

Las plataformas digitales de conexión entre pasajeros y conductores y su influencia en la organización de la prestación del servicio de transporte (o por qué puede ser distinto el caso “Uberpop” y el de “Blablacar”)*

Francisco Pertíñez Vílchez

Resumen: La economía colaborativa ha alcanzado diversos ámbitos, entre ellos el del transporte. En este artículo se trata de diferenciar entre los diversos regímenes jurídicos aplicables a las actividades de intermediación en el sector de los transportes, tomando como ejemplos los distintos servicios ofrecidos por Uber y Blablacar.

Palabras clave: Economía colaborativa; transporte; Uber; Blablacar.

Códigos JEL: K2; L62; O3.

1. Introducción. Economía colaborativa y heterogeneidad de hipótesis

El nuevo modelo de intercambio de bienes y servicios que se engloba bajo la ambigua denominación de economía colaborativa, cuyo único factor común es la intervención de una plataforma digital, que pone en contacto una demanda y una oferta atomizadas, está planteando múltiples problemas jurídicos en el ámbito laboral, fiscal, administrativo, en el derecho de la competencia y en el de la protección de los usuarios. Parece como si los particulares que intercambiasen bienes o prestasen servicios, puestos en contacto a través de una plataforma digital, actuasen en un limbo jurídico, al margen de unas normas laborales, fiscales, regulatorias, competenciales o de protección de los consumidores, inicialmente previstas para empresarios o profesionales. Pero no se puede ignorar que en la creación y en la organización de este mercado entre particulares hay una empresa, sin la cual dicho mercado no existiría, que puede tener mayor o menor grado de implicación en la organización de la prestación del servicio por los usuarios y además que, según los casos, los prestadores materiales de los servicios pueden actuar de una manera profesional, es decir, con ánimo de lucro y de manera reiterada.

De entrada, el nombre “economía colaborativa”, si bien puede tener un valor descriptivo desde un punto de vista económico, desde un punto de vista jurídico no puede ser una categoría propia, de la que se predique un marco jurídico homogéneo, pues en virtud del grado de implicación de la empresa que gestiona la plataforma digital en la prestación material del servicio por los usuarios y del grado de profesionalización de los usuarios que presten los

servicios, bajo esta denominación se pueden englobar actividades económicas muy heterogéneas, que reclaman un tratamiento jurídico diversificado. El jurista no debe caer en la trampa de sustraer de determinados ámbitos del ordenamiento jurídico ciertas actividades económicas por el mero hecho de que los agentes que las promueven las califiquen bajo la fórmula puramente descriptiva de la economía colaborativa. Será el análisis del caso concreto y particularmente la calificación, conforme a las categorías jurídicas preexistentes, de la actividad realizada tanto por la empresa que organiza el mercado a través de la gestión de la plataforma digital, como de los propios usuarios que prestan materialmente los servicios, la que determine el régimen jurídico al que han de sujetarse estas actividades desde un punto de vista laboral, fiscal, regulatorio, competencial y de la protección del consumidor.

En relación al caso concreto de la posible competencia desleal que puede suponer la irrupción de modelos de economía colaborativa en sectores de la actividad económica que estén sujetos a un régimen de licencias administrativas y en los que los intervinientes estén obligados a observar un estricto cuerpo de normas imperativas, como es el caso del transporte terrestre urbano o por carretera, ya se han dictado algunas resoluciones judiciales que permiten esbozar los criterios conforme a los cuales una empresa que gestiona una plataforma digital que pone en contacto a conductores con pasajeros puede incurrir en el ilícito que describe el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, por violación de normas de la que se obtiene una ventaja competitiva (artículo 15.1) o simplemente por violación de normas regulatorias del derecho de la competencia (artículo 15.2). Es el caso por ejemplo, de las Conclusiones del Abogado General Spuznar de 11 mayo 2017 (Asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi), del Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Madrid, núm. 249/2014, de 22 mayo y de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad “Marco Jurídico Privado de la Economía Colaborativa: La protección del usuario” (DER 2016-139-R), del que el autor es investigador principal.

Nº 2 de Madrid, núm. 30/2017, de 2 febrero, con resultados muy dispares en el caso de UberPop y de Blablacar.

La cuestión depende de que la actividad que realice la empresa que gestiona la plataforma digital que pone en contacto la oferta y la demanda de transporte se califique como un servicio de mera intermediación, que por prestarse a distancia y por vía electrónica sería un servicio de la sociedad de la información (artículo 2.a de la Directiva UE/2000/31, relativa a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información), amparado por lo tanto por el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información (artículo 3.2 de la Directiva UE/2000/31 y artículo 7 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico) y no necesitado de autorización administrativa previa (artículo 4 de la Directiva UE/2000/31 y artículo 6 de la Ley 34/2002) o de que, por el contrario, se considere que dicha empresa presta un servicio de transporte, que queda fuera del principio de libre prestación de servicios (artículo 2.2.d de la Directiva UE/2006/123, relativa a los servicios del mercado interior) y que está sujeto, por lo tanto, al régimen de licencias administrativas previas previsto por la legislación nacional (artículo 22.2 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre).

La consecuencia que se sigue de la calificación de la actividad desarrollada en este segundo supuesto es clara: la prestación del servicio de transporte sin las preceptivas licencias -como según han dispuesto las Conclusiones del Abogado General Spuznar de 11 mayo 2017 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid, núm. 249/2014, de 22 mayo ocurre en el caso del servicio UberPop- supone infringir una norma reguladora de la competencia y un acto de competencia desleal en el sentido del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, que puede traer como consecuencia la condena al cese de la actividad (artículo 32.2ª de la Ley 3/1991).

2. La actividad realizada por las plataformas digitales de interconexión de conductores y pasajeros: servicio de la sociedad de la información o actividad de transporte

Las Conclusiones del Abogado General Spuznar de 11 mayo 2017 se centran en el análisis del concepto de servicio de la sociedad de la información para determinar si el servicio “UberPop” prestado por la entidad demandada en el litigio principal, “Uber Systems Spain S.L.”, puede considerarse como un mero servicio de la sociedad de la información, sujeto al principio de libre prestación de servicios en el marco de la sociedad de la información y sustraído por tanto a la necesidad de autorización administrativa previa.

Conviene comenzar por matizar que a través de este servicio concreto analizado, “UberPop” (suspendido cautelarmente en España por el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid, núm. 249/2014, de 22 mayo), la demandada ponía en contacto a pasajeros con conductores, previamente registrados en la plataforma, que prestaban un servicio de transporte urbano, careciendo de la preceptiva licencia administrativa. No parece dudoso que los sujetos concretos que prestaban materialmente ese servicio de transporte urbano sin licencia, en cuanto que lo hiciesen de manera profesional, es decir, de manera reiterada y con ánimo de lucro, incurren en el ilícito del artículo 15.2 de la Ley 3/1991. La cuestión que se plantea en el litigio principal es si la entidad demandada incurría también en el referido ilícito por no ser una mera intermediaria, sino prestadora ella misma del servicio de transporte, en cuanto que organizadora del mismo.

El concepto de prestación de servicio de la información contenido, por remisión del artículo 2.a de la Directiva UE/2000/31, en el artículo 1.2 de la Directiva CE/1998/34, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas (modificado por el artículo 1.2 de la Directiva CE/1998/48) poco ayuda en este propósito, pues de manera ciertamente parca se limita a calificar como tal a *“todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.”*

A pesar de la literalidad de este precepto, es incuestionable que pueden ser servicios de la sociedad de la información, servicios mixtos, que en parte se presten por vía electrónica y en parte de manera presencial, como es por ejemplo el caso de las ventas en línea (Considerando 18 de la Directiva UE/2000/31). La cuestión entonces es si otros servicios mixtos, como puede ser el prestado por una plataforma digital que pone en contacto por vía electrónica a conductores y pasajeros para la prestación de un servicio de transporte urbano, que obviamente se ejecuta por vía no electrónica, pueden ser también un servicio de la sociedad de la información.

Según el Abogado General Szpunar, un servicio mixto será un servicio de la sociedad de la información en el sentido del artículo 1.2 de la Directiva CE/1998/34 en cualquiera de estos dos casos: si la parte del servicio que se realiza por medios no electrónicos es puramente accesoria de la prestación principal realizada por medios electrónicos, como señala que ocurre con las ventas en línea, pero no en el caso de la prestación de un servicio de transporte (punto 38), o si la prestación que no se facilita por vía electrónica es económicamente independiente del servicio prestado por esta vía.

Es en el segundo supuesto en el que conviene detenerse. Aclara el Abogado General Szpunar que este supuesto se da cuando un prestador intermediario simplemente facilita por vía electrónica las relaciones comerciales entre un usuario y un prestador de servicios que realiza su prestación material de manera independiente (punto 34). La independencia entre el servicio de facilitación realizado por vía electrónica y el servicio prestado por un tercero por vía no electrónica es la clave para considerar que el primer servicio, que sería de pura intermediación, es un servicio de la sociedad de la información, sustraído por lo tanto a las exigencias que en los distintos ordenamientos nacionales regulan el servicio final prestado por vía no electrónica por un tercero. Es lo que ocurre, según las propias Conclusiones Generales, por ejemplo, con los portales de búsqueda “on-line” de servicios de alojamiento o de transportes.

Probablemente, haya un exceso de argumentación en las Conclusiones del abogado Szpunar porque los servicios de búsqueda descritos no son servicios mixtos, sino que la actividad de estos prestadores, que es simplemente la intermediación y en ocasiones la gestión del pago, se ejecuta totalmente por vía electrónica. Pero lo verdaderamente relevante es que la independencia o la ajenidad de la empresa que facilita por vía electrónica la conexión entre la oferta y la demanda respecto de la prestación del servicio final, en este caso, el servicio de transporte urbano, es la clave que permitiría considerarla como una empresa que presta un servicio de la sociedad de la información, amparada por el principio de libre prestación de servicios. En este sentido, las Conclusiones (punto 35) señalan que tal independencia no existe cuando el prestador del servicio facilitado por vía electrónica es también el del servicio que no se presta por esa vía o incluso cuando el primero ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones en que se presta este último, de modo que ambos forman un todo indisoluble.

El análisis de las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la empresa demandada en el litigio principal “Uber Systems Spain S.L.” no se limita a facilitar el contacto entre una oferta y una demanda de transporte urbano, sino que tiene una influencia decisiva en la organización del servicio de transporte, a través de la modalidad, por ella misma definida de “UberPop”, de tal manera que la prestación de conectar a pasajeros y conductores mediante la plataforma electrónica y la prestación de transporte propiamente dicha no deben considerarse como dos servicios distintos. Según las Conclusiones, “Uber ha creado la oferta, regula sus características esenciales y organiza su funcionamiento” (punto 44).

A tal aseveración se llega tras la observación de las siguientes circunstancias (puntos 45 a 51):

- Uber impone a los conductores unos requisitos que les vinculan mediante el contrato de uso de la aplicación (p. ej., en cuanto a las características de los vehículos, comportamiento, seguro de responsabilidad civil, carecer de antecedentes...).
- Uber adapta la oferta a las condiciones de la demanda, estableciendo tarifas ventajosas para los conductores en función de la mayor demanda de servicios en horas y lugares concretos.
- Uber ejerce un control, siquiera indirecto, sobre los conductores, mediante la evaluación de los usuarios, que puede determinar la expulsión del conductor de la aplicación.
- Uber determina el precio del transporte.

Por lo anterior, las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 11 de mayo 2017 proponen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido de que un servicio que consiste en conectar mediante un “software” para teléfonos móviles a pasajeros y a conductores, en una situación en la que el prestador de dicho servicio ejerce un control sobre las modalidades esenciales de las prestaciones de transportes llevadas a cabo en dicho marco, en particular sobre su precio, no es un servicio de la sociedad de la información y por el contrario sí es un servicio de transporte, excluido de conformidad con el artículo 2.2.d, de la Directiva 2006/123 del ámbito de la libre prestación de servicios.

En sentido contrario, de acuerdo con estas conclusiones, sí que podría ser un servicio de la sociedad de la información y no un servicio de transporte, la conexión entre conductores y pasajeros mediante un “software” de la misma naturaleza, cuando el prestador de dicho servicio no ejerciera un control sobre la organización de la prestación de transporte llevada a cabo por los conductores.

Por otra parte, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asumiera las Conclusiones del Abogado General Szpunar, ello sólo implicaría la admisión de que el servicio de conexión mediante un “software” específico entre conductores y pasajeros, cuando el prestador de dicho servicio ejerciera un control sobre las modalidades de prestación del servicio de transporte, sería considerada en sí misma como una actividad de transporte, por lo que la empresa en cuestión tendría legitimación pasiva para soportar las acciones derivadas de la competencia desleal, en concreto el cese de la actividad por el ilícito del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, siempre y cuando el servicio de transporte se prestara por los conductores sin licencia administrativa previa. Pero una futura decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que asumiera las Conclusiones de 11 de mayo 2017 no prejuzgaría el fondo de la cuestión (si en la prestación del servicio, ya calificado como de

transporte, se incurre en un acto de competencia desleal), ni impediría que la empresa titular del “software” que pone en conexión a los conductores y los pasajeros realizara la misma actividad de transporte urbano, si dispusiera para ello de conductores con licencia, de acuerdo con la legislación española.

3. La decisión sobre el asunto “Blablacar”

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid, núm. 30/2017, de 2 febrero, que no es firme, desestima una demanda de cese de la actividad ex artículo 15.1 y 2 de la Ley 3/1991, ejercitada por la Confederación Española de Transporte en Autobús (CONFEBUS) contra la empresa titular de la conocida plataforma de interconexión entre pasajeros y conductores para compartir viajes por carretera “Blablacar” (Comutio Iberia S.L y Comutio S.A.).

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid, núm. 30/2017, de 2 febrero, sigue una argumentación similar a la de las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 11 mayo 2017, pues su núcleo central es el análisis de la posible calificación de la actividad de la demandada como una actividad de transporte, sujeta por lo tanto a la licencia administrativa exigida por la Ley 26/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre, o como una mera actividad de intermediación entre conductores y particulares. Concluye la sentencia que Blablacar no realiza una actividad de transporte. Para llegar a esta conclusión hace énfasis en el hecho de que cada conductor es un usuario de la plataforma que actúa sin ánimo de lucro y sólo recibe una compensación para compensar gastos, por lo que no presta un servicio de transporte público por carretera, sino un servicio de transporte privado, de acuerdo con el artículo 101 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, excluido por lo tanto de la necesaria autorización administrativa exigida para el servicio de transporte público de viajeros (artículo 42 de la Ley 16/1987).

Sin embargo, de acuerdo con los criterios esbozados por las Conclusiones del Abogado General Szpunar de 11 mayo 2017, lo verdaderamente relevante para valorar si la entidad demandada realiza un servicio de la sociedad de la información o un servicio de transporte es su influencia en la organización de la prestación del servicio material de transporte. En este sentido, es preciso valorar si de los hechos probados por la sentencia se pueden observar algunos elementos diferenciales relevantes con el caso de “UberPop”. En cuanto al precio del servicio, Blablacar no lo fija, sino que se limita a recomendar el precio que ha de pagar el viajero, en función de la distancia y de la cantidad de viajeros, si bien puede expulsar a conductores de la plataforma en caso de abuso. Blablacar no selecciona a los conductores, pero puede ejercer a través de las evaluaciones de los usuarios facilitadas por la misma plataforma un

control indirecto sobre los conductores. En lo que puede haber un mayor elemento diferencial entre un caso y otro es en el control de la adaptación de la oferta a la demanda, pues no consta acreditado que Blablacar disponga de herramientas para incentivar u orientar a los conductores hacia determinados trayectos o franjas horarias en función de la demanda, lo que además parece incompatible con la finalidad del conductor de simplemente compartir gastos del viaje, no de obtener un lucro. En definitiva, de los hechos probados en la sentencia parece deducirse que la influencia de Blablacar en la organización de la prestación material del servicio de transporte por sus usuarios es más difusa que la que puede ejercer Uber, respecto de los conductores que prestan servicios a través de la modalidad “UberPop”.

Por último, a pesar de que se considere que Blablacar no organiza el transporte, sino que se limita a poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos para compartir gastos, ello no quiere decir que algunos conductores concretos no puedan incurrir en el ilícito competencial del artículo 15.1 o del artículo 15.2 de la Ley 3/1991, en caso de que realicen el servicio de transporte de una manera profesional, por hacerlo de manera reiterada y con ánimo de lucro, careciendo de la correspondiente licencia administrativa, pero en tal caso, no siendo Blablacar más que una empresa que presta un servicio de la sociedad de la información, el legitimado pasivamente sería solamente el propio conductor.