

UBER: ¿TRANSPORTISTA O INTERMEDIARIA EN EL TRANSPORTE? EL CASO ESPAÑOL*

UBER: A CARRIER OR A TRANSPORT INTERMEDIARY? THE SPANISH CASE

Silvia BOBOC
Universitat Jaume I
Instituto de Derecho del Transporte

Resumen: El trabajo analiza si Uber es un transportista contractual o un intermediario en el transporte de pasajeros por carretera, a la luz de la normativa española. Se estudian las principales decisiones que los tribunales nacionales han dictado con respecto a su actividad, así como la opinión del Abogado General en el Caso C-434/15. A continuación, se analizan los conceptos de transportista e intermediario en el transporte de pasajeros por carretera, principalmente en la legislación estatal, pero también en la autonómica, y se aborda el tema de la posible liberalización de la intermediación en el transporte de pasajeros por carretera. Finalmente, contiene una evaluación de los servicios de Uber y se argumenta que la mercantil es una auténtica transportista contractual.

Palabras clave: transporte de viajeros por carretera, transportista, intermediario en el transporte, agencia de viajes, liberalización.

Abstract: This paper analyses whether Uber is a contractual carrier or an intermediary in the passenger transport sector, according to Spanish regulations. For that purpose, it examines the main decisions that national courts have ruled upon their activity, as well as the opinion of the Advocate General in Case C-434/15. It analyses the concepts of carrier and intermediary in road passenger transport, mainly in national regulations, but also at the infra-State level, and raises the possibility that intermediation in the transport of passengers by road has been liberalized. Finally, it contains an evaluation of Uber's services and it argues that Uber should be classified as a contractual carrier.

Keywords: passenger transport by road, carrier, transport intermediary, travel agency, liberalization.

Sumario: 1. Introducción: cronología procesal. 2. El transportista y el intermediario en el transporte de viajeros por carretera. 2.1. Derecho aplicable. 2.2. Delimitación de las figuras del transportista y del intermediario en el transporte de viajeros por carretera. 2.3. La anunciada liberalización de los servicios de intermediación en el transporte de viajeros por carretera en la exposición de motivos de la Ley 9/2013, de 4 de julio. 3. Naturaleza jurídica de los servicios prestados por Uber. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN: CRONOLOGÍA PROCESAL

Uber es una plataforma electrónica que, a través de un teléfono inteligente provisto de la correspondiente aplicación, permite solicitar un servicio de trans-

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+ D: "El transporte como motor del desarrollo socio-económico: protección del contratante débil y avances en la liberalización del sector" (ref. DER2015-65424-C4-3-P), cuya investigadora principal es la profesora M^a Victoria Petit Lavall.

porte urbano en las ciudades donde está presente. La aplicación reconoce la localización del usuario y encuentra los conductores disponibles que se hallan en las inmediaciones. Cuando un conductor acepta la carrera, la aplicación informa al usuario y le muestra el perfil del conductor y una estimación del precio del trayecto hasta el destino indicado por el usuario. Una vez efectuada la carrera, su importe se deduce automáticamente de la tarjeta de crédito del usuario, cuyos datos está obligado a proporcionar al registrarse en la aplicación. La aplicación contiene también una funcionalidad de evaluación, mediante la que los conductores pueden evaluar a los viajeros y viceversa. Una media de puntuación por debajo de un determinado umbral puede entrañar la expulsión de la plataforma. En el servicio denominado UberPop, conductores particulares no profesionales llevan a cabo el transporte de viajeros en sus propios vehículos¹. Por el contrario, en el servicio UberX, los conductores poseen una licencia de alquiler de vehículos con conductor (VTC).

Desde su lanzamiento en España en abril de 2014, la multinacional Uber ha sido objeto de diversos pronunciamientos judiciales y no judiciales, tanto a nivel nacional como europeo, relacionados con su actividad en nuestro país. No obstante, los pronunciamientos judiciales que afectan a sus servicios todavía no son definitivos, por lo que sigue sin resolverse la cuestión atinente a la naturaleza jurídica de la actividad que realiza, esto es, si se trata de un servicio de transporte o de intermediación en el transporte de viajeros por carretera, o, por el contrario, de un servicio de la sociedad de la información, como alega Uber.²

La primera resolución judicial dictada sobre la actividad de la mercantil en España fue el auto de 9 de diciembre de 2014³, en el que el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid acordó *inaudita parte* el cese cautelar de la actividad de UberPop “o cualquier otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada”, así como de “cualquier aplicación («app») o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros en España” (Puntos Primero y Tercero de la Parte Dispositiva). A fin de dar efectividad a dicha medida, acordó el bloqueo de los servicios de telecomunicaciones en relación con Uber. Las razones esgrimidas por el juez para estimar la adopción de las medidas previas solicitadas por la Asociación Madrileña del Taxi fueron las siguientes: la existencia de indicios de conductas ilícitas como es el servicio de transporte de

¹ Conclusiones del Abogado General del TJUE en el Asunto C-434/1 (párr. 13 y 14), (ECLI:EU:C:2017:364).

² El Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (desarrolla la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior) define los servicios de la sociedad de la información como “*todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*”. Esta definición coincide sustancialmente con la contenida en el art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535/UE 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: “*todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios*”.

³ Roj: AJM M 74/2014. En respuesta a ello, Uber ha presentado una queja ante la Unión Europea, alegando vulneración del Derecho comunitario

(http://economia.elpais.com/economia/2015/03/30/actualidad/1427743689_515738.html).

Todas las citas de páginas web de este trabajo se consultaron por última vez el 15 de septiembre de 2017.

viajeros prestado por la demandada, que afectaría directamente al servicio público de taxi; la demora en presentar la demanda principal por haberse solicitado la elaboración de unos informes periciales referentes a las sesiones formativas de Uber a sus conductores; la dificultad de obtener documentación de Uber, al ser una compañía extranjera, más la dilación de las traducciones; y el hecho de que la multinacional tiene su domicilio fiscal en el paraíso fiscal estadounidense de Delaware, lo que “*podría suponer una facilidad para situarse al margen de las leyes españolas*” (Fundamento Jurídico Cuarto)⁴.

Este auto fue recurrido en apelación por Uber y confirmada la adopción de la medida cautelar mediante auto de 22 de mayo de 2015 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid⁵, pero limitándola al servicio UberPop⁶. Esta rectificación de la extensión de la medida cautelar permitió que, en marzo de 2016, la multinacional pusiera en marcha en España un nuevo servicio, llamado UberX, esta vez solamente en Madrid, que sigue en activo en la actualidad⁷. Debe recordarse que, a diferencia de los conductores de UberPop, los de UberX son autónomos en posesión de una licencia VTC.

Posteriormente, en fechas 13 de marzo y 8 de mayo de 2017, el Tribunal Supremo admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Cataluña contra las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núms. 15 y 17 de Barcelona, respectivamente, que anulaban las sanciones impuestas a Uber por la resolución del Director General de Transportes y Movilidad del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña⁸. Los hechos y la fundamentación jurídica de las sentencias recurridas son iguales: estiman que no cabe sancionar a la multinacional por la comisión de una infracción muy grave del art. 140.2, en relación con el art. 42, ambos de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT)⁹, ya que el ser-

⁴ La plataforma UberPop ha sido desarrollada por la sociedad Uber Technologies Inc., con domicilio en San Francisco (Estados Unidos). La mencionada plataforma está siendo gestionada en la Unión Europea por Uber BV, sociedad de Derecho neerlandés, filial de Uber Technologies Inc.

⁵ Roj: AJM M 1428/2015.

⁶ “*La posible fricción en materia de competencia desleal, de manera provisoria, solo debe afectar al servicio denominado UberPop o a aquel en el que se posibilita un servicio de transporte*” (Fundamento de Derecho Sexto).

⁷ <http://www.lavanguardia.com/vida/20160330/40748437601/economia-uber-vuelve-a-espana-15-meses-despues-con-un-servicio-de-conductores-profesionales-con-licencia-en-madrid.html>.

⁸ ATS 4211/2017 v ATS 2125/2017.

⁹ El art. 140.2 LOTT rebuta como infracción muy grave:

“*La contratación como vorteador o la facturación en nombre propio de servicios de transporte sin ser previamente titular de autorización de transporte o de operador de transporte.*”

En todo caso, incurrirán en esta infracción quienes, aun siendo integrantes de una persona jurídica titular de una autorización de transporte o de operador de transporte, contraten o facturen en nombre propio la prestación de servicios de transporte a terceros o a la propia persona jurídica de la que formen parte sin ser ellos mismos, a su vez, titulares de tal autorización.

No se apreciará la infracción tipificada en este punto cuando los hechos deban reputarse infracción leve de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.1”.

El art. 42 LOTT establece las condiciones previas de carácter personal para el ejercicio de la actividad de transporte público de viajeros:

“*1. La realización de transporte público de viajeros y mercancías estará supeditada a la posesión de una autorización que habilite para ello, expedida por el órgano competente de la Administración General del Estado o, en su caso, por el de aquella Comunidad Autónoma en que se domicilie dicha autorización, cuando esta facultad le haya sido delegada por el Estado (...)*”.

vicio por ella prestado no es un transporte, sino un servicio de la sociedad de la información. Es de reseñar la vocación de generalidad con la que el Tribunal Supremo formula la parte dispositiva de los referidos autos y en los que afirma que la cuestión planteada en el recurso presenta interés casacional, consistente en “*determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte*”. Parece ser que la solución que en su día proporcionará el Tribunal Supremo resolviendo los recursos de casación podrá ser aplicada, con carácter general, a la diversidad de plataformas tecnológicas que operan en el sector del transporte de viajeros por carretera.

Sobre la actividad de la plataforma se tendrá que pronunciar, asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El 7 de agosto de 2015, el titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en el marco de la demanda por competencia desleal interpuesta por la Asociación Profesional Élite Taxi, remitió cuatro cuestiones prejudiciales al mismo¹⁰. Recientemente, en fecha 11 de mayo, el Abogado General ha presentado sus conclusiones en el caso C-434/15, y ha afirmado que el servicio prestado por UberPop es uno mixto, con un componente que se presta por vía electrónica y otro que no. El Abogado General afirma que los servicios mixtos pueden ser calificados como servicios de la sociedad de la información en dos casos: a) cuando el servicio que no se presta por vía electrónica es económicamente independiente del prestado por vía electrónica (sería el caso de la compraventa electrónica de billetes de avión o el de las reservas hoteleras); y b) cuando el prestador del servicio electrónico es el mismo que el prestador del servicio no electrónico, o cuando ejerce una influencia decisiva sobre el mismo, estamos ante un servicio de la sociedad de la información si el elemento esencial de la prestación se realiza por vía electrónica. En el caso de UberPop, concluye el Abogado General que el servicio prestado a través de la plataforma no puede ser calificado como de la sociedad de la información puesto que el componente electrónico no es ni económicamente independiente del servicio de transporte, ni tampoco es el elemento esencial de la prestación: “*[l]a actividad de Uber debe analizarse como un conjunto que engloba tanto el servicio de conexión entre pasajeros y conductores mediante la aplicación para teléfonos inteligentes como la prestación de transporte en sí misma, que constituye, desde un punto de vista económico, el elemento principal. Por tanto, esta actividad no puede dividirse en dos para clasificar una parte del servicio entre los servicios de la sociedad de la información. En consecuencia, tal servicio debe calificarse de servicio en el ámbito del transporte*” (párr. 71).

Debe destacarse que las resoluciones dictadas con respecto a la actividad de Uber en España se refieren exclusivamente a la actividad prestada por la plataforma UberPop, y no por UberX. Sin embargo, los términos en los que se plantean los autos del Tribunal Supremo admitiendo a trámite los recursos de casación referidos parecen indicar que el Alto Tribunal proporcionará una solución con vocación de generalidad, que podrá aplicarse a las plataformas digitales en el ámbito del transporte de viajeros por carretera y no sólo a Uber¹¹. En lo que res-

¹⁰ D.O.U.E. núm. C 363/21, de 3 de noviembre de 2015.

¹¹ Otras plataformas tecnológicas que actúan en el mercado del transporte español son Amovens, Cabify, Carpooling.es, RoadSharing, Shareling, etc.

pecta al futuro pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, habrá que ver en qué medida su contenido puede hacerse extensivo a actividad prestada por UberX u otras plataformas análogas.

En este contexto, en el presente trabajo, que parte de la consideración de que Uber realiza una actividad de transporte, y no de la sociedad de la información -tal como afirma el Abogado General en el caso C-434/15-, se analiza si, a la luz de la normativa española, Uber es un transportista o, por el contrario, un intermediario en el transporte, así como las consecuencias que conlleva una u otra calificación. Para simplificar, nos vamos a referir tanto a UberX como a UberPop como Uber, sin perjuicio de que diferenciamos ambas plataformas en aquellos puntos en los que sea necesario.

2. EL TRANSPORTISTA Y EL INTERMEDIARIO EN EL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA

2.1. Derecho aplicable

Como es sabido, el sector del transporte por carretera en España está regulado tanto por normas de Derecho público como de Derecho privado. En cuanto al transporte terrestre de viajeros, carente de una regulación propia, le es de aplicación, a nivel administrativo, la LOTT y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT), así como las distintas Leyes de las Comunidades autónomas referentes al transporte de viajeros por carretera. A nivel jurídico-privado, el transporte de viajeros por carretera únicamente se regula en unos escasos preceptos del Código Civil (arts. 1601 a 1603)¹². Esta deficiente regulación se intentó enmendar, sin éxito, en dos ocasiones: primero, en el Anteproyecto de Ley del Contrato de Transporte Terrestre, que no incorporó el transporte de personas en la versión final de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTTM); segundo, en la Propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil, que recogía literalmente los preceptos del Anteproyecto de Ley del Contrato de Transporte Terrestre sobre transporte terrestre de viajeros, y que tampoco resultó aprobada¹³.

2.2. Delimitación de las figuras del transportista y del intermediario en el transporte de viajeros por carretera

Ni la LOTT ni el ROTT, aplicables al transporte de viajeros por carretera, definen el transportista. No obstante, en la doctrina española se ha configurado la figura del transportista como la parte que asume, en nombre propio, la realización de un transporte, siendo irrelevante que lo ejecute con medios propios o ajenos¹⁴.

¹² La LCTTM derogó los arts. 349.2 y 352 que el Código de Comercio dedicaba a la materia [Disposición derogatoria única, apartado 1.a)].

¹³ Desarrolla en detalle este tema Quintana Carlo, I. (2015): “La regulación del transporte terrestre de viajeros y la desidia del legislador español”. *Rdt* 16, 11-29.

¹⁴ Emparanza Sobejano, A. (2003): *El concepto de porteador*. Comares. Granada. 133-159; Piloñeta Alonso, L. M. (1997): *Las agencias de transporte de mercancías*. José María Bosch. Barcelona, 1738-1742; también en la doctrina italiana, Asquini, A. (1957): “Trasporto (in genere)”. En Antonio Azara

Esta concepción es común al transporte terrestre de viajeros y mercancías, pues desde muy pronto se puso de manifiesto la existencia de un concepto unitario de contrato de transporte, sea de viajeros o de cosas, en atención al objeto común de la prestación asumida por el transportista (transportar un cuerpo físico de un lugar a otro), sin perjuicio de que existan diferencias en cuanto a la obligación de custodia asumida en el caso del transportista de mercancías¹⁵. Con la aprobación de la LCTTM, en el ámbito jurídico-privado del contrato de transporte de mercancías por carretera se confirmó este consolidado concepto de transportista, siendo definido como el sujeto que “*asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos*” (art. 4.2 LCTTM).

Por lo que respecta a las actividades de intermediación, en el transporte terrestre de mercancías encuentran una amplia regulación en la LOTT (arts. 119 a 123), que impone la obligación de obtener la autorización de operador de transporte a aquellos sujetos que pretendan intermediar en la contratación de un transporte de mercancías, sea como agencia de transporte, transitario, almacenista-distribuidor, operador logístico o cualquier otro (art. 119.1 LOTT). En la esfera contractual, la LCTTM establece que estos operadores de transporte actúan como verdaderos transportistas contractuales, cuando señala que “*los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, sólo podrán contratarlos en nombre propio*” (art. 5.2). La Ley admite la posibilidad de que actúen en nombre ajeno también, pero la limita a los supuestos excepcionales en los que “*se acredite que así se había hecho constar de forma expresa y suficiente en el momento de contratar, indicando la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata, y que la intermediación se realizó con carácter gratuito*” (art. 5.1 in fine)¹⁶.

Sin embargo, la intermediación en el transporte terrestre de viajeros no se regula con el mismo detalle en la normativa nacional de ordenación vigente, que no define la figura del intermediario en el transporte terrestre de viajeros. La Ley

y Ernesto Eula (Dirs.) *Novissimo Digesto Italiano I*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, pp. 565-598, en p. 578, define al transportista como el sujeto que asume ejecutar o hacer ejecutar el transporte.

¹⁵ Asquini, A. (1957): “Trasporto (in genere)”. cit., en p. 567; Asquini, A. (1957): “Trasporto di persone”. En Antonio Azara y Ernesto Eula (Dirs.) *Novissimo Digesto Italiano I*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, pp. 612-617, en p. 613.

¹⁶ En este sentido, Emparanza Sobejano, A. (2011): “La presunción de contratación del transporte en nombre propio (art. 5 LCTTM) y la responsabilidad del porteador efectivo (art. 6 LCTTM): ¿Una solución al problema de imputación de responsabilidades en el transporte con pluralidad de intervinientes?”. *Rdt* 8, 33-58, en p. 42, afirma que el art. 5 LCTTM engloba una presunción de que los operadores de transporte que celebran contratos de transporte en nombre propio asumen la condición de porteador; también Martínez Gutiérrez, A. (2017): “Un apunte sobre las agencias de transporte de mercancías en España”. *RDM* 304(abril-junio), 247-267, en pp. 255-259. En contra se muestra Tobío Rivas, A. M.^a (2010): “Los intervinientes en el contrato de transporte con especial referencia a la problemática del art. 5 LCTTM”. *Rdt* 6, 35-60, en p. 53, porque considera que la actuación en nombre propio no implica necesariamente que todos los que celebren un contrato tengan que actuar por cuenta propia o se transformen en contratantes principales.

9/2013, de 4 de julio¹⁷, suprimió la referencia a la intermediación en el transporte de viajeros del art. 120.2 de la LOTT, que la encomendaba a las agencias de transporte, esto es, “empresas, individuales o colectivas, dedicadas a intervenir en la contratación del transporte público por carretera de viajeros o mercancías, como organizaciones auxiliares interpuestas entre los usuarios y los transportistas, pudiendo realizar dicha intervención en relación con la totalidad de los modos de transporte”.

En la actualidad, la LOTT se limita a remitir a la legislación específica de turismo la regulación de las agencias de viajes y demás intermediarios en el transporte terrestre de viajeros (art. 22.2, párrafo 3 LOTT)¹⁸. Por su parte, el ROTT reserva la actividad de mediación en los transportes de viajeros a las agencias de viajes (art. 165.1 ROTT) y establece la obligación de las agencias de viajes de contratar en nombre propio cualquier tipo de transporte discrecional, tanto con los transportistas como con los usuarios (art. 165.2 ROTT)¹⁹. La obligada actuación de las agencias de viajes en la contratación de los transportes discretos en nombre propio remite, por tanto, al mismo concepto de transportista, como sujeto que asume la obligación de traslado en su propio nombre. Se ha señalado que en estos supuestos estamos ante la asunción por la agencia de viajes del compromiso de traslado, siendo, por tanto, jurídicamente transportista²⁰.

En consecuencia, según estos preceptos, el concepto de intermediario se identificaría, a nivel administrativo, con aquel de agencia de viajes, forma que sería necesario adoptar para intermediar en el transporte terrestre de viajeros²¹. A nivel jurídico-privado, las agencias de viajes que realicen funciones de intermediación en los transportes discretos de viajeros por carretera, serían verdaderos transportistas contractuales. No obstante, el régimen jurídico-administrativo de la intermediación en el transporte de viajeros por carretera suscita interrogantes relacionados con su posible liberalización, según exponemos en el siguiente apartado, y que, en la actualidad, siguen abiertos.

2.3. La anunciada liberalización de los servicios de intermediación en el transporte de viajeros por carretera en la exposición de motivos de la Ley 9/2013, de 4 de julio

¹⁷ Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1986, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (B.O.E. núm. 160, de 15 de julio de 2013).

¹⁸ Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de turismo, en base al art. 148.1.18 de la Constitución Española, que les habilita para la “Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”.

¹⁹ Otra de las plataformas que interviene en el transporte de viajeros, Cabify (nombre comercial de Maxi Mobility Spain, S.L.), adopta la forma de agencia de viajes y figura en la Guía de Agencias de Viajes de la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid.

²⁰ Martínez Sanz, F. (2017): “Sujetos”. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.) *Contratos mercantiles* (I). Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, pp. 75-83, en p. 79; Hualde Manso, T. (1995): *El transporte de viajeros por carretera. Régimen de responsabilidad civil*. Aranzadi, Pamplona, pp. 102-105.

²¹ Sin perjuicio de la posibilidad de intermediar en la contratación de servicios públicos de viajeros de los titulares de una autorización para realizar este tipo de transporte (art. 99.1 LOTT).

En la exposición de motivos de la Ley 9/2013, de 4 de julio -cuyo contenido, recordemos, no es dispositivo, sino meramente interpretativo²²- se manifiesta que con la citada reforma “[s]e reducen las barreras operativas, liberalizando plenamente la intermediación en la contratación de transportes de viajeros, sin perjuicio de la regulación de las agencias de viajes en el ámbito turístico (...)”. De hecho, ésta es una de las alegaciones de Uber en el litigio mantenido contra la Asociación Profesional Élite Taxi, según refiere el Abogado General del TJUE en las conclusiones en el Asunto C-434/1 (párr. 99).

El primer interrogante que se plantea es cuál es el significado del término “liberalización” al que hace referencia la exposición de motivos. Una primera interpretación sería que los intermediarios en el transporte de viajeros por carretera no necesitan disponer de un título administrativo habilitante para realizar su actividad. Una segunda posibilidad interpretativa sería que la intermediación en el transporte de viajeros por carretera deja de ser competencia exclusiva de las agencias de viajes y se abre a otros posibles operadores. También cabría plantear una tercera hipótesis, que contuviera las dos anteriores, y según la cual no se necesitaría ni disponer de un título administrativo, ni tener la condición de agencia de viajes para realizar dicha intermediación.

En cuanto a la primera hipótesis, algunos autores se han posicionado al respecto y han mantenido que, pese a esta declaración de intenciones de la exposición de motivos de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de una interpretación conjunta de los arts. 42, 91 y 99 LOTT, así como de los arts. 42.1 y 109 ROTT, se deduce que la intermediación en la contratación del servicio público de transporte de viajeros requiere de la correspondiente autorización administrativa otorgada por la Administración autonómica o municipal correspondiente²³.

No obstante, hay que tener en cuenta que, por lo que respecta a las agencias de viajes, éstas no tienen que estar en posesión de un título-licencia para iniciar su actividad, bastando con una simple comunicación previa o declaración responsable²⁴. Así se recoge en los distintos Decretos dictados por las Comunida-

²² Entre muchas otras, SSTC 90/2009, de 20 de abril (FJ 6º), 150/1990, de 4 de octubre (FJ 2º); 36/1981, de 12 de noviembre (FJ 4º).

²³ Vid. Górriz López, C. (2017): “Generalitat vs Uber”,

<http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2017/04/12/generalitat-vs-uber/>; Górriz López, C. (2015): “Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal”. *RdF* 16, 77-98, en p. 86; también apuntan a la necesidad de la correspondiente autorización administrativa, en virtud de los arts. 42 LOTT y 41 y 109 ROTT, Petit Lavall, M.ª V. and Puetz, A. (2017): “Fierce or unfair competition in the road passenger transport sector”. En *Zbornik radova 2. Medunarodne Konferencije Transportnog Prava i Prava Osiguranja (Proceedings of the 2nd International Transport and Insurance Law Conference)*. Pravni Fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb, pp. 426-444, en pp. 432 y 434; Velasco San Pedro, L. A. (2015): “El consumo colaborativo en el transporte de personas”. *Diario La Ley* 8601(9 de septiembre), 2-14, en p. 6; Guijarro González, E. (2015): “Limitaciones en las autorizaciones para el ejercicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC’s)”. *Revista Española de la Función Consultiva* 24(julio-diciembre), 209-235, en p. 229.

²⁴ El art. 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas define la comunicación previa y la declaración responsable según sigue:

“1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

des Autónomas en desarrollo de la regulación establecida en sus respectivas leyes de ordenación turística, a fin de adaptar sus disposiciones a la regulación impuesta por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior²⁵. A modo de ejemplo, podemos mencionar el art. 5 del Decreto 158/2012, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las agencias de viajes (Decreto 158/2012, de 20 de noviembre) para la Comunidad Autónoma de Cataluña -recordemos que el litigio del que proviene la cuestión prejudicial planteada al TJUE se refiere a la posible competencia desleal con el servicio de taxi de Barcelona- que exige a los agentes de viajes presentar ante la Oficina de Gestión Empresarial una declaración responsable antes de iniciar su actividad. También el art. 4 del Decreto 63/2010, de 16 de abril, del Consell, por el que se modifica el Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana, en el que se prevé la obligación de comunicación de inicio de actividad y la declaración responsable acerca de la disponibilidad de la documentación y el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa. Asimismo, el art. 19 de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, considera “*agencias de viajes a las empresas que habiendo presentado declaración responsable ante la Dirección General competente se dedican profesional y comercialmente, al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos*”.

Por lo que respecta a la segunda posibilidad interpretativa planteada, es decir, entender que el sentido de la liberalización a la que se refiere la exposición de motivos de la Ley 9/2013, de 4 de julio, es que la intermediación en el transporte de viajeros por carretera deja de ser competencia exclusiva de las agencias de viajes y se abre a otros posibles operadores, partimos de que el art. 156 ROTT sigue reservando en la actualidad la intermediación en el transporte de viajeros a favor de las agencias de viajes. Sin embargo, muchos Decretos autonómicos limitan el régimen de exclusividad de las agencias de viajes a la comercialización de viajes combinados, de modo que la intermediación en los servicios sueltos -como lo es la contratación de un servicio de transporte terrestre discrecional- dejaría de ser de su exclusiva competencia.

Así sucede en la Comunidad Autónoma de Cataluña, el art. 2 del Decreto 158/2012, de 20 de noviembre, define las agencias de viajes como “*la persona, física o jurídica que, bajo cualquier forma empresarial, puede comercializar y organizar viajes combinados y que tiene reservadas en exclusiva estas actividades. Los agentes de viajes pueden llevar a cabo cualquier actividad de asesoramiento, mediación y organización en materia de servicios turísticos*”.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho”.

²⁵ Hasta la entrada en vigor del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, la regulación de las agencias de viajes se contenía en el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo y en la Orden Ministerial, de 14 de abril de 1988.

En la Comunidad Valenciana, en el preámbulo del Decreto 63/2010, de 16 de abril, del Consell, por el que se modifica el Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana, se recoge que “*se restringe el ámbito exclusivo de actuación de las agencias de viajes a la organización y venta de los viajes combinados*”. En concordancia con ello, se deja sin contenido el art. 2 del capítulo I del Decreto 20/1997, que establecía que era objeto exclusivo de las agencias de viajes la reserva de plazas en toda clase de medios de transporte (Artículo único, punto 1).

Lo mismo ocurre en el Decreto 99/1996, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, modificado por la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, cuyo art. 32.2 establece la exclusividad de estos operadores únicamente para la comercialización de los viajes combinados.

Hay que señalar que la Disposición final primera de la Ley 9/2013, de 4 de julio encomendó al Gobierno la tarea de adaptar el ROTT a las modificaciones introducidas en la LOTT por la citada reforma, concediéndole un plazo de dos años desde su entrada en vigor para ello²⁶. Con cierto retraso, en marzo de 2017 el Ministerio de Fomento lanzó una Consulta pública previa sobre un proyecto de Real Decreto por el que se modifican diversas normas reglamentarias para adaptarlas a la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y a los cambios introducidos por la reglamentación comunitaria, a fin de que los sujetos afectados pudieran manifestar su opinión acerca de la adaptación de diversas normas, entre ellas el ROTT, a la reforma realizada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, en la LOTT²⁷. Recientemente, distintas asociaciones de transportistas se han hecho eco del borrador del Proyecto de Real Decreto que les ha sido trasladado por el Ministerio de Fomento a fin de que formulen sugerencias²⁸. Si bien es cierto que el proyecto está en fase de borrador y que, por lo tanto, puede sufrir modificaciones hasta su eventual aprobación, en la redacción sometida a consulta se deja sin contenido el art. 165 del vigente ROTT, así como se da una nueva redacción a los arts. 41 y 42 ROTT, en la que se elimina cualquier referencia a las actividades auxiliares y complementarias del transporte²⁹. En caso de resultar aprobada esta

²⁶ “*En el plazo de dos años, contados desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adaptará el referido Reglamento a las modificaciones introducidas en el contenido de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres*” (punto 2 D.F. primera Ley 9/2013, de 4 de julio).

²⁷ <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/C4D6409A-656B-48B6-9D10-FF512D1BF8F8/141974/20170315consultapublica.pdf>.

²⁸ Su texto íntegro puede ser consultado en la página: <http://213.97.96.52/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/Borrador-RD-20170525-info-publica.pdf>.

²⁹ La redacción que se da a los arts. 41 y 42 es la siguiente:

Art. 41:

“1. A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.1.f) de la LOTT en relación con las obligaciones de carácter laboral y social de la empresa, habrá de resultar acreditado que ésta reúne las siguientes condiciones: a) *Que se encuentra inscrita en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.*

b) *Que se encuentra al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.* 11/135

2. *En la comprobación del cumplimiento de las condiciones señaladas en el apartado anterior, el órgano competente deberá atender exclusivamente a los datos obrantes en los registros de la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante, aunque el cumplimiento del requisito señalado en la letra b) del apartado anterior no se deduzca de los datos obrantes en dichos registros, podrá considerarse cumplido si el interesado acredita documentalmente que sus deudas pendientes con la Seguridad*

modificación, se confirmaría la liberalización de la intermediación en el transporte terrestre de viajeros, en el sentido de que no será necesario ostentar la condición de agencia de viajes para realizar dicha actividad.

En tal hipótesis -al no existir una obligación de contratación en nombre propio como la del art. 156.2 ROTT-, habría que distinguir aquellos supuestos en los que el intermediario se limita a poner en contacto a las partes, actuando en nombre y por cuenta de tercero, de aquellos otros supuestos en los que el intermediario contrata por su propia cuenta con ambas partes, transportista y usuario del transporte, asumiendo las obligaciones surgidas del contrato. En el primer supuesto, el intermediario realizaría una simple función de mediación o corretaje³⁰, mientras que, en el segundo, actuaría como auténtico transportista, sometándose, por tanto, a su mismo régimen de responsabilidad³¹. En otras palabras: para establecer si un intermediario ha actuado como auténtico transportista contractual en una determinada operación, hay que determinar el grado de compromiso contraído, según la idea básica de que los intermediarios no responden por el tipo de operador que son, sino por los compromisos que asumen contractualmente. De este modo, si el intermediario ha asumido el compromiso de realizar el transporte, su condición será de transportista; sin embargo, cuando su obligación se limita a contratar el transporte por cuenta de un cliente, no estaríamos ante un contrato de transporte, y, por tanto, el intermediario no actuaría como transportista, sino como mero mediador que organiza, por cuenta de sus clientes, el transporte³².

Social están aplazadas o fraccionadas por ésta o se ha acordado su suspensión con ocasión de su impugnación.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas transportistas únicamente podrán ejercer su actividad utilizando personal encuadrado en su propia organización empresarial, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 54.3 de la LOTT. A tal efecto, sólo se entenderá que un trabajador se encuentra encuadrado en dicha organización empresarial cuando se encuentre en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social bien por la propia empresa de que se trate o por la empresa de trabajo temporal con la que aquélla hubiese contratado los servicios de ese trabajador, salvo que se acredite que corresponde su alta en un régimen distinto o medie certificación del órgano competente en materia de trabajo acreditativa de que la persona de que se trate puede realizar trabajos en esa empresa sin estar de alta en el sistema de la Seguridad Social o estando de alta en la organización de otra empresa”.

Art. 42:

“1. De conformidad con lo que se dispone en el artículo 51 de la LOTT, la Administración deberá visar todas las autorizaciones de transporte, con arreglo a la periodicidad y plazos que, a tal efecto, señale la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento. 2. En dicho visado, el órgano que en cada caso resulte competente para la expedición de las autorizaciones deberá comprobar que continúan cumpliéndose todas las condiciones exigidas para su obtención y mantenimiento. Cuando, con ocasión del visado, se detecte el incumplimiento de alguna de tales condiciones, la autorización perderá automáticamente su validez, sin necesidad de una declaración expresa de la Administración en ese sentido, si bien el órgano competente deberá notificarlo a quien era su titular. 3. Las autorizaciones de transporte público invalidadas por falta de visado podrán ser rehabilitadas por el órgano competente para su expedición, si así se solicita, dentro del período de un año contado a partir de la notificación prevista en el apartado anterior y resulta acreditado el cumplimiento de todas las condiciones exigidas para su obtención y mantenimiento”.

³⁰ Sobre el contrato de mediación o corretaje, vid Villa Vega, E. (2017): “Contrato de corretaje o mediación”. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.) *Contratos mercantiles I*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, pp. 599-670.

³¹ Tobío Rivas, A. M.^a (2007): *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*. Comares. Granada, en p. 26; Hualde Manso, T. (1995), cit., pp. 101-105.

³² Emparanza Sobejano, A. (2011), cit., en pp. 38, 39 y 44; Tobío Rivas, A. M.^a (2010), cit., en p. 53.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR UBER

El servicio prestado por los conductores registrados en la plataforma digital UberX debe ser caracterizado como transporte público discrecional porque se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario u horario preestablecido (arts. 62.2 y 64.1.2 LOTT)³³. De igual manera se tiene que calificar el transporte realizado por los conductores de UberPop, ya que, aunque en este caso los mismos no están en posesión de una autorización de transporte, tampoco cabría caracterizar el transporte por ellos realizado como privado particular (arts. 101 LOTT y 156.1 ROTT), puesto que no realizan el viaje para satisfacer necesidades propias de desplazamiento, sino exclusivamente para transportar al solicitante del servicio al destino indicado por éste³⁴.

En cuanto a la caracterización de la actividad de la plataforma, se trata de una cuestión polémica³⁵, por cuanto hay autores que, en una aproximación temprana al fenómeno, han afirmado que estaríamos ante un intermediario en el transporte de viajeros³⁶, otros que consideran que Uber es un verdadero transportista³⁷, y, algunos que argumentan que los servicios prestados por Uber no son de transporte, sino de la sociedad de la información³⁸. El Abogado General del TJUE únicamente dictamina que la actividad de Uber debe inscribirse en el ámbito del

³³ Así lo entiende también Górriz López, C. (2015), cit., en p. 85.

³⁴ No ocurre lo mismo con el servicio realizado a través de la plataforma BlaBlaCar, en el que el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona ha dictaminado que se trata de un transporte privado particular (Roj: SJM M 6/2017. Magistrado: Andrés Sánchez Magro). Sin embargo, esta sentencia ha sido recurrida en apelación: <http://www.confibus.org/publicaciones/ver/1566/confibus-recurrira-la-decision-judicial-a-favor-de-blablacar>. Vid. Boboc, S. (2017): “BlaBlaCar: ¿un posible supuesto de competencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)”. *Rdt* 19, 241-251.

³⁵ Petit Lavall, M.^a V. and Puetz, A. (2017). cit., n. 441. none de manifiesto que inicialmente en España se entendió que Uber era un intermediario del transporte que proveía un servicio de transporte mediante conductores autónomos, mientras que en la actualidad la idea predominante es considerar a la plataforma como un transportista, esto es, una empresa de transporte, siendo los conductores empleados de Uber.

³⁶ Velasco San Pedro, L. A. (2015), cit., en p. 6; Górriz López, C. (2015): “Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal”, cit., en p. 86; Doménech Pascual, G. (2015): “El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi”. En Petit Lavall, M.^a V y Puetz, A. (Eds.) *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*. Marcial Pons. Madrid, 2015, pp. 37-59, en p. 58.

³⁷ Alfaro Águila-Real, J., “La cuestión prejudicial sobre Uber”. <http://almacenederecho.org/la-cuestion-prejudicial-sobre-uber/> (20 de junio de 2015); Leñena Mendizábal, E. (2015): “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y carsharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal”. *RDM* 296(abril-junio). 283-334. en p. 328; también apunta a la posibilidad de defender que Uber es quien presta el servicio de transporte Górriz López, C. (2017), cit., p. 2; asimismo, Jarne Muñoz, P. (2016): “Nuevas tendencias en el transporte terrestre de viajeros. El fenómeno del transporte colaborativo”. En M. Zubiri de Salinas (Dir.) *El contrato de transporte de viajeros*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, pp. 227-265, en pp. 249 y 250.

³⁸ Doménech Pascual, G. (2015): “La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»”. *Revista CEFLEGAL* 175-176(agosto-septiembre), 61-104, en pp. 93 y 100; Montero Pascual, J. (2017): “La regulación de la economía colaborativa”. En Montero Pascual, J. (Dir.) *La regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 23-65, en p. 63, quien considera que las plataformas colaborativas no son titulares del servicio subyacente, sino meros intermediarios entre el prestador del servicio y el consumidor; Barnés, J. (2017): “Un falso dilema: Taxi vs. Uber”. *Diario La Ley* 8942(16 de marzo) Sección Tribuna, 1-18, en p. 2.

transporte urbano de viajeros, pero sin determinar si estamos ante un transportista o un intermediario en el transporte.

A nuestro juicio, en el *modus operandi* de Uber existen indicios de que la empresa está actuando como verdadero transportista, pues asume en nombre propio la obligación de realizar un transporte, y no simplemente la de organizarlo, mediando entre los viajeros y cada uno de los conductores que realizan efectivamente los viajes³⁹. Así se pone de manifiesto con el análisis de los “Términos y condiciones”⁴⁰ de utilización del servicio, que, como parte del contrato que suscriben los usuarios-viajeros con Uber, vinculan jurídicamente a la mercantil, tal como, de hecho, se indica en el punto primero de los mismos: “Mediante su acceso y uso de los Servicios usted acuerda vincularse jurídicamente por estas Condiciones, que establecen una relación contractual entre usted y Uber”⁴¹. Los elementos fácticos que indican que Uber es el titular del servicio de transporte se pueden sintetizar como sigue:

a) En primer lugar, Uber **establece el modo en el que debe realizarse la prestación de transporte** desde el primer momento, cuando realiza la selección de los conductores para realizar el servicio a través de su plataforma, en función de ciertas condiciones que deben reunirse (por ejemplo, no tener antecedentes penales, tener un seguro de responsabilidad civil, determinado tipo de vehículo) y les imparte cursos de formación. Los conductores deben proporcionar un servicio estandarizado, según instrucciones de Uber⁴². Si bien los conductores tienen un horario de trabajo flexible, Uber conoce los tiempos de conexión de los mismos, pues los conductores tienen que iniciar sesión en la aplicación para indicar que están activos. Además, Uber prohíbe a los conductores atender reservas fuera de su aplicación⁴³.

b) En segundo lugar, Uber **fija el precio del viaje unilateralmente**, y esta característica no se desvirtúa por el hecho de que para ello se utilice un algoritmo basado en las curvas de la oferta y la demanda⁴⁴. No es el mercado -ente sin per-

³⁹ Parte de los aspectos que se reflejan han sido observados por dos investigadores del Data&Society Research Institute, USA y la Universidad de Nueva York, respectivamente, quienes han realizado un estudio empírico durante nueve meses sobre las experiencias de conductores de Uber:

Rosenbalt, A. and Stark, L. (2016): “Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber’s Drivers”. *International Journal of Communication* 10, 3758-3784.

⁴⁰ <https://www.uber.com/legal/terms/es/>.

⁴¹ Vlaçiç, P. and Toffaletti, R. (2016): “European Road Carriage of Passangers Needs a Reform Road map and time table for paper”. *European Transport Law*, 275-288, en p. 287 señalan la importancia de los términos y condiciones como parte integrante del contrato.

⁴² Rosenbalt, A. and Stark, L. (2016), cit., p. 3772.

⁴³ Según se recoge en la resolución del United States District Court for the Northern District of California en el asunto O’Connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, 2015, p. 11.

⁴⁴ En España el precio se calcula en función de: una tarifa base de 5 euros (si aplica) + la distancia recorrida (1,20 euros/km) + el tiempo empleado (0,10 euros por cada minuto en marcha) + peajes (si aplica) + precio dinámico (si aplica) cuando la demanda de viajes sea elevada en la zona desde la que haces la solicitud. Las tarifas pueden variar según la ubicación, la opción de vehículo seleccionada y otros factores, https://help.uber.com/es_ES/h/d2d43bbc-f4bb-4882-b8bb-4bd8acf03a9d y <https://www.xataka.com/aplicaciones/uber-cabify-o-taxi-con-esta-calculadora-podras-saber-que-te-interesa-mas>.

No obstante, recientemente la mercantil ha anunciado que a partir del 22 de septiembre de 2017 pondrá en marcha un sistema de precio cerrado, que podrá ser conocido de antemano por los usuarios, https://economia.elpais.com/economia/2017/09/14/actualidad/1505383683_266201.html y https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-09-14/uber-taxi-precios-madrid_1443276/.

sonalidad jurídica-el que decide el precio a satisfacer por los usuarios del servicio, como afirma la compañía, sino la propia mercantil, empleando para ello el mecanismo que considera oportuno⁴⁵.

Los viajeros pagan un precio *total* por cada viaje realizado, mediante tarjeta de crédito, directamente a Uber, quien, más tarde, paga al conductor, habiéndose deducido previamente una comisión entre un 20 y un 30%. Únicamente se le permite al conductor modificarlo a la baja a solicitud del viajero, como se indica en el punto cuarto de los “Términos y condiciones” de utilización del servicio, - “Pago”-, en el que se faculta al usuario- viajero para “*solicitar Cargos más bajos*” al conductor. Sin embargo, quien gestionará y decidirá sobre dicha solicitud es Uber: “*Uber responderá en consecuencia a cualquier solicitud de un Tercero proveedor para modificar los Cargos por un servicio o bien en particular*”. También, indirectamente, desaconseja la práctica de las propinas, privando de este modo a los conductores de la posibilidad de obtener una gratificación suplementaria: “*Usted entiende y acepta que, mientras es libre de proporcionar un pago adicional como gratificación (...) no tiene obligación de ello. Las gratificaciones son voluntarias*”.

Además, Uber determina que los cargos abonados “*son definitivos y no reembolsables*”, salvo que la multinacional determine lo contrario. A mayor abundamiento, “*Uber, en cualquier momento y a su sola discreción, se reserva el derecho de establecer, eliminar y/o revisar los Cargos para alguno o todos los servicios o bienes obtenidos a través del uso de los Servicios*”. También puede incrementar los precios cuando la demanda está en alza, estrategia conocida bajo el nombre de *surge pricing*: “*Además, usted reconoce y acepta que los Cargos aplicables en determinadas zonas geográficas podrán incrementar sustancialmente durante los periodos de alta demanda*”. El intento de Uber, a través de la gestión algorítmica, de movilizar la oferta de los conductores mediante mensajes informándoles de las zonas en las que los precios están subiendo, para satisfacer la demanda de transporte, pone en entredicho su afirmación de que opera como un intermediario neutral⁴⁶.

De igual modo, Uber comunica al viajero la existencia de una “tarifa de reparación o limpieza”, en caso de que algún conductor informe de la necesidad de reparación o limpieza debidas al viajero “*y dicha reparación o limpieza se verifique por Uber a su razonable discreción*”. Es decir, la mercantil también asume el control sobre la valoración de los posible daños o limpieza de los vehículos y la cuantía de su resarcimiento.

Todas estas condiciones relativas al precio de la prestación de transporte han sido establecidas unilateralmente por Uber, a pesar de que se recoja en dichos “Términos y condiciones” que la multinacional actúa en calidad de “agente de cobro limitado”. Lo que hace Uber no es sólo gestionar el cobro, sino que además fija el precio del viaje -utilizando el mecanismo que tiene a bien- y decide todas las variaciones al alza que puede sufrir.

c) En tercer lugar, Uber **organiza los medios de producción**, entendiendo por tales los medios tecnológicos, es decir, la inversión en la tecnología que sus-

⁴⁵ Véanse en este sentido las afirmaciones de Travis Kalanick, uno de los fundadores de Uber: <https://www.wired.com/2013/12/uber-surge-pricing/> y <http://mattstoller.tumblr.com/post/82233202309/ubers-algorithmic-monopoly-we-are-not-setting>.

⁴⁶ Rosenbalt, A. and Stark, L. (2016), cit., p. 3768.

tenta la plataforma, y asume el riesgo del negocio⁴⁷. Pero incluso determina qué tipos de vehículos pueden emplearse, qué antigüedad deben tener y en qué trayectos debe participar cada uno. Los conductores no deciden si aceptan o no una carrera -contrariamente de lo que cabría esperar de un autónomo- sino que deben aceptarla “a ciegas”. Hasta que no la aceptan, no saben a qué destino tendrán que ir, ni el importe con el que se les remunerará por dicho viaje. Si una vez aceptada una carrera, deciden cancelarla, y esa actuación se repite, el conductor en cuestión corre el riesgo de ser desactivado por la plataforma, ya que la política de Uber exige a los conductores que mantengan una ratio de cancelaciones baja y alta de aceptaciones. Una vez más, se trata de un indicio de que quien fija los términos de la obligación de transporte es Uber.

d) Por último, **Uber gestiona la calidad del servicio**, mediante las valoraciones públicas que realizan los viajeros de los servicios prestados: “*Después de que haya recibido los bienes o servicios obtenidos a través del Servicio, tendrá la oportunidad de calificar su experiencia y dejar comentarios adicionales sobre el Tercero proveedor*”. Los conductores no eligen los términos en los que van a prestar el servicio de transporte, sino que deben ajustarse a las condiciones impuestas por Uber, y la valoración de la prestación de transporte se realiza por el viajero de manera global, esto es, el viajero no realiza una doble valoración -por una parte, de los servicios de Uber, y, por otra parte, de los servicios de cada conductor en concreto⁴⁸. El sistema de valoración constituye otro indicio más del control que la plataforma ejerce sobre los conductores, al igual que el *surge pricing*, mensajes de texto frecuentes, posibilidad de desactivar al conductor, etc., y que, en definitiva, moldean el comportamiento de los conductores de forma indirecta⁴⁹.

En suma, Uber determina y controla cada aspecto de la actividad, asumiendo en nombre propio la realización de la prestación de transporte, de modo que no puede ser calificada como mera intermediaria entre la oferta y la demanda, sino como auténtica transportista.

En esta misma línea se han pronunciado algunas instituciones extranjeras. Entre ellas, el *Consiglio di Stato* italiano ha calificado la actividad de Uber de transporte en base a una serie de argumentos, entre los que destacan los siguientes: Uber no se limita a intermediar entre la oferta y la demanda, sino que asume la obligación de la prestación de transporte, ofreciendo también otros servicios complementarios de tipo financiero, telemático y, eventualmente, legales. La actividad de geolocalización, el pago electrónico, el diferimiento del pago al conductor, la eventual asistencia legal no constituyen aspectos accesorios respecto del servicio de transporte, sino elementos constitutivos, sin los que sería imposible ofrecer un servicio con esas características⁵⁰.

47 Todolí, A. (2015): “El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUSLabor* 3, 1-25, en pp. 13 y 14, afirma que los costes asumidos por el conductor son de poca importancia, de modo que no se puede afirmar que el trabajador esté asumiendo los riesgos del negocio.

48 Rosenbalt, A. and Stark, L. (2016), cit., p. 3772.

49 *Vid.* más sobre el ejercicio de este control indirecto, llamado también “soft control”, en Rosenbalt, A. and Stark, L. (2016), cit., p. 3786.

50 Resolución núm. 3586, de 23 de diciembre de 2015 (asunto núm. 757/2015). Para un análisis en detalle del asunto, *vid.* Manzini, P. (2017): “Uber: tra concorrenza e regolazione del mercato”. *Diritto dei Trasporti* Anno XXX(1), 79-92, en p. 81.

También la *United States District Court for the Northern District of California* ha dictaminado que el negocio de Uber no reside en el software que está empleando para poner en contacto a viajeros y conductores, sino que éste es un mero instrumento del que se sirve para desarrollar un negocio más amplio, de transporte. Uber no vende software, sino transporte, ya que sus ingresos no provienen de la distribución de su software, sino de los viajes realizados por los conductores registrados en la aplicación. Explicado de manera más sencilla, Uber solo gana dinero si los conductores transportan viajeros⁵¹.

Por último, la Comisión Europea, en su Comunicación titulada “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, ha formulado algunas orientaciones para determinar si una determinada plataforma digital, además de poner en contacto a demandantes de un bien o servicio con los oferentes del mismo, también presta el concreto servicio subyacente⁵². El nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el prestador del servicio subyacente tendrá una influencia decisiva. Dicho nivel de control puede determinarse en función de ciertos “criterios clave”, tales como, la fijación del precio que paga el usuario, los términos y condiciones de la relación contractual, la propiedad de activos clave, así como “otros criterios” complementarios, como que la plataforma sufrague los gastos y asuma los riesgos relacionados con la prestación del servicio subyacente, o que exista una relación laboral entre la plataforma y la persona que presta el servicio subyacente⁵³.

En el caso de Uber, en España no está resuelta la cuestión relativa a la calificación del vínculo entre la plataforma y los distintos conductores, es decir, si es laboral, o si, por lo contrario, éstos son autónomos, o trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES). No obstante, se ha señalado que es discutible que estemos ante verdaderos autónomos cuando es Uber quien dicta las instrucciones sobre cómo deben desarrollar su trabajo y controla el modo en el que lo realizan, reservándose la facultad de expulsar de la aplicación a aquellos conductores que no mantienen cierto nivel reputacional⁵⁴. En todo caso, existen muchos otros indicios que hacen entender que la mercantil no solo presta el servicio electrónico de puesta en relación de conductores y viajeros, sino también el servicio subyacente de transporte, ya que la multinacional establece el precio del servicio, determina las condiciones de la relación contractual, a la vez que ostenta la propiedad de activos clave y asume los riesgos de prestación del servicio de transporte.

⁵¹Asunto O’Connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, 2015, pp. 11 y 12.

⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

⁵³ COM (2016) 356 final, pp. 6 y 7.

⁵⁴ *The Employment Tribunal of London* ha declarado que la relación de Uber con sus conductores es laboral, en sentencia de 28 de octubre de 2016 (Case Numbers: 2202551/2015 & Others). Ver el comentario realizado por Todolí Signes, A. en su blog: <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>. En EEUU, el *California Labour Commissioner* dictaminó que Barbara Ann Berwick era una empleada de la compañía y no una trabajadora autónoma, *Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies*, case no. INC 11-46739 EK (2015): <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical>.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La actividad de la plataforma UberPop en España ha sido cuestionada ante nuestros tribunales nacionales, así como ante el TJUE, por supuesta vulneración de la normativa administrativa sectorial y competencia desleal con el sector del taxi. Parece ser que el pronunciamiento que vaya a emitir el Tribunal Supremo proporcionará una respuesta con vocación de generalidad en cuanto a la actividad de las plataformas digitales en el ámbito del transporte de viajeros por carretera. No está claro, sin embargo, si el futuro pronunciamiento del TJUE será aplicable a la actividad de UberX, UberBlack, u otras plataformas análogas. Hasta que se dicten dichas resoluciones, sigue abierta la cuestión sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados por Uber, esto es, si estamos ante servicios de la sociedad de la información, o, por el contrario, ante un transporte y, en este caso, si Uber es un transportista contractual o un intermediario en el transporte.

La normativa vigente parece exigir que los intermediarios en el transporte de viajeros por carretera adopten la forma de las agencias de viajes y considera jurídicamente transportistas a las agencias que intervienen en la contratación de transportes discretos de viajeros. No obstante, el Ministerio de Fomento ha sometido a información pública un borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se modifican diversas normas reglamentarias para adaptarlas a la LOTT y a los cambios introducidos por la reglamentación de la Unión Europea, que deja sin contenido el art. 156 del ROTT y da una nueva redacción a los arts. 41 y 42 ROTT, eliminando cualquier referencia a las actividades auxiliares y complementarias del transporte de pasajeros. Por consiguiente, en caso de resultar aprobado, la intermediación se abriría a operadores distintos a las agencias de viajes.

En nuestra opinión, Uber es un verdadero transportista contractual, ya que asume la obligación de realizar el transporte en nombre y por cuenta propia, y no de cada uno de los conductores que, de facto, realizan el transporte. El modo de funcionamiento de la plataforma pone de manifiesto que la misma es la titular de la actividad de transporte, pues establece cómo debe realizarse la prestación de transporte, fija unilateralmente el precio a abonar por el usuario, organiza los medios de producción y gestiona la calidad del servicio.

Notas bibliográficas

- Asquini, A. (1957): “Trasporto (in genere)”. En Antonio Azara y Ernesto Eula (Dirs.) *Novissimo Digesto Italiano I*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, pp. 565-598.
- Asquini, A. (1957): “Trasporto di persone”. En Antonio Azara y Ernesto Eula (Dirs.) *Novissimo Digesto Italiano I*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, pp. 612-617.
- Barnés, J. (2017): “Un falso dilema: Taxi vs. Uber”. *Diario La Ley* 8942(16 de marzo) Sección Tribuna, 1-18.
- Boboc, S. (2017): “BlaBlaCar: ¿un posible supuesto de competencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)”. *Rdt* 19, 241-251.
- Doménech Pascual, G. (2015): “El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi”. En Petit Lavall, M.^a V y Puetz, A. (Eds.) *La eficiencia del*

transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad.

- Marcial Pons. Madrid, 2015, pp. 37-59.
- Doménech Pascual, G. (2015): “La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»”. *Revista CEFLEGAL* 175-176(agosto-septiembre), 61-104.
- Emparanza Sobejano, A. (2003): *El concepto de porteador*. Comares. Granada.
- Emparanza Sobejano, A. (2011): “La presunción de contratación del transporte en nombre propio (art. 5 LCCTM) y la responsabilidad del porteador efectivo (art. 6 LCCTM): ¿Una solución al problema de imputación de responsabilidades en el transporte con pluralidad de intervinientes?”. *Rdt* 8, 33-58.
- Górriz López, C. (2015): “Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal”. *Rdt* 16, 77-98.
- Guijarro González, E. (2015): “Limitaciones en las autorizaciones para el ejercicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC’s)”. *Revista Española de la Función Consultiva* 24(julio-diciembre), 209-235.
- Hualde Manso, T. (1995): *El transporte de viajeros por carretera. Régimen de responsabilidad civil*. Aranzadi. Pamplona.
- Jarne Muñoz, P. (2016): “Nuevas tendencias en el transporte terrestre de viajeros. El fenómeno del transporte colaborativo”. en M. Zubiri de Salinas (Dir.) *El contrato de transporte de viajeros*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, pp. 227-265.
- Leñena Mendizábal, E. (2015): “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpoolig y carsharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal”. *RDM* 296(abril-junio), 283-334.
- Manzini, P. (2017): “Uber: tra concorrenza e regolazione del mercato”. *Diritto dei Trasporti* Anno XXX(1), 79-92.
- Martínez Gutiérrez, A. (2017): “Un apunte sobre las agencias de transporte de mercancías en España”. *RDM* 304(abril-junio), 247-267.
- Martínez Sanz, F. (2017): “Sujetos”. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.) *Contratos mercantiles* (I). Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, pp. 75-83.
- Montero Pascual, J. (2017): “La regulación de la economía colaborativa”. En Montero Pascual, J. (Dir.) *La regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 23-65.
- Petit Lavall, M. ^a V. and Puetz, A. (2017): “Fierce or unfair competition in the road passenger transport sector”. En *Zbornik radova 2. Medunarodne Konferencije Transportnog Prava i Prava Osiguranja (Proceedings of the 2nd International Transport and Insurance Law Conference)*. Pravni Fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb, pp. 426-444.
- Piloñeta Alonso, L. M. (1997): *Las agencias de transporte de mercancías*. José María Bosch. Barcelona.
- Quintana Carlo, I. (2015): “La regulación del transporte terrestre de viajeros y la desidia del legislador español”. *Rdt* 16, 11-29.
- Rosenbalt, A. and Stark, L. (2016): “Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber’s Drivers”. *International Journal of Communication* 10, 3758-3784.
- Tobío Rivas, A. M.^a (2007): *Los transitorios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*. Comares. Granada.

- Tobío Rivas, A. M.^a (2010): “Los intervinientes en el contrato de transporte con especial referencia a la problemática del art. 5 LCTTM”. *Rdt* 6, 35-60.
- Todoí Signes, A. (2015): “El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUS-Labor* 3, 1-25.
- Velasco San Pedro, L. A. (2015): “El consumo colaborativo en el transporte de personas”. *Diario La Ley* 8601(9 de septiembre), 2-14.
- Villa Vega, E. (2017) “Contrato de corretaje o mediación”. en A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.) *Contratos mercantiles I*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, pp. 599-670.
- Vlaçiç, P. and Toffaletti, R. (2016): “European Road Carriage of Passangers Needs a Reform Road map and time table for paper”. *European Transport Law*, 275-288.

Resoluciones judiciales

- Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1981, de 12 de noviembre (*B.O.E.* núm. 277, de 19 de noviembre de 1981)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre (*B.O.E.* núm. 266, de 06 de noviembre de 1990)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 90/2009, de 20 de abril (*B.O.E.* núm. 111, de 07 de mayo de 2009)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017 (Roj: SJM M 6/2017)
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 13 de marzo de 2017(ATS 2125/2017)
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 5 de mayo de 2017 (ATS 4211/2017)
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014 (Roj: AJM M 74/2014)
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 22 de mayo de 2015 (Roj: AJM M 1428/2015)
- United States District Court for the Northern District of California*, No C-13-3826 EMC, 2015, Case O’Connor v. Uber Technologies, Inc.
- Employment Tribunal of London*, Case Numbers: 2202551/2015 & Others, 28 october 2016.

Páginas web

- Alfaro Águila-Real, J. (2015): “La cuestión prejudicial sobre Uber”, <http://almacendederecho.org/la-cuestion-prejudicial-sobre-uber/>
- Górriz López, C. (2017), “Generalitat vs Uber”, <http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2017/04/12/generalitat-vs-uber/>
- <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>
- <http://www.confibus.org/publicaciones/ver/1566/confibus-recurrira-la-decision-judicial-a-favor-de-blablacar>



<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical>
http://economia.elpais.com/economia/2015/03/30/actualidad/1427743689_515738.html
https://economia.elpais.com/economia/2017/09/14/actualidad/1505383683_266201.html
https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-09-14/uber-taxi-precios-madrid_1443276/
<https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/C4D6409A-656B-48B6-9D10-FF512D1BF8F8/141974/20170315consultapublica.pdf>
https://help.uber.com/es_ES/h/d2d43bbc-f4bb-4882-b8bb-4bd8acf03a9d
<http://www.lavanguardia.com/vida/20160330/40748437601/economia-uber-vuelve-a-espana-15-meses-despues-con-un-servicio-de-conductores-profesionales-con-licencia-en-madrid.html>
<http://mattstoller.tumblr.com/post/82233202309/ubers-algorithmic-monopoly-we-are-not-setting>
<https://www.uber.com/legal/terms/es/>
<https://www.wired.com/2013/12/uber-surge-pricing/>
<https://www.xataka.com/aplicaciones/uber-cabify-o-taxi-con-esta-calculadora-podras-saber-que-te-interesa-mas>