

# Revista de Derecho del Transporte

Terrestre | Marítimo | Aéreo y Multimodal

Rdt · 2017 · N.º 19

## Doctrina

**Alberto Emparanza Sobejano:** *La responsabilidad por la estiba y amarre deficiente de las mercancías en el transporte por carretera*

**Luis Alberto Marco Arcalá:** *El futuro marco de protección de los pasajeros aéreos en el Derecho de la Unión Europea: la modificación en curso de los Reglamentos 261/2004 y 2027/1997*

**Nieves López Santana:** *El artículo 279 de la Ley de Navegación Marítima. Especial consideración a la intervención impuesta de una empresa de terminal de transporte en los puertos de origen y destino*

**Juan Flaquer Riutort:** *Pérdida en tierra de la mercancía transportada por vía aérea: ¿contrato de transporte o de depósito? Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2016*

**Olga Fotinopoulou Basurko:** *La noción híbrida de gente de mar en el CTM 2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés: visión comparada con especial referencia a los alumnos en prácticas embarcados*

**Luz Martínez de Azcoitia Cervigón y José Sánchez-Fayos Martín-Peña:** *La hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima*

**Nerea Iraculis Arregui:** *La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima*

## Secciones

Transporte terrestre  
Transporte marítimo  
Transporte aéreo y multimodal  
Seguros

## SUMARIO

### DOCTRINA

	<u>Pág.</u>
ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO, <i>La responsabilidad por la estiba y amarre deficiente de las mercancías en el transporte por carretera</i> .....	13
LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ, <i>El futuro marco de protección de los pasajeros aéreos en el Derecho de la Unión Europea: la modificación en curso de los Reglamentos 261/2004 y 2027/1997</i> .....	33
NIEVES LÓPEZ SANTANA, <i>El artículo 279 de la Ley de Navegación Marítima. Especial consideración a la intervención impuesta de una empresa de terminal de transporte en los puertos de origen y destino</i> .....	77
JUAN FLAQUER RIUTORT, <i>Pérdida en tierra de la mercancía transportada por vía aérea: ¿contrato de transporte o de depósito? Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2016</i> .....	111
OLGA FOTINOPOULOU BASURKO, <i>La noción híbrida de gente de mar en el CTM 2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés: visión comparada con especial referencia a los alumnos en prácticas embarcados</i> .....	125
LUZ MARTÍNEZ DE AZCOITIA CERVIGÓN y JOSÉ SÁNCHEZ-FAYOS MARTÍN-PEÑA, <i>La hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de navegación marítima</i> .....	143
NEREA IRACULIS ARREGUI, <i>La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de navegación marítima...</i>	173

### SECCIONES

#### TRANSPORTE TERRESTRE

A. Jurisprudencia .....	211
I. Reseñas de jurisprudencia .....	211
1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	211

	Pág.
2. Tribunal Supremo .....	212
3. Tribunales Superiores de Justicia.....	213
4. Audiencias Provinciales.....	215
a) Transporte nacional de mercancías por carretera .....	215
a') Reclamación del precio.....	215
b') Acción directa del porteador efectivo .....	217
c') Responsabilidad del porteador.....	218
d') Contrato de mudanza .....	221
b) Transporte internacional de mercancías por carretera (CMR). .....	222
a') Responsabilidad del transportista .....	222
b') Transporte sucesivo .....	224
c) Transporte de viajeros por ferrocarril.....	225
5. Juzgados de lo Mercantil .....	226
a) Transporte nacional de mercancías por carretera .....	226
a') Reclamación del precio.....	226
b') Responsabilidad del porteador.....	228
c') Otras cuestiones .....	229
b) Transporte internacional de mercancías por carretera (CMR). .....	230
c) Transporte de viajeros por carretera.....	231
d) Logística .....	232
II. Comentarios de jurisprudencia .....	232
1. «Reflexiones sobre Uber a propósito de la decisión de la Court of Appeals for the Seventh Circuit», por <i>Carlos Górriz López</i> .....	232
2. «Blablacar: ¿un posible supuesto de competencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)», por <i>Silvia Boboc</i> .....	241
B. Derecho de la competencia .....	251
I. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia .....	251
II. Autoridades Autonómicas de la Competencia.....	253
C. Recensiones y bibliografía .....	253
I. Recensiones: Sánchez-Gamborino, Francisco, <i>La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera</i> , Marge Books, Barcelona, 2016, 564 p., por <i>Sonia Rodríguez Sánchez</i> .....	253
II. Bibliografía.....	258

TRANSPORTE MA

A. Noticias.....	
B. Legislación.....	
I. Nacional ...	
1. Constr	
2. Contar	
3. Seguric	
4. Labora	
II. Comunitari	
1. Constr	
2. Servi	
3. Labora	
III. Convenios e	
IV. Comentaric	
1. «Propu	
ria de c	
de buq	
por Ro	
C. Jurisprudencia ..	
I. Reseñas de	
1. Tribun	
D. Recensiones y b	
I. Recensiones:	
1. SIERRA	
da de l	
obligat	
84-984	
2. ARROY	
Comen	
rítima,	
ISBN: !	
3. CAMPU	
la Ley	
583 p.,	
II. Bibliografía	

## 2. *BlaBlaCar*: ¿un posible supuesto de competencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)\*

Silvia BOBOC  
Becaria predoctoral  
Universitat Jaume I

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. RESUMEN DE LA SENTENCIA.—III. COMENTARIO: 1. Economía colaborativa, transporte privado particular y servicios de la sociedad de la información. 2. ¿Ilícito concurrencial por violación de normas? 3. Otros aspectos: la falta de legitimación pasiva de Comuto Iberia, S. L. y la doctrina del retraso desleal.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

### I. INTRODUCCIÓN

El transporte de viajeros por carretera ha experimentado cambios significativos en los últimos tiempos debido a una serie de factores entre los cuales ocupa un lugar destacado la aparición de las plataformas digitales<sup>22</sup>. A través de estas plataformas se está desarrollando y transformando una modalidad de transporte que siempre ha existido: el llamado transporte colaborativo. Esta forma de transporte, dentro de la que cabe cuestionarse si se incluye la actividad de BlaBlaCar, carece de una regulación sustantiva propia<sup>23</sup>, circunstancia que hace que en la actualidad se planteen varias dudas desde el ámbito del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente *antitrust* como en la de competencia desleal, por su colisión con sectores intensamente regulados, como el taxi y el autobús.

Por ello, resulta de interés la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid núm. 30/2017, de 2 de febrero<sup>24</sup>, puesto que es la primera en la que nuestros tribunales se pronuncian sobre aspectos atinentes al fenómeno de la economía colaborativa en el ámbito del Derecho del Transporte. No obstante, el debate jurídico sigue abierto porque la actora ha anunciado que va a recurrir en apelación la decisión de instancia<sup>25</sup>. Además, se da la circunstancia de que el mismo magistrado

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D: «El transporte como motor del desarrollo socio-económico: protección del contratante débil y avances en la liberalización del sector» (ref. DER2015-65424-C4-3-P), cuya investigadora principal es la profesora M.<sup>a</sup> Victoria Petit Lavall.

<sup>22</sup> Han sido definidas como modelos de negocio que proporcionan la infraestructura y fijan las condiciones para que se desarrollen interacciones entre sus usuarios, con el fin de facilitar el intercambio de bienes, servicios o moneda social, y crear con ello valor para todos los participantes (G. PARKER, M. VAN ALSTYNE y S. CHOUDARY, *Platform Revolution: how networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*, New York, W. W. Norton & Company, Inc., p. 5).

<sup>23</sup> L. A. VELASCO, «El consumo colaborativo en el transporte de personas», *Diario La Ley*, núm. 8601, 9 de septiembre de 2015, pp. 2-14, en p. 3, señala que el principal problema que plantean estas actividades es el de su regulación.

<sup>24</sup> Roj: SJM M 6/2017. Magistrado: Andrés Sánchez Magro.

<sup>25</sup> Vid. el anuncio publicado en la página web de Confebús: <http://www.confibus.org/publicaciones/ver/1566/confebus-recurrira-la-decision-judicial-a-favor-de-blablacar>. Todas las páginas web citadas en este trabajo se consultaron por última vez el 2 de mayo de 2017.

tendrá que resolver también sobre otra demanda en materia de competencia desleal en el ámbito del transporte, instada por la Asociación Madrileña del Taxi contra Uber Technologies Inc., en cuyos autos acordó *inaudita parte* la suspensión cautelar de la actividad de la plataforma<sup>26</sup>.

## II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La sentencia desestima la demanda interpuesta por la Confederación Española de Transporte en Autobús (Confebús) contra «Comuto Iberia, S. L.» y «Comuto, S. A.» (BlaBlaCar), en ejercicio de una acción en materia de competencia desleal, fundada en el art. 15, apartados 1.º y 2.º, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Antes de decidir sobre la cuestión principal que se somete a juicio —esto es, la naturaleza jurídica de los servicios ofrecidos por la plataforma BlaBlaCar— el juzgador dedica un amplio fundamento jurídico «Preliminar» a destacar la importancia de la independencia de los jueces y magistrados como manifestación esencial de la independencia del Poder Judicial, a la vez que hace un llamamiento a la función de amparo concedida al Consejo General del Poder Judicial en el art. 14 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y alude a la oportunidad de una declaración institucional, de oficio, «amparando la actuación judicial por entender que la crítica pública de sus decisiones carecía de fundamento».

Después se abordan las cuestiones de índole procesal planteadas, a saber: el defecto en el modo de proponer la demanda (art. 399 LEC<sup>27</sup>) y la falta de legitimación pasiva de «Comuto Iberia, S. L.». El juzgador desestima la primera, al entender que la demanda está correctamente conformada por estar perfectamente identificados el demandante, los demandados y las pretensiones ejercitadas; y no entra a valorar la segunda, argumentando que, antes de calificar la relación existente entre las sociedades demandadas y la plataforma, y cuál de ellas estaría vulnerando las normas de competencia, procede dilucidar si efectivamente concurre la deslealtad alegada (fundamentos 2.º y 3.º).

En cuanto al fondo del asunto, el magistrado entiende que BlaBlaCar no presta un servicio de transporte, por lo que no se encuentra sometida a la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), y a su Reglamento de desarrollo (ROTT)<sup>28</sup>, sino que proporciona un servicio de la sociedad de la información, regulado por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)<sup>29</sup>, de modo que no cabe imputarle ilícito concurrencial alguno (fundamentos 4.º y 5.º).

<sup>26</sup> Auto de 9 de diciembre de 2014 (Roj: AJM M 74/2014). En respuesta a ello, Uber ha presentado una queja ante la Unión Europea, alegando vulneración del Derecho europeo ([http://economia.elpais.com/economia/2015/03/30/actualidad/1427743689\\_515738.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/03/30/actualidad/1427743689_515738.html)).

<sup>27</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>28</sup> RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

<sup>29</sup> Desarrolla la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

«A efectos de compleja su último fundamento colaborativa» contenidas Agenda Europea para la proceso<sup>30</sup>.

## III. COMENTARIO

### 1. Economía colaborativa de la sociedad de la

El *prius* para valorar art. 15.2 LCD consiste en la sometida a la normativa de competencia además de poner en con de transporte de viajar de importancia de determinar el prestador del servicio, o (la fijación del precio fin términos y condiciones así como a «otros criterios para mirar los riesgos de prestación laboral»<sup>32</sup>.

Aplicando algunos de ellos— la sentencia conside a particulares que de un formato de actuación para los usuarios. por BlaBlaCar y también con la intención de satisfacer y riesgo, siendo la indemnización más tendente a conferir uso indebido, los condu

En relación a este último dictamina el juzgador que recomienda de entrar y al número de viajeros licitar los conductores,

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión Europea y al Comité de las Regiones de junio de 2016, COM (2016) 356.

<sup>31</sup> «Al juicio de deslealtad determinantes de este reproche efectiva infracción de la norma Madrid, Civitas, 1999, pp. 13-14».

<sup>32</sup> COM (2016) 356 final.

«A efectos de complemento» —según palabras del juzgador—, la sentencia dedica su último fundamento jurídico a resumir las consideraciones sobre la «economía colaborativa» contenidas en la Comunicación de la Comisión Europea, titulada «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», publicada durante la pendencia del proceso<sup>30</sup>.

### III. COMENTARIO

#### 1. Economía colaborativa, transporte privado particular y servicios de la sociedad de la información

El *prius* para valorar la pretensión de declaración de deslealtad basada en el art. 15.2 LCD consiste en determinar si la conducta de BlaBlaCar se encuentra sometida a la normativa de transporte<sup>31</sup>. Es decir, hay que analizar si la plataforma, además de poner en contacto a conductores y pasajeros, realiza también un servicio de transporte de viajeros por carretera. A tal fin, la Comisión Europea destaca la importancia de determinar el nivel de control ejercido por la plataforma sobre el prestador del servicio, que puede calibrarse en atención a varios «criterios clave» (la fijación del precio final que debe satisfacer el usuario, el establecimiento de los términos y condiciones distintos al precio, la propiedad de los activos principales), así como a «otros criterios» complementarios (el hecho de sufragar los gastos y asumir los riesgos de prestación del servicio subyacente o la existencia de una relación laboral)<sup>32</sup>.

Aplicando algunos de estos criterios —aunque sin hacer mención expresa de ello— la sentencia considera que BlaBlaCar únicamente se dedica a poner en contacto a particulares que desean realizar un viaje juntos compartiendo gastos, marcando un formato de actuación para dar calidad al servicio que, sin embargo, no es obligatorio para los usuarios. Asimismo, considera que los conductores no son contratados por BlaBlaCar y tampoco son profesionales, sino particulares que realizan el viaje con la intención de satisfacer necesidades propias de desplazamiento, por su cuenta y riesgo, siendo la indemnización por cancelación del viaje simplemente un elemento más tendente a conferir seguridad. En definitiva, salvo supuestos excepcionales de uso indebido, los conductores no obtienen un lucro con la prestación del servicio.

En relación a este último aspecto, esencial a la hora de dirimir la controversia, dictamina el juzgador que la plataforma no fija el precio del viaje, sino que hace una recomendación de entre 0,06 y 0,09 euros por kilómetro, atendiendo a la distancia y al número de viajeros por trayecto, y limita la aportación máxima que pueden solicitar los conductores, precisamente con la finalidad de evitar posibles abusos que,

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», de 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

<sup>31</sup> «Al juicio de deslealtad que consiste en la comprobación de la concurrencia de las circunstancias determinantes de este reproche precede necesariamente un juicio de legalidad, la comprobación de la efectiva infracción de la norma en cuestión», J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 15 y 16.

<sup>32</sup> COM (2016) 356 final, pp. 6 y 7.

como tales, quedarían fuera del transporte colaborativo<sup>33</sup>. En contra de la opinión de la parte actora, considera probado que no existe lucro para los conductores, puesto que los costes del viaje son mayores que el precio abonado por los usuarios, teniendo en cuenta que se deben incluir en los mismos no solo los gastos de combustible, sino también el desgaste del vehículo, el aceite, las ruedas, etc. Señala como prueba decisiva el hecho de que la propia Administración establece un precio superior (de 0,19 euros por kilómetro, e incluso de 0,22 euros por kilómetro en Extremadura) en concepto de indemnización a percibir como gasto de viaje por el uso de vehículo particular en comisión de servicio<sup>34</sup>. Si bien la sentencia comentada no hace referencia a este indicador, hay que mencionar que la tarifa recomendada por BlaBlaCar es muy próxima a la tarifa usuario media ponderada (ponderación de las tarifas de cada concesión por el número de viajeros-kilómetro realizados por cada una de las empresas de autobuses concesionarias) de 0,066563 euros, según datos referentes al año 2015, proporcionados por el Ministerio de Fomento en la «Información sobre líneas regulares de transporte de viajeros»<sup>35</sup>.

En suma, BlaBlaCar no cumple los requisitos previstos por la Comisión para entender que ejerce un «control significativo» sobre el prestador del servicio de transporte, siendo la retribución que percibe la plataforma únicamente «una comisión por su propia existencia y funcionamiento». La consecuencia lógica es, pues, que la demandada no presta el servicio subyacente de transporte de viajeros.

En lo que respecta a la actividad realizada por los conductores registrados en BlaBlaCar, el magistrado dictamina que resulta subsumible en el art. 101 LOTT y en el art. 156 ROTT, como forma de transporte privado particular y, en concreto, amparada por la excepción que se establece mediante la fórmula «aquellos cuyo transporte se realice en base a una relación social de amistad o equivalente» del art. 156.1 ROTT<sup>36</sup>. Argumenta el juzgador que el concepto de «amistad o equivalente» utilizado por la legislación vigente ha quedado obsoleto<sup>37</sup>, sin que esta falta de actualización pueda redundar en un perjuicio para la parte demandada, y ello en aplicación del principio de interpretación restrictiva de las prohibiciones, que actúa

<sup>33</sup> El Presidente de BlaBlaCar, Frédéric Mazzella, afirma que la actividad es legal solo si se limita a compartir los gastos de viaje y que la plataforma ha puesto en marcha un sistema tendente a impedir posibles usos ilícitos de la misma (<http://www.annales.org/ri/2015/resumes/aout/11-ri-resum-FR-AN-AL-ES-aout-2015.html#11FR>).

<sup>34</sup> Art. 18.1 del RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón de servicio, en atención al art. 1 de la Orden EHA/3770/2005, de 1 de diciembre, por la que se revisa el importe de la indemnización por uso de vehículo particular; y Anexo IV al Decreto 287/2007, de 3 de agosto, sobre indemnizaciones por razón de servicio.

<sup>35</sup> [http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG\\_CASTELLANO/DIRECCIONES\\_GENERALES\\_TRANSPORTE\\_TERRESTRE/Apli1/bus-es.htm](http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES_TRANSPORTE_TERRESTRE/Apli1/bus-es.htm).

<sup>36</sup> La misma interpretación hace E. LEIÑENA, «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (*carpooling* y *car sharing*): entre la economía colaborativa y la competencia desleal», *RDM*, núm. 296, 2015, pp. 283-334, en p. 300: «Por tanto, la previsión normativa integra los supuestos de transporte en vehículo privado, cuyo único objetivo sea compartir el gasto de desplazamiento para su titular. Y de ahí la licitud de la práctica de las plataformas, Blablacar y análogas, que ponen en contacto al conductor de un vehículo con potenciales viajeros para compartir los gastos del trayecto».

<sup>37</sup> Apuntan a la necesidad de acudir al criterio interpretativo de la realidad social (art. 3 del CC) O. ARMENGOL I GASULL y N. OLMOS, «El impacto de la economía colaborativa en el transporte interurbano», en J. MONTERO PASCUAL (dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 326-349, en p. 346.

como límite en este suporden público.

En la sentencia se de previstas en la LOTT ( hace referencia al trans pecto a la actividad de r el magistrado que no se al carecer de carácter p que realizan las agencia: de una materia cuya con (art. 148.1.18.ª CE). Al comisionista (art. 244 C

Cabe preguntarse, ur de la óptica de la regula en el que se debe incard si puede entenderse que ción, en los términos de realizada por BlaBlaCar la información»<sup>38</sup> propo servicio por ella prestad así: es a distancia, por m remuneración que abona

En cuanto a esta últim servicio prestado por Bla ser retribuido. Sin embar su calificación como serv la LSSI precisa que debe dos si constituyen una ac de que lo fue el servicio p

Como tal, se encuent cios<sup>41</sup> en la Unión Europe das en el art. 8 LSSI y en

<sup>38</sup> «A los efectos de esta I “servicios”: todo servicio presta ción individual del destinatario» de la Directiva 2015/1535/UE ( la que se establece un procedim relativas a los servicios de la soci una remuneración, a distancia, p

<sup>39</sup> Así resulta del párrafo se «El concepto de servicio de la s rados por sus destinatarios, en l de servicios».

<sup>40</sup> J. MONTERO PASCUAL, «El CUAL (dir.), *La regulación de la*

<sup>41</sup> Se recoge, entre otros, en el art. 16 de la Directiva 2006/2006, relativa a los servicios en e



orden o salud públicos, la protección de menores que —se dictamina en la sentencia— no se ven afectados por la actividad de BlaBlaCar y, en consecuencia, no cabe establecer limitaciones al mismo. Sin embargo, y con independencia de su afectación o no, la resolución obvia mencionar que los mentados artículos incluyen entre los supuestos habilitantes para establecer restricciones la protección de los consumidores, como lo son tanto los conductores que hacen un uso lícito de la plataforma, como los pasajeros que utilizan BlaBlaCar<sup>42</sup>.

En síntesis, atendiendo al fallo, cabría caracterizar la relación triangular existente entre BlaBlaCar, conductores y pasajeros como una manifestación de la economía colaborativa, definida como aquellos «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»<sup>43</sup>. La plataforma presta un servicio de la sociedad de la información y no el servicio subyacente de transporte de viajeros por carretera, que, como transporte privado particular, se realiza fuera de la normativa reguladora de la LOTT, y está, por tanto, permitido<sup>44</sup>.

Se suscita la cuestión de si esta solución jurídica es aplicable a otras plataformas tecnológicas que actúan en el mercado del transporte, como por ejemplo Amovens, Cabify, Carpooling.es, RoadSharing, Shareling, Uber, etc. La respuesta debe ser negativa, pues las características de unas y otras son distintas. En este contexto, hay que traer a colación el supuesto referente a la plataforma que mayor polémica ha suscitado tanto a nivel nacional como internacional, es decir, Uber. Como apuntábamos en la introducción a este trabajo, el mismo magistrado Andrés Sánchez Magro suspendió cautelarmente la actividad de «Uber Technologies Inc.». Además, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en el marco de la demanda presentada por la Asociación Profesional Elite Taxi contra «Uber Systems Spain, S. L.», ha elevado una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>45</sup>, cuya problemática gira en torno a clarificar la naturaleza jurídica de los servicios que presta la plataforma.

La actividad de transporte facilitada a través de la plataforma Uber se distingue de aquella que proporciona BlaBlaCar, pues en el caso de Uber los conductores ya no realizan el viaje para satisfacer sus propias necesidades, sino exclusivamente para transportar al solicitante al destino indicado por este. Ello hace que esta actividad no se pueda subsumir en el concepto de transporte privado particular, sino en el de transporte público de viajeros (art. 62.2 LOTT), en su modalidad discrecional, puesto que el itinerario, calendario y horario no están preestablecidos (art. 64.1.2.º LOTT)<sup>46</sup>. Por lo que respecta al rol de la plataforma en el desarrollo del transporte

<sup>42</sup> El concepto de consumidor se recoge en el art. 2.e) de la Directiva 2000/31/CE, como «cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión».

<sup>43</sup> COM (2016) 356 final, p. 3.

<sup>44</sup> Un supuesto parecido es el de la plataforma Airbnb, que opera en el sector del alquiler de viviendas turísticas, cuya actividad los tribunales han entendido que carece de tipicidad desde el punto de vista del concreto servicio subyacente cuya prestación facilita, motivo por el cual no adolece de ilegalidad. Así lo dictamina la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (Sección 11.ª) de Barcelona núm. 309/2016, de 29 de noviembre (Roj: SCJA 1752/2016).

<sup>45</sup> *DOUE*, núm. C 363/21, de 3 de noviembre de 2015.

<sup>46</sup> Así lo entiende también C. GÓRRIZ, «Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal», *Rdt.* núm. 16, 2015, pp. 77-98, en p. 85.

realizado, se ha señalado que utiliza las curvas de conductores (por ejemplo, bilidad civil, determina formación, y percibe un precio abonado por los control sobre la actividad estaría prestando, además el servicio subyacente de tanto, podría estar como de la actividad concurr

## 2. ¿Ilícito concurrencia

Aunque la sentencia dictada a BlaBlaCar, esto es sobre ello y señalar los

En concreto, Confet por una parte, la norma normativa fiscal del im prueba es diferente en c

a) La infracción de LCD, por cuanto se trata efectos de valorar si est tenido de la misma, cu mercial<sup>49</sup>, como ocurre hallaríamos ante norma tenecientes al grupo de nómico, concediendo m de concesionarios.

<sup>47</sup> P. JARNE, «Nuevas tendencias colaborativas», en M. ZUBIRI DE REUTERS ARANZADI, 2016, pp. 1-10.

<sup>48</sup> En contra, J. MONTERO CUAL (dir.), *La regulación de las plataformas colaborativas prestador del servicio y el consumidor*.

<sup>49</sup> Destaca por la amplitud de 28 de enero (AC/2009/357), de 24 de julio (Roj: STS 539 SAP B 8777/1999); SAP Val. La referida resolución apunta a que las referidas resoluciones mercantiles, mención que encorrieras no mercantiles puedan

<sup>50</sup> J. MASSAGUER, *Comentarios*.

<sup>51</sup> J. ALFARO, «Competencia desleal», en pp. 693-695.

se dictamina en la sentencia en consecuencia, no cabe dependencia de su afectación. Los autos incluyen entre los sujetos de los consumidores, como de la plataforma, como

la relación triangular existente en la economía colaborativa que se facilitan actividades en el mercado abierto para el uso de plataformas particulares»<sup>43</sup>. La plataforma no el servicio subyacente de transporte privado particular, se trata, por tanto, permitido<sup>44</sup>.

comparable a otras plataformas como por ejemplo Amovens. La respuesta debe ser negativa. En este contexto, hay que tener en cuenta que la mayor polémica ha sido en relación con Uber. Como apuntó el magistrado Andrés Sánchez de los Ríos (Sala IV de lo Civil del Tribunal Supremo, *Procedimiento de lo Contencioso-Administrativo de la demanda presentada por Uber Systems Spain, S. L.*), «la naturaleza jurídica de los

servicios que presta Uber se distinguen de los que presta a los conductores ya que no son exclusivamente para el uso particular, sino en el ámbito de la modalidad discrecional, regulados por el art. 64.1.2.º del Real Decreto de desarrollo del transporte

de 100/31/CE, como «cualquier actividad económica o profesión».

En el sector del alquiler de viviendas desde el punto de vista de la legalidad, el art. 11.1.º de la Ley de Arrendamiento (Sección 11.ª) de Barcelona

de competencia desleal», *Rdt*,

realizado, se ha señalado que Uber fija el precio del viaje (en base a un algoritmo que utiliza las curvas de la oferta y la demanda), exige ciertas condiciones a los conductores (por ejemplo, no tener antecedentes penales, tener un seguro de responsabilidad civil, determinado tipo de vehículo), a los que imparte asimismo cursos de formación, y percibe un porcentaje de aproximadamente un veinte por ciento del precio abonado por los clientes, lo que indica que la plataforma tiende a ejercer el control sobre la actividad de transporte<sup>47</sup>. Esto nos lleva a la conclusión de que Uber estaría prestando, además de un servicio de la sociedad de la información, también el servicio subyacente de transporte, sin contar con la preceptiva autorización, y, por tanto, podría estar cometiendo un ilícito desleal por violación de normas reguladoras de la actividad concurrencial<sup>48</sup>.

## 2. ¿Ilícito concurrencial por violación de normas?

Aunque la sentencia no entra a valorar en detalle el ilícito concurrencial imputado a BlaBlaCar, esto es, la vulneración del art. 15 LCD, conviene hacer un apunte sobre ello y señalar los aspectos que más llaman la atención de la resolución.

En concreto, Confebús alega dos supuestos distintos de vulneración de normas: por una parte, la normativa de transporte terrestre de viajeros; y, por otra parte, la normativa fiscal del impuesto sobre el valor añadido. Veremos que la carga de la prueba es diferente en cada uno de ellos.

a) La infracción de la LOTT tendría amparo en el apartado segundo del art. 15 LCD, por cuanto se trata de normas reguladoras de la actividad concurrencial. A efectos de valorar si estamos ante una norma concurrencial, lo relevante es el contenido de la misma, cuyo objeto directo debe ser la regulación de la actividad comercial<sup>49</sup>, como ocurre con la normativa de transporte. Más concretamente, nos hallaríamos ante normas competitivas que regulan la estructura del mercado<sup>50</sup>, pertenecientes al grupo de las que «eliminan el mercado en un determinado sector económico, concediendo monopolios generales o limitados»<sup>51</sup>, en este caso oligopolios de concesionarios.

<sup>47</sup> P. JARNE, «Nuevas tendencias en el transporte terrestre de viajeros. El fenómeno del transporte colaborativo», en M. ZUBIRI DE SALINAS (dir.), *El contrato de transporte de viajeros*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 227-265, en pp. 249 y 250.

<sup>48</sup> En contra, J. MONTERO PASCUAL, «La regulación de la economía colaborativa», en J. MONTERO PASCUAL (dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, op. cit., pp. 23-65, en p. 63, quien considera que las plataformas colaborativas no son titulares del servicio subyacente, sino meros intermediarios entre el prestador del servicio y el consumidor.

<sup>49</sup> Destaca por la amplitud del análisis que realiza, la SJMER núm. 5 de Madrid núm. 10/2009, de 28 de enero (AC/2009/337), que cita muchas otras resoluciones: STS (Sala de lo Civil) núm. 874/2007, de 24 de julio (Roj: STS 5392/2007); SAP Barcelona (Sección 15.ª), de 1 de septiembre de 1999 (Roj: SAP B 8777/1999); SAP Valencia (Sección 9.ª) núm. 17/2007, de 23 de enero (Roj: SAP V 775/2007). La referida resolución apunta también que dichas normas deben emanar de una autoridad con potestad mercantil, mención que encontramos criticable, puesto que nada impide que normas reguladoras de materias no mercantiles puedan ordenar la actividad concurrencial.

<sup>50</sup> J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., pp. 445 y 445.

<sup>51</sup> J. ALFARO, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1999, pp. 667-730, en pp. 693-695.



han mantenido que este — de prevalimiento de una — e regulan la actividad com- cha ventaja. De este modo, aCar infringe la normativa túa en el mercado con una umento de las reglas básicas ermite desarrollar una ac- monopolio a favor de los ste caso, correspondería a mpetitiva infringiendo la alido de ella<sup>55</sup>.

ñale que «para que la ac- io significativo», y que, a probatoria suficiente por juicio significativo, pues, e una ventaja competitiva eba.

odría tener cabida en el í que tendría que probar, la prueba (art. 217 LEC), una ventaja competitiva, la infracción, así como el hace a este último aspec- se bien porque el infrac- do mediante la conducta estrategias competitivas el presente caso, Confe- mandada solo es posible

t., p. 441; J. ALFARO, «Compe- ZA, «Violación de normas», en *esleal*, Madrid, Tecnos, 2009, as como acto de competencia (Sección 6.ª) de 21 de marzo

07/2005); STS (Sala de lo Ci- (Sección 9.ª) núm. 17/2007,

cción no procura una ventaja *op. cit.*, p. 442).

oducirse una infracción de la del art. 15 LCD.

424); STS (Sala de lo Civil) ?/2006, de 16 de mayo (Roj: ibre (JUR/2015/276289).

, p. 440; J. ALFARO, «Compe- NZA, «Violación de normas», 37.

Sin embargo, el juzgador no entra a valorar este posible ilícito concurrencial, y ello por dos motivos: por una parte, afirma que se trata de una mera alegación de la actora, que no tiene reflejo en el suplico de la demanda, lo que no plantea dudas en aplicación del principio de justicia rogada (art. 216 LEC); y, por otra, porque se declara incompetente para dictaminar sobre una materia fiscal, que considera competencia exclusiva de la Agencia Tributaria.

Este segundo motivo permite, a nuestro juicio, matizaciones, siguiendo el principio de no vinculación del juez de lo civil por la calificación de los hechos que hayan podido hacer las autoridades administrativas<sup>58</sup> y la inexistencia de prejudicialidad en este ámbito<sup>59</sup>. En atención a ello, el juez que conoce de la demanda de competencia desleal podría decidir sobre la existencia o no de infracción legal, a los solos efectos de aplicación del art. 15 LCD, para cuya valoración se ha sugerido que el demandante tendría que probar la existencia de la infracción de la norma como un «hecho»<sup>60</sup>. Aplicado al caso que nos ocupa, Confebús debería haber probado, como un hecho más, que BlaBlaCar realiza una actividad infringiendo la normativa del impuesto sobre el valor añadido. Solo si el juzgador no considerase suficientemente probada la infracción o, en caso de duda<sup>61</sup>, habría que esperar al pronunciamiento previo de la Agencia Tributaria<sup>62</sup>.

### 3. Otros aspectos: la falta de legitimación activa de «Comuto Iberia, S. L.» y la doctrina del retraso desleal

Aparte de los puntos referenciados, existen otros aspectos relacionados con el pleito, que, por exigencias de extensión de este trabajo, solamente nos limitamos a consignar.

En atención al art. 218 LEC, se echa en falta que el juzgador se hubiese pronunciado sobre la alegada falta de legitimación pasiva de la sociedad «Comuto Iberia, S. L.». Al respecto —y haciendo la salvedad de desconocer las alegaciones de las partes, pues no se recogen en la sentencia— no parece razonable entender que la filial española carece de legitimación pasiva. Por el contrario, entendemos que de la

<sup>58</sup> Recordemos que BlaBlaCar y dos de los conductores que utilizan la plataforma fueron sancionados por la Comunidad de Madrid, motivo por el cual la plataforma presentó una denuncia ante la Comisión Europea (<https://www.blablacar.es/newsroom/noticias/blablacar-denuncia-espana-ante-la-comision-europea>).

<sup>59</sup> J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, p. 438.

<sup>60</sup> J. ALFARO, «Competencia desleal por infracción de normas», *op. cit.*, p. 712. Asimismo, A. MAGDALENO, «Procedimiento», en F. MARTÍNEZ SANZ (dir.), *Comentario práctico...*, *op. cit.*, pp. 359-367, en p. 365 afirma que «el criterio que se impone es el de la acción ejercitada, siendo la Jurisdicción Civil la única competente cuando la base de la pretensión sean las normas de la LCD, con indiferencia de quién sea el demandado y, también, de que el Juez de lo Mercantil deba aplicar, a los solos efectos de este proceso, normas que tengan carácter administrativo o de otro orden jurisdiccional».

<sup>61</sup> J. ALFARO, «Competencia desleal por infracción de normas», *op. cit.*, p. 712.

<sup>62</sup> La SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 26 de octubre de 2005 (AC/2006/216), sobre la base de la prueba pericial practicada, afirma que «no hay datos certeros para concluir que el grupo Exponovias ha defraudado sus deberes fiscales eludiendo impuestos» y que «con ser dudosa la cuestión, no estimamos bastante la conclusión pericial para imputar al grupo societario demandado la infracción de normas fiscales, máxime cuando la norma (art. 15.1 LCD) exige que la ventaja que de ella ha de obtenerse, para ser calificada de desleal la conducta, ha de ser significativa, lo que, en su caso, está por demostrar».

simple lectura de su objeto social se deduce que sí está legitimada para ser demandada, ya que se dedica a la «[p]restación de servicios de promoción y marketing a entidades participadas y a otras entidades vinculadas, o que se encuentren en el ámbito de actividad desarrollada por la Sociedad», y podrá también llevar a cabo la «prestación de servicios contables, de gestión...»<sup>63</sup>. La actividad que desarrolla tiene pleno encuadre en el art. 34 LCD, que otorga legitimación pasiva en el ejercicio de acciones por competencia desleal no solo a «cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal», sino también a aquella que «haya cooperado a su realización». No cabe duda de que, por lo menos, en esta última expresión, puede incluirse la actividad realizada por «Comuto Iberia, S. L.».

Asimismo, llama la atención que «Comuto, S. A.» alegue retraso desleal en el ejercicio del derecho por la actora, en base a que la demandante ha consentido que BlaBlaCar desarrollara su actividad durante seis años, antes de emprender actuaciones judiciales. Este mismo elemento fáctico fue tenido en cuenta para desestimar la solicitud de suspensión cautelar de la actividad de BlaBlaCar. El magistrado Sánchez Magro entendió que, debido a que la actividad de la plataforma se había desarrollado desde sus inicios sin reproche de la actora, no se podría apreciar la existencia actual de un peligro para la ejecución de una posible sentencia estimatoria, lo que determinaba la no concurrencia de un requisito esencial de estimación de cualquier medida cautelar, aquel del *periculum in mora*<sup>64</sup>. Sin embargo, con respecto a la alegación de tardanza desleal en el ejercicio del derecho —sobre la que la sentencia comentada no se pronuncia— entendemos que, en ningún caso cabría la aplicación de dicha doctrina al supuesto analizado, pues aparte de no existir una dilación temporal sustancial, tampoco puede entenderse que se haya creado en las demandadas «la razonable confianza» de que Confebús no ejercitaría acción alguna en su contra, tal como ha requerido la jurisprudencia<sup>65</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La primera sentencia dictada en materia de transporte colaborativo en España aborda las relaciones jurídicas que se derivan de dicho transporte: de una parte, aquella que surge entre el conductor o el pasajero y la plataforma, y, de otra, la tradicional entre conductor y pasajero. En cuanto a la primera de ellas, falla que la plataforma digital BlaBlaCar no presta un servicio de transporte, sino de la sociedad de la información, sin que concorra ninguna de las circunstancias tasadas en la normativa aplicable que determinen su limitación. Por lo que respecta a la segunda, dictamina que la actividad de transporte prestada por los conductores registrados en BlaBlaCar debe calificarse como una de transporte privado particular, no sometida por ello a autorización alguna.

No obstante, este pionero pronunciamiento judicial se produce en el marco de una ausencia de regulación específica de la materia, tanto a nivel nacional como co-

<sup>63</sup> BORME núm. 195, de 13 de octubre de 2014, p. 44363.

<sup>64</sup> Auto núm. 26/2016, de 26 de enero.

<sup>65</sup> Esta doctrina se anuda al principio de buena fe consagrado en el art. 7.1 del CC y tiene su origen en la figura de la *Verwirkung* del Derecho alemán. Para una amplia exposición de los requisitos de su aplicación, *vid.* la STS (Sala de lo Civil) núm. 872/2011, de 12 de diciembre (Roj: STS 8594/2011).

munitario, que de hecho es do, que la problemática ju en segunda instancia. Ade el sector del transporte de

Todo ello hace que, en versos ámbitos, siendo un hemos centrado el presen cionar seguridad jurídica ; dotar a este sector de una r propio magistrado Sánche un genuino supuesto de ti prestación de una activida deberes de los agentes int sea nacional o europea<sup>67</sup>, caso, deberá responder a l

## B. DEL

### I. COMISIÓN NAC Y LA COMPETEN

#### Resolución de la Comi noviembre de 2016, Exp.

##### Reparto de mercado. Ir

La CNMC considera ac da de acuerdos y prácticas Seguridad, S. A.» y su filia parte, y «Loomis Spain, S servicios de transporte y r de licitaciones públicas co

La infracción es califica se impone una sanción del

<sup>66</sup> Dictamen del Comité Eco un modelo de sostenibilidad par de 2014), en p. 1; también el Pr realidad «exige nuevas normas dad/1488814874\_058715.html).

<sup>67</sup> L. VELASCO, «El consumc opta por una regulación europea, ción de servicios.

<sup>68</sup> Se ha señalado que el reg aprovechara la gran cantidad de VAN ALSTYNE y S. CHOUDARY, *Plc*

<sup>69</sup> COM (2016) 356 final, p. de garantía de la unidad de merca

unitario, que de hecho está colmando. A ello hay que añadir, tal como se ha señalado, que la problemática jurídica que suscita sigue abierta, ya que el litigio continuará en segunda instancia. Además, existen muchas otras plataformas que intervienen en el sector del transporte de pasajeros y sus características no son homogéneas.

Todo ello hace que, en la actualidad, se sigan suscitando interrogantes desde diversos ámbitos, siendo uno de ellos el del Derecho de la Competencia, sobre el que hemos centrado el presente comentario. Desde esta perspectiva y a fin de proporcionar seguridad jurídica a los operadores en el tráfico mercantil, se hace necesario dotar a este sector de una regulación sustantiva propia<sup>66</sup> —tal como parece sugerir el propio magistrado Sánchez Magro— que permita determinar cuándo estamos ante un genuino supuesto de transporte colaborativo y cuándo, por el contrario, ante la prestación de una actividad profesional, así como que establezca los derechos y los deberes de los agentes intervinientes. Habría que valorar si conviene que la misma sea nacional o europea<sup>67</sup>, así como el grado de intervención óptimo<sup>68</sup> que, en todo caso, deberá responder a los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>69</sup>.

## B. DERECHO DE LA COMPETENCIA

### I. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 10 de noviembre de 2016, Exp. S/0555/15, Prosegur-Loomis.**

*Reparto de mercado. Infracción de los arts. 1 LDC y 101 TFUE.*

La CNMC considera acreditada la existencia de una infracción única y continuada de acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas «Prosegur Compañía de Seguridad, S. A.» y su filial «Prosegur Servicios de Efectivo España, S. L.», por una parte, y «Loomis Spain, S. A.», por otra, consistentes en reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en toda España, tanto en el marco de licitaciones públicas como privadas.

La infracción es calificada como muy grave conforme al art. 62.4.a) de la LDC, y se impone una sanción del 4 por 100 del volumen de negocios del ejercicio anterior,

<sup>66</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (DOUE C 177/01, 11 de junio de 2014), en p. 1; también el Presidente de la CNMC aboga por su regulación y afirma que esta nueva realidad «exige nuevas normas y leyes» ([http://economia.elpais.com/economia/2017/03/06/actualidad/1488814874\\_058715.html](http://economia.elpais.com/economia/2017/03/06/actualidad/1488814874_058715.html)).

<sup>67</sup> L. VELASCO, «El consumo colaborativo en el transporte de personas», *op. cit.*, p. 7, con acierto opta por una regulación europea, puesto que la cuestión afecta a la libertad de establecimiento y prestación de servicios.

<sup>68</sup> Se ha señalado que el regulador debería optar por un modelo legislativo menos tradicional, que aprovechara la gran cantidad de información que proporcionan las nuevas tecnologías (G. PARKER, M. VAN ALSTYNE y S. CHOUDARY, *Platform...*, *op. cit.*, p. 260).

<sup>69</sup> COM (2016) 356 final, p. 4. En el ámbito nacional, art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.