



FACULTAD DE DERECHO

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Casos de Uber, Blablacar y Airbnb

Autor: Javier Martínez-Brocal Contreras

5º E-3 B

Área: Derecho Mercantil

Tutor: Ignacio Ramos Villar

Madrid
Abril 2017

RESUMEN:

El derecho de la competencia es el derecho que regula la forma en la que pueden actuar los distintos competidores en el mercado. Este derecho ha cobrado especial importancia en el sector del transporte y en el sector del alojamiento como consecuencia del desarrollo, en el ámbito de las nuevas tecnologías, de plataformas que forman parte de la llamada economía colaborativa. Estas nuevas plataformas han dado lugar a movimientos de protesta y a una gran agitación y nerviosismo en estos sectores por considerar que están ejerciendo una competencia desleal. Por ello, el autor de este trabajo pretende arrojar algo de luz sobre el tema de la economía colaborativa, y concretamente, sobre los casos de Uber, Blablacar y Airbnb desde el punto de vista del derecho de la competencia. Se busca analizar las últimas resoluciones españolas relativas a la actividad de estas plataformas, que son consideradas punta de lanza de este nuevo modelo de economía colaborativa.

PALABRAS CLAVE: economía colaborativa, competencia desleal, Uber, Blablacar, Airbnb, transporte, alojamiento.

ABSTRACT:

Competition law is the field of law in charge of regulating the way competitors can behave in the market. It has become increasingly important in relation with the transport sector and the accommodation sector as a result of the development of Internet platforms that integrate the so called shared economy. These platforms have caused protest movements and a lot of tension in the sectors as they may entail unfair competition. Thus, the author intends to shed some light on the matter of the shared economy, specifically on Uber, Blablacar and Airbnb cases, in relation with competition law. The author analyzes the latest court decisions taken in Spain that affect these platforms, which are considered to be paradigmatic examples of shared economy platforms.

KEY WORDS: shared economy, unfair competition, Uber, Blablacar, Airbnb, transport, accommodation.

ÍNDICE

1.	Introducción.....	1
1.1.	Propósito y contextualización del tema.....	1
1.2.	Justificación	3
1.3.	Objetivos.....	4
1.4.	Metodología	4
1.5.	Estructura.....	5
2.	La economía colaborativa.....	6
2.1.	Concepto.....	6
2.2.	Surgimiento.....	7
2.3.	Implicaciones (pros y contras).....	9
2.4.	Incerteza.....	10
2.5.	¿Se debe regular la economía colaborativa?	10
3.	Régimen jurídico del sector del transporte y del alojamiento turístico en España.....	12
3.1.	Sector del alojamiento turístico.....	12
3.2.	Sector del transporte	12
4.	Notas sobre la competencia desleal	14
4.1.	Competencia prohibida	14
4.2.	Competencia desleal	15
4.3.	El artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal	16
5.	Casos controvertidos.....	19
5.1.	Uber	19
5.1.1.	¿Qué es y cómo funciona?	19
5.1.2.	Contexto internacional	20
5.1.3.	Problemática en España	21
5.1.4.	Auto de medidas cautelares número 707/2014 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid	24
5.1.5.	Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona	27
5.2.	Blablacar	28
5.2.1.	¿Qué es y cómo funciona?	28
5.2.2.	Contexto internacional	29
5.2.3.	Problemática en España	29
5.2.4.	Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid.....	30
5.3.	Airbnb.....	32
5.3.1.	¿Qué es y cómo funciona?	32
5.3.2.	Contexto internacional	33

5.3.3.	Problemática en España	34
5.3.4.	Sentencia 309/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Barcelona 36	
6.	Conclusiones.....	38
7.	Bibliografía.....	40
7.1.	Legislación.....	40
7.2.	Jurisprudencia	41
7.3.	Doctrina	41
7.4.	Artículos de prensa	44
7.5.	Referencias de Internet	45

ABREVIATURAS

AMT	Asociación Madrileña del Taxi
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CCAA	Comunidades Autónomas
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
CONFEBUS	Confederación de Transporte en Autobús
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
nº	número
pág.	página
págs.	páginas
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
vid.	ver
vol.	volumen

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Propósito y contextualización del tema

La crisis económica vivida en todo el mundo durante los últimos diez años ha empujado a las personas a desarrollar una especial creatividad de cara a generar ingresos económicos. De esta innovación y de este emprendimiento han surgido nuevos sectores hasta ahora desconocidos, permitidos en gran medida por los avances tecnológicos.

No obstante, más que los nuevos sectores que han surgido, nos llaman la atención los sectores que se han reinventado sobre la base de una mejor y más eficiente¹ utilización de los recursos. Esta búsqueda de la eficiencia y el ahorro, sumada a la infrautilización de los recursos que se vive en la actualidad y a otros factores, ha propiciado la llamada economía colaborativa.

Pese a que nos adentraremos en ella con más detalle en el capítulo segundo, podemos adelantar que, en palabras de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la economía colaborativa es un nuevo modelo económico que se basa en el “intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes”². La Comisión Europea³, por su parte, da otra definición algo más exhaustiva:

El término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

¹ Botsman, R. y Rogers, R., *What's mine is yours. The rise of collaborative consumption*, Nueva York, Harper Collins Publishers, 2010

² E/CNMC/004/15, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo de 2016, pág. 11

³ COM (2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*, de 2 de junio de 2016.

El Derecho de la competencia es el que se encarga de regular la actuación de los distintos operadores del mercado, estableciendo una serie de prohibiciones y restricciones con el fin de promover la libre competencia. Este derecho cobra especial importancia en el ámbito de la economía colaborativa, y en concreto, en el sector del alojamiento y en el sector del transporte, pues en los últimos años han aparecido numerosas aplicaciones y negocios cuya regulación jurídica no está para nada clara y a los que muchos acusan de estar ejerciendo una competencia desleal.

Así, la expansión de este nuevo modelo económico está siendo, por un lado, amparada por aquellos que ven en la economía colaborativa una nueva forma de hacer las cosas, de mejorar los servicios y de hacer una más eficiente utilización de los recursos, y por otro, fuertemente criticada y atacada por aquellos que ven en estas plataformas un incumplimiento de la normativa vigente y una merma de los derechos de algunos operadores del mercado, en especial, en el sector del transporte y en el del alojamiento. Por ello:

Desde Europa se hace preciso abordar la economía colaborativa, compilando los derechos y principios básicos que ya están consagrados en el Derecho de la Unión Europea y protegen a los ciudadanos, y procediendo a la armonización de las legislaciones de los distintos estados miembros que pongan fin a situaciones tan ridículas como que un modelo plenamente asentado en uno de los territorios de la Unión esté sin embargo prohibido en el territorio de otro.⁴

Con el fin de contextualizar más al lector, se debe señalar aquí también que se prevé que el gobierno promulgue próximamente una nueva ley con fin de dividir en dos la CNMC, que es el órgano encargado de la promoción del buen funcionamiento de los mercados y cuyas decisiones afectan de manera directa a la economía colaborativa.

Esta ley de secesión del organismo denominado ‘superregulador’ tiene origen en el pacto de investidura celebrado entre el Partido Popular y Ciudadanos. Esta división del organismo en dos era uno de los requisitos de Ciudadanos para apoyar la investidura de Mariano Rajoy en octubre de 2016.

⁴ Touriño, A., *La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify*, Actualidad Civil, Nº4, abril 2016

Esta secesión daría lugar a dos órganos independientes: una Autoridad Independiente de Regulación de los Mercados (AIREM) y una Autoridad Independiente de Defensa de la Competencia (AIDeCo). Además de las funciones propias de la CNMC, esta reforma daría lugar a la recuperación por parte de estas nuevas autoridades, de competencias que fueron asumidas por los ministerios y direcciones generales tras la creación de la CNMC.

1.2. Justificación

La importancia de este tema y su encuadre como asunto de actualidad se refleja en informes como el último de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia⁵. En este informe se señala que “la economía colaborativa constituye un fenómeno innovador de alcance global y transversal, que está generando importantes cambios estructurales en el funcionamiento de los mercados”. También, revistas de gran renombre internacional como Forbes⁶ señalan la importancia de este nuevo fenómeno, estimando en 2013 que los ingresos generados por la economía colaborativa superarían los tres millones y medio de dólares, y estimando un crecimiento del 25% para la misma.

Además, no son pocos los académicos e instituciones que se están dedicando al estudio de este nuevo fenómeno. Así, por ejemplo, autores como Eduardo López-Román o José María Martín Faba, por no mencionar muchísimos otros, se están ocupando de analizar el impacto que están teniendo estas plataformas a nivel jurídico.

En la actualidad no existe todavía una regulación armonizada del fenómeno, pues es un tema complicado, de gran dinamismo, y que puede cambiar completamente de un día para otro. La economía colaborativa requiere, por tanto, del estudio exhaustivo de los distintos impactos que una u otra regulación podría tener para todos los agentes del mercado y para la sociedad en general. Esto es lo que suscita el gran interés del tema.

A la vista de estas limitaciones, con este trabajo de fin de grado se pretende contribuir en la explicación de este fenómeno, de los problemas que acarrea desde el punto de vista del

5 E/CNMC/004/15, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo de 2016.

6 Geron, T., *Unstoppable rise of the share economy*, Forbes, 11 de febrero de 2013 [http://www.forbes.com/sites/tomiogeron/2013/01/23/airbnb-and-the-unstoppable-rise-of-the-share-economy/#c0fd3436790b; última consulta 15/1/2017]

derecho de la competencia, así como hacer una revisión crítica de las resoluciones más importantes que se han dictado hasta la fecha.

A estas motivaciones se le añade una motivación de tipo personal. El autor ha sido y es usuario de numerosas de estas plataformas, sintiéndose verdaderamente tentado a conocer el tema en mayor profundidad, y poder aportar y dar su opinión crítica respecto a la legalidad de las mismas.

1.3. Objetivos

Con este trabajo de fin de grado se pretende arrojar algo más de luz sobre el tema de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho de la competencia.

En concreto, se van a estudiar los controvertidos casos de las plataformas Uber, Blablacar y Airbnb. Se analizarán los retos que suponen para el derecho de la competencia: ¿Por qué muchos consideran que están ejerciendo una competencia desleal respecto al resto de operadores del mercado?

Además, como se ha adelantado *supra*, el autor pretende dar su opinión crítica respecto de las resoluciones que se han promulgado en los últimos años acerca de su legalidad, tomando siempre como base la legislación en materia de derecho de la competencia.

1.4. Metodología

La metodología seguida en este trabajo es de tipo descriptiva, basada en la revisión de fuentes primarias, pero sobre todo de fuentes secundarias (manuales, artículos académicos, revistas académicas, etc.) con el fin de analizar cuál es la situación actual en que se encuentra la economía colaborativa. Han resultado de gran ayuda los artículos de prensa, pues en ocasiones los temas tratados en el trabajo son tan novedosos que aún no hay nada más escrito.

Con el objetivo de contrastar la información cualitativa recogida a través de los artículos y revistas académicas, también se han revisado datos y estudios de órganos oficiales como la CNMC, siendo este el órgano de referencia en materia de competencia.

Las búsquedas de fuentes académicas se han realizado con plataformas como Dialnet, La Ley, Aranzadi, Google Scholar o EBSCO, entre otras.

1.5. Estructura

Este trabajo de fin de grado se divide en seis bloques o capítulos:

En el primer capítulo se realiza una introducción en la que se contextualiza el tema, se justifica el porqué de la investigación, se fijan los objetivos que se quieren conseguir y la estructura del trabajo, y se explica la metodología empleada.

En el capítulo segundo se habla de la economía colaborativa en general, es decir, qué es exactamente, cómo surge y qué implicaciones tiene o puede llegar a tener. Además, se hace hincapié en la situación de incertidumbre, especialmente jurídica, que está generando la economía colaborativa.

En el capítulo tercero se trata de contextualizar al lector acerca del régimen jurídico que afecta al sector turístico y al sector del transporte, ambos relacionados con los casos de Airbnb, Uber y Blablacar.

En el capítulo cuarto se hablará de la competencia desleal y, en particular, del caso del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, debido a su importancia a la hora de analizar los casos controvertidos que se verán en el capítulo cuarto.

En el capítulo quinto es la parte central de este trabajo de fin de grado. Aquí se tratan los casos más conocidos, controvertidos y significativos de la economía colaborativa: se analizará el caso de Uber, el caso de Blablacar y el caso de Airbnb. No sólo se explicará la problemática y la raíz de su controversia, sino sobre todo los problemas que plantea en lo relativo al derecho de la competencia. También se hará un análisis crítico de las resoluciones dictadas sobre estos casos hasta el momento.

En el capítulo sexto se hará referencia a las conclusiones a las que se han llegado como consecuencia de la labor de investigación realizada.

El capítulo séptimo recogerá un listado de la bibliografía consultada.

2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA

2.1. Concepto

Con la expresión *economía colaborativa* se pretende denominar a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios, que se sirven de las nuevas tecnologías que han venido surgiendo desde finales del siglo XX, y que parten de la base de que en la actualidad existe una infrautilización de los recursos.

Según la CNMC⁷:

La economía colaborativa (sharing economy) engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de Internet.

Conviene también destacar aquí que, en inglés, y al margen de las distintas particularidades concretas que pueda presentar cada expresión, se suele hablar también del fenómeno de la economía colaborativa como *sharing economy*, *collaborative economy*, *collaborative consumption*, *mesh*, o *peer to peer economy*.

A pesar de las definiciones dadas más arriba, no existe un consenso total sobre lo que es y lo que no es economía colaborativa. Esto es, no está claro qué plataformas deben ser consideradas colaborativas y cuáles no. De hecho, algunos emprendedores, como Diego Hidalgo, fundador de la plataforma de *carsharing* y alquiler de coches Amovens, critican que hoy día se llame a todo ‘colaborativo’. Según este emprendedor, en caso de admitir una tan amplia definición del concepto, todas las actividades comerciales tendrían el carácter de colaborativo, pues “(...) el propio comercio se basa en acuerdos entre personas y/o empresas, las cuales inician algún tipo de colaboración con el objetivo de vender/consumir un producto o servicio (...)”⁸.

Si tomamos un concepto restrictivo de economía colaborativa esta englobaría únicamente a aquellas plataformas que permiten consumir recursos de forma más eficiente, es decir,

⁷ Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, E/CNMC/004/15, marzo de 2016.

⁸ Declaraciones de Diego Hidalgo (12 de septiembre de 2013), disponibles en: <http://www.amovens.com/blog/economia-compartida/>; última consulta 24/1/2017

usar recursos infrautilizados con otras personas, ya sean, por ejemplo, habitaciones de una casa (caso de Airbnb) o asientos de coche (caso de Blablacar), a cambio de compartir gastos y aprovechar mejor los recursos⁹.

Sin embargo, como bien señala Alejandro Touriño¹⁰, este concepto restrictivo “excluiría servicios que sirven para conectar la oferta con la demanda de forma mucho más ágil que antes, aunque sin que ello suponga realmente compartir un recurso”. Plataformas como Uber, que conecta chóferes con personas que necesitan desplazarse, Wallapop, que conecta personas que quieren vender algo con personas que quieren comprar ese algo, o Chicfy, estarían fuera de esta calificación de plataforma de economía colaborativa.

Fuera de esta distinción entre concepto restrictivo y concepto amplio de economía colaborativa, se debe señalar que la mayoría de las personas, cuando se habla de economía colaborativa, entienden por ello todas aquellas herramientas que hacen uso de Internet y de las nuevas tecnologías, conectando a personas que buscan algo con personas que lo ofrecen, ya sea un servicio (Uber), o ya sean un bien (Wallapop).

2.2. Surgimiento

Las causas del surgimiento de la economía colaborativa se pueden resumir en tres:

En primer lugar, los nuevos avances tecnológicos han permitido reducir los costes en cuanto a la “obtención, almacenamiento, procesamiento y comunicación de información que los interesados han de llevar a cabo para colaborar en la producción y consumo de bienes y servicios, intercambiándolos o compartiéndolos”¹¹. Es decir, en la actualidad existen programas informáticos y herramientas para gestionar mejor las bases de datos, Internet nos provee de muchísima información relativa a prácticamente cualquier tema, también nos permite estar conectados y localizables las veinticuatro horas del día.

Así, herramientas como el Internet, el GPS o el *smartphone*, posibilitan y propician el surgimiento de todas estas plataformas de economía colaborativa. Por ejemplo, la

9 A propósito del *carpooling*, vid. Estancona, A. A., *Carpooling: C2C en el transporte de personas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 9

10 Touriño, A., *Cit.* pág. 4

11 Doménech Pascual, G., *La regulación de la economía colaborativa (El caso ‘Uber contra el taxi’)*, 2015, Revista CEFLEGAL. CEF, núms. 175-176, págs. 61-104

plataforma Uber funciona a través del *smartphone*, utilizando Internet y utilizando el GPS para localizar a sus usuarios.

Como adelantábamos en la introducción de este trabajo, la crisis económica ha despertado un especial sentido del ingenio en las personas. La escasez de recursos, el paro, reducción de ayudas, y todas las demás consecuencias de la fuerte crisis económica vivida desde 2008 han supuesto un fuerte estímulo para que la gente innove y participe en el desarrollo de proyectos con el fin de obtener ingresos de formas que no eran posibles antes de la llegada de Internet.

La preocupación del medio ambiente también es un tema capital en este siglo XXI en el que nos encontramos. Las plataformas de economía colaborativa permiten hacer un uso más eficiente de los recursos¹², por ejemplo, completando los asientos de los coches, reduciendo el número total de coches en las carreteras (con Blablacar) y así disminuyendo las emisiones contaminantes. Esta preocupación ha sido otro de los motores de este desarrollo de la economía colaborativa.

Autores como Gabriel Doménech Pascual señalan la necesidad de socialización como otra de las causas del surgimiento de la economía colaborativa. En palabras de este autor, “las plataformas de economía colaborativa expanden las posibilidades de entablar contacto e interactuar, virtual o presencialmente, con una vasta comunidad de personas”¹³. Al margen de que el autor de este trabajo está de acuerdo con Gabriel Doménech Pascual en el hecho de estas plataformas te permiten interactuar con una vasta comunidad de personas, este (el autor de este trabajo) no cree que la necesidad de socialización haya sido un impulsor de la economía colaborativa.

Quizá, esta necesidad, sí ha sido motor de otro tipo de aplicaciones como Meetme¹⁴, que te permiten conocer gente nueva que comparte tus mismos intereses, pero la economía colaborativa ha sido, en opinión del autor, movida por los elementos señalados más arriba: avance de la tecnología, crisis económica y preocupación por el medio ambiente.

12 Rifkin, J., *La sociedad de coste marginal cero*, Barcelona, Paidós, 2014 y Botsman, R. y Rogers, R. (2010), *Cit.*

13 Doménech Pascual, G., *Cit.* pág. 61-104

14 Información disponible en: <http://www.meetmecorp.com/>; última consulta 25/1/2017

2.3. Implicaciones (pros y contras)

Los costes de transacción, como su propio nombre indica, recogen todos aquellos costes en los que se incurre cuando se quiere llevar a cabo una determinada transacción en el mercado. Estos costes de transacción van desde los costes derivados de la búsqueda de información, hasta el tiempo dedicado a negociar las condiciones de una transacción o hasta la labor de análisis y verificación de los resultados de la operación. Por tanto, estos costes de transacción en los que se incurre tienen lugar antes, durante y después de la transacción.

Pues bien, la economía colaborativa no sólo permite reducir estos costes (pues, por ejemplo, dedicaremos mucho menos tiempo buscando una persona que se desplace a una determinada ciudad y que tenga asientos libres en su coche a través de la aplicación de Blablacar que preguntando por la calle una a una a todas las personas que veamos), sino que también permite reducir las asimetrías de información que pueden tener lugar en las transacciones¹⁵.

Las asimetrías de información pueden derivar en grandes costes para algunas de las partes, debido a que se den “situaciones en las que una de las potenciales partes posee más o mejor información que la otra sobre las circunstancias de las que dependen los resultados del negocio”¹⁶. Así, por ejemplo, Blablacar posee un sistema de valoración de conductores, de forma que la gente puede comentar cómo fue su experiencia con el conductor durante el viaje y así otras personas sepan con qué tipo de conductor se van a encontrar.

No obstante, aparte de estas grandes ventajas que ofrece la economía colaborativa, podemos señalar también una serie de inconvenientes o posibles perjuicios:

El principal *hándicap* al que se enfrenta la economía colaborativa son los potenciales costes sociales que puede ocasionar: hay sectores que no apoyan a plataformas como Airbnb por las consecuencias que podría generar un aumento excesivo del turismo en ciudades como Barcelona. También Uber o Cabify, plataformas que ofrecen servicios de transporte alternativos al taxi, pueden repercutir y de hecho repercuten negativamente en

¹⁵ Montero García-Noblejas, P., *La importancia del derecho de la competencia en el sector turístico*, International Journal of Scientific Management Tourism, Vol. 2, Núm. 2, 2016, págs. 233-249

¹⁶ Doménech Pascual, G., *Cit.* págs. 61-104

el sector del taxi. Cuestión diferente -que trataremos *infra*- es si este coste social es una consecuencia normal de nuevos modelos de negocio o si son costes derivados de un incumplimiento de la normativa reguladora de estas actividades.

2.4. Incerteza

Toda novedad o innovación supone un cierto nivel de incertidumbre. Las plataformas de economía colaborativa emplean herramientas y elementos que hasta hace pocos años se desconocían de forma completa. Esto provoca un nivel bastante alto de incertidumbre; incertidumbre que afecta a diversos ámbitos.

En primer lugar, no sabemos con absoluta certeza cuales son los costes sociales que pueden tener estas plataformas de economía colaborativa. Depende de la regulación que se dé a este tema las consecuencias pueden ser muy diferentes para la sociedad, y especialmente para determinados colectivos y sectores que se ven directamente afectados.

En segundo lugar, tampoco se sabe qué normativa aplicar en la actualidad a estas nuevas formas de producir y consumir bienes y servicios. Parece lógico que, aunque estas actividades sean subsumibles en disposiciones jurídicas preexistentes, no sean estas las que deben regularlas, pues estas se dictaron para una época y una realidad social diferente a la que nos encontramos en la actualidad.

2.5. ¿Se debe regular la economía colaborativa?

En opinión del autor, la necesidad de regular la economía colaborativa es clara. Los cambios sociales y tecnológicos que se han producido durante los últimos años han cambiado la realidad social para la cual las leyes existentes fueron dictadas. Estas leyes, por tanto, se encuentran desfasadas y no recogen en sus supuestos de hechos muchas de las realidades que afectan a la economía colaborativa.

Además, la falta de regulación de la economía colaborativa da lugar a una tremenda inseguridad jurídica, que está provocando conflictos, litigios, resoluciones judiciales dispares e injusticias. Esto tiene como consecuencia la desaceleración o incluso el freno

total de la innovación; innovación que potencialmente puede generar grandes beneficios para la sociedad.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR DEL TRANSPORTE Y DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO EN ESPAÑA

3.1. Sector del alojamiento turístico

El art. 148.1.18 de la Constitución Española (CE) no reserva al Estado ninguna competencia en materia de turismo, sino que señala que serán las Comunidades Autónomas (CCAA) las encargadas de la “promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial” a través de sus Estatutos de autonomía. Además, pese a que el art. 149.3 CE determina que el legislador español podrá regular aquellas materias cuya regulación no haya sido asumida por la Comunidad Autónoma, este no ha sido nunca el caso en materia turística, ya que todas las CCAA han regulado esta materia.

El problema llega como consecuencia del art. 149.1. 6º CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia mercantil, pues en muchas ocasiones se han dado problemas de competencia en cuanto a normativa turística que trata de forma transversal esta competencia atribuida de forma exclusiva al Estado.

Por tanto, en España la normativa relacionada con el alojamiento turístico está formada por una pluralidad de normas autonómicas.

En lo que concierne al alojamiento ‘colaborativo’, dado que se trata de arrendar casas o propiedades con fines turísticos entre particulares con la mediación de una plataforma (por ejemplo, Airbnb) habría que tener en cuenta distintos marcos jurídicos: hay que ver en qué medida entra en juego por un lado, normativa estatal en materia de competencia, normativa estatal en materia de arrendamientos, normativa estatal en materia de comercio electrónico y en materia de protección de consumidores, y por otro lado, normativa de las CCAA relativa al turismo.

3.2. Sector del transporte

Los artículos 148.1 5º y 149.1 21º CE facultan a las CCAA y al Estado, respectivamente, para la ordenación del transporte por ferrocarril y por carretera. No obstante, es la Ley

general de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT) la que se encarga de dicha regulación. Esta ley no diferencia la regulación del transporte estatal y autonómico.

A pesar de que las CCAA están habilitadas en virtud del art. 148.1 5º CE para regular el transporte que transcurre de forma exclusiva por su territorio, estas aceptaron en su día el cumplimiento de esta LOTT, asumiendo únicamente competencias ejecutivas derivadas de esa regulación¹⁷.

En lo que respecta a la economía colaborativa, los casos controvertidos que analizaremos *infra* no sólo está relacionada con la ordenación del transporte terrestre, sino que habrá que tener en cuenta el marco legal relativo al derecho de la competencia, a la capacitación profesional o a la seguridad vial entre otros.

¹⁷ Agoués, C., *La intervención administrativa en el transporte de viajeros por carretera*, RDT, nº 7, 2011, págs. 66 y ss.

4. NOTAS SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL

En los tres casos controvertidos que analizaremos *infra*, el centro del problema se encuentra en el posible ejercicio de una competencia desleal con respecto al resto de operadores del sector (ya sea el sector del transporte o el sector del alojamiento), por ello se considera conveniente dedicar un apartado de este trabajo a tratar la competencia desleal y, en concreto, al art. 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

4.1. Competencia prohibida

En primer lugar, debemos aclarar que competencia desleal es diferente a competencia prohibida. Como bien establece Antonio Delgado Porras (2009)¹⁸, ambas se encuentran bajo el paraguas de la competencia ilícita, pero son diferentes. Así, este autor señala:

En efecto, llamamos competencia prohibida de un modo estricto y propio a aquella en que lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia. No se puede lícitamente desarrollar un determinado tipo de actividad económica, que se declara vedada jurídicamente para determinados sujetos, sobre los cuales recae una obligación de abstenerse de realizar competencia.

Esta obligación de abstención puede tener su origen, o en un precepto legal, o en un contrato.

Algunos de los casos en que la competencia está prohibida por un precepto legal son, por ejemplo, los casos de monopolios estatales, o los casos de concesiones administrativas, o los derechos de propiedad intelectual.

Casos típicos en los que aparece esta obligación, pero derivada de un contrato, son, por ejemplo, las cláusulas de no competencia pos contractual presentes en los contratos de trabajo de algunos asesores de fondos de inversión. La finalidad de esta cláusula es que

18 Delgado Porras, A., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2009, págs. 399 y ss.

el trabajador que se marche de la empresa no ‘robe’ la clientela ya adquirida y, además, que no obstaculice la obtención de nuevos clientes durante el periodo de tiempo en que tenga prohibido ejercer dicha actividad.

Por tanto, lo que la competencia prohibida viene a prohibir -valga la redundancia- es el ejercicio de una determinada actividad económica, ya se ejerza esta con total pulcritud y corrección o se ejerza incumpliendo las normas reguladoras de la actividad concreta.

4.2. Competencia desleal

Por otro lado, la competencia desleal se puede definir, en palabras de Antonio Delgado Porras (2009)¹⁹ como:

[...] la actividad concurrencial encaminada a la captación de clientes, que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, dentro de la concepción representada por la costumbre y el uso.

En el caso de la competencia desleal, la actividad concurrencial que se ejerce es totalmente lícita y permisible, pero se ejerce de una determinada forma que hace que esta actividad sea ilícita.

*[...] por lo que es ilícita la competencia desleal no es estrictamente porque con ella se cause daño a otro competidor, desviando hacia sí la clientela ajena, lo que es en definitiva la finalidad de toda actividad concurrencial. El ordenamiento jurídico considera que hacerlo así con medios honestos y honrados es lícito. La concurrencia causa siempre un perjuicio a los empresarios implicados en ella. Es una lucha en que se aspire a que triunfe el mejor, aquel que tiene el favor de los consumidores [...]*²⁰

Lo que se intenta evitar con la prohibición de la competencia desleal es provocar un perjuicio a un competidor o competidores alterando la situación de igualdad de oportunidades que debe existir en los miembros del mercado.

¹⁹ Delgado Porras, A., *Cit.* págs. 399 y ss.

²⁰ *Vid.* nota al pie 19

Ahora bien, ¿de qué formas se puede alterar la situación de igualdad entre las partes de manera que la conducta sea calificada de competencia desleal?

Estas formas están recogidas en la LCD, así como desperdigadas por otros textos legales²¹, pero aquí nos centraremos en las formas recogidas en la LCD, y en concreto, en el art. 15.2 LCD.

Para señalar estos supuestos de hecho, la LCD usa una técnica legislativa consistente en establecer, en primer lugar, una “cláusula general” que define con gran amplitud el supuesto de hecho de competencia desleal. Esto es, el art. 4.1 LCD dicta que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Esta definición del supuesto de hecho está configurada de forma amplísima, pudiéndose subsumir en él una grandísima gama de supuestos y comportamientos, lo que lo convierte de alguna forma en peligroso para el tráfico mercantil.

Para autores como Fernando Sainz Moreno (1976)²², la remisión de las normas a la “buena fe” permiten mantener a través del tiempo la adecuación de la norma a “criterios de valor o experiencia cambiantes, sin necesidad de rectificar la norma”.

Tras esta cláusula general, la ley hace mención de una serie de supuestos que son contrarios a la buena fe, y por tanto, que los hacen reprobables. Estos supuestos vienen recogidos en los arts. 5 al 18 de la LCD y no constituyen un conjunto cerrado y exhaustivo. Nosotros nos centraremos en el art. 15.2, que recoge el supuesto de “violación de normas”.

4.3. El artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

El artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal dice así:

Artículo 15 Violación de normas

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

21 Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Nociones introductorias*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 49 y ss.

22 Sainz Moreno, F., *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 224 y ss.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería

Si leemos este artículo, podemos distinguir que en el apartado primero habla de “infracción de leyes” y en el apartado segundo habla de “infracción de normas jurídicas”. Pese a que esto nos puede llevar a pensar que el apartado primero hace referencia a “leyes formales” no concurrenciales²³, y que el apartado segundo se refiere a cualquier norma jurídica de tipo concurrencial, existe un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina sobre la igualdad de ambos conceptos en el ámbito de este artículo²⁴. Es decir, tanto el apartado primero como el segundo se refieren al concepto de ley en sentido amplio²⁵.

Interpretando este artículo 15.1 LCD *a sensu contrario* llegamos a la conclusión de que con “infracción de leyes” se refiere a leyes no concurrenciales. De ahí que exija que esta infracción de lugar a una ventaja competitiva. Al contrario, en el caso del artículo 15.2 LCD, la ley no exige que la ventaja tenga que ser significativa, porque al ser una norma concurrencial la norma que se infringe la ventaja competitiva a la que da lugar la infracción ya se supone significativa.

De acuerdo con Carlos Gorríz López, “Las normas concurrenciales son aquellas que delimitan la estructura del mercado, las que fijan los precios o las que determinan las estrategias y conductas concurrenciales de las personas que actúan en él”²⁶.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la economía colaborativa se podría producir esta “infracción de leyes” en el caso de una plataforma que comience a realizar una actividad sin la licencia administrativa que se requiere para poder desarrollar la misma. Este

23 *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 593/2000, de 16 de junio

24 Pérez de la Cruz Blanco, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 161 y ss.

25 Massaguer Fuentes, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 434-435.

26 Gorríz López, C., *Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal*, Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, núm. 16, 2015, págs. 77-98

desarrollo de la actividad sin licencia perjudicaría al resto de operadores del mercado que sí la han solicitado y obtenido o que no operan por haberseles denegado.

El objetivo de este art. 15 LCD no es que se cumpla la ley, sino evitar que los empresarios obtengan una ventaja competitiva derivada del incumplimiento de una norma vigente.²⁷

²⁷ Massager Fuentes, J., *Cit.* págs. 434-435; Alfaro Águila-Real, J., *Competencia desleal por infracción de normas*, RDM, 1991, págs. 670 y ss.; Soler Masota, P., *Infracción de normas como acto de competencia desleal*, en Ferrándiz Gabriel, J.R., *Competencia desleal y defensa de la competencia*, CGPJ, 2002, págs. 189 y ss.

5. CASOS CONTROVERTIDOS

5.1. Uber

5.1.1. ¿Qué es y cómo funciona?

Uber es una plataforma creada en marzo de 2009 por Travis Kalanick y Garret Camp, que ofrece multitud de servicios: distribución de comida a domicilio (UberEats), servicio de paquetería (UberRush)²⁸, etc. Sin embargo, es “UberPop” el servicio que ha hecho de Uber una de las compañías más famosas de todo el planeta. Uber está presente en Estados Unidos desde 2010, en España desde 2014 y ya en junio de 2015 estaba presente en más de 58 países.

Pero, ¿Qué es UberPop?

UberPop es una plataforma disponible para ordenador, *smartphone* o *tablet* que permite contratar desde el mismo, servicios de transporte de pasajeros en automóviles. Estamos hablando, generalmente de trayectos urbanos o interurbanos. Uber supone una alternativa al taxi²⁹, ofreciendo la posibilidad de desplazarse de un lugar a otro a un precio, normalmente, más bajo³⁰.

Existen otras aplicaciones que permiten contratar los servicios de transporte de taxistas (por ejemplo, Mytaxi). Sin embargo, la diferencia fundamental con estas otras aplicaciones la encontramos en que los conductores que ofrecen sus servicios a través de UberPop no disponen de una licencia o autorización administrativa. Además, el precio por trayecto es conocido de antemano³¹ en UberPop.

28 *Driving hard* en The Economist, 13 de junio de 2015

[<http://www.economist.com/news/business/21654068-taxi-hailing-company-likely-disrupt-delivery-business-driving-hard>; última consulta 20/1/2017]

29 Domínguez Pérez, E., *Consideraciones sobre el marco normativo establecido en relación con el uso de vehículos compartidos: nuevos planteamientos en el entorno de la ‘economía colaborativa’, a propósito de los servicios de Uber y Blablacar*, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 4, Núm. 1, 2016, págs. 41-48

30 *Uber (Company)* en Wikipedia, 15 de febrero de 2017 [[https://en.wikipedia.org/wiki/Uber_\(company\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Uber_(company))]; última consulta 20/1/2017]

31 *Driving hard* en The Economist, 13 de junio de 2015

[<http://www.economist.com/news/business/21654068-taxi-hailing-company-likely-disrupt-delivery-business-driving-hard>; última consulta 20/1/2017]

5.1.2. Contexto internacional

La legalidad de Uber varía en función del país en el que nos encontremos. Hay países en los que Uber ya está regulado, otros en los que está en proceso de regulación y otros en los que no está regulado, pero funciona con normalidad.

Así, por ejemplo, en la mayoría de países asiáticos, africanos y en Oceanía, Uber no está regulado, pero se utiliza sin problemas. Por otro lado, en Estados Unidos, la mayoría de estados lo han regulado.

En cambio, en la Unión Europea la mayoría de los estados están todavía pensando qué hacer:

Así, pese a que en abril de 2014 los tribunales de Bruselas prohibieron el uso de la aplicación, el ayuntamiento de la ciudad modificó la normativa al año siguiente de manera que el uso de la aplicación sería legal a partir de enero de 2016 siempre y cuando los conductores tuvieran otra fuente principal de ingresos.

En Londres, el organismo responsable de las decisiones concernientes al sistema de transportes de la región -la *Transport for London*- declaró en 2014 la legalidad de la plataforma.

En el país galo se anunció que se prohibiría la aplicación en 2015. Además, pese a que el Tribunal Constitucional francés ha anulado el artículo del Código de Transporte que permitía únicamente a los taxis aplicar las tarifas por duración y distancia, es cierto que este mismo Tribunal considera que es válida la disposición por la cual los conductores de Uber no pueden recoger clientes localizándolos por geolocalización ni aparcar en los lugares reservados para taxis³².

Holanda e Italia también han prohibido el uso de la plataforma. Y, fuera de la Unión Europea, Brasil, Colombia y la India también lo han prohibido. En Estados Unidos la situación varía enormemente dependiendo del Estado: por ejemplo, Los Ángeles, San Francisco, Nevada y Portland lo han prohibido³³.

³² Gorríz López, C., *Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal*, Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, núm. 16, 2015, pág 82

³³ *¿Dónde es legal y dónde es ilegal Uber?* en PlayGround, 19 de noviembre de 2016 [http://www.playgroundmag.net/noticias/legal-ilegal-Uber_0_1874212596.html]

5.1.3. Problemática en España

La problemática de UberPop la encontramos en el hecho de que es algo nuevo, y que como tal, se desconoce en qué normativa debe subsumirse su actividad. La actividad de UberPop podría o no constituir un caso de competencia desleal en función de la normativa que se aplique, de ahí que haya posiciones divergentes dentro de la población sobre la normativa que debe aplicarse.

Los detractores de esta plataforma -especialmente el sector del taxi- consideran que UberPop está dentro de la esfera de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres. En cambio, hay otro sector bastante amplio que considera que la actividad de Uber debería encuadrarse en la figura de “servicio de la sociedad de la información”, en el sentido que viene definida en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI). Cabe mencionar que esta última ley, la LSSI, es el resultado de la trasposición de la 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.

En este sentido, los detractores de la plataforma se acogen al artículo 1.1 3º de la LOTT:

Artículo 1

1. Se regirán por lo dispuesto en esta ley:

1.º Los transportes por carretera, considerándose como tales aquellos que se realicen en vehículos de motor o conjuntos de vehículos que circulen sin camino de rodadura fijo, y sin medios fijos de captación de energía, por toda clase de vías terrestres, urbanas o interurbanas, de carácter público y, asimismo, por las de carácter privado cuando el transporte sea público.

2.º Los transportes por ferrocarril, considerándose como tales aquellos que se realicen mediante vehículos que circulen por un camino de rodadura fijo que les sirva de sustentación y de guiado.

3.º Las actividades auxiliares y complementarias del transporte, considerándose como tales, a los efectos de esta ley, las desarrolladas por las agencias de transportes, los transitarios, los operadores logísticos, los almacenistas-distribuidores y las estaciones de transporte de viajeros y centros de transporte y logística de mercancías por carretera o multimodales. Asimismo, tendrá esta consideración el arrendamiento de vehículos de carretera sin conductor.

Según estos, como viene señalado en el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid³⁴, la actividad de UberPop debería definirse como una actividad de transporte de viajeros y, por tanto, debería contar con la correspondiente licencia para operar. Este requisito viene recogido en el art. 22.2 de la LOTT:

2. Como regla general, los servicios de transporte terrestre de viajeros podrán ser contratados y facturados por todos aquellos que sean titulares de una licencia o autorización de transporte público que habilite para la realización de esta clase de transporte.

Además, la propia LOTT reputa como infracción grave, en su art. 141.14, “La realización de transportes privados careciendo de la autorización, certificación o licencia que, en su caso, resulte preceptiva para ello de conformidad con las normas reguladoras del transporte terrestre”.

En resumen, si consideramos que la actividad de UberPop debería encuadrarse en el artículo 1 de LOTT antes señalado, UberPop estaría cometiendo una infracción grave de una normativa concurrencial (ya que esa ley regula el sector del transporte) y, por tanto, estaría ejerciendo una competencia desleal³⁵ (Art. 15.2 LCD)³⁶.

Sin embargo, debe verse también la postura de aquellos que consideran que Uber no está cometiendo ninguna infracción. De acuerdo con Uber y según la opinión de otros muchos³⁷, “no es posible encuadrar la actividad de UberPop como una compañía de transporte por carretera, ni tan siquiera como una compañía que desarrolle actividades auxiliares o complementarias del transporte”.

34 Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014 (Nº de recurso 707/2014)

35 Leñena Mendizábal, E., *Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y carsharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 296, Civitas, Pamplona, 2015, pág. 306

36 Algunos autores consideran de aplicación el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, *vid.* Farran Castellà, P., *¿Uber es únicamente una plataforma digital?*, Lawyerpress, 10 de junio de 2015 [http://lawyerpress.com/news/2015_06/1006_15_011.html#.VXfalpDD7C4.twitter; última consulta 15/1/2017]

37 Touriño, A., *Cit.* pág.12

Estos consideran que, como señalábamos *supra*, la actividad de UberPop debería encuadrarse en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información (Art.1 de la LSSI):

Artículo 1 Objeto

*1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los **servicios de la sociedad de la información** y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.*

Como señalábamos anteriormente, esta LSSI es el resultado de la trasposición de la 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 y en esta directiva (art. 17) se señala que un servicio de la sociedad de la información es un:

[...] servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio; estos servicios a los que se hace referencia en la lista indicativa del anexo V de la Directiva 98/34/CE que no implica tratamiento y almacenamiento de datos no están incluidos en la presente definición.

En el artículo siguiente, el artículo 18, se concreta que:

*Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. **Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio.***

Pues bien, aquellos que defienden a UberPop como una actividad lícita se apoyan en estos artículos. Consideran que UberPop es un servicio de la sociedad de la información, y en concreto, un “prestador de intermediario” ya que se limita a proveer a sus usuarios de una

plataforma en la que pueden “albergar información facilitada por el destinatario del servicio”³⁸ (ya sea los usuarios o los conductores), y contactar entre sí.

5.1.4. Auto de medidas cautelares número 707/2014 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid

Este auto que aquí se va a comentar da respuesta a la solicitud de medidas cautelares por parte de la Asociación Madrileña del Taxi (en adelante, la AMT) contra Uber Technologies Inc.

La AMT solicita una serie de medidas cautelares en base al art. 15.2 LCD que explicábamos *supra*. La AMT considera que Uber Technologies Inc. está prestando un servicio de transporte a través de UberPop y que, como tal, requiere de la preceptiva autorización o licencia administrativa³⁹. Por esto, solicita:

1.- La cesación y prohibición en España, y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid, de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación "uber pop", o cualquiera otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada.

2.- La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros "uber pop" en España y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid, mediante la página web <www. uber.com>, o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos.

3.- La cesación y prohibición de cualquier aplicación [app] o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España o subsidiariamente en la Comunidad de Madrid.

4.- Se garanticen las medidas solicitadas con específicas, pero no exhaustivas medidas de efectividad.

Una vez analizado el caso y las peticiones de las partes, el Juzgado de lo Mercantil determina que “para la prestación del servicio con vehículo propio hay que ajustarse a la Ley estatal 16/87, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes”. El ponente, con quien el autor de este trabajo discrepa, en este auto da por hecho y no duda en ningún

38 Artículo 18 de la 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 (Directiva sobre el comercio electrónico)

39 Leñena Mendizábal, E., *Cit.* pág. 306

momento que la plataforma Uber “posibilita un servicio de transporte de viajeros por parte de conductores sin la preceptiva licencia”. Continúa el ponente señalando cuál es la normativa aplicable al caso según él, esto es, el art. 42 de la LOTT (que determina la necesidad de una autorización habilitante para la prestación del servicio de transporte con vehículo propio), el art. 22.2 de la misma ley (que exige la obligatoriedad de la licencia para contratar, tanto para la empresa como para los conductores) y el art. 53.

En base a estos artículos y al art. 15.2 LCD, el Juzgado acordó las siguientes medidas cautelares:

La cesación y prohibición en España de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación "uber pop", o cualquier otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada.

La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros "uber pop" en España mediante la página web (www.uber.com), o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos.

La cesación y prohibición de cualquier aplicación ("app") o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España.

Sin embargo, el ponente no justifica en ningún momento por qué encuadra la actividad de Uber en la regulación de los servicios de transporte. En opinión del autor, la actividad de UberPop no se ajusta para nada en la actividad de una compañía de transporte por carretera, y tampoco sería una compañía que realiza actividades auxiliares o complementarias al transporte. Uber únicamente ofrece un portal en el que usuarios y conductores pueden ponerse en contacto y esto no es, en absoluto, una actividad de transporte. Uberpop no dispone de vehículos propios, ni de conductores empleados. UberPop lo único que ofrece es la posibilidad de encontrar gente dispuesta a desplazarte en su vehículo (similar a Blablacar ⁴⁰-del que hablaremos *infra* y que adelantamos que es legal en España- pero en distancias cortas) a cambio de un precio.

En todo caso, el autor de este trabajo considera que se debería sancionar a todos aquellos conductores que buscan de esto una forma de vida, pero no a Uber, que únicamente hace de mediador y de gestor del portal⁴¹.

40 Estacona Pérez, A.-A., *Cit.* págs. 161 y ss.

41 Doménech Pascual, G., *Cit.* pág. 100

Aunque por la falta de regulación concreta de este tipo de plataformas y por la presión que ha ejercido el sector del taxi⁴², se pueda llegar a entender que se hayan tomado estas medidas, se considera que la actividad debería subsumirse en el articulado de la LSSI. En opinión del autor, la actividad de Uber se ajustaría, como señalábamos *supra*, en la definición “servicio de la sociedad de la información” (Art. 1 LSSI), pues ofrece un servicio de “suministro de información por vía telemática”.

La definición de “servicio de la sociedad de la información” viene recogida en el anexo de esta ley:

A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

a) «Servicios de la sociedad de la información» o «servicios»: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.

2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.

3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas.

4.º El envío de comunicaciones comerciales.

5.º El suministro de información por vía telemática.

En base a esto, la actividad de UberPop no debería reputarse como competencia desleal.

De momento UberPop no es legal en España. No obstante, habrá que esperar a ver cómo se desarrollan los acontecimientos teniendo en cuenta las presiones que existen en la actualidad por liberalizar el mercado del taxi.

42 Doménech Pascual, G., *Cit.* pág. 87

**5.1.5. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número
3 de Barcelona**

Respecto a otras resoluciones relativas a Uber dictadas en España es preciso mencionar la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este caso, esta cuestión prejudicial planteada es el resultado del proceso iniciado por la Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber. Esta asociación solicita:

*(1) Que se declare como **actos de competencia desleal por violación de normas** y actos de engaño, la actividad que desarrolla UBER SYSTEMS SPAIN S.L.*

*(2) Que se condene a la demandada a **cesar en su conducta desleal** consistente en dar apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios on demand de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por Internet siempre y cuando ello esté directa o indirectamente vinculado con el uso de la plataforma digital UBER en España, así como la prohibición de su reiteración futura.*

El juez titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, José María Fernández Seijo, de manera acertada en opinión del autor, plantea una cuestión prejudicial relativa a si la actividad de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, a través de medios informáticos, quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, por ser considerada un servicio de transporte.⁴³ También plantea el juez al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que si, en caso de que Uber no pueda ser considerado un servicio de transporte y, por tanto, entre dentro del ámbito de la mencionada directiva, el art. 15 de la LCD no sería contrario al art. 9 de la Directiva 2006/123/CE, relativo a la libertad de establecimiento régimen de autorización.

⁴³ Providencia dando traslado a las partes del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el tribunal de justicia de la unión europea, Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, asunto:929/2014d2.

5.2. Blablacar

5.2.1. ¿Qué es y cómo funciona?

Blablacar es una plataforma fundada en Francia por Frédéric Mazzella en 2006. Blablacar se define a sí misma como una “red social líder en el mundo que conecta conductores con pasajeros para viajar en coche compartido”⁴⁴ a través de su página web, o a través de su aplicación de *smartphone* o *tablet*.

Blablacar llegó a España en 2010 y, en la actualidad, está presente en 22 países y cuenta con 500 empleados. Como datos clave de la compañía, señalar que ha conseguido ahorrar al total de sus usuarios más de doscientos cincuenta y cinco millones de euros y al planeta, más de un millón de toneladas de emisiones de CO₂⁴⁵.

La plataforma lo que hace es poner en contacto a personas que van a viajar de un lugar a otro en automóvil y que tienen plazas libres en su vehículo con personas que buscan realizar el mismo o similar trayecto.

El funcionamiento es muy sencillo, si quieres viajar de una ciudad a otra sólo tienes que introducir “la ciudad de salida y la de llegada, la fecha en la que vas a viajar y escoge[r] entre todos los conductores que han publicado sus viajes”⁴⁶. El usuario tendrá acceso previamente a toda la información acerca del conductor (a través de comentarios de otros usuarios que han viajado con él o ella) y podrá contactar con el mismo a través de la plataforma. Por otro lado, si el usuario lo que quiere es buscar otras personas para compartir gastos de viaje sólo tiene que “indicar la fecha y la hora de tu viaje, el itinerario y el importe por plaza”⁴⁷. A continuación, los pasajeros reservarán y pagarán online.

44 Información disponible en: <https://www.blablacar.es/conoce-blablacar/que-es-blablacar>; última consulta 29/1/2017

45 Información disponible en: <https://www.blablacar.es/conoce-blablacar/que-es-blablacar>; última consulta 29/1/2017

46 Información disponible en: <https://www.blablacar.es/como-funciona-compartir-viaje-coche>; última consulta 29/1/2017

47 Información disponible en: <https://www.blablacar.es/como-funciona-compartir-viaje-coche>; última consulta 29/1/2017

5.2.2. *Contexto internacional*

Como hemos señalado en el epígrafe anterior Blablacar está disponible en la actualidad en más de 20 países (España, Portugal, Francia, Reino Unido, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania, Croacia, Hungría, Rumanía, Serbia, Turquía, Rusia, Polonia, Ucrania, India, México y Brasil⁴⁸). Lo cierto es que la legalidad de Blablacar sólo se cuestiona en España. En el resto de países la plataforma no ha tenido ningún problema desde el punto de vista regulatorio.

Nicolas Brusson, consejero delegado y cofundador de la plataforma, responde cuando es preguntado si España es el único país con el que han tenido problemas que “Desde un punto de vista regulatorio, es el único. Y es un poco triste que esto venga de un país europeo. Operamos en India, en Brasil, en México, en Turquía... Y en España se está cuestionando poder compartir el coche”⁴⁹.

5.2.3. *Problemática en España*

La problemática que supone Blablacar radica en que no queda claro en qué normativa debe subsumirse su actividad⁵⁰. Aquí, en lugar del sector del taxi, los detractores de la plataforma son aquellos que prestan servicios de transporte para largas distancias, es decir, principalmente el sector del autobús.

Al igual que ocurría con Uber, los detractores de Blablacar son de la opinión de que la plataforma está realizando un servicio de transporte sin licencia o autorización y, por tanto, que están infringiendo los preceptos de la LOTT (Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres). Esta infracción estaría desencadenando una ventaja competitiva respecto al resto de operadores del sector⁵¹ y, por tanto, se estaría desarrollando una competencia desleal (Arts. 15.1 y 15.2 LCD)⁵².

48 Información disponible en:

<https://www.blablacar.es/faq/pregunta/puedo-usar-blablacar-en-el-extranjero>; última consulta 22/03/2017

49 Información disponible en: <http://www.expansion.com/economia-digital/protagonistas/2016/12/18/58570f04e2704e09558b457f.html>; última consulta 22/03/2017

50 Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid

51 Leñena Mendizábal, E., *Cit.* pág. 312

52 Emparanza Sobejano, A., *Violación de normas*, en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 255-272

Por otro lado, Blablacar considera que no está cometiendo ninguna infracción, pues ella misma se define como “una plataforma online que presta servicios de transmisión e intercambio de información en redes electrónicas, especializada en compartir los gastos de viaje por carretera, cosa natural y existente desde siempre [...]”⁵³ y que, al igual que Uber, presta servicios de intermediación de información. Según la plataforma, por tanto, su actividad se encuadraría en la LSSI.

5.2.4. Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid

La sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid es la que resuelve la demanda interpuesta por la Confederación Española de Transportes de Autobús (en adelante, CONFEBUS) contra Blablacar.

Tal y como adelantábamos en el epígrafe anterior, la problemática se centra en si Blablacar debe o no cumplir la normativa que regula el transporte terrestre de viajeros (LOTT). Así, CONFEBUS alega en su demanda que Blablacar realiza “una competencia desleal [art. 15.1 y 15.2 LCD] para con sus asociados, transportistas de viajeros regular en autocar”⁵⁴, al actuar como una empresa de transporte sin las autorizaciones correspondientes, lo que, además, ha generado “una merma de los servicios que pudieran prestar los asociados a la Confederación del demandante” (CONFEBUS). Apunta CONFEBUS que Blablacar realiza una competencia “sin ningún tipo de garantía, sin darse de alta en ninguna administración, sin pasar los controles y garantías y seguridades [...]” lo que aumentaría su coste en caso de sí pasar por estos trámites.

Blablacar, por su parte, alega que la plataforma presta servicios de intermediación de información entre particulares (art. 1 LSSI). Se definen como una plataforma online que presta servicios de transmisión e intercambio de información en redes electrónicas, especializada en compartir los gastos de viajes por carretera. Recalcan en su contestación a la demanda un punto importante, que es que “no hay ni remuneración ni lucro ni para pasajeros ni para conductores, ni son [sus] empleados”. Únicamente cobran un porcentaje

⁵³ Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid

⁵⁴ Vid. nota al pie 51

por el control y gestión de la plataforma, ni siquiera están cobrando por la actividad de mediador.

Una vez expuestos y analizados los hechos probados, el Tribunal apunta que la plataforma no realiza una actividad calificable como servicio de transporte, pues “poner en contacto a particulares con más o menos requisitos, con un control de pagos, con una crítica de las personas intervinientes sobre retrasos o sobre la calidad de otros servicios no es una actividad sujeta a la ley de ordenación del transporte terrestre”. Además, el juzgador esgrime, entre otros, los siguientes argumentos:

-Dicta que el control de los datos facilitados por el usuario no es una actividad regulada por la LOTT pues toda plataforma virtual (Facebook, whatsapp, etc.) lo hace.

-Los usuarios de Blablacar tampoco mantienen con la plataforma ninguna relación laboral.

-El hecho de que la plataforma determine el coste tiene por finalidad evitar abusos y el ánimo de lucro por parte de los conductores.

Teniendo en consideración estos argumentos Blablacar (según el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid) no realiza ninguna actividad susceptible de subsunción en la regulación legal del transporte y constituye, más bien, un servicio de la sociedad de la información en los términos de la LSSI.

5.3. Airbnb

5.3.1. *¿Qué es y cómo funciona?*

Airbnb es una plataforma fundada en 2008 por Joe Gebbia, Brian Chesky y Nathan Blecharczyk⁵⁵ y que en la actualidad tiene sede en San Francisco (California)⁵⁶. Según la propia plataforma, Airbnb “es un mercado comunitario basado en la confianza en el que la gente publica, descubre y reserva alojamientos únicos en todo el mundo, ya sea desde su ordenador, tableta o teléfono móvil”.

Hasta ahora se han hospedado a través de Airbnb más de 150 millones de huéspedes en todo el mundo. La plataforma está presente en más de 65 mil ciudades y en más de 91 países⁵⁷.

Airbnb pone en contacto a personas que disponen de habitaciones en su vivienda o viviendas completas desocupadas con personas que buscan alojamiento para un determinado periodo de tiempo. Así, su uso es muy fácil e intuitivo. Las personas que quieran ofertar sus viviendas completas o una habitación en la plataforma únicamente deben registrarse y crear gratuitamente un anuncio (que según la propia plataforma es “igual que un perfil, solo que para los alojamientos”)⁵⁸. Una vez hecho esto, los demás usuarios interesados podrán buscar el anuncio y realizar una reserva.

Eso sí, de cara a organizar la llegada y salida de los huéspedes, las condiciones particulares del alojamiento, para peticiones concretas, para conocer mejor a los futuros o potenciales huéspedes..., se provee en la web de un sistema de mensajería instantánea a través del que pueden comunicarse.

Cabe mencionar que los precios y las condiciones particulares de cada alojamiento (prohibición o no de fumar, política en cuanto a mascotas, otros servicios incluidos, wifi, etc.) son fijados por la persona que crea el anuncio y ofrece el alojamiento (“Tú decides cuánto quieres cobrar. Después de registrarte, podrás utilizar ciertas herramientas para

55 Información disponible en: <https://www.airbnb.es/about/founders>; última consulta 24/1/2017

56 Información disponible en: <https://www.airbnb.es/about/about-us>; última consulta 24/1/2017

57 Información disponible en: <https://www.airbnb.es/about/about-us>; última consulta 24/1/2017

58 Información disponible en: <https://www.airbnb.es/host/homes>; última consulta 24/1/2017

hacer que tus tarifas varíen en función de las tendencias turísticas y los precios de otros anuncios similares.”). Airbnb no interviene en este sentido, únicamente se lleva una tarifa del 3% en cada reserva⁵⁹.

5.3.2. Contexto internacional

La legalidad o ilegalidad de Airbnb, al igual que en el caso de Uber, varía en función del país o de la ciudad⁶⁰:

En ciudades como París, en el año 2015 se comenzó una represión gubernamental con multas de 25.000€ contra aquellos pisos de alquiler destinados a estancias cortas. En Berlín se culpa a Airbnb del incremento en los precios de los alquileres y de la caída en la oferta de pisos de alquiler para vivir de forma habitual. Por ello, la capital alemana ha decidido prohibir el alquiler de apartamentos o pisos enteros, pero no el alquiler de las habitaciones vacías de una casa. Sin embargo, ciudades como Amsterdam o Londres han sido mucho más permisivas con la plataforma: en Amsterdam se permite su uso, pero han introducido un nuevo impuesto a los alquileres; en Londres tampoco está prohibida, pero se ha impuesto la limitación de alquilar el piso, habitación o casa por un máximo de tres meses al año.

Al otro lado del océano Atlántico la situación es similar a la de Londres. Las ciudades estadounidenses de Nueva York, San Francisco y Santa Mónica prohíben el alquiler de casas, apartamentos o pisos completos. Permiten únicamente el alquiler de estancias vacías de la casa, por un tiempo máximo de un mes (Nueva York) o tres meses (San Francisco). En Santa Mónica, además de la prohibición de alquilar la casa entera, se ha impuesto como obligación la obtención de una licencia y el pago de un impuesto del 14%.

⁵⁹ Información disponible en: <https://www.airbnb.es/about/about-us>; última consulta 24/1/2017

⁶⁰ Información disponible en: <http://www.investopedia.com/articles/investing/083115/top-cities-where-airbnb-legal-or-illegal.asp>; última consulta 22/03/2017

5.3.3. Problemática en España

Al igual que señalábamos *supra* para el controvertido caso de Uber (UberPop) y para el caso de Blablacar, la problemática de Airbnb la encontramos en el hecho de que es algo nuevo, y que como tal, se desconoce en qué normativa debe subsumirse su actividad.

El ofrecer a terceras personas un lugar donde alojarse durante periodos de corta duración es algo que han venido haciendo desde hace años los apartahoteles y las casas rurales, entre otros. Sin embargo, en la actualidad este servicio se ofrece de forma no profesional por aquellos particulares que quieren poner a disposición de terceros sus viviendas o habitaciones desocupadas. Así, para estos particulares habría que analizar si realizan esta actividad de forma frecuente y habitual (es decir, de forma profesional, contando con una organización determinada) o si lo hacen de forma accidental, circunstancial y sin contar con una organización determinada.

En caso de que nos encontremos en el primer supuesto (realización de la actividad de forma frecuente y habitual), a todos estos particulares se les debería aplicar la misma normativa que a los empresarios hoteleros, esto es, normativa, por ejemplo, relativa al higiene, regímenes de responsabilidad, seguros, etc. Si estos particulares no cumplen con la normativa aplicable a los que ejercen la actividad de forma profesional, nos encontraríamos ante una situación de infracción de normas sectoriales (las normas del sector turístico y del alojamiento), que podría dar lugar al ejercicio de una competencia ilícita, concretamente, una competencia desleal (Art. 15 LCD).

Para el segundo caso (realización de la actividad de forma esporádica y accidental), la aplicación o no de las normas mencionadas en el párrafo anterior dependería de si el hecho de que pueden realizar esta actividad con gran facilidad a través de la plataforma supondría una “cierta profesionalización de la actividad”⁶¹.

En cuanto a la normativa específica que se aplica en España al turismo colaborativo cabe mencionar, sin ánimo de exhaustividad, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, el decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos, el Real decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas

61 Montero García-Noblejas, P., *Cit.* págs. 237 y ss.

de uso turístico de la Comunidad de Madrid (cuyo artículo 17.3, relativo al límite mínimo de días de alquiler de viviendas de uso turístico, ha sido declarado nulo por la Sentencia nº 302/2016, de 2 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid)⁶², la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, así como el decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana⁶³.

Se considera necesario remarcar la importancia de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña, y en especial, a su artículo 88 k). El presunto incumplimiento de esta norma concreta por parte de Airbnb es lo que da lugar a la sanción impuesta contra la plataforma por parte de la Dirección General de Turismo de Cataluña, cuyo recurso por parte de Airbnb Marketing Services Spain, S.L. será tratado en detalle más abajo.

Queda el alojamiento colaborativo específicamente fuera de la aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamiento urbanos, con el objetivo de que este sea regulado por la normativa sectorial concreta. Se busca que se le aplique el régimen de los arrendamientos por temporada. Esto, aunque también se menciona en los cuerpos legales tratados en el párrafo anterior, viene señalado concretamente en el preámbulo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas:

Por último, en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación.

62 Martín Faba, J. M., *Impulso judicial al turismo colaborativo*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Núm. 18, 2016, págs. 113-127

63 Montero García-Noblejas, P., *Cit.* págs. 237 y ss.

5.3.4. Sentencia 309/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

número 11 de Barcelona

Esta sentencia es la que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 16 de julio de 2014 dictada por la Dirección General de Turismo de Cataluña por la que se impone a Airbnb Marketing Services, S.L.U., una sanción de multa con obligación de cese de la actividad.

La Dirección General de Turismo de Cataluña impuso a Airbnb la mencionada sanción por incumplir el artículo 88 k) de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña. Este artículo señala como infracción grave “utilizar, en la prestación de servicios turísticos, elementos, personas o bienes que no cuenten con la correspondiente habilitación”.

En el recurso cuyo análisis nos ocupa, Airbnb Marketing Services, S.L.U., alega:

*[...] que el verdadero propósito de los procedimientos sancionadores es el **freno ilegal a la plataforma de la recurrente**, y con ella a la denominada economía colaborativa en el sector del alojamiento;*

*La nulidad de pleno derecho por vulnerar el principio de responsabilidad, ya que la recurrente **no interviene en la gestión del portal Airbnb**;*

*La nulidad por la vulneración del principio de tipicidad, aun para el caso de que pudieran atribuirse a la recurrente inexistentes facultades de administración, gestión o control del citado portal, ya que **ambos en realidad no comercializan alojamientos turísticos**;*

Subsidiariamente, la nulidad de las resoluciones al haberse dictado al amparo del artículo 50.bis.1 de la Ley de Turismo de Cataluña, al ser inconstitucional por vulnerar la reserva de ley para la constitución y regulación de derechos constitucionales, y que de no ser dicho precepto inconstitucional el artículo 66.2 del Reglamento que lo desarrolla resulta ilegal por extralimitarse en la habilitación legal;

La nulidad de pleno derecho por haberse dictado la resolución de prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;

Nulidad de pleno derecho por vulnerar el principio de responsabilidad y el artículo 16 de la LSSI;

Ahora bien, al igual que ocurría en el Auto de medidas cautelares número 707/2014 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid que se dictó contra Uber, en la resolución recurrida por Airbnb se da por supuesto que su actividad se enmarca dentro de la prestación de servicios turísticos y esto es lo que va analizar el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Barcelona.

Este Juzgado señala que “la actividad que desarrolla la recurrente es la puesta en servicio de explotación de una plataforma tecnológica ‘online’ que permite la interconexión de particulares para compartir vivienda por precio en materia de alojamientos turísticos”. Por tanto, se puede concluir que la Dirección General de Turismo identifica como actividad turística, al sancionar a Airbnb por el incumplimiento del precepto citado, la “realización de un proceso tecnológico o informático de aproximación entre cliente (usuario) y persona dispuesta a ceder por precio el uso temporal”⁶⁴.

El juzgado, antes de analizar la tipicidad de los hechos, apunta que pese a que Airbnb “no es meramente un ‘tablón de anuncios’ electrónico en el que operan los usuarios negociando y cerrando transacciones” (pues en el comercio interviene la recurrente), es importante el hecho de que “la gestión de las reservas, la fijación de precios y especificaciones concretas del uso de las viviendas alquiladas se establece por sus titulares”.

Recalca la sentencia que la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, regula el turismo sobre la base de que sus operadores (los prestadores de servicios turísticos) intervienen activamente a través de la organización, a través de personas o través de bienes. Según el Juzgado “ofrecer el sistema de comunicación virtual o digital a través de Internet no es propiamente el manejo o gestión o utilización de elementos, personas o bienes afectos a la explotación turística”.

Airbnb únicamente ofrece un espacio abierto digital a través del cual oferentes y demandantes pueden comunicarse, por el que cobra una comisión, existiendo un vacío normativo en torno a esto. Por tanto, apunta el juzgado que este servicio no está anudado a la exigencia de habilitación turística específica.

Finalmente, la sentencia determina que “la recurrente realiza una actividad económica específica no regulada en términos tales que pueda afirmarse que se infringe la normativa de modo flagrante”, estimando el recurso interpuesto por Airbnb Marketing Services, S.L.U.

64 Sentencia 309/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Barcelona

6. CONCLUSIONES

En los dos últimos años Blablacar ha experimentado un crecimiento de más de un 400%⁶⁵. Hasta ahora, la comunidad de Blablacar ha compartido más de tres mil millones de kilómetros⁶⁶. En la comunidad autónoma de Andalucía, de las 432.768 plazas de alojamiento ofertadas en 2015, más de un tercio (138.783) fueron plazas de alojamiento p2p (turismo colaborativo)⁶⁷. Uber, a finales de 2015, estaba valorada en 64.600 millones de dólares⁶⁸. En general, la inversión en economía colaborativa entre el año 2000 y 2015 fue de 25.972 millones de dólares⁶⁹.

Todos estos datos, además de los aportados a lo largo de este trabajo, nos indican que la economía colaborativa es un fenómeno disruptivo que ha venido para quedarse. Por ello y por todas las controversias que está originando, es necesario que el poder legislativo tome cartas en el asunto y proceda a la regulación del fenómeno. De hecho, la propia Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico tan comentada en este trabajo, pone de manifiesto esta necesidad:

[...] la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio.

No obstante, esto no es tarea fácil teniendo en cuenta que el sector del taxi, por ejemplo, no es un sector liberalizado, y esto va a suponer un gran número de trabas en la regulación.

65 Informe *Realidad y posibilidades del consumo colaborativo*, ADICAE Andalucía, diciembre 2014, pág. 35

66 Información disponible en: <https://www.blablacar.es/conoce-blablacar/que-es-blablacar>

67 Montero García-Noblejas, P., *Cit.* pág. 234

68 *La valoración de Uber se dispara hasta los 64.600 millones de dólares*, periódico Expansión, 4 de diciembre de 2015

[<http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2015/12/04/566187cf22601d1e528b458e.html>; última consulta 15/2/2017]

69 *La mayoría de edad de la economía colaborativa*, periódico El Mundo, 22 de marzo de 2016

[<http://www.elmundo.es/economia/2016/03/22/56eb05a146163f07138b4657.html>; última consulta 15/2/2017]

Es muy complicado contentar a todos los sectores con una regulación, así como dar una solución que sea justa para todos.

La CNMC y el gobierno discrepan en cuanto a la posible regulación de la economía colaborativa⁷⁰. La CNMC, por su parte, recomienda que “la ausencia de regulación podría ser, en algunos casos, la solución óptima”, que debe primar el interés general frente al interés de los operadores del mercado y que la respuesta por parte del legislador no tiene por qué ser más regulación, sino que puede ser la eliminación de requisitos en los sectores tradicionales cuando “estos sean innecesarios o desproporcionados”⁷¹.

Finalmente, es necesario remarcar que, además de la inseguridad jurídica que provoca la ilegalidad de estas plataformas, esta supone una lacra para la sociedad, pues desincentiva el desarrollo e innovación y esto debe ser impensable en un contexto como el actual.

70 *El 'ángel' de la CNMC que quiere liberalizar el taxi en España: "Es un monopolio"*, periódico El Confidencial, 28 de marzo de 2016

[http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-03-29/maria-sobrino-el-angel-de-la-cnmc-que-quiere-liberalizar-el-taxi-en-espana_1173169/; última consulta 27/1/2017]

71 *Guerra abierta entre el Gobierno y la CNMC: ¿qué hacer con la economía colaborativa?*, periódico El Mundo, 27 de enero de 2016

[http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-01-27/guerra-abierta-entre-el-gobierno-y-la-cnmc-que-hacemos-con-la-economia-colaborativa_1141337/; última consulta 13/2/2017]

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Legislación

- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 31 de julio de 1987)
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 11 de enero de 1991)
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamiento Urbanos (BOE 25 de noviembre de 1994)
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12 de julio de 2002)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4 de julio de 2007)
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE 5 de junio de 2013)
- Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña (DOGC 27 de junio de 2002)
- Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo (BOPV 11 de agosto de 2016)
- Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana (DOGV 7 de julio de 2009)
- Real decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid (BOCM 31 de julio de 2014)
- Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (BOJA 11 de febrero de 2016)

- 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 (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOUE 17 de julio de 2000)
- Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE 27 de diciembre de 2006)

7.2. Jurisprudencia

- Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014 (Nº de recurso 707/2014)
- Sentencia 309/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Barcelona (Nº de recurso 43/2015)
- Resolución de 16 de julio de 2014 de la Dirección General de Turismo de la Administración de la Generalidad de Cataluña
- Providencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, asunto:929/2014D2.
- Sentencia 593/2000 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, 16 de junio de 2000

7.3. Doctrina

- Agoués, C., La intervención administrativa en el transporte de viajeros por carretera, RDT, nº 7, 2011, págs. 66 y ss.
- Alfaro Águila-Real, J., *Competencia desleal por infracción de normas*, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 202, 1991, págs. 670-730.

- Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Nociones introductorias*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 39-63
- Botsman, R. y Rogers, R., *What's mine is yours. The rise of collaborative consumption*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 2010
- COM (2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*, de 2 de junio de 2016.
- Delgado Porras, A. (2009), *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2009, págs. 399 y ss.
- Doménech Pascual, G., *La regulación de la economía colaborativa (El caso 'Uber contra el taxi')*, Revista CEFLEGAL. CEF, núms. 175-176, 2015, págs. 61-104
- Domínguez Pérez, E., *Consideraciones sobre el marco normativo establecido en relación con el uso de vehículos compartidos: nuevos planteamientos en el entorno de la 'economía colaborativa', a propósito de los servicios de Uber y Blablacar*, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 4, Núm. 1, 2016, págs. 41-48
- Emparanza Sobejano, A., *Violación de normas*, en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 255-272
- Estancona, A. A., *Carpooling: C2C en el transporte de personas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 9
- E/CNMC/004/15, *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, marzo de 2016.
- Gorríz López, C., *Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal*, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 16, 2015, págs. 77-98

- Informe “*Realidad y posibilidades del consumo colaborativo*”, ADICAE Andalucía, diciembre 2014, pág. 35
- *La valoración de Uber se dispara hasta los 64.600 millones de dólares*, periódico Expansión, 4 de diciembre de 2015 [<http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2015/12/04/566187cf22601d1e528b458e.html>; última consulta 15/2/2017]
- Leñena Mendizábal, E., *Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y carsharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 296, Civitas, Pamplona, 2015, págs. 283-334
- Martín Faba, J. M., *Impulso judicial al turismo colaborativo*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Núm. 18, 2016, págs. 113-127
- Massaguer Fuentes, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999
- Montero García-Noblejas, P., *La importancia del derecho de la competencia en el sector turístico*, International Journal of Scientific Management Tourism, Vol. 2, Núm. 2, 2016, págs. 233-249
- Pérez de la Cruz Blanco, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2008
- Rifkin, J., *La sociedad de coste marginal cero*, Paidós, Barcelona, 2014
- Touriño, A., *La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify*, Actualidad Civil, Nº4, 2016
- Sainz Moreno, F., *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976
- Soler Masota, P., *Infracción de normas como acto de competencia desleal*, en Ferrándiz Gabriel, J.R., *Competencia desleal y defensa de la competencia*, CGPJ, 2002, págs. 189 y ss.

7.4. Artículos de prensa

- *Driving hard* en The Economist, 13 de junio de 2015
[<http://www.economist.com/news/business/21654068-taxi-hailing-company-likely-disrupt-delivery-business-driving-hard>; última consulta 20/1/2017]
- *El 'ángel' de la CNMC que quiere liberalizar el taxi en España: "Es un monopolio"*, periódico El Confidencial, 28 de marzo de 2016
[http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-03-29/maria-sobrino-el-angel-de-la-cnmc-que-quiere-liberalizar-el-taxi-en-espana_1173169/; última consulta 27/1/2017]
- Farran Castellà, P., *¿Uber es únicamente una plataforma digital?*, Lawyerpress, 10 de junio de 2015
[http://lawyerpress.com/news/2015_06/1006_15_011.html#.VXfalpDD7C4.twitter; última consulta 15/1/2017]
- Geron, T., *Unstoppable rise of the share economy*, Forbes, 11 de febrero de 2013
[<http://www.forbes.com/sites/tomiogeron/2013/01/23/airbnb-and-the-unstoppable-rise-of-the-share-economy/#c0fd3436790b>; última consulta 15/1/2017]
- *Guerra abierta entre el Gobierno y la CNMC: ¿qué hacer con la economía colaborativa?*, periódico El Mundo, 27 de enero de 2016
[http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-01-27/guerra-abierta-entre-el-gobierno-y-la-cnmc-que-hacemos-con-la-economia-colaborativa_1141337/; última consulta 13/2/2017]
- *La mayoría de edad de la economía colaborativa*, periódico El Mundo, 22 de marzo de 2016
[<http://www.elmundo.es/economia/2016/03/22/56eb05a146163f07138b4657.html>; última consulta 15/2/2017]

7.5. Referencias de Internet

- *¿Dónde es legal y dónde es ilegal Uber?* en PlayGround, 19 de noviembre de 2016
[http://www.playgroundmag.net/noticias/legal-ilegal-Uber_0_1874212596.html]
- <https://www.airbnb.es/about/about-us> (última consulta 24/1/2017)
- <https://www.airbnb.es/about/founders> (última consulta 24/1/2017)
- <https://www.airbnb.es/host/homes> (última consulta 24/1/2017)
- <http://www.amovens.com/blog/economia-compartida/> (última consulta 24/1/2017)
- <https://www.blablacar.es/como-funciona-compartir-viaje-coche> (última consulta 29/1/2017)
- <https://www.blablacar.es/conoce-blablacar/que-es-blablacar> (última consulta 29/1/2017)
- *Uber (Company)* en Wikipedia, 15 de febrero de 2017
[[https://en.wikipedia.org/wiki/Uber_\(company\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Uber_(company))]; última consulta 20/1/2017]