

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

Considerations regarding the regulatory framework established in relation to the use of shared vehicles, new approaches in the so called «collaborative economy», about Uber and BlaBlaCar services

Eva DOMÍNGUEZ PÉREZ

Prof. Titular de Derecho Mercantil

UNED

Fecha de recepción: 22 de abril de 2016

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2016

1. LOS SERVICIOS DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR Y LOS PROYECTOS DE RD. INFORMES DE LA CNMC

Con fecha 25 de junio de 2015 ha visto la luz el *Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes terrestres (ROTT), en materia de arrendamiento de vehículos de motor (IPN/CNMC0012/15)*, para adaptarla a la Ley 9/2013, de 4 de julio, que modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes terrestres (LOTT) y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. El presente trabajo aborda, de forma crítica, la propuesta de regulación que subyace al Proyecto de RD citado, tomado como guía las consideraciones que la CNMC ha señalado en su Informe, aunque en realidad la CNMC elaboró dos Informes sobre la materia, el segundo de ellos relativo al Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden FOM/36/2008 de 9 de enero.

Ambos Informes de la CNMC se refieren a una actividad que ha surgido en tiempo reciente en el mercado y que está relacionada con el transporte retribuido en vehículo con conductor. Esta actividad, que hasta fecha también reciente no contaba con regulación expresa, se ha considerado como exponente o manifestación de una nueva forma de prestación de servicios, que se enmarcaría en la denominada «economía colaborativa», y que se refiere al transporte de viajeros en vehículos privados de forma retribuida. Manifestación de este nuevo servicio son las conocidas empresas Uber y Blablacar, así como Cabify, aunque existen, como veremos, importantes diferencias entre ellas que aconsejan un tratamiento jurídico en alguna medida también diverso. Elemento común a los tres casos es la movilización social que la puesta en marcha de tales servicios ha generado en los colectivos del sector del transporte privado por carretera (taxis y autobús).

Así, el desembarco en Europa de la compañía americana Uber ha ocasionado desde el principio una intensa polémica, primero con su puesta en marcha en Barcelona (2014) y posteriormente en Madrid, lo que supuso que los taxistas interpusieran demandas por competencia desleal, aunque con diferente resultado; mientras que el juez de Barcelona elevó una consulta al Tribunal para que se determinara bajo qué normativa debía ser resuelto el caso, el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid falló sobre el asunto, dictando unas medidas cautelares (9 de diciembre de 2014) que imponían la cesación y la prohibición en España de «la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación UberPop, o cualquiera otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada». Una reacción similar ha ocasionado la compañía en Bélgica, país en el que un juez declaró en septiembre de 2015 ilegal el servicio Uberpop de la compañía, dándole un plazo de 21 días para cumplir con esa resolución; similares efectos se produjeron en el mercado francés,

aunque si bien en Francia no hubo realmente un pronunciamiento judicial en contra de la empresa, sino que ésta decidió abandonar el mercado por las fuertes protestas del colectivo de taxis.

Similares efectos se produjeron en relación a los servicios prestados en el mercado por Blablacar, empresa que fue demandada por la Patronal de Autobuses al constatar que existía ánimo de lucro en los servicios prestados –elemento señalado por el Ministerio de Fomento como determinante para establecer la ilicitud del servicio, en la idea de que «compartir coche, siempre y cuando no sea con fines lucrativos, es lícito»–, si bien la empresa argumentó que en realidad se trataba de una red social que ponía en contacto a conductores que van a realizar un trayecto con usuarios que quieren ir al mismo lugar, de forma que comparten gastos del viaje.

Y parecidas reacciones ha ocasionado la actividad realizada por la empresa Cabify, empresa española, demandada por la Federación Profesional del Taxi de Madrid por competencia desleal. En este supuesto en concreto, la defensa de la empresa giró en torno a la idea de que la empresa está realmente constituida como una agencia de viajes, lo que hace que no sean transportistas y, por lo tanto, no presten servicios de transporte.

A grandes rasgos, puede decirse que el servicio que prestan todas estas empresas sería el *ofrecer un vehículo privado para el transporte de usuarios de forma alternativa al servicio que prestan los taxis*. Tomando como punto de partida esta idea, la CNMC se ha mostrado muy crítica con la regulación que contienen los Proyectos de RD que se han pronunciado sobre esta nueva manifestación de transporte privado remunerado.

2. PLANTEAMIENTO DE LA CNMC: OBSERVACIONES GENERALES SOBRE JERARQUÍA NORMATIVA Y RESTRICCIONES INNECESARIAS

Efectivamente, la CNMC inicia sus consideraciones señalando que la propia CNMC y su antecesora –CNC– han realizado un seguimiento exhaustivo de las diversas reformas que se han sucedido en el sector desde el punto de vista de la promoción de la competencia efectiva y de la regulación económica eficiente. A la vista de ello, destaca la CNMC que, aunque las Propuestas de Proyectos sobre los que se pronuncia han mejorado sustancialmente respecto de las anteriores redacciones –al eliminar algunas restricciones que se contenían anteriormente en ellos–, considera que «aún existe un amplio campo de mejora para eliminar otro conjunto de restricciones que deberían ser objeto de replanteamiento».

Y en particular, señala la CNMC que las restricciones que contienen los Proyectos de RD deben ser eliminadas de los Proyectos por *dos motivos*.

El primero por cuanto que la CNMC destaca que «una norma reglamentaria no debe poder resucitar requisitos derogados por una norma de rango legal superior, máxime

cuando estos requisitos contravienen los principios de competencia» (Informe 41/10, CNC), a la vez que «la reintroducción de la capacidad limitadora de la actividad por la Administración en este sector no puede ejercerse de forma incondicionada, ni puede suponer una deslegalización del establecimiento de los requisitos a modo de remisión en blanco de la Ley al Reglamento», para concluir finalmente que «De darse el eventual desarrollo normativo, las condiciones que se pudieran imponer a la actividad deben respetar los principios de proporcionalidad y de no discriminación», de acuerdo con los principios que deben presidir la intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad (elección de la medida menos restrictiva, motivación de la necesidad de la medida para tutelar el interés público y justificación de la adecuación de la medida para los fines que se persiguen, art. 39 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común).

El segundo, por cuanto que las restricciones que contienen los Proyectos de RD suponen un perjuicio directo para los operadores del mercado (potenciales o actuales), así como para los usuarios: los operadores del mercado verán aumentar sus costes de acceso al mercado y los usuarios verán restringida su capacidad de elección respecto de la oferta disponible.

3. ANÁLISIS DE LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE RD

La CNMC prosigue su Informe analizando de forma pormenorizada las medidas que se contienen en los Reglamentos y que a su juicio constituyen restricciones a la competencia. *En primer lugar*, considera la CNMC que *la obligación de disponer de un número mínimo de vehículos* supone una barrera de entrada económica al mercado, puesto que esta exigencia podría dejar fuera del mercado a un número de potenciales operadores, a la vez que la posibilidad contemplada de que la Administración modifique dicho número mínimo en función de las circunstancias del mercado agrava incluso la situación de los operadores que se encuentran desarrollando su actividad en el mercado.

Por otra parte, *en segundo lugar*, estima la CNMC que la obligación de que los vehículos sean representativos por incorporar una serie de requisitos o circunstancias mínimas, ajenas a las necesarias para la seguridad del tráfico, sin especificar ni justificar su contenido, supone una auténtica barrera económica de entrada al mercado, así como impide una selección previa de los operadores, puesto que excluye a aquellos operadores que, pudiendo prestar servicios mediante otros vehículos, no pueden realmente hacerlo al no poder ser escogidos por los usuarios. De esta forma, parece que la normativa pretende configurar un mercado de servicios de una categoría mínima,

eliminando así la posibilidad de que sea el propio mercado quien determine las diversas categorías de servicios.

Pero además, *en tercer lugar*, se establece que será la Administración quien pueda denegar el otorgamiento de licencias si considera que existe una situación de desequilibrio entre la oferta y la demanda. De esta manera, se pone en manos de la Administración un instrumento de control sobre la oferta del mercado, limitando injustificadamente el acceso al mercado de potenciales operadores. Se trata, en definitiva, de que la propia Administración realice un filtro, un control económico previo para conceder la autorización de los operadores de acceder al mercado, contraviniendo así el espíritu de la Directiva de Servicios, así como como la Ley Ómnibus. Esta medida, manifestación ciertamente de una regulación abiertamente intervencionista, constituye una barrera administrativa de entrada al mercado, a la vez que supone excluir al mercado como mecanismo de asignación eficiente en la determinación de la oferta de este concreto servicio.

Pero incluso la normativa va más allá, al señalar la proporción que debe cumplirse para la concesión de licencias de vehículos con conductor, que se cifra en 30 licencias de taxis sobre una de vehículos con conductor. Acertadamente señala la CNMC la arbitrariedad de tal proporción, que no encuentra justificación ni por lo que respecta a su concreción (umbral) ni a su propia existencia.

Incluso la normativa pretende exigir, *en cuarto lugar*, que los vehículos con conductor cumplan la regla de la proporcionalidad en la prestación de un servicio en una Comunidad Autónoma, lo que se concreta en la exigencia de que al menos el 20% del servicio prestado (durante tres meses) haya discurrido en el territorio de la Comunidad Autónoma en que está domiciliada la autorización de la licencia. Resulta evidente que esta exigencia supone una compartimentación excesiva del mercado, a la vez que tampoco existen razones que avalen la fijación del umbral mínimo establecido (20%) y, en definitiva, supone una limitación de la capacidad de autorregulación de los operadores en el mercado y una limitación geográfica para ofrecer sus servicios en el mercado.

La limitación o compartimentación geográfica del mercado se potencia aún más, con la exigencia, *en quinto lugar*, de que la base de operaciones del prestador del servicio se sitúe en el municipio en que se encuentre domiciliada la autorización de la prestación del servicio.

Y, finalmente, se exige que cuando los vehículos se encuentren prestando sus servicios en territorio distinto de la Comunidad Autónoma en la que está domiciliada la autorización, será necesario que lleven la correspondiente autorización en el salpicadero, medida ésta que supone una menor carga administrativa que las anteriores, pero que tampoco encuentra una justificación evidente.

4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL SERVICIO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR: LOS SERVICIOS DE UBER, BLABLACAR Y CABIFY

A la vista de lo expuesto, es evidente que los servicios que prestan las tres mencionadas empresas son una manifestación del transporte de particulares, en vehículo privado, de forma no gratuita, manifestación de lo que ha venido a denominarse «economía colaborativa». Es también obvio que esta nueva forma de transporte de particulares posee importantes beneficios tanto para el propio consumidor, como también para el propio mercado en general. De una parte, el consumidor dispondrá de una oferta más amplia para poder elegir la prestación del servicio, a la vez que, de otra parte, se produce una mayor eficiencia en la asignación de los recursos utilizados, menores costes de transacción y reducción de los problemas en información asimétrica.

Pues bien, si esto es así, si tales servicios son actividades idóneas para lograr tales objetivos, es por lo que es imprescindible una regulación razonable, acorde con los principios de eficiencia y competencia en el mercado, para tales servicios, regulación que no introduzca distorsiones innecesarias en el mercado, que constituirían restricciones a la competencia.

Por ello no puede compartirse el planteamiento que subyace en las Propuestas de RD elaboradas precisamente para ofrecer un marco normativo a tales actividades, en cuanto que son claramente restrictivas de la competencia, al imponer medidas injustificadas y en gran parte arbitrarias al sector, medidas que son idóneas para compartimentar el mercado del transporte retribuido de viajeros. Un planteamiento como el expuesto, rechazado también por la CNMC en los Informes emitidos –al amparo de la competencia de la CNMC que le asiste en los procesos normativos sometidos a su supervisión–, con ocasión de ambas propuestas normativas, tuvo inicialmente como punto de partida la consideración de que «toda actividad que supusiera compartir coche era siempre legal siempre y cuando no fuera con fines lucrativos», señalándose incluso que los usuarios de tales servicios podrían ser sancionados con multas (desde 4.000 euros hasta los 6.000 euros). Posteriormente el Ministerio de Fomento matizó su postura y elaboró las Propuestas normativas que han sido comentadas en este trabajo y sobre las que la CNMC se pronunció en sendos Informes.

Puede afirmarse que los servicios prestados por las tres empresas mencionadas, Uber, Blablacar y Cabify, tienen aspectos en común, pero también elementos que las distinguen. Elemento común en los tres casos es que prestan un servicio de transporte de viajeros alternativo al servicio de taxi, en cuanto que, al igual que éste, trasladan a usuarios de un lugar a otro indicado por el usuario, siendo el transporte remunerado.

Ahora bien, creemos que no puede admitirse que los supuestos de economía colaborativa a los que nos referimos sean un sustitutivo (perfecto) del taxi, sino que más bien se trata de un servicio tan solo similar al prestado por el taxi. En realidad, los

servicios prestados por Uber, Blablacar y Cabify no son sustitutivos plenos del prestado por el taxi.

Elemento esencial en el servicio de taxi es que el usuario es trasladado de un lugar al destino por él señalado, en condiciones de ruta más rápida y directa, y carácter individual del viajero en el taxi. Por su parte, el viajero usuario del servicio de Blablacar viaja al destino requerido pero no necesariamente siguiendo el camino más rápido y directo, ni tampoco de forma individual en el coche: Blablacar realiza una función de conexión de conductores con asientos libres con pasajeros, de forma que así se consigue compartir los gastos asociados a un trayecto en común. En realidad, el servicio que ofrece Blablacar supone una fórmula de ahorro económico en el transporte, de compartir gastos económicos entre pasajeros (que son pagados a través de la aplicación informática) que van a destinos finales próximos o a medio camino, de forma que los usuarios no se lucran, sino que el intercambio de dinero entre conductores y viajeros se hace para sufragar los gastos derivados del propio viaje.

Por su parte, el usuario de Uber necesariamente debe contactar con la empresa mediante la aplicación dispuesta a tal fin, lo que distingue este servicio del prestado por el taxi, que puede ofrecer sus servicios en tres canales: paradas establecidas en la calle, centralita telefónica y servicio a nivel de calle sin parada establecida. Esta posibilidad no existe para el servicio prestado por Uber, que no cuenta con paradas a nivel de calle, sino que la aplicación informática es elemento esencial en la contratación del servicio. Además, se trata de un servicio que no ofrece un precio fijo establecido, sino que el precio es variable y no está regulado, existiendo tan solo una tarifa fija de 1 euro a la que habría que añadir 0.30 céntimos por minuto de trayecto y 0.75 por km recorrido, además de la comisión del 20% que se debe abonar a la plataforma y la tarifa mínima de 3 euros. La plataforma permite además al usuario conocer con antelación el importe total del viaje.

Por su parte, Cabify no es estrictamente una empresa de alquiler de vehículos con conductor, sino en realidad una empresa de chóferes, por lo que se considera que es realmente una agencia de viajes, no siendo transportistas y no prestando por ello un servicio de transporte. A ello se añade que los conductores no son empleados de la compañía, sino que están vinculados con la compañía por un contrato mercantil (vinculados mediante régimen de autónomos), por lo que realmente la clientela es la empresa en sí misma, no incumpliendo la normativa de transportes.

A la vista de todo ello, puede *concluirse* que los servicios prestados por las citadas empresas y que integran el modelo denominado de «economía colaborativa» no son realmente un servicio plenamente sustitutivo del prestado por el taxi como medio de transporte de viajeros retribuido, por lo que aplicar estrictamente los requisitos y normativa que regula el régimen de taxis es idóneo para generar ineficiencias en el mercado, al compartimentar innecesariamente el mercado, con el evidente perjuicio, no solo para el consumidor, sino para el correcto funcionamiento del mercado. Ello no

impide, como ha señalado la CNMC, que deban existir unas normas y una regulación imprescindible para tales servicios, que no debiera ser en todo caso excesivamente intervencionista al estilo de las Propuestas de RD comentadas en este trabajo.