



Presentado por
IGNACIO S. GALÁN

CUADERNOS de DERECHO para INGENIEROS

Economía colaborativa

Directores:

ROMÁN ESCUDERO GALLEGO

SANTIAGO MARTÍNEZ GARRIDO

Coordinador:

JUAN IGNACIO PEINADO

Presentado por
IGNACIO S. GALÁN

CUADERNOS de DERECHO para INGENIEROS

Economía colaborativa

Directores:
ROMÁN ESCUDERO GALLEGO
SANTIAGO MARTÍNEZ GARRIDO

Coordinador:
JUAN IGNACIO PEINADO

Equipo de Coordinación
(IBERDROLA y Asociación/Colegio
de Ingenieros de ICAI):

Irene M.^a Agúndez
M.^a Dolores de Juan
Loreto Sánchez
Efrén Villán

© Wolters Kluwer España, S.A.
© IBERDROLA

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wke.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Edición: noviembre 2018

Depósito legal: M-32503-2018
I.S.B.N.: 978-84-9020-756-7 (papel)
I.S.B.N.: 978-84-9020-761-1 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

Con base en estas consideraciones, el Tribunal declara que el servicio que proporcionaba *UberPop* no es un servicio de la sociedad de la información y sí un servicio en el ámbito de los transportes, que queda excluido del principio de libre prestación establecido en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la citada Directiva Bolkestein. Es por ello por lo que, a falta de normativa europea sobre los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisociablemente vinculados a ellos, los Estados miembros pueden regular el desarrollo de la actividad, siempre que se respeten las demás disposiciones del Tratado.

3. EL MARCO LEGAL VIGENTE: ANÁLISIS SUCINTO Y PRINCIPALES CARENCIAS

El criterio jurisprudencial expuesto debe hoy considerarse consolidado, pues ha sido reiterado en una segunda sentencia del Tribunal de Justicia, de fecha 10 de abril de 2018 (as. C-320/16, *Uber France*), y también es el que aplica la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español en su práctica decisoria reciente (SSTS núm. 81/2018, de 24 de enero; y núm. 87/2018, de 25 de enero). Así, sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la posibilidad de extrapolar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Justicia a otras iniciativas «colaborativas» en el ámbito del transporte, todo indica que la regulación de la intermediación en los servicios de transporte no colectivo de viajeros es competencia de los Estados miembros, por lo que conviene analizar, siquiera brevemente, el marco normativo vigente en España.

3.1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL TRANSPORTE DE VIAJEROS EN LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA

En nuestro país, los transportes de viajeros por carretera se hallan regulados en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT), y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (en adelante, ROTT). La norma los clasifica en transportes *públicos* y *privados* (art. 62.1 LOTT), atendiendo a la naturaleza de la actividad y no a la titularidad del servicio. Concretamente, son transportes *públicos* aquellos que se prestan por cuenta ajena, a cambio de una retribución económica (art. 62.2 LOTT), y tendrán la consideración de *discrecionales* cuando no estén sujetos a itinerario, calendario ni horario preestablecido (art. 64 LOTT). Así, siempre y cuando medie retribución, los servicios de transporte contratados a través de alguna de las plataformas examinadas tendrán la consideración de transportes públicos discrecionales.

Por el contrario, son transportes *privados* aquellos que se realizan por cuenta propia, ya sea para satisfacer necesidades particulares, ya sea para complementar otras actividades principales del mismo sujeto (arts. 62.3 y 100 LOTT). Para que un servicio pueda ser considerado transporte privado *particular*, que es el único que aquí interesa, debe cumplir los dos requisitos que, con carácter cumulativo, establece el artículo 101.1 LOTT: a) que se destine «a satisfacer las necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico del titular del vehículo y sus allegados», sin recibir por ello remuneración de ningún tipo, ni directa ni indirectamente, salvo la percepción de dietas o el abono de gastos de desplazamiento; y b) que los vehículos empleados no excedan, en cuanto al número de plazas, de los límites que reglamentariamente se establezcan. Ambos requisitos son concretados en el artículo 156 ROTT. Respecto del primero, se

establece que tienen la consideración de «allegados» los familiares del titular del vehículo, otras personas que convivan o tengan con él una relación de dependencia personal o laboral de carácter doméstico, así como aquellas «*cuyo transporte se realice en base a una relación social de amistad o equivalente*»; para el segundo, se exige que los transportes se realicen en «vehículos de turismo». Parecen pertenecer a esta categoría, la de los transportes privados particulares, aquellos servicios prestados a través de una plataforma electrónica en la que no existe remuneración o, al menos, ésta se limita a una participación en los gastos. Con todo, se trata de una cuestión no exenta de polémica sobre la que se volverá más adelante en el texto.

La diferencia fundamental entre los transportes *públicos* y *privados* de pasajeros ha de buscarse en el hecho de que, mientras que la realización de éstos no requiere autorización administrativa de ningún tipo (arts. 101.2 y 103.2 *lit. b* LOTT), la de aquéllos exige estar en posesión de la correspondiente autorización que habilite para ello (art. 42.1 LOTT). Y ésta puede ser una licencia de taxi, cuya regulación se encuentra hoy fuera de la LOTT por tratarse de una competencia asumida por las Comunidades Autónomas y por los Ayuntamientos, o una autorización de arrendamiento de vehículos con conductor (en adelante, licencia VTC), que sí cuenta con una regulación somera en la LOTT y en el ROTT, desarrollado en este punto por la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (última modificación por Orden FOM/2799/2015).

Ahora bien, las disquisiciones sobre la naturaleza pública o privada de los servicios de transporte prestados por los conductores adheridos a la plataforma no resuelven la cuestión fundamental, esto es, el papel que desempeña la propia plataforma en cuanto intermediario (o no) en la contratación del transporte. Para poder contestarla será necesario analizar con mayor detalle los sujetos que intervienen en la contratación y en la prestación del servicio, un aspecto al que se dedica el epígrafe siguiente.

3.2. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Dejando de lado de momento al viajero o pasajero, son dos los sujetos que intervienen en la prestación del llamado transporte «colaborativo». Por un lado, el conductor, que es quien materialmente lleva a cabo la prestación de transporte; y, por otro, la plataforma electrónica, que se limita, al parecer, a poner en contacto a éste con el pasajero y a cobrar el precio del servicio, parte del cual transfiere después al conductor. La diferencia entre el importe cobrado al usuario y el que se abona al conductor es la retribución que obtiene la plataforma por la prestación de sus servicios. Ahora bien, la subsunción de los distintos sujetos bajo las categorías previstas en la normativa sectorial española no resulta en absoluto sencilla. Concretamente, ésta distingue fundamentalmente dos sujetos que intervienen en la contratación del transporte: el transportista o porteador, que es quien se compromete a efectuar el desplazamiento, por un lado; y el intermediario en la contratación del transporte, por otro.

3.2.1. El conductor

Desde un punto de vista no técnico, parece evidente que los conductores son transportistas, pues se comprometen a trasladar al viajero. Como tales, habrían de cumplir los requisitos administrativos a que seguidamente nos referiremos. Sin

embargo, la solución dista de ser tan clara si se observa desde una óptica propiamente jurídica. Así, no faltan voces que abogan por entender que, cuando lo que se presta es un servicio (remunerado) de transporte *público* de viajeros, los conductores son en realidad trabajadores dependientes de la plataforma que, en cuanto transportista, se compromete a realizar el transporte frente al usuario, aunque sea por medio del conductor. En este sentido se ha pronunciado, respecto de la plataforma Uber, el *Employment Tribunal* de Londres en una conocida sentencia de 28 de octubre de 2016 (*Aslam and Farrar v Uber*), por entender que están presentes los indicios de laboralidad clásicos.

En efecto, y siguiendo con el ejemplo de Uber, tanto los conductores como el servicio prestado por éstos se hallan bajo el control, la dirección y la organización de la plataforma, que impone requisitos respecto de los conductores y sus vehículos (cuenta con un «manual del conductor»), designa a los que van a prestar el servicio, fija el precio máximo mediante un algoritmo, lo cobra a los usuarios y, una vez deducida su comisión, se lo abona a quien haya realizado el trayecto. La relación entre los conductores y Uber es, además, de carácter exclusivo, por lo que aquéllos carecen de posibilidades de desarrollo profesional mediante la obtención de su propia clientela. En fin, el contacto entre los conductores y los usuarios se establece a través de la plataforma, y también los clientes, el *know-how* y la marca son de Uber (con detalle, BOBOC, S., «Uber: ¿transportista o intermediario en el transporte?», 2017, pp. 18 y ss.). El mero hecho de que el conductor aporte el vehículo no es, se dice, obstáculo para su calificación como trabajador, pues su coste no tiene entidad suficiente como para afirmar que el conductor está asumiendo los riesgos del negocio, esto es, la inversión en la tecnología y el desarrollo de la plataforma virtual (TODOLÍ, A., «El impacto de la "Uber Economy" en las relaciones laborales», 2015, pp. 13 y 14).

Quizás pueda aventurarse también la posibilidad de considerar que los conductores son, en tales casos, trabajadores autónomos económicamente dependientes o TRADE (lo apunta ALFARO, J., «La cuestión prejudicial sobre Uber», 2015). Éstos son definidos en el artículo 11.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (en adelante, LETA), como aquellos trabajadores autónomos que realizan su actividad de forma habitual y predominante para un mismo sujeto, el cliente, «*del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales*». La idea es sugerente, pero tampoco exenta de problemas.

En primer lugar, también los TRADE deben realizar su actividad «*fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona*» (art. 1, aps. 1 y 2 *lit. d* LETA), lo cual, según se ha adelantado, es discutible respecto de los conductores que, con el fin de obtener una remuneración, colaboran con alguna de las plataformas analizadas. En segundo lugar, y descartada la posibilidad de recurrir a conductores no profesionales por prohibirlo la ley, para el otorgamiento de una licencia VTC llegó a requerirse, desde la reforma operada en el ROTT en 2015, que el solicitante dispusiera, en todo momento, de al menos siete vehículos dedicados a esta actividad, ya sea en propiedad, ya sea en régimen de *leasing* (art. 181 ROTT). Aunque este último requisito ha sido anulado posteriormente por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 921/2018, de 4 de junio, no sorprende que los solicitantes y titulares de tales licencias sean ahora, no ya sólo trabajadores autónomos, sino también sociedades cooperativas, laborales y limitadas. Sobre todo en el caso de estas últimas no parece posible que los conductores por ellas empleados puedan tener la condición de trabajador autónomo a efectos de la aplicación de la LETA (ni, dicho sea de paso, de empleado dependiente de la plataforma). Es más, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Orden FOM/36/2008, los conductores a que recurra el titular de una licencia VTC deben ahora hallarse encuadrados en su organización empresarial, por lo que resulta difícil imaginar

que pueda tratarse de trabajadores autónomos o, incluso, de empleados dependientes de la plataforma.

Donde ya no cabe duda es respecto de los conductores que ofrecen servicios de *ride sharing*, es decir, asientos libres en su propio vehículo para viajes previamente planificados por ellos, a cambio de una participación del usuario en los gastos. Parece, en efecto, descabellado pensar que, en tales casos, el conductor sea empleado de la plataforma, ni tampoco tendrá la consideración de trabajador autónomo dedicado profesionalmente a la realización de transportes públicos (pues no obtiene, en principio, ninguna retribución, más allá del reembolso de parte de los gastos ocasionados por el viaje). Ahora bien, ello no impide que, a efectos de la legislación administrativa española, tenga la consideración de transportista; pero, probablemente, el transporte habría de calificarse como privado particular.

3.2.2. La plataforma

Igualmente problemática se plantea la determinación de la naturaleza jurídica de la actividad desempeñada por la plataforma. Como se ha dicho, hay quien entiende que el titular de la aplicación es él mismo transportista, siempre y cuando al usuario se le exija una remuneración que exceda de una participación en los gastos; una conclusión que se impone, necesariamente, si se considera que los conductores son meros trabajadores de aquél. Pero no parece que este último sea el modelo que tiene en mente el legislador español: baste recordar que, en 2015, aumentó a siete el número mínimo de vehículos de que debía disponer el solicitante de una licencia VTC, aunque dicho requisito ha sido anulado después por el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada. Antes al contrario, todo indica que la idea que prevalece es la de que los conductores trabajan por cuenta propia o, en todo caso, por la de la sociedad titular de las licencias.

Pero ello no impide que la propia plataforma pueda tener la consideración de transportista a efectos de la aplicación de la LOTT y del ROTT, subcontratando la realización material del desplazamiento con el conductor. El modelo no es nuevo y, de hecho, hace tiempo ya que la propia legislación en materia de transporte contempla esta situación: a quien se obliga contractualmente frente al usuario a realizar el transporte se le conoce como transportista «contractual», mientras que el transportista subcontratado que materialmente lleva a cabo el desplazamiento es considerado transportista «efectivo» o «subtransportista».

Abonan esta conclusión las dos decisiones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recaídas en esta materia (las SSTs de 24 y 25 de enero de 2018, antes citadas), que anulan sendas sentencias de primera instancia que habían retirado una sanción impuesta a la plataforma Uber por infracción de lo dispuesto en la LOTT. Concretamente, señala el Alto Tribunal que la plataforma «no es un mero servicio de intermediación sino que constituye una parte sustancial de la prestación del servicio de transporte de viajeros, estando por ello sujeta a la autorización exigida en el artículo 42» LOTT. No obstante, cabe seriamente dudar de que se refiera a una autorización de «transportista». La decisión únicamente reproduce los argumentos expuestos por el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto *Élite Taxi* que, como hubo ocasión de referir, no se pronuncia sobre la cuestión de si la plataforma es o no transportista. Además, lejos de confirmar la sanción administrativa impuesta a Uber, la Sala se limita a anular la decisión de instancia y devuelve el asunto al juzgado para que sea éste quien decida si se ha producido o no una infracción. Se ha perdido, así, una magnífica



AUTORES:

ANA ALÓS RAMOS

IGNACIO ARRÁEZ BERTOLÍN

SANTIAGO BOTELLA VIVÓ

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA

AMANDA COHEN BENCHETRIT

RAFAEL CONTRERAS CHAMORRO

M^a BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

CRISTINA MESA SÁNCHEZ

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO

LOURDES MORENO LISO

JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA

MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL

CAROLINA PINA SÁNCHEZ

PEDRO PORTELLANO DÍEZ

ACHIM PUETZ

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO

PEDRO YANES YANES



www.wolterskluwer.es

Página web de apoyo documental:
www.cuadernosdederechoparaingenieros.com

