborativa”, *Anuario de la competencia*, 1, 167-186.
- ORTEGA DÍAZ, J. F. (2006): *Los enlaces en Internet*, Thomson- Aranzadi, Navarra.
- PADRÓS I REIG, C./ MACÍAS CASTAÑO, J. M^a. (2014): “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de administración pública*, 194, 116-131.
- PEGUERA POCH, M. (2002): “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”. En: *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Madrid, 25-66.
- REBOLLO PUIG, M. (2014): “La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista española de derecho administrativo*, 163, 23-33.
- RODRÍGUEZ BEAS, M. (2016): “Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso”. En: *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, 406-415.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A. (2014): “El impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la ordenación del comercio interior”. En: *El nuevo marco mercado*, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 539-565.
- TATO PLAZA, A./ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./ HERRERA PETRUS, Chr. (2010): *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid.

- TORNOS MAS, J. (2014): “La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 19, 148-174.
- TOURINO, A. (2016): “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify”, *Actualidad civil*, 4, 80-93.
- VÁZQUEZ RUANO, T. (2013): *La inserción de enlaces en una web. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid.
- VICENTE RUIZ, M^a. D. (2013): “La necesaria cooperación administrativa para hacer efectiva la unidad de mercado”, *ICE: Revista de economía*, 871, 99-106.