

LIBERALIZAR EL TRANSPORTE URBANO DE PASAJEROS PARA PERMITIR LA COMPETENCIA MÁS ALLÁ DE TAXIS Y VTC: UNA CUESTIÓN DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

Eugenio OLMEDO PERALTA¹
Universidad de Málaga

Resumen: La vigente normativa ordenadora de los transportes terrestres carece de una disciplina adecuada para dar cabida a los modelos de transportes organizados en torno a plataformas de la llamada economía colaborativa. En tal sentido, se hace preciso disponer en nuestro ordenamiento de una regulación de las plataformas organizadoras de las redes de transporte, así como de los conductores ocasionales que operan a través de estas aplicaciones. En ausencia de una regulación adecuada, los operadores han de ajustar su actividad al marco legal actualmente vigente, adaptación que –pese a las pretensiones de deslealtad por violación de normas- es virtualmente imposible ante la falta de liberalización del sector y el bloqueo del acceso a los títulos habilitantes para el ejercicio de las actividades del taxi y del arrendamiento de vehículos con conductor (VTC). Tras realizar una caracterización jurídica de los sujetos que participan en estas nuevas formas de organizar el transporte, hacemos un análisis de algunos de los principales problemas con que se encuentran en el marco normativo actual, proponiendo ciertas soluciones de lege ferenda.

Palabras clave: Transporte colaborativo, Uber, Cabify, liberalización, VTC, taxis, economía colaborativa, plataformas, aplicaciones

Summary: The current regulation regarding land transport lacks on accurate norms to include models of transportation services that are organized by means of sharing-economy electronic platforms. Thus, it seems crucial to have in our legal system a regulation about these transportation network platforms, so as of the occasional drivers that may participate in these applications. In the lack of an adequate regulation, agents have to adapt their behavior to the legal framework into force, adaptation that is virtually impossible –despite the unfair competition claims on the grounds of infringement of laws-, for the sector is not deregulated and the access to licenses for the exercise of the activities of taxi and car hire with a chauffeur (FHV) is blocked. After considering the legal nature of the agents that take part in these new ways of organizing transport, we perform an analysis of some of the main problems that arise in the current legal framework, proposing some de lege ferenda solutions.

Keywords: Ridesharing, Uber, Cabify, deregulation, FHV, taxis, sharing economy, platforms, apps

Sumario: 1. LAS MODALIDADES DE TRANSPORTE DE PASAJEROS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE TRANSPORTES TERRESTRES; 1.1. Modalidades de transporte terrestre de pasajeros según la LOTT; 1.2. Caracterización jurídica de las prestaciones ofrecidas a través de plataformas de transporte colaborativo; 1.2.1. En particular, los organizadores telemáticos de transporte de pasajeros o las compañías de transporte de pasajeros en red; 1.3. Segmentos de mercado en el transporte urbano de pasajeros; 1.4. Conclusión provisional: carencias de la normativa ordenadora de los transportes terrestres; 2. EN BUSCA DE UN ENCAJE NORMATIVO DE LAS PLATAFORMAS DE TRANSPORTE COLABORATIVO Y SUS USUARIOS; 2.1. Régimen de los conductores que operan

¹ Esta aportación se realiza en el marco del proyecto “Retos en la aplicación del Derecho Europeo de la Competencia” (PPII.UMA.BI.2017/2019) de la Universidad de Málaga, en el que el Dr. OLMEDO PERALTA es investigador principal. El autor desea expresar su más sincero agradecimiento al *Max-Planck Institut für Innovation und Wettbewerb* de Múnich donde se realizó la mayor parte de la investigación de la que ha resultado este estudio, durante una estancia de investigación realizada durante el verano de 2017 y financiada por el Plan Propio de Investigación de la Universidad de Málaga. Cualquier comentario sobre este artículo es bienvenido a través del correo olmedo@uma.es

a través de plataformas colaborativas ¿conductores ocasionales?; 2.2. Régimen de las plataformas intermediarias; 2.3. Las tres falacias de las aplicaciones de economía colaborativa para encajar su actividad en el marco de la LOTT; 2.3.1. Transporte amistoso o de cortesía, en el ámbito del transporte privado; 2.3.2. Sus conductores son contratantes privados; 2.3.3. La sociedad que controla la app sólo presta servicios de la sociedad de la información; 3. PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA NORMATIVA VIGENTE: LAS BARRERAS DE ENTRADA AL SECTOR; 3.1. La restricción cuantitativa; 3.2. La limitación de segmentos de mercado, en particular el llamado e-hailing; 3.3. Fijación de precios regulados; 3.4. Otras restricciones accesorias: formas de explotación, fijación de las jornadas, características de los vehículos...; 4. ...Y TAMBIÉN LAS BARRERAS DE SALIDA; 5. CONCLUSIONES Y UN DESCARGO ANTE LA ACUSACIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR VIOLACIÓN DE NORMAS (ART. 15 LCD); 6. BIBLIOGRAFÍA; 7. INFORMES Y DOCUMENTOS OFICIALES.

1. LAS MODALIDADES DE TRANSPORTE DE PASAJEROS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE TRANSPORTES TERRESTRES

Quizá por la propia relevancia del sector para dar coherencia a las ciudades, la regulación de los servicios de transporte urbano de pasajeros conforma uno de los bloques normativos más complejos de la legislación española. En este ámbito coexisten normas de carácter nacional, con disposiciones autonómicas y reglamentaciones locales que -al menos ontológicamente- se justifican por la necesidad de ir concretando el contenido de las disposiciones, a los fines de ofrecer una regulación de proximidad. En la unidad de mercado, sólo se justificaría una regulación diferenciada de la prestación de servicios en las distintas regiones y localidades por la necesidad de que tal disciplina resolviera problemas endógenos de cada zona. Sin embargo, buena parte de las exigencias que la regulación vigente impone no pueden ser justificadas, ni desde los requerimientos de una regulación económica eficiente², ni desde el respeto al principio de unidad de mercado³. En particular, nos referimos a aquellas disposiciones de la normativa que implican una limitación de la competencia⁴, bien por lo que afecta a las posibilidades de acceso al mercado de nuevos prestadores -máxime cuando los nuevos entrantes aportan innovaciones al sector-, como a la imposición de condiciones injustificadas que se han de cumplir en la prestación de los servicios.

En los últimos años, la generalización y la omnipresencia de las nuevas tecnologías y de las telecomunicaciones basadas en Internet han impulsado el fenómeno de la *economía colaborativa*. Este proceso disruptivo de innovación

² Por todos, los fundamentos que han de justificar la intervención pública para dotar al mercado de una regulación eficiente son bien tratados por Petitbò Juan, A., "La defensa de la competencia: Derecho y Economía", en *Fundamentos de Regulación y Competencia: el Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, dir. Ruiz Ojeda, Iustel, Madrid, 2013, pp. 25-79; Montero Pascual, J.J., "Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general", en *Id.*, pp. 81-111 y Ruiz Ojeda, A., "Sentido y funcionalidad de la regulación pro-competitiva. Una aproximación histórico-crítica", en *Id.*, pp. 211-270.

³ *Cfr.* art. 139 CE y el desarrollo normativo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

⁴ Desde una perspectiva económica, la regulación de las condiciones de acceso y funcionamiento de un mercado sólo se justifican cuando con las medidas correctoras se persiga superar algún fallo de mercado, por ejemplo, superar los posibles abusos derivados del poder de mercado de un operador, dar un tratamiento a las externalidades que se pudieran plantear y que no pueden gestionarse a través de mecanismos de precios, la existencia de importantes costes de información o la necesidad de proveer una oferta de bienes públicos o ante mercados incompletos.

social y económica no es más que la consecuencia natural de la reducción de los costes de transacción –sobre todo los aparejados a la información– que permiten las nuevas posibilidades tecnológicas. En consecuencia, se trata de un fenómeno inevitable y que no puede ni debe ser frenado por la regulación⁵. Las tecnologías de la comunicación permiten hoy conectar a usuarios que se desconocen, procesar, ordenar y sistematizar cantidades ingentes de información, y ponerla a disposición de los usuarios, de modo que resulte útil. Y bien, esa transmisión, ordenación y búsqueda de información se traslada al ámbito de los modelos de negocios, permitiendo a los usuarios que encuentren potenciales personas interesadas en ofrecer/adquirir los bienes o servicios que requieren/producen. La economía colaborativa permite, de un lado, reducir los costes de información y, por tanto, la necesidad de recurrir a intermediarios para que un sujeto pueda conseguir aquello que desea adquirir. De otro lado, superada la asimetría informativa carecen ya de sentido muchas de las medidas regulatorias que dominan el sector del transporte urbano y que analizaremos en estas páginas.

Desde la perspectiva del derecho vigente, la regulación básica de la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros se contiene a nivel nacional en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres⁶, norma que recibió desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres⁷. Esta normativa ofrece un régimen general de la prestación de servicios de transporte por carretera, diferenciando, en función de sus características, entre transportes públicos y privados; y, en función del objeto del transporte, entre transportes de viajeros y transportes de mercancías. Serán transportes de viajeros los que estén dedicados a realizar los desplazamientos de las personas y sus equipajes en vehículos construidos y acondicionados para tal fin⁸. A su vez, en función del modo de organización, éstos podrán ser regulares o discrecionales, según sigan o no horarios, itinerarios y calendarios prefijados⁹. En consecuencia, el ámbito de servicios que aquí nos interesa es el que puede ser catalogado como transporte público discrecional de pasajeros.

El marco jurídico ofrecido por la normativa de ordenación de los transportes terrestres da respuesta a un paradigma clásico del transporte público discrecional de pasajeros, en el que tales servicios se articulan a través de las figuras de los taxis y, en mucha menor medida, de los arrendamientos de vehículos con conductor. Sin embargo, la realidad económica y social que subyace en el sector ha experimentado un importante cambio con la irrupción de las plataformas virtuales organizadoras del transporte de pasajeros, manifestación del llamado fenómeno de la economía colaborativa en este sector. Los problemas legales que están surgien-

⁵ Lo más importante de las plataformas de transporte basadas en estos modelos es que han reducido los costes de transacción que era lo que justificaba la aplicación de una normativa amplia y estricta: «Uber's key innovation lies in having reduced the transaction costs that otherwise plague the sector and provided the justification for its extensive regulation» Rogers, B. (2015-2016): «The Social Costs of Uber», *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 82, p. 87. Y es que, «The path to “innovation-friendly law” may be tortuous, but it is a road we have to follow, particularly in the case of the sharing economy», Ranchordás, S. (2015): «Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy», *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, 16 (1), p. 444

⁶ En lo sucesivo, LOTT.

⁷ En lo sucesivo, ROTT.

⁸ Art. 63.1.a) LOTT.

⁹ *Cfr.* art. 64.1 LOTT.

do en los últimos años respecto al tratamiento jurídico de estas plataformas están evidenciando que la normativa española ordenadora de los transportes terrestres no es adecuada para dar cabida a estas nuevas formas de disciplinar los transportes de pasajeros.

En un intento de buscar cabida dentro de la normativa vigente, en un primer momento las plataformas digitales facilitadoras de estos tipos de transportes trataron de justificar jurídicamente que las relaciones que se derivaban de sus servicios argumentando que se encajaban dentro de los esquemas propios del transporte privado. Sin embargo, la definición que da la normativa para entender un transporte como privado es muy estrecha, limitándose –en el caso de los llamados «transportes privados particulares»- a aquellos supuestos en que se cumplen de forma conjunta dos requisitos: «a) Estar dedicados a satisfacer las necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico del titular del vehículo y sus allegados. En ningún caso, salvo el supuesto de percepción de dietas o gastos de desplazamiento para su titular, el transporte particular puede dar lugar a remuneraciones dinerarias directas o indirectas. b) Realizarse en vehículos cuyo número de plazas, o capacidad de carga, no exceda de los límites que reglamentariamente se establezcan»¹⁰. Poder encuadrar dentro de esta categoría los transportes concertados a través de plataformas de economía colaborativa habría permitido –con la ley e interpretación normativa vigente- evitar el requisito de obtener una autorización administrativa, pues la normativa no exige ningún tipo de título para prestar tales servicios, siéndoles sólo de aplicación la actuación ordenadora pública por lo que respecta a las normas de uso de las infraestructuras viarias y la seguridad del tráfico¹¹. Sin embargo, entendemos que tal cabida no es posible, pues la prestación de este tipo de transportes no se hace a favor del titular del vehículo y sus allegados y, normalmente –aunque sea objeto de discusión-, tal transporte se realiza con ánimo de lucro¹².

1.1. Modalidades de transporte terrestre de pasajeros según la LOTT

Sobre las categorías jurídicas vigentes, no cabe duda que la prestación de servicios de transporte de pasajeros abierta al público, se realice a través de los tradicionales servicios de taxi o de arrendamiento de vehículos con conductor, o se empleen para ello las nuevas posibilidades de las aplicaciones telemáticas, se debe encuadrar dentro de la noción de transporte público discrecional de pasajeros de la LOTT. La principal consecuencia de esta categorización es que la normativa exige una autorización de transporte público¹³ para la prestación de tales servi-

¹⁰ Art. 101.1 LOTT.

¹¹ Cfr. arts. 101.2 LOTT y 41.2.a) ROTT.

¹² Sobre la diferenciación categórica, *vid.* Velasco San Pedro, L.A. (2015): "El consumo colaborativo en el transporte de personas", en Petit Lavall, M.V. (dir). *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 193-202.

¹³ La Disposición Adicional 2 de la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, ha dispuesto cambios de denominación, estableciendo –por lo que aquí nos concierne- que los términos «autorización habilitante para el transporte discrecional», «autorización de transporte público discrecional» y «autorización de transporte discrecional», deberán considerarse sustituidos por el término «autorización de transporte público».

cios¹⁴, así como el cumplimiento de las medidas particulares que se deriven de la normativa específica de carácter autonómico o municipal.

El mercado de transporte urbano de pasajeros de carácter no regular presenta, según la normativa, dos modalidades de prestación: los servicios a los que la LOTT simplemente llama *transportes públicos discrecionales*¹⁵ y los contratos de *arrendamiento de vehículos con conductor*. Esta dicotomía legal, sin embargo, no encuentra un verdadero soporte económico que permita justificar un tratamiento separado. De un lado, desde el punto de vista de la competencia en el mercado¹⁶, ambos tipos de servicios están llamados a cubrir la misma necesidad, pudiendo ser considerados sustituibles desde la perspectiva de los usuarios. Es por ello que, como justificaremos, entendemos que carece de sentido la diferenciación de la normativa, máxime cuando se hace con el objeto de imponer mayores obstáculos legales a la prestación de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor. Por otro lado –adelantando ya una de las conclusiones de este trabajo– en el caso de mantenerse la diferenciación de servicios existentes, quizá ésta no deba continuar siendo sólo bipartita, de modo que se incorpore a la regulación una tercera categoría que dé cabida a aquellos oferentes ocasionales de transporte que se organizan bajo una plataforma intermediaria de economía colaborativa que se ocupe de la gestión y organización del transporte. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

La regulación binomial que diferencia entre servicios de taxi y de arrendamiento de vehículos con conductor procede del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros¹⁷, que distinguía dos clases de servicios de transporte urbano en vehículos de turismo: los

¹⁴ Cfr. arts. 99 y 54 LOTT, que se remiten al régimen de licencias de los arts. 42 y 43. La concesión de tales licencias corresponde a las Comunidades Autónomas, incluso cuando sean para un ámbito superior al de la Comunidad, de conformidad con los arts. 5 y 6 de la Ley Orgánica 571987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable.

¹⁵ La LOTT prescinde en todo momento de la utilización del término «taxi», refiriéndose a sus servicios como transporte discrecional de pasajeros (no así el ROTT, que sí emplea el vocablo). Entendemos que la terminología empleada por la LOTT es confusa, puesto que es también transporte discrecional de pasajeros el que puede prestarse a través del arrendamiento de vehículos con conductor, a los que diferencia en su régimen jurídico. Ello es, además, incongruente con el propio párrafo segundo del art. 134 de la LOTT (según la redacción ofrecida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) en tanto que dispone que «El arrendamiento de vehículos con conductor tendrá, a efectos de la legislación de ordenación de los transportes por carretera, la consideración de transporte discrecional de viajeros y su ejercicio estará sujeto a todas las reglas contenidas en esta Ley que resulten de aplicación a dicha clase de transporte», o la similar dicción del art. 180.1 del ROTT.

¹⁶ Aunque se podría hacer un excurso excesivamente largo sobre este punto, baste aquí recordar que la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la *definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia* (97/C 372/03), considera que «el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ello». En estos supuestos resulta más que evidente la sustituibilidad de los servicios de taxi con el arrendamiento de vehículos con conductor, sobre todo si consideramos –como es la pretensión de estas páginas– éstos últimos dentro de la óptica de la utilización de plataformas móviles de economía colaborativa.

¹⁷ Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo. Esta norma, pese a haber sido desplazada en su casi totalidad por las distintas reglamentaciones autonómicas, sigue en vigor y resultaría –si su régimen fuera más completo que el de aquellas– de aplicación supletoria.

servicios de clase A) o "auto-taxis" y los servicios de clase C) o "especiales o de abono", que se diferenciaban de los primeros por la mayor potencia, capacidad, lujo, dedicación, etc. de los vehículos y/o por la especial preparación de sus conductores. Igualmente, de una forma marginal, se consideraba a los servicios de clase B) o "auto-turismos"¹⁸.

El desarrollo normativo de las dos formas que la LOTT considera de transportes públicos discrecionales de pasajeros ha corrido una suerte dispar. Para simplificar el tratamiento –y ante la falta de precisión de que adolece la normativa– los calificaremos como servicios de taxi y de arrendamiento de vehículos con conductor.

Por lo que respecta a los servicios de taxi, su regulación afecta a una competencia que puede ser asumida por las Comunidades Autónomas según el art. 148.1.5ª de la CE¹⁹; quedando a salvo la reserva de competencia estatal para la regulación de estos transportes cuando tengan un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma²⁰. En este marco, la concesión de licencias para la prestación de servicios de taxi también depende de las Comunidades Autónomas –incluso, pese al literal constitucional, cuando el servicio exceda el ámbito de una Comunidad–, sobre la base de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable²¹. En consecuencia, las Comunidades Autónomas tienen competencia para la regulación del otorgamiento de autorizaciones para la prestación de estos servicios; la convalidación de la transmisión de las autorizaciones; el visado periódico de las autorizaciones; el establecimiento de tarifas de referencia, así como de tarifas obligatorias de carácter máximo; la revocación o condicionamiento de las autorizaciones; el establecimiento de prestación de servicios mínimos; y cuantas actuaciones gestoras sean necesarias para el funcionamiento de los servicios y no se reserva para sí el Estado.

En este marco normativo previsto por cada normativa regional, la Ley de Bases de Régimen Local²², dispone en su artículo 25.2, apartado g), que el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas las de «tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano». Junto a ello, el artículo 86.2 de la LBRL reserva en favor de las Entidades Locales las «actividades o servicios esenciales de transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable».

Corolario de esta cascada de potestades regulatorias es que la reglamentación última del servicio del taxi tiene carácter local, si bien, quedando sujeta a los marcos normativos que configuren las Comunidades Autónomas y el Estado. No

¹⁸ El propio artículo 2 del RD ya consideraba el carácter marginal y transitorio de estos auto-turismos que, estando desprovistos de contadores taxímetros, podían prestar servicios de transporte discrecional en aquellas localidades en que no existiesen auto-taxis. El carácter transitorio de esta figura se plasma en la previsión de que a partir de la publicación del Reglamento no se podrían crear ni conceder licencias de esta clase B) cuando en la misma población existiesen licencias de la clase A).

¹⁹ La competencia considerada por la norma en particular se refiere a «los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable».

²⁰ Art. 149.1.21ª CE.

²¹ *Cfr.* arts. 5 y 6.

²² Ley 7/1985, de 2 de abril, en lo sucesivo LBRL.

obstante esta proliferación normativa, el régimen sustantivo de prestación de los servicios es bastante similar, pudiendo afirmarse que las regulaciones de los distintos municipios es en cierta medida homóloga.

Es importante recordar aquí que el taxi es una actividad económica privada, aunque esté sometida a reglamentación y sujeta a la intervención pública en su desarrollo²³. Resulta evidente que tal servicio tiene un claro interés público, pero será siempre una actividad económica privada²⁴. Es por ello por lo que no se puede hablar de servicio público de taxi, sino de *servicio al público*²⁵. Tratándose de un servicio de interés general, resulta imprescindible que se preste bajo condiciones de asequibilidad para los consumidores²⁶.

Los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor²⁷ han corrido una suerte distinta. Su disciplina fundamental se encuentra recogida en 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 ROTT²⁸. Con las excepciones de las Comunidades Autónomas de las Islas Canarias y Baleares²⁹, que sí tienen competencia normativa en este ámbito, la

²³ Así lo considera el Tribunal Constitucional en el FJ 4º de su sentencia de 8 de junio de 2001 (132/2001), que lo califica como «una actividad económica privada aunque intervenida y reglamentada».

²⁴ “[E]s una actividad privada dirigida al público y de un marcado interés general”, Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid, de 21 de julio de 2005 (1272/2015). En el mismo sentido, el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía I 01/17, sobre la actividad del taxi en Andalucía desde la óptica de una regulación económica eficiente y favorecedora de la competencia, febrero de 2017, p. 36 y ss.

²⁵ Así el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid, de 21 de julio de 2005. Son muchas las razones –más allá de la titularidad del vehículo y la responsabilidad por la prestación del servicio, y de la ausencia de una convocatoria pública para obtener la concesión de su provisión- que llevan a negar su carácter público. Baste aquí destacar el hecho de que la provisión de servicios de taxi –competencia reservada a las entidades locales- no es obligatoria, ni existe un deber de las entidades locales de garantizar la prestación de tales servicios (art. 26 LBRL). La actividad del taxi es ejercida de forma privada por particulares que operarán en el mercado. Aunque la prestación de dichos servicios quede condicionada a la obtención de los títulos preceptivos y al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, se hace en el marco de la libertad de empresa en el mercado, siendo sus prestadores, en consecuencia, empresarios –tanto a los efectos del art. 1 del C. de c., como de la normativa de defensa de la competencia-. Consecuentemente, todo análisis que se haga de su actividad ha de enmarcarse necesariamente dentro de los principios de la libertad de empresa y de unidad de mercado. En mayor profundidad, *vid.* Botella Carretero, J. (2002): *El régimen jurídico del servicio de auto-taxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, esp. pp. 426 y ss; Carbonell Porras, E. (2013): “Servicio público y competencia en el mercado de transportes terrestres”, en Petit Lavall, M.V., Martínez Sanz, F. y Recalde Castells, A. (dirs.) *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid, pp. 147-158.

²⁶ *Vid.* Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM (2003) 270 final - Diario Oficial C 76 de 25.3.2004].

²⁷ For-Hire Vehicles (FHV) en su terminología anglosajona.

²⁸ Esta norma sustituye a la anterior Orden de 30 de julio de 1998, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

²⁹ Para estas regiones, la D.A. Tercera de la Orden establece que «podrán dictar normas en desarrollo o ejecución de la LOTT y su Reglamento en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, considerándose de aplicación supletoria en relación con las citadas normas de desarrollo o ejecución, las disposiciones contenidas en la presente orden».

competencia de las demás regiones se limita a la concesión de las licencias habilitantes y al establecimiento de las condiciones de las mismas, siendo el marco legal de estos servicios bastante uniforme en todo el territorio nacional.

1.2. Caracterización jurídica de las prestaciones ofrecidas a través de plataformas de transporte colaborativo

El esquema subjetivo en que se basan las relaciones de contratación de servicios de transporte a través de plataformas virtuales conecta a tres sujetos interesados en dicho transporte. En puridad, y como ya hemos adelantado, la relación no es más que una intermediación en el transporte: un sujeto, interesado en la contratación de un servicio de transporte contacta con una plataforma electrónica que, gracias a los datos de terceros interesados en la prestación de servicios de transporte, y conociendo la ubicación de éstos a tiempo real, puede ofrecerle al potencial pasajero un servicio de transporte bajo unas condiciones por ella predefinidas. La plataforma celebra el contrato de transporte con el pasajero y se encarga de gestionar el pago del servicio. Del importe satisfecho por el cliente, retrae una parte en concepto de comisión de gestión, organización y –en su caso– aseguramiento del transporte y paga el restante al conductor que ha actuado como transportista efectivo. En tal sentido, en este ámbito del transporte colaborativo distinguiremos tres sujetos:

- a) Un pasajero o consumidor del servicio de transporte. Este sujeto no presenta ninguna singularidad en su régimen jurídico con respecto de los usuarios de los servicios de taxi y de arrendamiento de vehículos con conductor.
- b) Un transportista oferente de servicios de transporte (que actuaría como transportista efectivo). En este caso sí nos encontramos con ciertos dilemas a resolver desde el plano jurídico: ¿Es un profesional del transporte? ¿ha de quedar sometido al régimen de licencias administrativas que la normativa exige para los taxis y arrendamientos de vehículos con conductor? ¿qué requisitos se le han de exigir para que puedan prestar estos servicios?
- c) La plataforma de economía colaborativa (Uber, Cabify, Lyft...), que actúa como organizadora del transporte (transportista contractual) e intermedia entre los pasajeros y los transportistas, utilizando las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías –sobre todo las relacionadas con la geolocalización– para obtener y relacionar las informaciones sobre la demanda y la oferta de transportes. Es con ella con quien directamente contratan los pasajeros. Utilizando las posibilidades informáticas de que dispone, la plataforma puede ofrecer a los potenciales pasajeros un amplio abanico de servicios utilizando la colaboración de los conductores inscritos en la aplicación. Gracias a las posibilidades que ofrece la geolocalización, podrá seleccionar en cada caso a aquel conductor que pueda prestar el servicio de la forma más rápida y satisfactoria.

1.2.1. En particular, los organizadores telemáticos de transporte de pasajeros o las compañías de transporte de pasajeros en red

Continuando las consideraciones de *lege data*, ha de considerarse la escasa regulación que la normativa ofrece a estas plataformas organizadoras del transporte terrestre de pasajeros. A estos mediadores en el transporte terrestre de pasajeros³⁰ la normativa –impropiamente- considera bajo la calificación de «agencias de viajes»³¹. Quizá esta normativa meramente alusiva hubiera tenido sentido y valor en un momento en que la contratación de estos transportes se hacía siempre de forma directa entre el pasajero y el transportista. La ausencia de mecanismos electrónicos –antes incluso de los servicios telefónicos de contratación de taxis- se suplían con las previsiones de la regulación del sector: reserva de actividad, regulación de paradas de taxi, etc. Las medidas regulatorias servían así para superar una intermediación inexistente por inoperante, al no ser posible disponer de datos reales sobre la localización de los conductores y los potenciales clientes en tiempo real, al menos no sin un coste elevado. Permitiendo las nuevas tecnologías el volcado, procesamiento y reflejo de estos datos a tiempo real y a un coste ínfimo, se muestra más eficiente hacer recurso de tales datos, para poder organizar un servicio de transporte que satisfaga al pasajero, y que se pueda prestar gracias a la colaboración de múltiples conductores que prestarán materialmente los servicios de transporte.

Las alusiones escuetas y erróneas (por remitirse a agencias de viajes) de la *lege lata*, obliga a considerar –ahora de *lege ferenda*- la posibilidad de dar cabida en el ordenamiento europeo y español a los *organizadores telemáticos de transporte de pasajeros* o las *compañías de transporte de pasajeros en red*. Esta figura, en su forma de *Transportation Network Companies* (TNC)³², sí ha recibido un importante desarrollo normativo en casi todos los Estados de los Estados Unidos³³.

³⁰ Con carácter general, sobre las actividades de intermediación o colaboración en los transportes, *vid.* Tobío Rivas, A. M. (2007): *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Comares, Granada, pp. 33-153.

³¹ Dentro del epígrafe de actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera, quizá por su mayor relevancia en el sector, la LOTT y el ROTT regulan en mayor medida la figura de las agencias de transportes de mercancías (art. 119 LOTT, arts. 159-164 ROTT) –que, pese a la distinta alusión contractual –agencia y comisión- no son más que los comisionistas de transporte a los que alude (aunque no se puede decir que regula) el C. de c. en sus arts. 274, 275, 378 y 379-. La normativa ordenadora de los transportes terrestres no dedica tanta atención a la intermediación en los transportes de pasajeros, con escasas menciones al régimen de las que llama «agencias de viajes» (arts. 165 y 166 ROTT). En particular, esta regulación se limita a hacer una reserva legal de la prestación de los servicios de mediación en la contratación de transportes de viajeros a las agencias de viajes. En relación a los transportes discrecionales y los turísticos, se establece que la actividad de intermediación deberá llevarse a cabo contratando en nombre propio el correspondiente transporte tanto con los transportistas como con los usuarios.

³² En un primer momento de la tramitación normativa de su regulación en California –Estado pionero, pues, no en vano es el lugar de nacimiento de Uber-, se barajó la procedencia de denominarlas *New Online-Enabled Transportation Services* (NOETS). Motivos de simplificación lingüística justificaron que finalmente prosperara el uso de TNCs.

³³ Los precursores de la normativa fueron los Estados de California –establecidas por Decisión de la California Public Utilities Commission 13-09-045, de 19 de septiembre de 2013, *adopting rules and regulations to protect public safety while allowing new entrants to the transportation industry*, accesible en: <http://docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/Published/G000/M077/K192/77192335.PDF>;-; COLO-

Según su regulación, se trata de empresas u organizaciones que ofrecen servicios de transporte utilizando una plataforma online que permite conectar a los pasajeros con conductores que emplean sus propios vehículos³⁴. Volveremos más adelante sobre la incorporación de esta figura.

1.3. Segmentos de mercado en el transporte urbano de pasajeros

Como hemos afirmado, desde la perspectiva de la competencia y la óptica del consumidor, la diferenciación normativa de las distintas formas de provisión del transporte público discrecional de pasajeros (actualmente taxis y arrendamientos de vehículos con conductor) carece de sentido, pues ambos conjuntos de servicios están llamados a satisfacer las mismas necesidades. Sin embargo, la normativa ahonda en la diferenciación entre ambos, reservando en exclusiva para los servicios de taxi la cobertura de dos de los tres segmentos que pueden apreciarse en el mercado del transporte urbano discrecional de pasajeros.

Así, en función del modo en que se presta el servicio, se puede hablar de tres modalidades o de tres segmentos de transporte urbano discrecional de pasajeros. El primero de ellos es el que se presta encontrándose los vehículos circulando libremente por las vías urbanas. En estos casos, los usuarios pueden parar el vehículo y concertar en ese momento el contrato de transporte. El segundo sector, es el que se refiere al estacionamiento de los vehículos en paradas especialmente destinadas a ello y ubicadas normalmente en lugares estratégicos de la ciudad (aeropuertos, estaciones, centros comerciales, estadios...) o en lugares de especial afluencia de personas. Los potenciales usuarios pueden acudir a estos lugares con la certeza de que encontrarán un vehículo con el que podrán contratar el transporte. Finalmente, el tercer segmento es el que comprende los transportes que han sido contratados con anterioridad. En estos casos, el usuario puede hacer uso de cualquier medio de comunicación para contratar un transporte que satisfaga sus necesidades. Tal contacto se realizaba, en un primer momento, a través del telé-

RADO –reguladas por la Public Utilities Commission del Colorado Department of Regulatory Agencies a través de las *Transportation Network Companies rules of the rules regulating transportation by motor vehicle*, 723-6-6700, en vigor a partir del 30 de enero de 2016, consultable en <https://drive.google.com/file/d/0B8qvU2knU8BkRHhad0EwZVVuVTA/view> y la Senate Bill 14-125, *concerning the regulation of transportation network companies, and, in connection therewith, requiring transportation network companies to carry liability insurance, conduct background checks on transportation network Company drivers, inspect transportation network company vehicles, and obtain a permit from the Public Utilities Commission*, consultable en:

https://drive.google.com/file/d/0B3u7jb_duOQ2MzdjdGYxN0FjUlk/view -; e ILLINOIS –reguladas por la *Transportation Network Providers Act* (625 ILCS 57/), accesible en:

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=3589&ChapterID=49> -. En la actualidad son 48 los Estados –excepciones de Vermont y Oregón- y el Distrito de Columbia que cuentan con una regulación de las TNCs (a la fecha, el último Estado en aprobar una normativa al respecto ha sido el Estado de Connecticut a través de la Substitute House Bill No. 7126, Public Act No. 17-140, aprobada el pasado 27 de junio de 2017).

³⁴ «This Commission defines a TNC as an organization whether a corporation, partnership, sole proprietor, or other form, operating in California that provides prearranged transportation services for compensation using an online-enabled application (app) or platform to connect passengers with drivers using their personal vehicles» (*Decision adopting rules and regulations to protect public safety while allowing new entrants to the transportation industry*, California Public Utilities Commission 13-09-045).

fono y las centralitas de teletaxi, y más recientemente a través de Internet o aplicaciones específicamente diseñadas para la reserva y contratación de servicios.

La normativa realiza una reserva de actividad, imponiendo que los dos primeros segmentos (captación de usuarios en circulación y uso de paradas) sólo pueden ser cubiertos a través de servicios de taxi; mientras que el tercer segmento (previa contratación del transporte) sí puede ser cubierto a través del arrendamiento de vehículos con conductor³⁵. Esta medida regulatoria encontraba justificación en un entorno de inexistencia de las posibilidades tecnológicas actuales, donde los obstáculos derivados de los costes de información –saber dónde se encuentra un vehículo disponible y ponerlo en contacto con un potencial usuario- eran importantes. Así, la normativa garantizaba a los usuarios del taxi la posibilidad de acudir a las paradas, donde tenían la garantía de poder contratar un servicio. Del mismo modo, ponía a una parte de la flota en circulación por la ciudad, de modo que el usuario que casualmente encontrara un vehículo pudiera contratarlo en el momento. La normativa, como se aprecia, arrinconaba a los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor al último segmento, sólo pudiendo prestar servicios que hubieran sido contratados con anterioridad.

Frente a estos tres segmentos que tradicionalmente se han considerado, puede estimarse un cuarto tipo, de carácter híbrido, que implica la precontratación del servicio del transporte mientras el vehículo se encuentra circulando, lo que en terminología anglosajona se denomina *e-hailing*. Este nuevo segmento se está desarrollando y adquiriendo cada vez más relevancia de la mano de las plataformas de economía colaborativa en el transporte –aplicaciones tales como Uber o Cabify-, que están ofreciendo los medios tecnológicos que permiten a los conductores concertar contratos antes de la subida del pasajero y mientras se encuentran en circulación (por lo que, en puridad, no entraría dentro del segundo segmento, reservado a los servicios de taxi). Sin embargo, parece que la normativa –o mejor, dicho, las presiones anticompetitivas del sector del taxi- no quieren permitir que los prestadores de estos servicios puedan circular libremente por las calles, aunque la contratación se haga previamente.

Todavía, dentro de los servicios de transporte de pasajeros provistos a través de las plataformas colaborativas se pueden diferenciar dos variantes, en función de quién sea el sujeto que determine el destino, horario e itinerario. En este caso, se pueden distinguir los transportes puramente discrecionales, en los que el usuario del transporte colaborativo es el que determina a dónde quiere ir y en qué momento (servicio prestado por *Uber* o *Cabify*); de los transportes más orientados a la finalidad de compartir costes, en los que el conductor del vehículo establece de forma previa un itinerario y horario que en todo caso va a cubrir, y ofrece al público la posibilidad de que utilice su vehículo compartiendo los costes que el desplazamiento pueda acarrear. Este segundo modelo es más típico de los transportes interurbanos (*BlaBlaCar*, *Amovens*...) o los urbanos que se realizan de forma repetida (por ejemplo, para ir cada día a un determinado sitio: puesto de trabajo, universidad, etc.). En este segundo caso cabría albergar la duda de si podríamos considerar el transporte como privado y, en consecuencia, sustraerlo de los requerimientos de la normativa, visto que –en principio- se suelen hacer sin ánimo de lucro. Sin embargo, hay que considerar que el ofrecimiento se realiza

³⁵ Así, el art. 141.8 LOTT tipifica como infracción grave «8) el arrendamiento de vehículos con conductor fuera de las oficinas o locales que reglamentariamente se determinen, así como la búsqueda o recogida de clientes que no hayan sido contratados previamente».

abierto al público –por lo que no se cumple la exigencia de la LOTT de que se transporte a familiares o allegados-; y, en segundo lugar, que, aunque el transporte se realice con la finalidad de compartir costes y no persiguiendo un lucro directo, la reducción de los costes de un transporte que en todo caso el conductor iba a afrontar, sí supone un tipo de retribución y de lucro indirecto. En estas páginas centraremos nuestra atención en el estudio del otro modelo de servicios, de carácter puramente discrecional.

1.4. Conclusión provisional: carencias de la normativa ordenadora de los transportes terrestres

Como se ha puesto de manifiesto, la regulación vigente en la LOTT y sus normas de desarrollo adolecen de importantes problemas que justifican una reforma para adaptarlas a los nuevos requerimientos de la era digital y la supresión de cargas regulatorias que resultan ya exuberantes. Entendemos, no obstante, que la mayor parte de los cambios normativos que se requieren debieran proceder de las instituciones comunitarias y no circunscribirse exclusivamente a la iniciativa nacional, pues la cuestión afecta, en última instancia, a libertades comunitarias como las de circulación, establecimiento y prestación de servicios³⁶.

El primer problema que se pone de manifiesto es que la normativa parte de una dualidad regulatoria –con distintos requerimientos y segmentos en que pueden actuar- entre el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor. Se trata de una dualidad asimétrica, en la que los servicios de taxi pueden cubrir los tres segmentos de mercado anteriormente considerados, mientras que el arrendamiento de vehículos con conductor sólo puede prestar servicios previamente contratados. Sin embargo, ambos servicios se prestan en un mismo mercado desde la perspectiva del consumidor, pudiendo satisfacer necesidades idénticas. Superados el fallo de asimetría informativa que justificaba esta configuración de los servicios, el mantenimiento de esta dualidad regulatoria sólo se justifica por la existencia de intereses en la conservación del monopolio legal del taxi³⁷. Además de ello, las condiciones de prestación de servicios que se impone a los arrendamientos de vehículos con conductor son más gravosas que las que se fijan para los taxis. La parálisis normativa es desaconsejable dado que el mantenimiento de las estructuras jurídicas actuales puede frenar las dinámicas procompetitivas que los nuevos modelos entrantes aportarían al mercado.

El segundo problema que se ha señalado consiste en que la normativa vigente no da cabida a otros sujetos que puedan prestar servicios de transporte urbano discrecional de pasajeros de forma esporádica y sin encuadrarse en las figuras del taxi y del arrendamiento de vehículos con conductor. La falta de acogida normativa implica que, mucho menos, pueda saberse qué requerimientos (licencias, cargas regulatorias...) serán exigibles a estos sujetos. Ante esta indeterminación, se está reconduciendo la situación a exigir a los conductores que ocasionalmente prestan sus servicios a través de plataformas de economía colaborativa que

³⁶ *Vid.* Velasco San Pedro, L.A. (2015): "El consumo colaborativo en el transporte...", *op. cit.*, p. 200.

³⁷ CNMC, Subdirección de Análisis Económico, "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, p. 4.

reúnan los requisitos exigidos a los arrendamientos de vehículos con conductor (licencias VTC), ante la imposibilidad –tanto por la limitación física como por las mayores exigencias– de exigirseles el cumplimiento de los requerimientos que se precisan para la prestación del servicio de taxi. Esta reconducción a una de las dos categorías actualmente vigentes ha sido la base sobre la que se han construido las demandas contra las plataformas sobre la base de la competencia desleal por violación de normas (art. 15 LCD)³⁸.

El tercer problema que se arrastra de la normativa es que no ofrece una regulación del régimen aplicable a las plataformas virtuales que organizan estos transportes. Los problemas que se plantean al respecto se pueden reconducir a dos interrogantes fundamentales. El primero es si se tratan de prestadores de servicios de la sociedad de la información o si, por el contrario, son empresas de transporte. El segundo interrogante es diferenciar si en su actividad de intermediación asumen la prestación del transporte (actuando, en consecuencia, como portadores contractuales) o si, por el contrario, son simples intermediarios que no asumen más responsabilidad en la prestación del transporte que el de ofrecer las facilidades para que puedan concertarse los contratos.

2. EN BUSCA DE UN ENCAJE NORMATIVO DE LAS PLATAFORMAS DE TRANSPORTE COLABORATIVO Y SUS USUARIOS

Como hemos enunciado, en las relaciones del llamado transporte colaborativo³⁹ intervienen tres sujetos: pasajero, conductor y plataforma organizadora. El primero de éstos no presenta ninguna singularidad respecto del usuario de los servicios de taxi o de arrendamiento de vehículos con conductor. Realizaremos algunas consideraciones respecto de las otras dos figuras.

2.1. Régimen de los conductores que operan a través de plataformas colaborativas ¿conductores ocasionales?

Del lado de los prestadores de servicios de transporte, la LOTT sólo considera a los taxis y a los conductores de vehículos arrendados. En consecuencia, y a falta de una normativa más adecuada, parece que los conductores de sus propios vehículos que prestan servicios a través de plataformas de economía colaborativa deban adaptarse a una de estas dos figuras para poder operar en el mercado.

Nuestra idea de partida es que ninguna de estas dos figuras está actualmente configurada en un modo adecuado para dar cabida a estos conductores. Sería

³⁸ Vid. STS 17-5-2017; SJM núm. 2 de Madrid de 2-2-2017; SJM núm. 12 de Madrid de 13-6-2017; Auto JM núm. 12 de Madrid de 23-11-2015; Auto JM núm. 2 de Madrid, de 9-12-2014; Auto JM núm. 2 Madrid de 22-5-2015; auto TS (sala 3ª, secc. 1ª) de 13-3-2017; SJC-A núm. 15 de Barcelona de 6-10-2016, y, con mayor trascendencia, las Conclusiones del AG Maciej Szpunar de 11 de mayo de 2017, al asunto C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain*, S.L.

³⁹ No huelga mencionar aquí que hacemos uso de la terminología “transporte colaborativo” porque es la que se ha impuesto en la literatura. En nuestra opinión, los modelos de transporte de empresas como Uber, Cabify o Lyft no merecen la calificación de colaborativos, siendo, exclusivamente, organizaciones virtuales de una red de conductores autónomos que colaboran con la empresa organizadora (la plataforma).

más apropiado incluir en la normativa una regulación específica de los prestadores ocasionales o no profesionales de servicios de transporte urbano de pasajeros. Son evidentes los motivos que soportan este argumento. En primer lugar, la finalidad de los conductores: al menos desde una perspectiva teórica, los conductores que emplean sus propios vehículos para prestar ocasionalmente servicios de transporte no lo hacen como su actividad económica principal. No obstante, no se debe despreciar el dato fáctico de que, en realidad, muchos de los conductores que ofertan sus servicios a través de estas plataformas lo hacen con profesionalidad y siendo ésta su actividad económica principal. En segundo lugar, debe plantearse que si se hace una prestación meramente ocasional de estos servicios de transporte, las exigencias normativas a estos conductores debieran ser inferiores.

Por lo que respecta al primer punto planteado, está claro que una de las cuestiones más complejas que debiera tratar una posible futura regulación de estos conductores es la de discernir hasta qué momento nos encontramos ante conductores ocasionales y a partir de cuándo empiezan a ser profesionales⁴⁰. El deslinde pudiera hacerse sobre la base de un determinado número de horas de desarrollo de la actividad de transporte, siendo cuestión de política legislativa determinar cuál ha de ser dicho límite, respecto de qué marco de referencia (horas a la semana, al mes...) y si ha de tratarse de horas de transporte efectivo o de horas desde que el conductor se sube en el vehículo y conecta la aplicación que le pone en contacto con potenciales usuarios⁴¹.

En cualquier caso, lo que sí resulta evidente es que si se superan los umbrales que se pudieran establecer normativamente para dar cabida a estas figuras sí nos encontraríamos ante un transportista profesional –y no ocasional- que debería someterse a las reglamentaciones de alguna de las figuras profesionales que sí se contemplan en la normativa: la del taxi o la del arrendamiento de vehículos con conductor. No obstante, en el estado actual de las cosas, acceder a alguna de estas dos figuras es prácticamente imposible, a causa de las barreras de entrada al sector que se encuentran levantadas –y a las que dedicaremos la tercera parte de este trabajo-. En consecuencia, otra medida a acometer de forma urgente debiera ser la eliminación de estas barreras que bloquean el acceso a licencias a potenciales futuros entrantes profesionales.

⁴⁰ Queremos poner aquí de manifiesto que esta necesidad de fijar un criterio que permita deslindar la profesionalidad y lo esporádico en la prestación de servicios a través de plataformas de economía colaborativa es un problema común también con el alojamiento colaborativo. En este sector las propuestas normativas tratan de definir igualmente a partir de qué nivel de explotación de un inmueble estaríamos ante un consumo colaborativo y a partir de cuándo deben quedar sujetos a la normativa sobre apartamentos turísticos vacacionales. Sobre la cuestión vid. Herrero Suárez, C. (2017): "La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico". En J. Pagador y L. Miranda (dirs.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons, Madrid, pp. 145-158; Benavides Velasco, P. (2017): "La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos". En *Id.*, pp. 159-174.

⁴¹ Seguimos las acertadas apreciaciones del profesor Velasco San Pedro, L.A. (2015): "El consumo colaborativo en el transporte...", *op. cit.*, p. 201, que apunta la necesidad de «diferenciar nítidamente entre las plataformas de conductores particulares no profesionales, y las plataformas de conductores profesionales; esto es, entre lo que es auténtico consumo colaborativo y lo que es prestación de servicios profesionales de transporte. Como en relación a esta cuestión hay siempre importantes elementos de discrecionalidad a la hora de valorarlo, lo conveniente sería establecer algunos parámetros objetivos (p. Ej., limitación de viajes por periodos de tiempo para poder ser considerado conductor no profesional, etc.)».

Enfocando la segunda cuestión, entendemos que los conductores no profesionales debieran quedar sometidos a una menor carga regulatoria que los profesionales, dado el carácter esporádico de su actividad⁴². Ello no ha de entenderse en una aplicación más laxa de la normativa garante de la seguridad en el transporte (pues ésta debiera ser garantizada en todo caso), sino de evitar que se le exijan ciertos requisitos normativos que consideraremos más adelante y que pueden ser evitados con una mayor información del cliente y su aceptación. También es cierto que los propios usuarios tienen distintas expectativas cuando contratan un vehículo a través de estas plataformas digitales que cuando contratan un taxi. Y es que las normas vigentes están pensadas para regular una relación entre profesionales y particulares, y no para considerar relaciones entre particulares. En estas últimas, pueden tener cabida mecanismos de control y garantía más flexibles que atiendan a sus necesidades. En tal sentido, los usuarios disponen de una protección adicional que es la conferida por la valoración del servicio por parte de usuarios anteriores.

En efecto, largo se ha discutido sobre los potenciales riesgos que este tipo de transportes puede suponer para la seguridad de los pasajeros. Sin embargo, son importantes los argumentos que justifican que la contratación de servicios de transporte a través de plataformas electrónicas permite obtener una información mayor que, en cierta medida, permite superar parte de la carga regulatoria. Así, se puede contestar la crítica que sostiene que falta la protección que ofrece y la seguridad que da un taxista profesional al conductor de un vehículo de una plataforma de economía colaborativa. Los usuarios de estas aplicaciones conocen el nombre, la fotografía, la percepción de otros usuarios y el número de carné de conducir del mismo antes siquiera de subir en el vehículo, cosa que jamás ocurre en un taxi. ¿Cuántas veces llega el lector a conocer siquiera el nombre del taxista que le ha transportado? ¿O sabe, acaso, si la persona que conduce el vehículo es el titular real de la licencia de taxi o una persona autorizada por éste? Planteamientos como estos ponen de manifiesto la fragilidad de los argumentos temerosos de las consecuencias de la falta de mayor regulación.

En tal sentido, no se ha de despreciar la potencialidad que presentan los sistemas reputacionales que incorporan estas plataformas para alcanzar objetivos que tradicionalmente se han encomendado a la regulación. Así, en estos sistemas de valoración, las bajas valoraciones permiten asegurar unos estándares mínimos de calidad: puede fácilmente comprobarse cómo los usuarios del servicio evitan contratar con conductores que tienen bajas valoraciones; incluso, tener una puntuación muy baja es motivo para que Uber desactive la aplicación respecto de un conductor y lo expulse del sistema.

⁴² Se precisa, en consecuencia, una cierta depuración en la regulación del sector: «(...) Commissioners should analyze what regulations may be mitigated by an increased supply of drivers and by technology that allows access to more information (driver's license and photo, and passenger's credit-card information) and permits customers to review and rate drivers. Commissioners should also remove regulations that are outdated and unnecessarily burdensome –for example, requiring drivers' socks and trousers to match» Elliot, R. E. (2015-2016): "Sharing App or Regulation Hack(ney)?: Defining Uber Technologies, Inc.", *The Journal of Corporation Law*, 41, p. 750. En particular, «(...) it is important to question whether the regulations of their equivalent commercial services are applicable to them or whether regulators should "lower their standards" –and for how long- taking into account the goals and nature of these practices, its innovative character, and evolving nature» - Ranchordás, S. (2015): "Does Sharing Mean Caring?...?", *op. cit.*, p. 421.

Frente a una eventual reforma normativa que pueda considerar el régimen de los conductores ocasionales, *de lege lata*, los conductores que prestan servicios ofrecidos por estas plataformas electrónicas deben disponer de licencias VTC. No obstante, el acceso a estas licencias presenta dos problemas fundamentales: el primero y más grave será considerado en la tercera parte de este trabajo, y se basa en las barreras de entrada para conseguir dichas licencias; el segundo problema es que algunos de los servicios prestados por estos conductores no encajan estrictamente en el marco de actuaciones que pueden desarrollar los vehículos bajo licencia VTC, tratándose de actividades más próximas a las de los servicios de taxi.

En particular, se puede considerar lo que se denomina *e-hailing*, que no es más que la posibilidad de parada en calle de un vehículo haciendo uso de los mecanismos electrónicos. Como hemos visto, el segmento de mercado de parada en circulación se encuentra limitado por la normativa a los taxis y, sin embargo, es el principal modo en el que actúan los conductores que prestan servicios de transporte a través de estas plataformas. La normativa de los arrendamientos de vehículos con conductor exige que los transportes hayan sido contratados con anterioridad, imponiéndoles además el deber de llevar una copia de los contratos en el coche. Todo ello hace suponer que la normativa exige que la celebración del contrato haya debido tener lugar previamente y no con la inmediatez que permiten las aplicaciones electrónicas (aunque formalmente, y por los cauces electrónicos, se haya dado debido cumplimiento a las exigencias de formalización del contrato antes de la subida del pasajero).

De otro lado, las aplicaciones que prestan estos servicios de transporte utilizan una serie de algoritmos para determinar el precio y que tienen en cuenta, además de las características de la oferta y la demanda en cada momento, el tiempo de duración del trayecto y la distancia recorrida. Sin embargo, la normativa determina que el precio del arrendamiento de vehículos con conductor se establezca sobre la base de un precio cerrado y sin que tenga lugar esta medida de tiempo y recorrido. Es decir, la utilización de taxímetros o mecanismos similares queda reservado por la normativa a los servicios de taxi.

Todo ello soporta nuestra posición de que sería más adecuado implementar en el marco normativo una nueva categoría para este tipo de transportes. Además, se le debería de dotar de un régimen legal más simplificado respecto de las obligaciones impuestas a taxis y a VTCs, puesto que las propias exigencias de funcionamiento de las plataformas cubren parte de las finalidades de la regulación, a través de controles propios y de los sistemas de valoración de usuarios.

2.2. Régimen de las plataformas intermediarias

Más se puede discutir sobre el régimen que haya de ser aplicable a las plataformas virtuales que ponen en contacto a los conductores «ocasionales» y a los potenciales usuarios. La primera cuestión ha de ser la discusión sobre la naturaleza jurídica de la actividad que desarrollan, es decir, si realizan la actividad propia de prestadores de servicios de la sociedad de la información o si, por el contrario, se trata propiamente de empresas que prestan servicios de transporte. En suma, se trata de considerar si se puede incluir a estas plataformas dentro del marco del art. 1.2 de la Directiva de comercio electrónico⁴³ y los artículos 2 a 4 de la LSSI-CE⁴⁴. La materia ha sido objeto de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en consideración a la demanda interpuesta el 29 de octubre de 2014 por la Asociación Profesional Élite Taxi frente a Uber España. Pese a que la cuestión prejudicial fue recibida en el TJUE el 7 de agosto de 2015, a la fecha aún no tenemos sentencia que resuelva sobre cómo han de interpretarse las cuestiones planteadas, lo cual no deja de ser extraño en el proceder del Tribunal, sobre todo considerando que el pasado 11 de mayo de 2017 se publicaron las conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar.

Tras realizar un análisis detallado del modo de funcionamiento de la plataforma Uber, el AG Szpunar concluye que Uber controla todos los aspectos pertinentes de un servicio de transporte urbano: precio, requisitos de seguridad, accesibilidad de la oferta, comportamiento de los conductores y posibilidad de expulsión de la plataforma. En consecuencia, la plataforma controla todos los factores económicamente pertinentes del servicio, lo que conduce a concluir que los servicios de transporte se prestan bien directamente por Uber, bien en su nombre⁴⁵. Ello no significa que los conductores deban ser trabajadores de la plataforma, pudiendo revestir cualquier forma de colaboración empresarial. Concluye, además, que no se puede considerar los servicios de estas plataformas como servicios de la sociedad de la información, dado que la prestación de conexión entre pasajero y conductor ni es autónoma ni principal en relación con la prestación de transporte.

Quizá el principal problema de las conclusiones del AG Szpunar, a nuestro juicio, no sea el análisis y las soluciones a las que llega, sino la forma de clarificar las categorías jurídicas. Así, compartimos con su análisis la consideración de que no se ha de considerar a estas plataformas como prestadores de servicios de la sociedad de la información, sino como empresas de transporte. Sin embargo, no es suficientemente claro y rotundo a la hora de considerar qué tipo de empresario de transporte serían estas plataformas⁴⁶. Según nuestro entender, se trataría de

⁴³ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

⁴⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁴⁵ Cfr. Apdos. 51 y 53 Opiniones AG Szpunar.

⁴⁶ A modo de ejemplo, a la hora de enmarcar el debate el AG Szpunar plantea «¿Qué es Uber? ¿Es una empresa de transporte, de taxi, para decirlo más claramente? ¿O es únicamente una plataforma electrónica (...)?» (apdo. 41). Entendemos errónea la búsqueda de analogía entre la actividad de orga-

organizadores del transporte terrestre de pasajeros o transportistas contractuales, que crean y gestionan una red empresarial con transportistas efectivos que realizan los transportes materialmente (vinculados con ellos por cualquier forma de colaboración empresarial –incluso pudiendo ser trabajadores asalariados–), siguiendo las pautas organizadoras de la plataforma y que se reflejan en el contrato de uso de la aplicación⁴⁷. Así, es la propia plataforma la que crea la oferta y con la que contacta directamente el usuario, siendo, posteriormente, derivado por el organizador a cada transportista particular⁴⁸. Más allá de organizar simplemente la estructura de red de conductores que prestará los servicios particulares de transporte, influye además en la actividad de ellos, de modo que trata que la oferta de transportes que realiza se acomode a la demanda y sus oscilaciones. Para ello, indica a los conductores los momentos y lugares en que puede haber mayor demanda y ajusta las tarifas en aquellos momentos en que la demanda de transporte sea mayor. Para ello se recurre a algoritmos que van ajustando los precios de servicio a las necesidades de la demanda⁴⁹. Esta fijación de precios por el organizador a través de algoritmos y la concentración de auxiliares de transporte bajo su estructura pueden dar lugar a problemas de colusión desde la perspectiva del Derecho de la competencia⁵⁰.

Los conductores colaboradores de las plataformas podrán ser «conductores ocasionales» a los que nos referíamos anteriormente y que pudieran –si así lo estima una normativa futura de adaptación– quedar vinculados a menores exigencias regulatorias, o bien conductores profesionales que sí deberían cumplir con el conjunto regulatorio⁵¹. Si bien, en este último caso –como concluiremos en la tercera parte de este trabajo– abogamos por la necesidad de liberalizar el acceso a poder cumplir dichos requisitos administrativos. Es más, dado el carácter de organizadores del transporte urbano, nada obstaría a la posibilidad de que los propios taxistas y titulares de licencias VTC ya establecidos, decidieran voluntariamente prestar sus servicios en el marco de estas plataformas, sometiendo su actividad a la disciplina del organizador; o, incluso, crear sus plataformas propias.

nización de transportes que realizan las plataformas con la de los taxis, que son prestadores directos de tales servicios.

⁴⁷ En tal contrato de uso se ofrece a los conductores que quieren prestar sus servicios a través de la plataforma el conjunto de requisitos que han de cumplir y pautas que han de seguir en la prestación del servicio, so pena de ser expulsadas de la misma.

⁴⁸ En este sentido, coincidimos con el AG Szpunar, apdo. 43 de sus conclusiones al estimar que la plataforma misma «ha creado la oferta. También regula sus características esenciales y organiza su funcionamiento».

⁴⁹ Esto no es nada más que adaptar su comportamiento a las reglas de funcionamiento del mercado: a mayor demanda, mayor precio del servicio, de modo que el organizador puede contar con un mayor número de conductores que estén interesados en ofrecer sus servicios.

⁵⁰ El análisis de este interesantísimo problema, sin embargo, ha de ser emplazado a otra sede pues excede las pretensiones de este trabajo. Por todos, remitimos al detallado informe de la OCDE (2017): *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>

⁵¹ Así, el apdo. 47 de las Conclusiones de AG Szpunar: «Aunque el tiempo de trabajo en la plataforma Uber no está regulado, de modo que los conductores pueden ejercer esta actividad con carácter complementario, se ha puesto de manifiesto que para los conductores que realizan la mayoría de las carreras esta actividad constituye su única o principal actividad profesional. Uber también les recompensa económicamente si llevan a cabo un número determinado de trayectos».

Volviendo al régimen propio de las plataformas, como hemos argumentado, se trata de organizadores del transporte terrestre de pasajeros que, en consecuencia, deben someterse a la regulación en materia de transporte y que no pueden quedar cubiertos por el principio de neutralidad tecnológica de la Directiva de comercio electrónico ni de la LSSICE. La carencia de una regulación específica de estos organizadores en el marco de la LOTT implica que se deba recurrir a las categorías generales para dotarles de un régimen jurídico, si bien, disponer de una regulación específica, al modo de las *Transportation Network Companies* americanas, sería mejor solución.

El nudo de la cuestión, en consecuencia, se centra en la inexistencia en Europa de la figura de los organizadores de transporte discrecional de pasajeros –o «transportation brokers» en terminología anglosajona-. Disponer de una regulación adecuada de esta figura permitiría que las plataformas que actúan bajo estos modelos obtuvieran las preceptivas licencias que fueran requeridas y cumplieran con los requisitos legales que se exijan. Las normas que en ciertos Estados de los Estados Unidos regulan la materia imponen a los intermediarios los deberes de hacer frente al pago de impuestos, ser transparentes en la fijación de tarifas –en su caso, mediante la transparencia de los algoritmos que realizan el cálculo de precios-, realizar controles en profundidad de sus conductores, expedir la preceptiva documentación para cada conductor y contratar una cobertura asegurativa adecuada para los casos de incidentes en el transporte.

2.3. Las tres falacias de las aplicaciones de economía colaborativa para encajar su actividad en el marco de la LOTT

La falta de un marco jurídico moderno que regule tanto a los organizadores virtuales del transporte urbano de pasajeros como de los conductores ocasionales implica que se haya debido recurrir a una serie de falacias para encajar tales figuras dentro de la normativa actualmente vigente. La solución que se da a las mismas es consecuencia de la falta de liberalización en el acceso al mercado del transporte urbano. Y es, precisamente, esta falta de liberalización lo que justificó en un principio el éxito de las plataformas de transporte colaborativo, que buscaron en los resquicios normativos de la falta de regulación una vía de entrada a un mercado blindado por las insalvables barreras de entrada que presenta.

En el marco vigente, para salvar las exigencias que una normativa no pensada para este tipo de servicio les impone, los operadores de transporte de economía colaborativa han tenido que buscar distintas excusas, que deben ser falseadas.

2.3.1. Transporte amistoso o de cortesía en el ámbito del transporte privado

Acogiéndose a los principios que fundamentan la economía colaborativa (de las que los modelos que estamos tratando, se distancian considerablemente) se argumentó que el servicio de transporte que se presta es el mismo que se llevaría a cabo entre amigos. Esto permitiría encuadrar la prestación dentro del ámbito de los transportes amistosos o de cortesía, considerando a los conductores como transportistas privados, quedando liberados de las exigencias de licencias y autorizaciones administrativas.

Este argumento pudiera ser empleado para un determinado sector de transporte colaborativo de carácter interurbano, movido por la finalidad de compartir costes y en los que los horarios e itinerarios son fijados por el propio conductor del vehículo (modelo en España representado por Blablacar). Sin embargo, el ánimo de lucro y la oferta al público son mucho más evidentes en los modelos de transporte urbano bajo demanda del usuario, que en todo caso deberán ser considerados –a los efectos de la LOTT- transportes públicos y, en consecuencia, sometidos a las exigencias de licencias administrativas.

Sobre la normativa, la diferenciación entre transportes privados y públicos es la motivación del transportista: si presta el transporte sobre la base de convenciones sociales o relaciones de parentesco o afinidad, o si bien lo hace por motivaciones capitalistas. Entre estas motivaciones capitalistas han de tener cabida que la propia reducción de costes pues su división entre los distintos ocupantes del vehículo supone ya un beneficio indirecto del conductor que, de todos modos, habría tenido que satisfacer dichos costes ya que el transporte le satisface a él principalmente.

Tratando de escapar de las imposiciones normativas del transporte público, se ha mantenido el argumento de que estos servicios no son ofrecidos al público en general, sino que para poder hacer uso de los mismos es preciso estar registrado previamente en la aplicación, esto es, formar parte de la “comunidad cerrada” de usuarios de Uber. Sin embargo, hay que rechazar esta argumentación por muchos motivos. Nuclearmente porque no se trata de una comunidad cerrada: el acceso a la misma es libre para cualquier persona que disponga de un dispositivo móvil con acceso a Internet, y no se establecen requisitos subjetivos de acceso (ni siquiera, por ejemplo, ser amigo o conocido de un miembro anterior o acceso por invitación). Además, el hecho de que sea necesario un registro previo no supone que no se trate de una oferta al público del servicio, sino que por la propia configuración de la prestación de los mismos es materialmente necesario estar registrado en la aplicación para poder hacer uso de los servicios de la misma.

En consecuencia, no se puede admitir la falacia –ni para los modelos de transporte urbano ni para los interurbanos- de que el servicio que se presta sea un transporte privado.

2.3.2. *Sus conductores son contratantes privados*

El segundo argumento que han utilizado las plataformas es el de considerar que sus conductores contratan directamente con los pasajeros. Este argumento persigue evitar que se les aplique a las plataformas cualquier tipo de responsabilidad ante incumplimientos o daños derivados de la actuación de los conductores. Las plataformas basan su discurso en una serie de argumentos. En primer lugar, se sostiene el argumento formal de que los conductores firman un acuerdo con la plataforma en el que se establece que la relación que les vincula no tiene carácter laboral y que la plataforma no ejerce ningún control sobre ellos⁵². En segundo

⁵² En particular, las condiciones generales (“términos y condiciones”) de Uber B.V. para España (versión de 1 de marzo de 2016, accesible a través de: <https://www.uber.com/es-US/legal/terms/es/>) fijan en su punto 2: “*Los servicios*” el siguiente literal: «Usted reconoce que Uber no presta servicios de transporte o de logística o funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de

lugar, se remiten al ámbito de autonomía que queda para los conductores en la prestación de estos servicios. Son los conductores los que aportan sus propios coches, los que soportan sus propios costes operativos y son los que establecen sus propios horarios, siendo habitual el ejercicio de esta actividad de forma parcial. Frecuentemente, los conductores tienen otra actividad económica principal. Además de ello, este ámbito de autonomía les permite elegir a quién y cuándo recogen para transportar. En tercer lugar, se trata de justificar que los conductores son pagados por los servicios particularmente cubiertos y no por el tiempo empleado.

Sin embargo, la realidad del modo en que se prestan estos servicios nos hace llegar a la conclusión de que los conductores son –o debieran ser–, bien colaboradores dependientes del organizador, o bien trabajadores de los mismos (o, en formas laborales más depuradas, trabajadores autónomos económicamente dependientes). Para ello podemos basarnos en una serie de datos. En primer lugar, que, en un intento de uniformizar la prestación de servicios, las plataformas ofrecen a sus conductores instrucciones detalladas sobre cómo han de prestar sus servicios, incluyendo protocolos de comportamiento con los clientes. En segundo lugar, es indudable que los precios de los transportes son fijados por la plataforma, haciendo uso de los algoritmos que tenga preconfigurados. La falta de autonomía en precios y el cobro de los servicios de transporte es tal que cuando los clientes disfrutan de algún tipo de ventaja de viaje gratuito (por ejemplo, gratuidad del primer servicio, programas de fidelización...) la plataforma sí paga a sus conductores por el importe de dichos servicios. En tercer lugar, el cliente contrata directamente con la plataforma, la cual, además, cubre determinadas actividades paralelas pero necesarias para la prestación del servicio, tales como la publicidad, la puesta a disposición de un servicio de reclamaciones, la gestión de los pagos...

En consecuencia, se ha de desmentir el argumento de que los pasajeros contratan directamente con los conductores que sólo se sirven de la plataforma como intermediación.

2.3.2. La sociedad que controla la app sólo presta servicios de la sociedad de la información

Directamente relacionada con la segunda falacia, las plataformas han tratado de conseguir –sobre las categorías actualmente vigentes– que se las considere prestadores de servicios de la sociedad de la información y no empresarios del transporte. La finalidad esencial que se exige por esta vía es la de evitar responsabilidades por actos de los conductores, acogiéndose al principio de neutralidad de la normativa⁵³. Estos argumentos han sido ya considerados al analizar el modo en

transporte o logística se prestan por terceros contratistas independientes, que no están empleados por Uber ni por ninguna (sic) de sus afiliados» (original en mayúsculas).

⁵³ Las condiciones generales de Uber (*vid. supra*) también en el punto 2: “*Los servicios*” establecen que «Los Servicios constituyen una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los Servicios (cada una, una “*Aplicación*”) organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber (“*Terceros proveedores*”)»

que se ha planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona.

Baste aquí apuntar que para poder considerar que una empresa presta servicios de la sociedad de la información, es necesario que se estime que la información tenga un valor para los consumidores por sí misma⁵⁴. Si el argumento de tratarse de prestadores de servicios de la sociedad de la información pudiera utilizarse para evitar la sumisión a la normativa sobre transporte terrestre, quedando sólo cubiertos por el régimen de estas entidades, se llegaría al absurdo de la posibilidad de evadir la aplicación de la normativa simplemente articulando las transacciones a través de Internet.

Este carácter de mero prestador de servicios de la sociedad de la información se desmonta por los mismos argumentos que soportan que la actividad de las plataformas es la propia de un organizador de transportes. En primer lugar, aunque los vehículos sean titularidad de los conductores, se encuentran bajo el control de la plataforma, que puede disponer de ellos –si quiera durante el lapso en que los conductores están “de servicio” con la aplicación activada-. Además, la plataforma fija los estándares sobre los tipos de vehículos que pueden ser utilizados para el desarrollo de la actividad. En segundo lugar, la plataforma fija los precios y los modula en función de la demanda y la oferta. Tercero, pone a disposición de los usuarios –tanto conductores como pasajeros- el sistema informático de contratación, y lleva a cabo las tareas de publicitación, gestión de la valoración de los conductores y puesta a disposición de la información en manos de los potenciales pasajeros. Finalmente, son las plataformas las que normalmente cobran la totalidad del pago de los clientes y posteriormente realizan un ingreso de un porcentaje determinado por cada servicio prestado a los conductores.

En conclusión, la tercera de las falacias ha de ser contestada con la afirmación de que las plataformas son organizadores de transporte de pasajeros.

3. PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA NORMATIVA VIGENTE: LAS BARRERAS DE ENTRADA AL SECTOR

Hasta ahora, las plataformas de organización de estos servicios han debido buena parte de su éxito al hecho de que han conseguido penetrar en el mercado del transporte urbano de pasajeros, haciendo que sus conductores no se vean frenados por las barreras de entrada existentes para acceder a los servicios de taxi y de arrendamientos de vehículo con conductor. Como se ha comentado, en estos modelos de negocio, junto a la plataforma organizadora de los transportes, nos encontramos con un conjunto de conductores –profesionales u ocasionales- que prestarán directamente, y bajo la organización de la plataforma, los servicios de transporte. Evidentemente, estos conductores prestan el servicio como transportistas efectivos y, en consecuencia, han de cumplir la normativa que, en cada caso, les sea de aplicación.

Ello no obstante, en España, como ocurre en la mayor parte de los países de Europa, el acceso a las actividades del taxi y del arrendamiento de vehículos

⁵⁴ «It is unrealistic that someone would log onto the Uber app merely to browse the number of Uber drivers with red cars. Those who log onto the app seek to book a ride. While information on other internet sites may have independent value, Uber's information is only of value because of the service its drivers provide», Elliot, R. E. (2015-2016) "Sharing App or Regulation...", *op. cit.*, p. 743.

con conductor se encuentra frenado dada la existencia de importantes barreras de entrada a dicho mercado⁵⁵. De hecho, la prohibición cautelar que se ha impuesto a Uber y a Cabify en España enmascara el interés de proteger el *cártel* de los taxistas⁵⁶. En nuestra opinión el principal problema no es que los conductores que operan en estas plataformas no quieran cumplir con la normativa, sino que el gremio de los taxistas tiene capturado al regulador de los transportes terrestres. Esto se pone de manifiesto en las constantes críticas desarrolladas por las autoridades de competencia⁵⁷ y que son desatendidas, y en la necesidad de otorgar una regulación efectiva y práctica para este tipo de negocios.

El mantenimiento de barreras de entrada cuando la base regulatoria que las justificaba ha desaparecido es un asunto grave. Pero más grave aún es el uso de estas barreras de entradas para frenar el desarrollo de modelos de negocios disruptivos que pueden transformar el sector, en mayor beneficio de la eficiencia del servicio⁵⁸. Haremos, seguidamente, un rápido recorrido de las barreras de entrada

⁵⁵ Sin embargo, España se encuentra entre los países que más barreras regulatorias impone para que se produzca la irrupción de nuevas formas de prestación de servicios y nuevos modelos de negocios en el sector de los transportes. *Vid.* los datos agregados de diferentes países de la UE en European Parliament, “The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities”, European Parliamentary Research Service, Author Pierre Goudin, PE 558.777- January 2016.

⁵⁶ *Vid.* Las reflexiones de la Antigua vicepresidenta de la Comisión Europea, KROES, Neelie, “Crazy Court Decision ot Ban Uber in Brussels”, *Eur. Commission*, Apr. 15, 2014, disponible en: http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/kroes/en/content/crazy-court-decision-ban-uber-brussels-show-your-anger.html

⁵⁷ *Vid.* entre otros, CNMC, Subdirección de Análisis Económico, “Informe económico sobre la restricción 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 (sustentando el recurso ante la AN en aplicación del artículo 27 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado); Informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía 1 01/17, *sobre la actividad del taxi en Andalucía desde la óptica de una regulación económica eficiente y favorecedora de la competencia*, febrero de 2017; Informe del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía núm. 14/11, *sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo*; Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón *sobre el marco regulatorio y la caracterización económica de la actividad de auto-taxi en la ciudad de Zaragoza, y sus implicaciones en la defensa de la libre competencia en el sector* (2008); Informe del Tribunal de Defensa de la Comunidad Valenciana relativo al *Anteproyecto de Ley, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana* (2011); Informe del Consejo Gallego de Competencia (IPN 2/2002), *sobre el Anteproyecto de la Ley de Transporte de Personas en Vehículos de Turismo en Galicia* (2012); Documento de la Autoridad Catalana de la Competencia “*Reflexiones procompetitivas sobre el modelo regulador del taxi y del arrendamiento de vehículos con conductor*” (2012); Informe del Consejo Vasco de la Competencia (I-19/2013) en relación a la *consulta realizada por el Ayuntamiento de Bilbao sobre la propuesta de modificación del artículo 33.1 de la Ordenanza municipal del Taxi de Bilbao* (2013); OCDE, Informe “*Policy Roundtables. Taxi Services: Competition and Regulation 2007*”; Dictamen del Consejo de Estado *sobre el proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid*, de 21 de julio de 2005 (1272/2005); CNMC, “*Resultados preliminares E/CNMC/004/15 Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*”, marzo de 2016; Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), 28.33, de 18 de diciembre de 2014, *sobre el asunto transportes autotaxi*.

⁵⁸ En aquellos lugares donde son legales, las apps que actúan como Transportation Network Companies han ofrecido más movilidad a sus usuarios utilizando para ello menos vehículos y desperdiciando menos kilómetros, toda vez que los usuarios de estos servicios han tenido que esperar de media menos tiempo para obtener acceso a ellos. *Vid.* Rayle, L. (2014): “App-Based, On-Demand Ride Services: Comparing Taxi and Ridesourcing Trips and User Characteristics in San Francisco”, *Univeristy of*

que existen en este mercado y que han de ser eliminadas para permitir la evolución del sector y la implantación de una competencia adecuada en esta suerte de transportes.

3.1. La restricción cuantitativa

Evidentemente, la barrera de entrada más grave que blinda el mercado de transporte urbano de pasajeros es la limitación cuantitativa del número de licencias de taxi y VTC que puede existir en cada término municipal. La contingenciación de la oferta se trata de la medida regulatoria más grave que puede ser adoptada y sólo encontraría justificación ante serios fallos de mercado e importantes ineficiencias en la prestación del servicio (esto es, cuando se cumplan los principios de necesidad y de proporcionalidad). En los demás casos, la medida supone una restricción grave de la libre competencia⁵⁹. Esta medida, además supone un freno a la innovación, como la que se podría introducir a través de los competidores que operan en plataformas organizadoras electrónicas⁶⁰. Por otro lado, al no existir competidores potenciales que puedan robar cuota de mercado, los estándares de calidad en la prestación de servicios tienden a converger hacia sus límites bajos. En cambio, esta tendencia es combatida a través de la implantación de las medidas reputacionales que incorporan las aplicaciones de economía colaborativa.

La limitación de la oferta se ha justificado haciendo alusión a ciertos fallos de mercado que debían superarse. Así, limitando el número de oferentes en el mercado, se garantiza una cierta rentabilidad económica en la prestación del servicio, y se pueden superar ciertas externalidades negativas, tales como la polución o la congestión del tráfico⁶¹. La justificación de la medida podría basarse también en la existencia de alternativas de movilidad urbana, o en la necesidad de proteger la seguridad y la ordenación del tráfico. Sin embargo, la realidad actual del sector es que tales medidas de limitación de la entrada esconden más una defensa de los intereses corporativos de los taxistas que un verdadero remedio ante fallos de mercado. Así, son numerosas las veces que se hace referencia a que la limitación cuantitativa está sustentada en razones que entendemos no válidas, como la necesidad de garantizar una rentabilidad mínima a quienes desempeñan esta actividad de transporte⁶².

California Transportation Center (UCTC) Working Paper, pp. 1-14, disponible en: https://www.its.dot.gov/itspac/dec2014/ridesourcingwhitepaper_nov2014.pdf

⁵⁹ CNMC, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación...*, p. 13.

⁶⁰ «Introducing more licenses for taxi drivers by removing the cap will increase supply. The increase will also decrease the value of a taxi license, but Uber and other ride-sharing companies already cause that effect» Elliot, R. E. (2015-2016): "Sharing App or Regulation...", *op. cit.*, p. 750.

⁶¹ CNMC, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación...*, p. 124.

⁶² A modo de ejemplo, considérese la dicción literal del art. 12.1 del Decreto 35/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo, donde expresamente se señala el objetivo de garantizar a los taxistas la rentabilidad económica de su explotación: «Los Ayuntamientos y Entidades competentes en las Áreas Territoriales de Prestación Conjunta, otorgarán las licencias de auto taxi atendiendo siempre a la necesidad y conveniencia del servicio al público y a la caracterización de la oferta y demanda en su ámbito territorial, *garantizando la suficiente rentabilidad de la explotación del servicio*. A estos efectos, las entidades municipales y las competentes en las Áreas Territoriales de Prestación Conjunta, podrán establecer un coeficiente o intervalo que determine la relación entre el número de licencias

En consecuencia, la fijación del número de licencias corresponde a cada ente local competente, que determinará su cuantía en función de ciertos criterios a los que apunta la normativa, tales como los niveles de oferta y demanda del servicio; la evolución de las actividades comerciales, industriales, turísticas o económicas en general; las infraestructuras de servicios públicos del correspondiente ámbito territorial vinculadas a la sanidad, enseñanza, servicios sociales, ocio y otros; el nivel de cobertura de las necesidades de movilidad a través de servicios de transporte público; el grado de dispersión de los distintos núcleos urbanos; o el porcentaje de licencias de taxi adaptados que debe existir. Corolario de esta limitación es que en la mayor parte de las ciudades españolas prácticamente no se han concedido licencias de taxi en las últimas décadas.

Esta medida salpica también al régimen de los arrendamientos de vehículos por conductor, pues la obtención de los títulos habilitantes para el ejercicio de esta actividad (las llamadas licencias VTC) se encuentran también limitadas reglamentariamente a la existencia de una licencia por cada 30 licencias de taxi (art. 181.3 ROTT)⁶³.

En nuestra opinión, en la configuración actual del sector, la limitación en la concesión de títulos habilitantes para los taxis y de licencias VTC es una medida desproporcionada que carece ya de las bases regulatorias que pudieron justificar la adopción de tal medida. Además, hay que destacar que no en todos los sitios existe una limitación del número de taxis y vehículos con conductor que pueden circular. A modo de ejemplo, baste mencionar el caso de la ciudad de Nueva York donde no hay un número límite de medallones que se pueden conferir⁶⁴, o de los Estados europeos en que se ha liberalizado el sector tales como Irlanda, Suecia o los Países Bajos.

otorgadas y la población usuaria» (la cursiva es nuestra). La medida es insólita y va en contra de la propia idea de asunción de riesgo que subyace en el propio concepto de empresa. En ningún otro sector –que sepamos– se le garantiza al empresario la obtención de una rentabilidad económica de su actividad. *Vid.* También, Informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía I 01/17, *sobre la actividad del taxi en Andalucía desde la óptica de una regulación económica eficiente y favorecedora de la competencia*, febrero de 2017, p. 7.

⁶³ Dispone el precepto: «3. En ejecución de lo que se dispone en el artículo 48.2 de la LOTT, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en una comunidad autónoma o en alguno de los municipios que la integran, el órgano competente podrá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte en su territorio. Se entenderá en todo caso que se produce una situación de desequilibrio, y en consecuencia procederá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, cuando la relación entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte público de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas. No obstante, aquellas comunidades autónomas que, por delegación del Estado, hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, podrán modificar la regla de proporcionalidad señalada en el párrafo anterior, siempre que la que apliquen sea menos restrictiva que esa». Sobre la interpretación de este precepto resultan interesantes las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 30 de noviembre de 2010 y de 4 de marzo de 2011; en las que se estima que ante condiciones de desproporcionalidad entre la oferta y la demanda del servicio, los órganos competentes –en estos casos, los Consejos Insulares de Menorca y de Ibiza y Formentera.

⁶⁴ *Vid.* N.Y.C. Taxi and Limousine Comm'n, Rules and Regulations sect. 51 y ss.

Como válvula de salida, la normativa prevé que se pueden aumentar también el número de licencias que se confieran en los distintos municipios. Sin embargo, la medida tiene un carácter excepcional. A modo de ejemplo, el Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de transporte público urbano en automóviles de turismo de la comunidad de Madrid, establece que para que se puedan crear nuevas licencias es preciso acreditar la necesidad y conveniencia de aumentar el número de licencias en relación con la oferta y demanda existente en su ámbito territorial, así como justificar el alcance del umbral de rentabilidad mínima en su explotación. Para ello se requiere un informe preceptivo del órgano competente de la comunidad autónoma (Consejo del Taxi, Instituto metropolitano o equivalentes...)⁶⁵. Sorprende aquí que el propio sector interesado deba ser *consultado* para adoptar la medida. También prevé la normativa la posibilidad de amortizar los títulos habilitantes, reduciendo su número, si bien no existe una forma jurídica para llevarlo a cabo y depende de la normativa que resulte de aplicación.

La limitación del número de licencias VTC ha sufrido unos devenires jurídicos recientemente que merecen un cierto comentario. Así, el punto de partida era la existencia de la restricción del ROTT de una licencia VTC por cada 30 títulos de taxi. Con la Directiva de Servicios y la Ley Ómnibus se modificó la LOTT, dejando sin base esta restricción cuantitativa, lo que se vio además sustentado por la Ley de Garantía de Unidad de Mercado. Así, a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios a la economía española, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus) modificó la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT) y dejó sin base reglamentaria el límite cuantitativo. Seguidamente, en los años 2014 y 2015 el Tribunal Supremo dictamina en varias sentencias⁶⁶ que tras la Ley Omnibus, la LOTT no puede fijar un número máximo de licencias, declarándose la nulidad de tal precepto. Finalmente, un golpe del legislador vuelca el recorrido liberalizador y por vía del RD 1057/2015⁶⁷ y de la Orden FOM/2799/2015⁶⁸, se vuelve a imponer la restricción cuantitativa por la vía reglamentaria. Sin embargo, aunque la normativa continúe con la imposición de la regla de 1 VTC por cada 30 taxis, se ha cuestionado tal cuestión y, en ciertas

⁶⁵ En similar sentido la normativa catalana, contenida en el Decreto 188/2005, de 13 de septiembre, por el que se crea el Consejo Catalán del Taxi y la Ley Catalana del taxi de 2003.

⁶⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3ª) Sentencia de 27 de enero de 2014; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3ª) Sentencia de 29 de enero de 2014; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3ª) Sentencia de 13 de febrero de 2015 [recurso de casación para unificación de doctrina]. También en el mismo sentido se pronunciaron las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, de 17 de noviembre de 2011, de 17 de abril de 2012, de 19 de junio de 2009 y de 4 de junio de 2009.

⁶⁷ Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

⁶⁸ Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica 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 Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre.

ocasiones, los tribunales están imponiendo a las comunidades autónomas que concedan nuevas licencias que permitan la entrada de nuevos operadores.

Sin poder incidir aquí más en este problema, es necesario destacar que la limitación cuantitativa del número de licencias de taxi y de VTC ha generado un problema añadido, que es la especulación respecto del valor de tales títulos habilitantes. Así, la restricción cuantitativa impide que se generen nuevos títulos administrativos, pero no que se transmitan los ya existentes. Ello ha conducido a una verdadera especulación sobre el valor de tales títulos en el mercado secundario que ha dado lugar, como veremos, a la implantación de una importante barrera de salida del mercado, debiendo metabolizar los nuevos taxistas o conductores de VTC costes hundidos por las licencias que superan los 200.000 € en ciertas ciudades españolas.

Sin embargo, la solución no puede quedar limitada a la mera liberalización del número de licencias de taxi y VTC que se puedan conferir. Como justificamos en estas páginas se ha de permitir una entrada adecuada de los nuevos operadores que actúan según los esquemas de las plataformas de organización del transporte urbano de pasajeros y que tal normativa se adapte a los requerimientos de estos nuevos modelos de negocio. Así, la apertura del número de licencias de taxi que pueden concederse permitiría la entrada de nuevos operadores, pero no supondría necesariamente la introducción de muchas de las ventajas operativas y cotas de bienestar que la innovación introducida por los modelos de estas plataformas permite⁶⁹. No es sólo necesario desbloquear el número de licencias, sino también abrir la posibilidad de entrada a los nuevos modelos de servicio.

3.2. La limitación de segmentos de mercado, en particular el llamado *e-hailing*

Otra de las barreras de entrada que soporta el sector es la reserva que la normativa hace de ciertos segmentos de los servicios de transporte en favor del taxi. Así, sólo los taxis pueden recoger a pasajeros mientras se encuentran en circulación por las calles y utilizar las paradas existentes. En cambio, los vehículos dotados de licencias VTC sólo pueden recoger a pasajeros procediendo del lugar en que estén estacionados y regresando al lugar en que están estacionados, habiendo celebrado previamente un contrato con éstos.

Esta restricción afecta particularmente a los conductores que actúan en plataformas de economía colaborativa, por lo que respecta a lo que se da en llamar *e-hailing*, o la posibilidad de utilizar las aplicaciones en la calle y que el conductor que se encuentre circulando más próximo al potencial pasajero sea el que preste el servicio. Como se observa, se trata de una forma de contratación de carácter híbrido entre la contratación previa y la parada del vehículo en circulación que pudiera toparse con la limitación que la normativa actualmente mantiene.

⁶⁹ Así «(...) both regulated and deregulated taxi sectors suffer from high search costs. Riders have difficulty finding empty cabs when needed. Taxis therefore tend to congregate in spaces of high demand, such as airports and hotels. Desregulation arguably made this worse. (...) Uber has basically eradicated search costs. Rather than calling a dispatcher and waiting, or standing on the street, users can hail a car from indoors and watch its progress toward their location. Drivers also cannot poach one another's pre-committed fares» Rogers, B. (2015-2016): "The Social Costs of Uber", *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 82, pp. 88.

3.3. Fijación de precios regulados

La normativa vigente es igualmente restrictiva por lo que respecta a la fijación de precios regulados para los servicios de taxi –hay libertad en el caso de arrendamientos de vehículos con conductor-. El establecimiento de precios por parte de la administración competente permite, de un lado, superar el obstáculo de la asimetría informativa, de modo tal que el pasajero podrá tener un cierto conocimiento del importe a abonar por el uso del servicio. De otro lado, esta medida permite llevar a cabo un cierto control de precios, evitando que se produzcan abusos por parte de los prestadores de servicios.

Ambas finalidades pueden conseguirse igualmente a través de los modelos basados en las aplicaciones de transporte colaborativo. Así, los usuarios de estos servicios, antes siquiera de contratar el vehículo obtienen una estimación detallada del coste que presumiblemente les representará el servicio. Por lo que respecta a la fijación de su importe, el uso de algoritmos en la determinación de las tarifas, que consideran los niveles de oferta y demanda suponen una forma de tarificación más flexible y acorde con el funcionamiento de un mercado de competencia perfecta⁷⁰.

La fijación de precios regulados, además, se enfrenta a importantes problemas de eficiencia. En primer lugar, sobre la base del ya mencionado argumento de la garantía de rentabilidad del servicio, se genera una espiral inflacionaria, sobre todo desde el punto en que los costes de acceso a las licencias de taxi se consideran a la hora de determinar los costes de prestación de servicio. Del mismo modo, la determinación concreta de las tarifas suele reflejar los distintos cambios generales que se producen en el mercado (aumentos del IPC, precio de los hidrocarburos...). Finalmente es sorprendente que la mayor parte de las normas determinan que la fijación de los precios se realizará por las autoridades competentes, con consulta a las entidades representativas del sector del taxi⁷¹. Con este tipo de medidas, es cada vez más habitual que los propios taxistas presionen para que con el precio de la carrera se cubra el coeficiente de amortización necesario para cubrir el coste de adquisición de la licencia que han tenido que afrontar en un mercado secundario.

3.4. Otras restricciones accesorias: formas de explotación, fijación de las jornadas, características de los vehículos...

Además de las medidas ya mencionadas, la normativa establece otra serie de restricciones en la prestación de los servicios que pueden suponer barreras de entrada al mercado. Así, a modo de ejemplo, se diferencia entre las licencias de uso simple y las licencias de doble turno (que permiten a más de un conductor

⁷⁰ La adaptabilidad del precio a la oferta y la demanda, sin embargo, no se encuentra privada de riesgos. Así, está el caso anecdótico de la señora de Baltimore a la que se le pasó una factura por el uso de un servicio de Uber por un importe de 362 dólares por un transporte de 20 minutos de duración durante la noche de Halloween. <http://www.businessinsider.com/women-raises-362-to-pay-for-uber-ride-2014-11>

⁷¹ A modo de ejemplo, art. 48 de la ordenanza del taxi de Madrid, el art. 85 de la ordenanza de Córdoba, art. 24 del Reglamento de taxis de Valencia, etc.

explotar un vehículo bajo la misma licencia)⁷². Del mismo modo ciertas normas limitan el número de licencias que puede tener el mismo titular, estableciendo otras normas que sólo podrán ser titulares de licencias las personas físicas – excluyendo de tal acceso a las jurídicas-. La reglamentación de los servicios de taxi, además, influyen en la regulación de las jornadas de trabajo y de los períodos de descanso obligatorio, lo cual puede suponer una inadecuación de la oferta ante momentos puntuales en que la demanda de servicios es mayor. Esta situación de descalce entre oferta y demanda es superada por las plataformas de transporte colaborativo que introducen incentivos para aumentar el número de conductores ante aumentos de la demanda⁷³.

A los titulares de licencias VTC, con frecuencia se le imponen exigencias adicionales a la disposición del título habilitante, tales como la necesidad de que dispongan más de un determinado número de vehículos⁷⁴, así como la determinación exhaustiva de las características que éstos han de tener, la fijación de una antigüedad máxima de 10 años, limitaciones del ámbito territorial en que pueden prestar los servicios⁷⁵... Incluso es frecuente que la normativa imponga la exigencia de concertar una cobertura asegurativa desproporcionada para el caso de incidentes⁷⁶.

4. ...Y TAMBIÉN LAS BARRERAS DE SALIDA

Las restricciones a la libre competencia –y, principalmente la limitación del número de títulos habilitantes que se autorizan- ha llevado a agravar el problema del acceso al mercado del transporte urbano para afectar también a la salida de dicho mercado. Los términos de este problema son sencillos: puesto que no era posible obtener de la administración los títulos habilitantes para el desarrollo de la actividad, se ha desarrollado un mercado secundario de licencias, que al irse transmitiendo han generado una burbuja especulativa sobre el valor de las licencias del taxi. El valor de las licencias en la actualidad se representa como el valor capitalizado de las rentas monopolísticas que se espera obtener durante el período de explotación de la misma⁷⁷.

⁷² Si bien hay normas, como las del País Vasco, que basan el régimen de licencias en el principio de una licencia, un vehículo, un conductor.

⁷³ Para ello se recurre normalmente a mecanismos de precios, aumentando los beneficios que el conductor puede obtener trabajando en momentos de mayor demanda puntual. «Uber can also advise drivers on when to enter and exit the market –for example, by encouraging part-time drivers to work a few hours on weekend nights» Rogers, B. (2015-2016): “The Social Costs of Uber”, *op. cit.*, pp. 88.

⁷⁴ 7 vehículos según el art. 181.2 del ROTT y el 10 de la orden FOM/36/2008.

⁷⁵ Se exige que se preste al menos el 80% de los servicios en el territorio de la CCAA que da la autorización.

⁷⁶ Así, el art. 4 de la Ordenanza Municipal del Taxi de Madrid exige que el titular de la licencia tenga cubierta en cuantía no inferior a 50 millones de euros su responsabilidad civil por los daños que se causen con ocasión del transporte. Parece harto improbable que pueda acaecer en realidad un incidente a bordo de un vehículo terrestre que dé lugar a una obligación de indemnización de tales cuantías. Vid. También, CNMC, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación...*, p. 10.

⁷⁷ En Estados Unidos se ha estimado que los costes de cumplimiento con la normativa de los taxis representan un 35-40% de los costes operativos de la prestación del servicio, a lo que hay que añadir el valor de amortización de las licencias adquiridas. Vid. Feeney, M. (2015): “Is Ridesharing Safe?”, *CATO Institute Policy Analysis*, 767, p. 2

Este importe especulativo e inflado en las últimas décadas ha generado dos efectos negativos: de un lado, que la amortización de tales costes se haya repercutido en los precios del servicio, computándose como costes operacionales; de otro lado, que se trate de costes hundidos que se deben afrontar a la hora de acceder al mercado, pero que también dificultan la salida del mismo de los conductores. Así, si se abre el mercado a la competencia ¿qué salida se da a los miles de taxistas que han pagado cantidades desorbitadas por las licencias requeridas en estos mercados secundarios? Desde nuestra perspectiva, la solución a tal problema es difícil, pero nos oponemos radicalmente a que tal coste de la salida a la competencia se acabe socializando como ya ocurrió en otros sectores regulados. Por ello, son los propios taxistas los primeros que se oponen a la desregulación de la concesión de licencias, a la liberalización de su obtención y a la abolición de la contingenciación legal⁷⁸. Una nota importante –y que frecuentemente se olvida– es que el número de licencias existente en un determinado momento no puede ser tomado como un derecho adquirido. Su mantenimiento es una mera expectativa, que depende del propio devenir del sector del taxi.

Una opción que ha sido ya apuntada en la doctrina⁷⁹ es la de mantener el número de licencias de taxis y su regulación tal y como está –con lo que se evita el problema de tener que rescatar las licencias actualmente existentes y el coste de expectativa que los taxistas han pagado– y fomentar el transporte en su modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor. Desde nuestra perspectiva, esta opción plantea dos cuestiones relevantes: (1) Que sería necesario, en este caso, liberalizar y suprimir las limitaciones cuantitativas del número de licencias de VTC o las que se concedan a los conductores ocasionales, en caso que se regule esta figura; y (2) que se podría mantener la reserva de actividad de taxis para las paradas y lugares especialmente concurridos (estaciones, aeropuertos...), aunque se debiera permitir la entrada de los VTC al nuevo segmento dinámico del transporte de pasajeros –*e-hailing* o recogida de clientes que han precontratado en la calle, sin necesidad de que el vehículo se encuentre previamente estacionado–.

5. CONCLUSIONES Y UN DESCARGO ANTE LA ACUSACIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR VIOLACIÓN DE NORMAS (ART. 15 LCD)

La principal conclusión a la que llegamos es que no se pueden utilizar viejas estructuras jurídicas para dar cabida a fenómenos nuevos que no tienen nada que ver con los modelos de negocios anteriormente imperantes. En tal sentido abogamos por una progresiva reforma normativa que vaya permitiendo incluir los nuevos conceptos de la economía colaborativa en los distintos sectores. Existen voces autorizadas que vienen demandando ya la necesidad de dotar a los ordenamientos de un estatuto jurídico de las plataformas de economía colaborativa. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, si bien quizá sea el fin al que se ha de tender, los medios deban pasar por atravesar primeramente regulaciones sectoriales que permitan solventar los dilemas concretos de cada ámbito. Otro aspecto que cree-

⁷⁸ Tarrés Vives, M. (2011): "Aspectos jurídicos y económicos en la regulación del taxi: reforma y liberalización en el transporte urbano e interurbano de viajeros", en Ruiz Ojeda, A. (dir.) *Derecho de la Regulación Económica VI. Transportes*, Iustel, Madrid, p. 373.

⁷⁹ Tarrés Vives, M. (2011): "Aspectos jurídicos y económicos...", *op. cit.*, pp. 374 y 375.

mos de especial relevancia es que el impulso legislativo en estas materias venga desde las instituciones comunitarias, al afectar a libertades comunitarias tales como la circulación de ciudadanos y trabajadores y la libertad de establecimiento.

Centrándonos en la regulación necesaria en el transporte urbano de pasajeros, entendemos que la normativa vigente requiere una modernización, al menos, en dos aspectos. En primer lugar, se debería dotar de un régimen legal a los organizadores virtuales de transporte de pasajeros, siguiendo las huellas de las normas americanas que disciplinan las *Transportation Network Companies*. Una normativa precisa en este sentido permitiría delimitar las responsabilidades y obligaciones que han de asumir las plataformas en la prestación de estos servicios. De otro lado, sería conveniente, que del lado de los conductores se incluyeran disposiciones particulares para los conductores ocasionales –partiendo de una delimitación de qué se entiende por tales-, y que las obligaciones regulatorias que se le impongan sean menores que las exigidas a los profesionales. En todo caso, la liberalización de acceso a los títulos habilitantes profesionales (bien por lo que respecta a los de taxi como a las licencias VTC) es un prerrequisito para permitir la competencia en el sector.

Como cuestión de política legislativa podría ser una buena opción la de optar por una normativa flexible, de tal modo que, en lugar de ofrecer una solución rotunda y definitiva, el legislador utilice medidas normativas flexibles, sin pretensión de eternidad, que fomente la innovación social en este ámbito⁸⁰ y que permita la introducción posterior de todas las enmiendas que sean necesarias para permitir la mejor consecución de los objetivos. Pero hasta que el legislador provea de un marco normativo flexible y adecuado para las plataformas de transporte colaborativo, estas empresas basadas en aplicaciones electrónicas deberán seguir operando ajustando su actuación al marco legal vigente. Ello implica, del lado de la compañía organizadora de las redes de transporte, que deba ser responsable subsidiaria de los incumplimientos y de las responsabilidades en que pudieran incurrir sus conductores, debiéndose descartar –de conformidad con la que, parece, que será doctrina del TJUE- su carácter de prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Debiendo ajustarse al marco legislativo vigente, la mayor parte de las demandas que las corporaciones y asociaciones de transportistas (taxis, autobuses...) han interpuesto frente a las plataformas organizadoras de estas redes de transportes se han basado en el argumento de la comisión de actos de competencia desleal por violación de normas (art. 15 de la Ley de Competencia Desleal). Pese a ser un debate que compete a otra sede, no podemos cerrar estas reflexiones sin hacer dos consideraciones respecto al modo en que se están planteando tales litigios. La primera de ella es que no se puede acusar a las plataformas electrónicas organizadoras de estos transportes de competencia desleal por infracción de normas si, ni siquiera, tienen la opción de cumplir dichas normas. Tal imposibilidad deriva, de un lado, de la falta de claridad de la normativa a la hora de determinar qué tipo de licencias han de tener tales organizadores; y también, por el carácter no profesional que tienen buena parte de los conductores que actúan en estas plataformas. De otro lado, la imposibilidad deriva también de la limitación del número de licencias VTC y de títulos habilitantes para el ejercicio del taxi. Si la normativa imposibilita

⁸⁰ Vid. Velasco San Pedro, L.A. (2015): “El consumo colaborativo en el transporte...”, *op. cit.*, p. 194.

que se cumpla con sus propias previsiones, difícilmente tal incumplimiento podrá ser considerado violación de normas a los efectos del art. 15 LCD.

Por otro lado, una interpretación sistemática del art. 15 de la LCD exige que para que pueda entenderse desleal la infracción de las leyes ésta se realice para prevalecer en el mercado de una ventaja competitiva, o que se trate de la vulneración de normas que regulen la actividad concurrencial. En estos casos no ocurre nada de esto, más bien al contrario, en el caso de que tenga lugar una vulneración de las normas –la operación en el mercado sin disponer de los títulos habilitantes exigidos- ello no dota realmente de una posición de ventaja a los prestadores de estos servicios y la eventual infracción no se hace con fines anticoncurrenciales. Todo lo contrario, lo que se intenta es ampliar la competencia en el mercado y la introducción de nuevos segmentos en el mismo.

6. Notas bibliográficas

- AA.VV., *Fundamentos de Regulación y Competencia: el Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Iustel, Madrid, 2013.
- Benavides Velasco, P. (2017): "La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos". En J. Pagador y L. Miranda (dirs.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons. Madrid, pp. 159-174.
- Botella Carretero, J. (2002): *El régimen jurídico del servicio de auto-taxis*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Carbonell Porras, E. (2013): "Servicio público y competencia en el mercado de transportes terrestres", en Petit Lavall, M.V., Martínez Sanz, F. y Recalde Castells, A. (dirs.) *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid, pp.147-158.
- Elliot, R. E. (2015-2016): "Sharing App or Regulation Hack(ney)?: Defining Uber Technologies, Inc.", *The Journal of Corporation Law*, 41, pp. 727-753.
- Feeney, M. (2015): "Is Ridesharing Safe?", *CATO Institute Policy Analysis*, no. 767, pp. 1-16
- Gorritz López, C. (2015): "Uber, transporte de pasajeros y competencia desleal", *RDT*, 16, pp. 77 y ss.
- Harris, L. A. (2002): "Taxicab Economics: The Freedom to Contract for a Ride", *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, I, pp. 195-222.
- Herrero Suárez, C. (2017): "La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico". En J. Pagador y L. Miranda (dirs.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons. Madrid, pp. 145-158
- Katsuyama, N. (2010) "The Economics of Occupational Licensing: Applying Antitrust Economics to Distinguish Between Beneficial and Anticompetitive Professional Licenses", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 19 (3), pp. 565-588.
- Kroes, N. (2014): "Crazy Court Decision ot Ban Uber in Brussels", *Eur. Commission*, disponible en: http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/kroes/en/content/crazy-court-decision-ban-uber-brussels-show-your-anger.html
- Montero Pascual, J.J. (2013): "Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general", en Ruiz Ojeda, A. (dir.) *Fundamentos de Regulación y Competencia: el Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Iustel, Madrid, pp. 81-111.
- Petitbó Juan, A. (2013): "La defensa de la competencia: Derecho y Economía", en Ruiz Ojeda, A. (dir.) *Fundamentos de Regulación y Competencia: el Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Iustel, Madrid, pp. 25-79.
- Ranchordás, S. (2015): "Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy", *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, vol. 16(1), pp. 413-475.
- Rayle, L. (2014) "App-Based, On-Demand Ride Services: Comparing Taxi and Ridesourcing Trips and User Characteristics in San Francisco", *Univeristy of California Transportation*

- Center (UCTC) Working Paper*, Noviembre 2014, pp. 1-14, disponible en: https://www.its.dot.gov/itspac/dec2014/ridesourcingwhitepaper_nov2014.pdf
- Rogers, B. (2015-2016): “The Social Costs of Uber”, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 82, pp. 85-102.
- Ruiz Ojeda, A. (2013): “Sentido y funcionalidad de la regulación pro-competitiva. Una aproximación histórico-crítica”, en Ruiz Ojeda, A. (dir.) *Fundamentos de Regulación y Competencia: el Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Iustel, Madrid, pp. 211-270
- Tarrés Vives, M. (2011): “Aspectos jurídicos y económicos en la regulación del taxi: reforma y liberalización en el transporte urbano e interurbano de viajeros”, en Ruiz Ojeda, A. (dir.) *Derecho de la Regulación Económica VI. Transportes*, Iustel, Madrid, pp. 363-408.
- Tobío Rivas, A.M. (2007): *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Comares, Granada.
- Velasco San Pedro, L.A. (2015): “El consumo colaborativo en el transporte de personas”, en Petit Lavall, M.V. (dir.) *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 193-202.

7. Informes y documentos oficiales

- Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (2017): Informe I 01/17, sobre la actividad del taxi en Andalucía desde la óptica de una regulación económica eficiente y favorecedora de la competencia
- Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità (4 giugno 2015)
- Autoridad Catalana de la Competencia (2012): “Reflexiones procompetitivas sobre el modelo regulador del taxi y del arrendamiento de vehículos con conductor”
- Autoritat Catalana de la Competència (2014): *Transaccions entre Iguales (P2P) y competencia*, ref. ES 7/2014
- CNMC (2015): Subdirección de Análisis Económico (2015) “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.
- CNMC (2016): “Resultados preliminares E/CNMC/004/15 Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”.
- 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”, COM(2016) 356 final, Bruselas 2 de junio de 2016.
- Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (2011): Informe núm. 14/11, sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo
- Consejo de Estado (2005) *Dictamen sobre el proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid*, de 21 de julio de 2005 (1272/2005)
- Consejo Gallego de Competencia (2012): Informe IPN 2/2002, sobre el Anteproyecto de la Ley de Transporte de Personas en Vehículos de Turismo en Galicia
- Consejo Vasco de la Competencia (2013): Informe I-19/2013 en relación a la consulta realizada por el Ayuntamiento de Bilbao sobre la propuesta de modificación del artículo 33.1 de la Ordenanza municipal del Taxi de Bilbao
- Dirección General de Transporte Terrestre (2017): *Observatorio del transporte de viajeros por carretera. Oferta y demanda*, Ministerio de Fomento
- European Parliament (2016): “The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities”, European Parliamentary Research Service, Author Pierre Goudin, PE 558.777- January 2016
- OCDE (2017): *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*
- OCDE, (2007): *Policy Roundtables. Taxi Services: Competition and Regulation 2007*

E. Olmedo Peralta: "Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: una cuestión de política de la competencia"

Office of Fair Trading del Reino Unido (2003): Informe OFT676 "The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK".

Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) (2014): Informe 28.33, de 18 de diciembre de 2014, sobre el asunto transportes autotaxi

Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (2008): Informe sobre el marco regulatorio y la caracterización económica de la actividad de auto-taxi en la ciudad de Zaragoza, y sus implicaciones en la defensa de la libre competencia en el sector

Tribunal de Defensa de la Comunidad Valenciana (2011): Informe relativo al Anteproyecto de Ley, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana