

LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

(El caso «Uber contra el taxi»)

Gabriel Doménech Pascual

*Profesor Titular de Derecho Administrativo.
Universitat de València*

Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2015** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos Francisco MOLINA DEL POZO, doña M.ª José ACHÓN BRUÑÉN, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, don Jorge BOTELLA CARRETERO, don Javier CREMADES GARCÍA y don Vicente MORET MILLÁS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El surgimiento de los sistemas de economía colaborativa está revolucionando la realización de múltiples actividades de producción y consumo de bienes y servicios. En el presente trabajo se analizan algunos de los innumerables e importantes problemas jurídicos que plantean estos sistemas, tomando como ejemplo ilustrativo uno de los sectores que más controversias ha generado al respecto: el del taxi. En el trabajo se pone de manifiesto cómo los cambios sociales y tecnológicos han alterado las bases sobre las que se asentaba la normativa reguladora de esta modalidad de transporte, provocando que muchas de las limitaciones de las libertades empresarial y profesional impuestas en la materia hayan devenido desproporcionadas y, por lo tanto, perdido su licitud constitucional. A lo largo del texto se ofrecen diversas pautas que deberían tenerse en cuenta para dar una respuesta equilibrada a varias de las más relevantes cuestiones jurídicas suscitadas por la economía colaborativa, no solo en el ámbito del taxi.

Palabras claves: economía colaborativa, economía digital, Derecho administrativo económico, transporte, taxi y libertad de empresa.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015 / Fecha de revisión: 28-08-2015

THE REGULATION OF SHARING ECONOMY

(The case Uber v. Taxi)

Gabriel Doménech Pascual

ABSTRACT

The emergence of sharing economy is revolutionizing many industries. This paper analyzes some of the most relevant legal problems sharing economy poses, taking the taxi sector as an illustrative example. The paper points out that new information technologies enable to reduce or even eliminate market failures that arguably used to justify the enactment of certain legal rules restricting freedom in that sector, thereby making these restrictions disproportionate and, therefore, unconstitutional. We also make some suggestions on how sharing economy should be regulated in order to strike a fair balance between the interests at stake, not only in the realm of taxi.

Keywords: sharing economy, law, digital economy, transportation, taxi and freedom of enterprise.

Sumario

- I. ¿Qué es la economía colaborativa?
- II. Las causas del surgimiento de la economía colaborativa
- III. Impacto de la economía colaborativa sobre el bienestar social
 1. Beneficios. Reducción de costes de transacción y asimetrías informativas
 2. Costes
- IV. El problema de la incertidumbre
- V. Principios de la regulación de la economía colaborativa
 1. Las libertades empresarial, profesional y general de actuar
 2. La posibilidad de limitar las referidas libertades para atender otros fines legítimos. El papel ambivalente de estos fines
 3. El principio de proporcionalidad
- VI. Necesidad de regulación específica de la economía colaborativa
- VII. Los costes de transición y su mitigación
 1. Limitación transitoria del alcance de la nueva regulación
 2. Compensación de los perjuicios sufridos
 - A) Criterios jurisprudenciales y doctrinales usualmente utilizados para determinar la naturaleza expropiatoria de una regulación
 - B) Costes y beneficios de compensar a los perjudicados por la nueva regulación
- VIII. Aplicación a la economía colaborativa de la normativa preexistente
- IX. Un ejemplo ilustrativo: El caso «Uber contra el taxi»
 1. Limitaciones legales del mercado del taxi
 2. Fallos del mercado del taxi que (supuestamente) justifican las referidas limitaciones
 3. Los fallos de la mano pública
 - A) Problemas de información
 - B) La captura del regulador
 4. Proporcionalidad de las referidas limitaciones en el escenario anterior a la revolución de las tecnologías de la información
 - A) Requisitos de seguridad y calidad
 - B) Regulación del precio

- C) Limitación del número de taxis
 - D) Limitación del tamaño de las empresas del sector
5. Proporcionalidad de las referidas limitaciones en el escenario actual
- A) Requisitos de seguridad y calidad
 - B) Regulación del precio
 - C) Limitación del número de taxis
 - D) Limitación del tamaño de las empresas
6. Mitigación de los perjuicios derivados de una eventual liberalización del sector del taxi
- A) Un apunte de Derecho comparado
 - B) Algunos casos semejantes en el Derecho español
 - C) La solución legal y jurisprudencial prevista para un problema análogo: La ampliación del número máximo de licencias de taxi
 - D) Posición que se sostiene: La compensación de los perjuicios eventualmente causados no es ni constitucionalmente obligada ni conveniente
7. La reacción de las autoridades competentes

Bibliografía

NOTA: Una versión anterior de este trabajo fue presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en el Seminario García de Enterría de la Universidad Complutense de Madrid y en un Legal Lunch de la Universitat de València. Agradezco enormemente las invitaciones de los profesores LORENZO MARTÍN-RETORTILLO y EMILIO GUICHOT, así como las críticas que los participantes en estos foros me hicieron. De los errores subsistentes solo yo tengo la culpa.

I. ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA COLABORATIVA?

Economía colaborativa es la expresión usualmente utilizada en castellano para designar lo que en inglés se conoce como *sharing economy*, *peer-to-peer economy*, *mesh*, *collaborative economy* o *collaborative consumption*, expresiones más o menos equivalentes, al margen de los particulares matices de significado que cada una de las cuales encierra. Con ellas se alude a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios que surgen a principios del siglo XXI y que aprovechan las posibilidades abiertas por los recientes avances de las tecnologías informáticas para intercambiar y compartir dichos bienes y servicios.

Estas locuciones resultan algo equívocas, en la medida en que ni la colaboración ni la compartición son fenómenos en absoluto nuevos. Nótese que en todos los sistemas productivos en los que hay una cierta división del trabajo existe algún tipo de cooperación entre dos o más sujetos. Nótese, también, que desde tiempos inmemoriales se conocen casos frecuentes en los que dos o más personas comparten de alguna manera el uso de ciertos recursos¹.

La novedad de la llamada economía colaborativa radica en el aprovechamiento de las posibilidades abiertas por las tecnologías informáticas que emergen a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, aprovechamiento que permite reducir muy considerablemente las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades, incrementar la escala en la que se llevan a cabo y realizarlas de formas distintas a las hasta ahora conocidas.

Muchos de los nuevos sistemas de economía colaborativa implican un aumento del grado en el que se comparte el uso de ciertos bienes y, por lo tanto, una creciente separación entre la propiedad y la utilización de los mismos². Los sistemas tradicionales de producción y consumo, en los que la correlación entre ambas es mucho más fuerte, implican elevadísimos niveles de infrutilización o «exceso de capacidad» de ciertos recursos³ y de sobreexplotación de otros. El caso de los turismos es paradigmático. Se calcula que los mismos permanecen aparcados entre el 92% y el 96% de su vida útil⁴, y que un porcentaje sorprendentemente elevado del suelo urbano

¹ Vid. BELK (2010). Sobre los sistemas de compartición de coches anteriores al advenimiento de la revolución de las tecnologías de la información, vid. SHAHEEN, SPERLING y WAGNER (1998); PRETTENTHALER y STEININGER (1999); TRUFFER (2003).

² Sobre las ventajas de la compartición, BELK (2007). Sobre los actuales sistemas de compartición de turismos en los Estados Unidos de América, vid. SHAHEEN, MALLERY y KINGSLEY (2012).

³ Sobre las causas de este exceso de capacidad, vid. BENKLER (2005, págs. 296 y ss.).

⁴ HAMPSHIRE y GAITES (2011).

se dedica a este fin⁵. Los nuevos sistemas de compartición de automóviles permiten obviamente minorar esos porcentajes y reducir de manera drástica los costes de todo tipo que conlleva su disfrute. Tal compartición hace posible satisfacer las mismas necesidades de movilidad empleando para ello menos coches y plazas de aparcamiento. Mitiga la infrautilización de los vehículos y la sobreexplotación del suelo urbano.

Los actores, actividades y sistemas de economía colaborativa pueden ser de muy diversos tipos⁶. Dichas actividades pueden realizarse con o sin ánimo de lucro. La prestación de servicios de alojamiento a través de AirBnB y la creación de la Wikipedia ilustran respectivamente ambas posibilidades.

Algunas de las empresas que han florecido en este ámbito proporcionan a los consumidores acceso a determinados bienes o servicios a través de una plataforma tecnológica que simplifica enormemente las correspondientes transacciones. Sirva como ejemplo de estos modelos *Business to Consumer* o *B2C* la empresa Zipcar, que mantiene una flota de automóviles y ofrece a los interesados la posibilidad de utilizarlos con gran comodidad durante periodos y para desplazamientos eventualmente muy cortos. Otras empresas se limitan a hacer de intermediarias, también a través de algún dispositivo tecnológico, entre sujetos que intercambian o comparten bienes o se prestan determinados servicios. Uber, Blablacar, AirBnB y Taskrabbit constituyen ejemplos de estos sistemas *Consumer to Consumer* o *C2C*.

Algunas de estas actividades se desarrollan en ámbitos que hasta la fecha han carecido de una regulación jurídica específica. Piénsese en los recados (Taskrabbit). Otras, en cambio, se llevan a cabo en campos que han estado sometidos a una fuerte intervención pública, que ha restringido de manera muy notable la libertad de los particulares para realizarlas. Serían los casos del transporte urbano de pasajeros (Uber) y del alojamiento residencial (AirBnB).

II. LAS CAUSAS DEL SURGIMIENTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La causa principal del surgimiento de la economía colaborativa es, como ya se ha dicho, el espectacular *progreso experimentado por las tecnologías de la información*, que ha posibilitado abaratar exponencialmente las actividades de obtención, almacenamiento, procesamiento y comunicación de información que los interesados han de llevar a cabo para colaborar en la producción y consumo de bienes y servicios, intercambiándolos o compartiéndolos⁷. Reparemos a modo de

⁵ En algunas ciudades norteamericanas, solo el espacio dedicado a aparcamiento fuera de las vías públicas representa ya el 25% del suelo urbano. *Vid.* MANVILLE y SHOUP (2005, págs. 234 y ss.).

⁶ *Vid.* BOTSMAN y ROGERS (2011); GANSKY (2012). Sobre la tipología de sistemas de economía colaborativa en el sector del transporte, *vid.* ESTANCONA PÉREZ (2015, págs. 165 y ss.).

⁷ En sentido similar, en relación con la compartición de bienes, BENKLER (2005, pág. 278).

ejemplo en Uber o su competidora Lyft. Cuatro recientes avances tecnológicos están en la base de su éxito. El fundamental es internet, que permite conectar entre sí a miles de personas interesadas en ofrecer o utilizar determinados servicios. El segundo es el GPS (*Global Positioning System*), que hace posible localizar con una enorme precisión, rapidez y facilidad a los individuos que actualmente demandan u ofertan dichos servicios. El tercero son los teléfonos móviles inteligentes, cuyas prestaciones y enorme difusión permiten a un sector de la población cada vez más amplio solicitar con una enorme facilidad dichos servicios prácticamente en cualquier momento y lugar. Finalmente, las plataformas de pago telemáticas enervan las incomodidades y los riesgos que tanto para los usuarios como para los prestadores engendran los pagos en metálico.

La reciente *crisis económica* también ha coadyuvado al florecimiento de la economía colaborativa. El deterioro de las condiciones económicas en la mayoría de los países occidentales y las estrecheces resultantes han servido de potente estímulo para que mucha gente invente, desarrolle, ponga en marcha o participe en actividades de economía colaborativa, a fin de obtener ingresos o disfrutar de bienes o servicios a los que no podrían acceder en modo alguno o en condiciones tan favorables en el marco de los sistemas tradicionales.

La preocupación por la *protección del medio ambiente* ha actuado en la misma dirección. La razón es bien simple: muchas formas de economía colaborativa permiten usar de manera más eficiente y sostenible los recursos naturales, reducir los costes medioambientales que implica el acceso a determinados bienes y servicios.

Se dice también que diversos factores de índole cultural han podido coadyuvar al auge de este fenómeno. Entre ellos destaca la *necesidad de socialización*. Las plataformas de economía colaborativa expanden las posibilidades de entablar contacto e interactuar, virtual o presencialmente, con una vasta comunidad de personas.

III. IMPACTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL

1. BENEFICIOS. REDUCCIÓN DE COSTES DE TRANSACCIÓN Y ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

Las nuevas tecnologías facilitan que los individuos colaboren voluntariamente en la realización de actividades de producción y consumo presumiblemente beneficiosas para todos ellos. Eliminan algunos de los obstáculos y costes que dificultan dicha colaboración, principalmente dos.

El primero es el de los llamados costes de transacción. Para cooperar e intercambiar bienes y servicios, las partes afectadas han de incurrir normalmente en costes de diversa índole. Por de pronto, los que implican las actividades de búsqueda de información referente a los aspectos subjetivos y objetivos de la operación considerada. Los interesados necesitan identificar y localizar

a las personas interesadas en realizar las actividades en cuestión, averiguar si poseen las cualidades necesarias para desarrollarlas adecuadamente, evaluar la calidad y cantidad de los servicios o bienes ofertados o de las correspondientes contraprestaciones. En segundo lugar, los implicados muchas veces han de llevar a cabo costosas negociaciones para fijar las condiciones bajo las cuales se producirá la cooperación. En tercer lugar, deben establecer los mecanismos apropiados que permitan verificar y asegurar que sus contrapartes cumplen los compromisos contraídos. Fácilmente se comprende que si los costes de transacción que para cualquiera de los implicados encierra un negocio superan los beneficios que de este pueden esperar, muy probablemente no se celebrará el mismo. Si, por ejemplo, el coste que para una persona tienen el tiempo y el esfuerzo invertidos en encontrar un conductor fiable, dispuesto a compartir su coche por un módico precio para realizar un cierto trayecto urbano a una determinada hora de un concreto día, excede del coste que conlleva la utilización a estos efectos de un medio de transporte alternativo, dicha persona utilizará este último o simplemente no se desplazará.

El segundo gran obstáculo para la referida colaboración es la existencia de asimetrías informativas, de situaciones en las que una de las potenciales partes posee más o mejor información que la otra sobre las circunstancias de las que dependen los resultados del negocio, por ejemplo sobre la calidad de los servicios ofertados.

Dichas asimetrías pueden llegar a impedir que se concluyan acuerdos netamente beneficiosos para los individuos afectados (MYERSON y SATTERTHWAITTE, 1983). Supongamos, a modo de ejemplo, que todo el mundo sabe que en una ciudad hay dos tipos de taxistas, los honestos, que prestan sus servicios de transporte como es debido, y los deshonestos, que sistemáticamente atracan a sus clientes, infligiéndoles a cada uno de ellos un perjuicio de 210 euros por viaje. Imaginemos que Ticio es un taxista honesto, que haría una carrera por un precio igual o superior a 10 euros, mientras que Cayo es un usuario que estaría dispuesto a pagar hasta 20 euros por ella. Es claro que ambos salen ganando si deciden celebrar y ejecutar el correspondiente contrato de transporte, pactando un precio que se encuentre entre ambas cantidades. El problema es que Cayo no sabe si Ticio es honesto o deshonesto. Y que este, que obviamente sí lo sabe, no tiene manera de evidenciar su honestidad antes de concluir el contrato. Cayo solo sabe que existe una probabilidad p de que Ticio sea deshonesto (en cuyo caso la carrera le costará 210 €) y una probabilidad $1 - p$ de que sea honesto (en cuyo caso el coste será de 10 €). El coste esperado de una carrera (C) equivaldrá, por lo tanto, a la suma de ambas cantidades ponderadas respectivamente por las probabilidades de cada uno de los dos escenarios [$C = p \times 210 + (1 - p)10$]. En tales circunstancias, y si partimos de la premisa de que ambas partes actúan racionalmente, adoptando las decisiones que maximizan su utilidad, puede ocurrir que dicho contrato no se celebre si la probabilidad que Cayo percibe de encontrarse a un taxista deshonesto es tan elevada que el coste esperado de una carrera excede de los 20 euros que estaría dispuesto a pagar por ella. En el ejemplo propuesto, bastaría que esta probabilidad fuese superior al 5% para que tal resultado, socialmente indeseable, acabase produciéndose.

Las asimetrías informativas también pueden producir un fenómeno de selección adversa que termine provocando incluso el colapso del mercado (AKERLOF, 1970). Imaginemos que en una ciudad en la que solo había taxistas honestos aparecen varios deshonestos. Al cabo de

un tiempo, los usuarios percibirán una cierta probabilidad de ser atracados y, por las razones antes expuestas, algunos de ellos se abstendrán de contratar dichos servicios. La contracción de la demanda provocará seguramente que algunos taxistas se vean forzados a salir del mercado. Y nótese que la probabilidad de que estos sujetos salientes sean honestos es mucho mayor que la probabilidad de que sean deshonestos, pues los primeros ganan por cada carrera mucho menos que los segundos. También es posible que algunos taxistas honestos decidan volverse deshonestos a fin de mantenerse en el mercado. La honestidad es un significativo lastre a estos efectos. Con el tiempo, por consiguiente, se irá incrementando la proporción de taxistas deshonestos y la probabilidad percibida por los usuarios de toparse con uno de ellos, lo que a su vez determinará que se reduzcan la demanda y la oferta de los correspondientes servicios. Se creará así un círculo vicioso que puede dar lugar incluso a que el mercado llegue a desaparecer por completo.

Problemas similares se plantean en otros muchos ámbitos. Quienes ofrecen al público alojamiento temporal en sus viviendas ignoran por lo común características de sus potenciales clientes –v. gr., su nivel de cuidado y honestidad– que pueden resultar determinantes de la rentabilidad de cada concreta operación. Y estos, a su vez, desconocen, antes de ocuparlas, la calidad real de las viviendas. Los conductores de vehículos dispuestos a compartir su coche con personas de un determinado tipo –v. gr., «no peligrosas»– para realizar un trayecto interurbano difícilmente podrán tener la certeza de que un concreto interesado encaja o no en ese tipo. Y viceversa: los individuos dispuestos a pagar una determinada cantidad de dinero a quienes presten determinados servicios poseerán normalmente información incompleta acerca de las cualidades de estos necesarias a estos efectos.

Las nuevas tecnologías surgidas durante las últimas décadas permiten reducir de manera muy considerable tales costes de transacción y asimetrías. Dichas tecnologías han abaratado exponencialmente las actividades de obtención, almacenamiento, procesamiento y comunicación de la información necesarias para identificar, localizar, conocer y poner en contacto a multitud de personas interesadas en celebración de acuerdos mutuamente beneficiosos.

Sirva otra vez el ejemplo de Uber. Los avances a los que antes nos hemos referido hacen posible que cualquier urbanita provisto simplemente de un teléfono móvil pueda, con un simple «clic», contactar de manera fácil y rápida, prácticamente a cualquier hora y en cualquier lugar, con otra persona dispuesta a transportarlo mediante un turismo por un precio fijado de antemano. Los mecanismos de pago electrónicos eliminan los riesgos y las incomodidades que para ambas partes conllevan los abonos en metálico. Y el hecho de que los usuarios puedan conocer muy fácilmente las evaluaciones que de los servicios prestados por un determinado conductor han hecho otros muchos usuarios, y viceversa, neutraliza en gran medida las asimetrías informativas existentes entre ambos.

2. COSTES

Los sistemas de economía colaborativa, al igual que los mecanismos digamos «tradicionales» de producción de bienes y servicios, pueden engendrar considerables externalidades negativas,

costes sociales que no soportan quienes llevan a cabo dichas actividades, sino otros individuos, lo que seguramente propiciará que el nivel de realización de estas rebase el que sería óptimo desde el punto de vista del bienestar social. Se ha notado, por ejemplo, cómo los vecinos de quienes ponen sus viviendas a disposición del público en plataformas como AirBnB pueden sufrir molestias y perjuicios que exceden de lo que resulta normal y razonable en las relaciones de vecindad. La explicación es bien sencilla. Al tratarse normalmente de «jugadores de una sola tirada», que no van a poder ser ulteriormente «premiados» ni «castigados» por los vecinos en función de su mejor o peor conducta, los usuarios puntuales de viviendas ofertadas a través de AirBnB tienen menos alicientes que los usuarios habituales a la hora de portarse bien con aquellos.

Más adelante nos referiremos a los riesgos que estos sistemas encierran también para otros intereses legítimos, como el de la igualdad de los ciudadanos en el sostenimiento de los gastos públicos.

IV. EL PROBLEMA DE LA INCERTIDUMBRE

Muchos de los sistemas de economía colaborativa incorporan, en mayor o menor grado, elementos novedosos, desconocidos hasta hace bien poco. Y toda novedad conlleva inevitablemente incertidumbre. Al igual que otros fenómenos sociales nuevos, aquellos llevan aparejadas diversas incertezas, que afectan cuando menos a tres puntos.

El primero es el de sus efectos, el de las consecuencias negativas o positivas que estos sistemas pueden tener sobre la conducta de la gente y su bienestar. No está ni mucho menos claro cuáles son los costes y beneficios que para la sociedad se derivan de su funcionamiento. Por ejemplo, no podemos afirmar con seguridad hasta qué punto la actividad de Uber o de AirBnB, desarrollada bajo la legislación ahora vigente o bajo otra distinta que eventualmente pudiera establecerse, resulta netamente ventajosa para el conjunto de los ciudadanos.

El segundo es el de la normativa que resulta aplicable *de lege lata*. En la medida en que se trata de una realidad social nueva, que difiere significativamente de las formas tradicionales de producción y consumo de bienes y servicios, no está claro cuál es actualmente su régimen jurídico. Lo normal es que el legislador vaya por detrás de la realidad, que tarde más o menos en darle una respuesta adecuada. Y, hasta entonces, no siempre salta a la vista cómo hay que colmar la laguna jurídica existente. De un lado, resulta dudoso que proceda aplicar disposiciones jurídicas preexistentes cuyo tenor literal comprende o no la economía colaborativa pero que fueron dictadas con el propósito de regular actividades diferentes, en un contexto tecnológico y social igualmente distinto⁸. De otro lado, es obvio que alguna regla o principio jurídico preexistente será de aplicación.

⁸ *Vid.* un ejemplo ilustrativo, relativo a si ciertas exenciones fiscales previstas por la compra de bicicletas por un trabajador a cargo de su empresa son igualmente aplicables a la participación del mismo en sistemas de compartición de tales vehículos, en BARRY y CARON (2015).

En tercer lugar, tampoco suele ser evidente cómo conviene regular *ex novo* los sistemas de economía colaborativa, principalmente porque todavía no se conocen bien cuáles han sido o pueden ser sus repercusiones sobre el bienestar social, bajo las condiciones jurídicas actuales o bajo otras distintas que eventualmente se puedan establecer.

Todas estas incertezas pueden tener efectos muy perniciosos. La inseguridad acerca de la normativa aplicable puede engendrar litigios, resoluciones administrativas y judiciales contradictorias y desigualdades entre las personas implicadas. También puede frenar el desarrollo de sistemas de economía colaborativa beneficiosos para la sociedad al hacer más riesgosas y, por lo tanto, más caras las inversiones necesarias para crearlos, establecerlos y perfeccionarlos. Otra posible consecuencia es una excesiva inestabilidad del marco normativo regulador de estas actividades.

Ello aconseja establecer una regulación para la economía colaborativa que tenga debidamente en cuenta sus particularidades y que despeje las dudas eventualmente existentes acerca de su régimen jurídico. El problema, ya lo hemos visto, es que no sabemos muy bien cuál debería ser el contenido óptimo de tal regulación. Lo cual, a su vez, aconseja observar ciertas reglas de procedimiento a los efectos de minimizar el riesgo de equivocarse. Como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en varias ocasiones, cuando el Estado aborda «cuestiones complejas de política... económica, el proceso decisorio debe... comportar la realización de investigaciones y estudios apropiados, a fin de prevenir y evaluar previamente los efectos de las actividades que pueden atentar contra... los derechos de los ciudadanos, posibilitando de esa manera el logro de un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes»⁹.

Conviene señalar que deberían evaluarse no solo los efectos que pueden tener las normas que vayan a establecerse, sino también los efectos reales que hayan producido ya las normas ya aprobadas, con el objeto de detectar posibles desaciertos, corregirlos y mitigar los daños que estos pueden ocasionar¹⁰.

Es más, en situaciones de incertidumbre como la que aquí existe, resulta muy pertinente evaluar experimentalmente las soluciones jurídicas, proceder de manera gradual, paso a paso. Se trataría de establecer normas de alcance limitado que permitan obtener conocimientos sobre sus consecuencias reales que luego puedan ser empleados para garantizar el máximo acierto posible de la regulación general que, una vez finalizado el experimento, se establezca con vocación en principio permanente¹¹. Reaccionar frente a la emergencia de un sistema de economía colaborativa cuyos costes y beneficios sociales son todavía inciertos prohibiéndola de manera categórica no

⁹ Vid., entre otras, la STEDH de 10 de noviembre de 2004 (*Taşkın y otros c. Turquía*, 46117/99, § 119). Sobre esta dimensión procedimental de los derechos fundamentales, vid. DOMÉNECH PASCUAL (2006, págs. 181 y ss., y 337 y ss.).

¹⁰ Vid. DOMÉNECH PASCUAL (2005).

¹¹ Vid. DOMÉNECH PASCUAL (2004); RANCHORDÁS (2014). En relación precisamente con la regulación de la economía colaborativa, RANCHORDÁS (2015, págs. 449 y ss.).

parece muy inteligente, por cuanto esta medida dificulta despejar dicha incerteza, impide obtener información que sería enormemente valiosa para encontrar una solución equilibrada.

V. PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

1. LAS LIBERTADES EMPRESARIAL, PROFESIONAL Y GENERAL DE ACTUAR

La Constitución española establece en su artículo 35.1 que todos los españoles tienen el «derecho a la libre elección de profesión u oficio». Y en su artículo 38.1 «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», y se añade que «los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Ambos derechos constitucionales comprenden básicamente tres libertades: la de acceder a una actividad profesional o empresarial, la de desarrollar dicha actividad sin estorbos o impedimentos y la de abandonarla en cualquier momento¹².

La regulación de la economía colaborativa deberá respetar obviamente estos dos derechos. Cualquier persona ostenta en principio la facultad de crear, organizar y desarrollar sin impedimentos jurídicos los mecanismos cooperativos de producción de bienes y servicios que considere oportunos. Así como la de participar en ellos, realizando a su través las correspondientes actividades profesionales o empresariales.

Cabría interpretar los artículos 35.1 y 38 de la Constitución en el sentido de que las libertades allí reconocidas solo se refieren a la realización de actividades con ánimo de lucro¹³. Ello dejaría fuera del campo de aplicación de ambos preceptos las actividades que en ciertos sistemas de economía colaborativa algunos sujetos desarrollan sin un ánimo tal. No nos detendremos a examinar el acierto de semejante interpretación¹⁴. Sea como fuere, la realización de estas últimas actividades podría considerarse amparada en todo caso por otros derechos constitucionales¹⁵ y, en última instancia, por la llamada libertad general de actuar.

¹² *Vid.* ARROYO JIMÉNEZ (2004, págs. 135 y ss.).

¹³ Así parecen entenderlo, incidentalmente, las SSTC 49/1988 (FJ 12.º) y 84/1993 (FJ 2.º).

¹⁴ En contra, DIEZ-PICAZO, en su voto particular a la STC 49/1988; PAZ-ARES y ALFARO ÁGUILA-REAL (2003, pág. 5.977), quienes estiman que este derecho ampara «cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado». En sentido similar, ARROYO JIMÉNEZ (2004, pág. 139) considera irrelevante que la actividad se desarrolle en un caso concreto sin tal ánimo; lo decisivo, en su opinión, es que la actividad en cuestión sea objetivamente susceptible de explotación económica.

¹⁵ Pensemos en la participación como autor en la Wikipedia, que podría entenderse protegida cuando menos por las libertades de expresión, información y creación científica.

No está del todo claro si la Constitución española establece implícitamente una suerte de derecho fundamental equivalente al contemplado por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, donde se dice que «todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no lesionen los derechos de los otros y no infrinjan el orden constitucional ni la ley moral». El Tribunal Constitucional Federal alemán considera que este precepto reconoce a los ciudadanos una libertad general de actuar, un derecho fundamental a realizar libremente en principio cualesquiera actividades, como viajar al extranjero¹⁶ o alimentar a las palomas¹⁷.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado repetidamente que «el principio general de libertad que consagra la Constitución española en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»¹⁸. Nótese, sin embargo, que aquí no se afirma la existencia de un derecho fundamental equivalente al contemplado en la disposición alemana transcrita, oponible incluso frente al legislador, que no podría restringirlo desproporcionadamente. Aquí lo único que se dice es que ni la Administración ni los Tribunales pueden prohibir o ahorrar la libertad de los ciudadanos sin una norma legal de cobertura.

En cualquier caso, y como PRIETO SANCHÍS (2000, págs. 442 y ss. y 459 y ss.) ha defendido convincentemente, ese derecho puede deducirse de la interpretación conjunta de varios preceptos de la Constitución española. En primer lugar, de su artículo 1.1, que consagra la libertad como un valor superior del ordenamiento y, por tanto, «como un criterio hermenéutico insoslayable para la interpretación de todo el sistema jurídico». En segundo lugar, del artículo 10.1, pues el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad «representa la traducción jurídica del principio de autonomía, esto es, de aquel principio que permite organizar nuestra existencia del modo que nos parezca más oportuno... siempre que no existan razones sustentadas en bienes dignos de protección que autoricen la limitación de aquella autonomía». En tercer lugar, de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.2 CE), que impone a los poderes públicos la obligación «de justificar en cada momento su propia actuación»¹⁹; esta interdicción supone que cualquier limitación de la libertad habrá de resultar justificada, no arbitraria; y «una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo»; y una ley es razonable cuando supera el juicio de proporcionalidad, es decir, cuando resulta adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto para satisfacer un objetivo constitucionalmente legítimo²⁰. Por último, el derecho general de libertad vendría amparado por la libertad de conciencia reco-

¹⁶ Vid. su Resolución de 16 de enero de 1957 (BVerfGE 6, 32).

¹⁷ Vid. su Resolución de 23 de mayo de 1980 (BVerfGE 54, 143).

¹⁸ SSTC 83/1984 (FJ 3.º), 93/1992 (FJ 8.º) y 197/1996 (FJ 25.º).

¹⁹ STS de 17 de abril de 1990 (RJ 3644).

²⁰ Como es sabido, una línea jurisprudencial deduce el principio de proporcionalidad de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Vid. las SSTC 6/1988 (FJ 3.º) y 50/1995 (FJ 7.º).

nocida en el artículo 16.1 de la CE, que comprende la libertad del individuo de actuar de forma coherente con sus propias convicciones.

2. LA POSIBILIDAD DE LIMITAR LAS REFERIDAS LIBERTADES PARA ATENDER OTROS FINES LEGÍTIMOS. EL PAPEL AMBIVALENTE DE ESTOS FINES

Al igual que los restantes derechos constitucionales, las mentadas libertades pueden ser limitadas con el objeto de salvaguardar otros fines constitucionalmente legítimos. El respeto de esas libertades debe cohonestarse con el de otros mandatos contenidos en la Constitución, como los que obligan a los poderes públicos a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores y usuarios (art. 51.1), y a velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva» (art. 45.2).

La protección de estos intereses puede jugar un papel ambivalente respecto de las referidas libertades. En ocasiones existe entre ambos principios una relación de tensión o conflicto: la salvaguarda de aquellos intereses demanda limitar estas libertades. Pero en otros casos sucede justamente lo contrario: los dos van de la mano. La defensa de los usuarios, por ejemplo, puede exigir que se impongan determinadas obligaciones a los sujetos que prestan servicios a través de las plataformas de economía colaborativa –*v. gr.*, la obligación de contratar un seguro que cubra ciertos daños– o a las empresas que las gestionan, pero también que se permita a todos los implicados crearlas, desarrollarlas y participar en ellas, por cuanto estas hacen posible que muchas personas tengan acceso a determinados bienes o servicios en unas condiciones mucho más ventajosas de las que se les ofrecerían en caso contrario.

Una consideración especial merece el principio de igualdad de los ciudadanos en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE). Se ha esgrimido en contra de algunos sistemas de economía colaborativa que quienes intervienen en ellos eluden sistemáticamente el pago de tributos y, en su caso, de contribuciones a la seguridad social, lo cual implica no solo un menoscabo de los intereses directamente protegidos por las normas infringidas, sino también una competencia desleal para las empresas «tradicionales» que operan en los mismos sectores observando –vamos a suponer– dichas normas²¹.

Conviene efectuar dos observaciones a este respecto. La primera es que, muy probablemente, la realización de las correspondientes actividades a través de plataformas colaborativas no dificulta necesariamente, sino que más bien puede favorecer la lucha contra el fraude en materia fiscal y de seguridad social²². La razón salta a la vista. Las transacciones que tienen lugar en el mundo

²¹ *Vid.* el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

²² Sobre un caso de colaboración de plataformas digitales (en concreto, de AirBnB) en la recaudación de ciertos tributos, *vid.* KAPLAN y NADLER (2015, págs. 109 y ss.).

de la economía colaborativa, en la medida en que normalmente se realizan a través de internet, pueden ser mucho más fácilmente rastreadas, detectadas y controladas por los poderes públicos que las que se producen únicamente a través de cauces presenciales.

En segundo lugar, habría que considerar la posibilidad de eximir total o parcialmente del cumplimiento de ciertas obligaciones formales –v. gr., relativas a la gestión documental– o sustanciales –v. gr., del pago de ciertas contribuciones– a las personas cuyo volumen de actividad no rebasa un determinado umbral. La rigidez del sistema actual, por ejemplo en materia de seguridad social, puede suponer una carga desproporcionada para dichas personas y provocar dos efectos indeseables: disuadirlas de llevar a cabo una actividad que es socialmente deseable o empujarlas a realizarla en la ilegalidad.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Al igual que todos los derechos constitucionales, las antes mencionadas libertades pueden ser restringidas por los poderes públicos, pero las restricciones, para ser lícitas, deben respetar ciertas condiciones, básicamente dos: de un lado, deben contemplarse en una norma de rango legal y en unos términos lo suficientemente precisos como para que los afectados sepan a qué atenerse y los órganos encargados de aplicarla en el caso concreto no dispongan de un excesivo margen de discrecionalidad²³; de otro lado, deben respetar su contenido esencial, lo que a nuestro juicio se traduce en que han de ser proporcionadas²⁴. En este trabajo vamos a centrar nuestra atención sobre este segundo requisito. De acuerdo con la formulación canónica del principio de proporcionalidad, cualquier medida restrictiva de la libertad ha de ser: *útil* para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo; *necesaria*, de modo que se trate, de entre las medidas igualmente útiles, la menos restrictiva; y ponderada o proporcionada en sentido estricto, de manera que los beneficios sociales que de ella se derivan excedan de sus costes para la comunidad y, muy especialmente, para los derechos individuales restringidos²⁵.

Este triple test de proporcionalidad está llamado a jugar aquí un importante papel por cuanto cabe razonablemente pensar que muchas de las reglas jurídicas que han venido limitando la liber-

²³ Vid. CIDONCHA (2006, págs. 345 y ss.); GARCÍA VITORIA (2008, págs. 208 y ss.) y, en relación con la regulación de esta libertad mediante ordenanzas locales, ORTEGA BERNARDO (2014, págs. 129 y ss.).

²⁴ En relación con la libertad de empresa, vid. PAZ-ARES y ALFARO ÁGUILA-REAL (2003, págs. 6015 y ss.); ARROYO JIMÉNEZ (2004, esp. págs. 143 y ss.); CIDONCHA (2006, págs. 315 y ss.); GARCÍA VITORIA (2008, págs. 227 y ss.).

²⁵ Vid., por todos, BERNAL PULIDO (2003). Acaso pudiera entenderse que la STC 53/2014 (FJ 7.º) considera compatibles con el artículo 38 de la CE las limitaciones de la libertad de empresa innecesarias o excesivas, al declarar que «para determinar... la conformidad [de cierta medida restrictiva de tal libertad] con el artículo 38 de la CE procede examinar si constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política». Sin embargo, esta STC añade luego que «la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE [garantiza] que las limitaciones de la actividad no sean en sí mismas irracionales o arbitrarias». Y, en nuestra opinión, una limitación innecesaria o excesiva puede ser tachada de irracional y arbitraria.

tad de acometer determinadas actividades empresariales, y contra las que aparentemente chocan ciertos sistemas de economía colaborativa, se han vuelto inútiles, innecesarias o excesivas como consecuencia de un cambio sobrevenido de las circunstancias. El progreso ha convertido en desproporcionadas muchas de esas restricciones, si es que no lo eran ya antes.

De un lado, las nuevas tecnologías reducen considerablemente los costes de transacción que entorpecían el funcionamiento de determinados mercados y que justificaban ciertas regulaciones, lo que hace que estas dejen de ser necesarias.

De otro lado, los dispositivos telemáticos que permiten a los interesados intercambiar información sobre los servicios y bienes en juego reducen las asimetrías informativas existentes de una manera probablemente más eficaz que el mecanismo tradicional, consistente en que la Administración controla, antes de que dichos servicios se presten efectivamente, si los oferentes cumplen determinados requisitos. La explicación es bien simple: la información generada por los participantes en el mercado es a veces mucho más robusta y fiable que la producida en el procedimiento autorizatorio. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque dichos sujetos, a diferencia de la Administración, poseen información real de primera mano; evalúan, por ejemplo, la calidad de los servicios que han recibido efectivamente, y no la de los que hipotéticamente, en un futuro, podrían recibir otros. En segundo lugar, porque decenas, cientos o incluso miles de ojos ven más que solo dos; los usuarios efectúan múltiples y constantes observaciones, mientras que el control administrativo es inevitablemente puntual y esporádico. En tercer lugar, para los usuarios (o empresarios) pueden ser más valiosas las opiniones de otros usuarios (o empresarios) que las de los agentes públicos, por la razón de que sus respectivos puntos de vista e intereses son más próximos en el primer caso que en el segundo.

VI. NECESIDAD DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Parece claro que hay en la actualidad manifestaciones de la economía colaborativa que necesitan ser reguladas específicamente por el legislador, pues los cambios sociales y tecnológicos han alterado las bases sobre las que se asentaba la normativa preexistente, que no tiene en cuenta ciertas singularidades relevantes de esas nuevas actividades económicas y que, por lo tanto, no les da una respuesta jurídica clara y, probablemente, tampoco acorde con los mentados principios constitucionales²⁶.

La laguna legal resultante entraña dos consecuencias indeseables. A la primera ya nos hemos referido. La falta de una regulación específica tal provoca inseguridad jurídica. Las personas afectadas no podrán saber con un razonable grado de certeza si y bajo qué condiciones dichas actividades están permitidas. Lo cual, a su vez, puede dar lugar a conflictos, litigios, resoluciones judiciales contradictorias y desigualdades, así como desincentivar el desarrollo de innovaciones socialmente beneficiosas, al hacerlas más arriesgadas para sus promotores.

²⁶ En sentido similar, KASSAN y ORSI (2012, págs. 13 y ss.).

En segundo lugar, es probable que en esa situación de vacío legal las actividades en cuestión acaben siendo sometidas, siquiera *de facto*, a soluciones jurídicas desequilibradas, que menoscaben inaceptablemente algunos intereses legítimos en juego. Es posible, por ejemplo, que las autoridades encargadas de aplicar el ordenamiento jurídico terminen imponiendo restricciones de la libertad desproporcionadas. O que quienes llevan a cabo las correspondientes actividades no contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos como lo exigen los principios constitucionales de nuestro sistema tributario.

VII. LOS COSTES DE TRANSICIÓN Y SU MITIGACIÓN

Es posible que una nueva regulación acorde con las particularidades de la economía colaborativa sea netamente beneficiosa para el conjunto de los ciudadanos, pero perjudicial para algunos de ellos, lo que plantea la cuestión de si estos merecen o incluso tienen derecho a que los perjuicios sufridos sean de alguna manera neutralizados.

Hay básicamente dos grandes instrumentos de mitigación. El primero consiste en limitar, siquiera de modo temporal o transitorio, todos o algunos efectos jurídicos de la nueva regulación, evitando o cuando menos minorando así los referidos perjuicios. Imaginemos, por ejemplo, que el legislador desregula gradualmente el mercado del taxi, fijando un periodo transitorio durante el cual el número máximo de vehículos autorizados se incrementa anualmente, hasta llegar a un momento en el que dicho tope desaparece por completo. El segundo consiste en otorgar a los afectados algún tipo de compensación, en dinero o en especie, por los perjuicios sufridos. Ambas soluciones tienen ventajas y desventajas.

1. LIMITACIÓN TRANSITORIA DEL ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN

Esta forma de mitigación puede reducir no solo los perjuicios ocasionados a determinadas personas por el cambio normativo, sino también la resistencia que estas tenderán a oponer al mismo. Esta solución, sin embargo, no está exenta de inconvenientes. De un lado, impide que durante un tiempo puedan desplegarse plenamente los efectos socialmente beneficiosos del nuevo régimen, que tal vez sean superiores a los referidos perjuicios. De otro lado, puede dificultar, paradójicamente, la consolidación del mismo. Se ha señalado, en este sentido, que el aumento del número máximo de empresas autorizadas para actuar en un mercado, como paso previo a la eliminación de este *numerus clausus*, incrementa correlativamente el círculo –y, en consecuencia, la capacidad de presión política– de los interesados en cerrar la entrada al mismo, lo que puede retrasar o incluso acabar impidiendo su plena apertura a la libre competencia²⁷.

²⁷ *Vid.*, en este sentido, DEIGHTON-SMITH (2007, pág. 37).

2. COMPENSACIÓN DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS

Este medio de mitigación resulta desde luego preferible al anterior cuando los perjuicios ocasionados a determinadas personas por un inmediato cambio normativo son inferiores a los beneficios que para el conjunto de los ciudadanos se derivan de la inmediatez. La cuestión es si en estos casos conviene o incluso debe otorgarse o no algún género de compensación a los perjudicados.

Ni que decir tiene que si la regulación implica una expropiación, las personas afectadas tienen un derecho constitucionalmente garantizado a recibir un justo precio (art. 33.3 CE). Si, por el contrario, la regulación constituye una simple delimitación de derechos, queda al arbitrio del legislador otorgarles algún tipo de ayuda. El problema es que no resulta en absoluto sencillo distinguir entre ambos tipos de medidas²⁸.

A) Criterios jurisprudenciales y doctrinales usualmente utilizados para determinar la naturaleza expropiatoria de una regulación

Nuestros Tribunales y autores han utilizado –de manera cumulativa y un tanto acrítica– varios criterios con el fin de efectuar la distinción. El más socorrido ha sido, seguramente, el de la naturaleza singular o general de la privación. De acuerdo con él, las expropiaciones tendrían un carácter singular, afectarían a una o varias personas determinadas, mientras que las delimitaciones constituirían una regulación de índole general, dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos²⁹. Esta teoría choca con la circunstancia de que hay privaciones singulares –*v. gr.*, el decomiso de ganancias ilícitas– a las que nadie se le ocurre calificar como expropiatorias, mientras que ciertas privaciones generales³⁰ son consideradas expropiaciones.

En ocasiones se ha recurrido al criterio de la intensidad del sacrificio. Una expropiación es una privación cuya intensidad rebasa cierto umbral. El Tribunal Constitucional ha declarado al respecto que si una norma desconoce el contenido esencial de un derecho «en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente»³¹. A esta tesis se le pueden poner cuando menos dos objeciones. La primera es que el concepto de contenido esencial es sumamente evanescente. La segunda es que algunas privaciones –*v. gr.*, el decomiso o la destrucción de bienes de cuya pe-

²⁸ Sobre la cuestión, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2012).

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, las SSTC 99/1987 (FJ 6.º); 129/1987 (FJ 4.º); y 41/1990 (FJ 4.º).

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, la STC 149/1991, en relación con la Ley de Costas de 1988.

³¹ STC 227/1988 (FJ 11.º).

ligrosidad se sospecha— comportan un sacrificio de la máxima intensidad que, sin embargo, no da lugar a indemnización.

Se ha sostenido que la expropiación «supone una ruptura de la igualdad ante los beneficios y las cargas públicas (arts. 14 y 31 CE)»³². La pega es que necesitamos algún criterio ulterior en virtud del cual podamos precisar cuándo se produce una ruptura tal. El mero hecho de tratar desigualmente a los ciudadanos, imponiendo ciertas restricciones solo a algunos de ellos, no implica una quiebra del referido principio.

Se ha visto la clave en la dicotomía entre derechos e intereses patrimoniales legítimos, de un lado, y expectativas, de otro. Solo la privación que recae sobre los primeros constituye una expropiación y resulta indemnizable³³. Pero también aquí necesitamos un criterio ulterior que nos permita distinguir entre ambas.

Se ha propuesto utilizar el criterio del beneficiario: «la privación de utilidades positivas, el sacrificio que el acto expropiatorio implica para el afectado, debe... traducirse paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*)... bien mediante la cesación o eliminación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo)»; «donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario o de una suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica en su posición común de "gestor del público", no hay expropiación, sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar»³⁴. Este criterio es cuestionable por varias razones. En primer lugar, porque todos los actos de los poderes públicos deben producir algún tipo de beneficio para al menos determinadas personas. En segundo lugar, porque hay privaciones consideradas expropiatorias que solo benefician a la colectividad en general. Piénsese, por ejemplo, en la expropiación del *ius aedificandi* efectuada con el objeto de proteger un valioso espacio natural. En tercer lugar, hay privaciones no indemnizables —v. gr., el decomiso de los instrumentos del delito— que suponen una transferencia de riqueza en beneficio de otra persona.

También se ha propuesto como criterio de demarcación la «licitud o ilicitud de la situación objeto de privación», esto es, su «condición de beneficiosa o maligna desde el punto de los valores sociales generalmente aceptados». Así, no cabría calificar como una privación indemnizable, por ejemplo, la prohibición impuesta a una empresa farmacéutica de comercializar un medicamento cuando el progreso científico ha revelado que es gravemente nocivo para la salud³⁵. A este crite-

³² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011, págs. 253 y 233). En el mismo sentido, *vid.* la STS de 3 de abril de 2009 (rec. núm. 11221/2004).

³³ *Vid.* las SSTC 108/1986 (FJ 20.º), 99/1987 (FJ 6.º), 129/1987 (FJ 4.º), 70/1988 (FJ 3.º), 178/1989 (FJ 9.º), 41/1990 (FJ 4.º), 42/1990 (FJ 5.º), 65/1990 (FJ 7.º), 66/1990 (FJ 7.º) y 67/1990 (FJ 7.º).

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011, pág. 254).

³⁵ SANTAMARÍA PASTOR (2004, pág. 445).

rio se le puede objetar que solo resulta determinante cuando la privación recae sobre situaciones o actividades notablemente nocivas para la comunidad –por ejemplo, cuando se decomisan las ganancias provenientes de un delito–, pero no en los restantes casos. No cualquier limitación impuesta sobre una actividad carente de esa nocividad resulta indemnizable.

El Tribunal Supremo ha declarado en alguna ocasión que, para determinar si hay un sacrificio especial indemnizable, deben ponderarse los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, que obligan a responder en casos de «alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento»³⁶.

En nuestra opinión, una privación debe considerarse expropiatoria cuando los beneficios sociales de indemnizarla exceden de sus costes para la comunidad o, si se prefiere decir así, cuando las ventajas que de la compensación se desprenden para los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico superan el menoscabo que la misma implica para estos. Un criterio semejante ha empleado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar cuándo resulta obligado compensar las restricciones del derecho de propiedad: existe una obligación tal cuando la falta de compensación arrojaría sobre el afectado una carga desproporcionada, excesiva, que rompería el justo equilibrio entre todos los intereses legítimos en juego. Para determinar si hay que indemnizar o no, por lo tanto, habrá que ver cuáles son los costes y beneficios que para los intereses generales y la protección de los derechos del individuo entrañan las alternativas consideradas.

B) Costes y beneficios de compensar a los perjudicados por la nueva regulación

a) Beneficios sociales derivados de la compensación

El deber de compensar determinados perjuicios causados por la nueva regulación funciona, en primer lugar, como una suerte de *seguro contra el riesgo* de sufrir tales daños.

En segundo lugar, la compensación puede incentivar la realización de actividades socialmente valiosas. Si los ciudadanos saben que los perjuicios derivados de la frustración de ciertas inversiones van a quedar neutralizados, el atractivo de estas será mayor de lo que sería si no se previera esta neutralización.

El resarcimiento también reduce el riesgo de que los individuos cuyos intereses se ven amenazados por la nueva regulación desarrollen actividades de presión, socialmente perniciosas, dirigidas a evitar que la misma se apruebe. Indemnizarlos debilita su resistencia al cambio.

³⁶ STS de 13 de febrero de 1997 (rec. núm. 399/1995).

La obligación de indemnizar enerva asimismo el peligro de que las autoridades públicas coaccionen a los afectados. Si no hubiera tal obligación, aquellas podrían sentir la tentación de utilizar torticeramente su poder regulador, amenazando con ejercerlo para el caso de que estos no actúen de una determinada manera³⁷.

Finalmente, se minora el riesgo de que los agentes públicos establezcan regulaciones ineficientes. No tener que pagar por los daños ocasionados da a estos agentes un aliciente demasiado fuerte para establecer regulaciones políticamente rentables o favorables para sus intereses personales, pero que representan para otros individuos sacrificios de tal envergadura que hacen tales regulaciones netamente perjudiciales para el conjunto de la sociedad.

b) Costes sociales derivados de la compensación

La compensación tiene por de pronto un importante coste de oportunidad, pues el dinero empleado en ella ya no podrá ser destinado por el Estado a la satisfacción de otras necesidades. O será necesario incrementar la presión fiscal para obtener fondos adicionales, con las negativas consecuencias que ello implica.

En segundo lugar, habrá que incurrir en los costes ocasionados por la tramitación de los correspondientes procedimientos administrativos dirigidos a determinar la cuantía de las compensaciones que hay que pagar a cada uno de los afectados. Estos costes serán obviamente más elevados cuanto más numerosos sean los individuos y derechos afectados por la regulación considerada y más difícil sea estimar, en su caso, los perjuicios ocasionados.

En tercer lugar, la compensación puede estimular la realización de inversiones ineficientes o, en general, de actividades no valiosas para la comunidad. Las inversiones hechas por los propietarios en el desarrollo de ciertas actividades pueden echarse a perder si el gobierno adopta ciertas regulaciones por una causa de interés público. Si los propietarios saben que esas inversiones van a ser compensadas, tenderán a invertir por encima de lo que sería socialmente óptimo, pues no tendrán en cuenta el riesgo de que las mismas se malogren por una causa de interés público³⁸.

Existe el riesgo, finalmente, de que el deber de compensar algunos o todos los daños ocasionados por una regulación de interés público obstaculice su establecimiento. Puede ocurrir que las autoridades competentes no la aprueben si los beneficios que de ella se desprenden recaen sobre grupos de individuos políticamente débiles, cuyo poder de influencia sobre aquellas es muy reducido.

³⁷ BELL y PARCHOMOVSKY (2010, pág. 1.695).

³⁸ BLUME, RUBINFELD y SHAPIRO (1984).

VIII. APLICACIÓN A LA ECONOMÍA COLABORATIVA DE LA NORMATIVA PREEXISTENTE

Mientras el legislador no establezca una regulación específica conforme con los principios constitucionales expuestos, las autoridades competentes no tendrán más remedio que aplicar el ordenamiento jurídico preexistente a fin de resolver los casos sometidos a su consideración. Esta aplicación presenta dos grandes órdenes de problemas: el primero, relativo a la interpretación de las disposiciones normativas en cuestión; el segundo, relacionado con su validez.

A los problemas interpretativos ya nos hemos referido. La mayoría de ellos deriva de la circunstancia de que muchas de las manifestaciones de la economía colaborativa no siempre encajan bien en los conceptos y supuestos de hecho fijados por las disposiciones preexistentes, pensadas para realidades sociales distintas. Suelen estar a caballo entre dos o más categorías jurídicas tradicionales. Constituyen una mixtura de fenómenos que antes resultaba relativamente fácil identificar y aislar. Los perfiles que hasta hace poco delimitaban con cierta nitidez realidades a las que se aplicaban regímenes jurídicos bien diferenciados –*v. gr.*, actividades realizadas con ánimo de lucro o sin él, empresas de transporte o de intermediación, trabajadores o autónomos, arrendadores o arrendatarios, empresarios o trabajadores, productores o consumidores, relaciones mercantiles o de complacencia, etc.– quedan ahora desdibujados y borrosos³⁹.

Respecto de la validez de la normativa preexistente cabe hacer al menos dos observaciones. La primera es que ni a las Administraciones públicas ni a los Tribunales les está permitido aplicar leyes o reglamentos contrarios a la Constitución española y, en particular, que restrinjan desproporcionadamente las libertades profesional o de empresa. No está de más recordar que estos derechos, a diferencia de los reconocidos en los artículos 39 y siguientes del texto constitucional, son directamente aplicables aún en defecto de ley que los reconozca o incluso en contra de lo dispuesto por el legislador, que debe respetar su «contenido esencial» (art. 53.1 CE). Las autoridades competentes no deberían aplicar acríticamente a estas nuevas formas de actividad económica disposiciones legales o reglamentarias pensadas para una realidad anterior muy distinta. Antes de darles efecto, deberían examinar con especial cuidado si dicha aplicación conlleva alguna restricción inútil, innecesaria o excesiva de las mencionadas libertades, a la vista de las circunstancias sociales y tecnológicas de nuestro tiempo.

La segunda observación es que si una disposición admite varias interpretaciones, las autoridades competentes deben desechar las que impliquen una vulneración de la Constitución, y escoger alguna de las conformes con la misma (art. 5.3 LOPJ). En el caso de que no les resulte posible encontrar alguna, a los Tribunales no les quedará más remedio que elevar una cuestión de inconstitucionalidad y aguardar la resolución de la misma. Los órganos administrativos, en

³⁹ KASSAN y ORSI (2012, págs. 13 y ss.).

cambio, podrán inaplicar por su propia autoridad las leyes y los reglamentos que consideren contrarios a la Constitución⁴⁰.

IX. UN EJEMPLO ILUSTRATIVO: EL CASO «UBER CONTRA EL TAXI»

1. LIMITACIONES LEGALES DEL MERCADO DEL TAXI

Tanto en España como en otros muchos países, la prestación de servicios de transporte mediante vehículos-turismo ha estado sujeta tradicionalmente a una densa malla de reglas jurídicas que restringen de manera muy significativa la libertad de quienes pretendan realizar esta actividad⁴¹. Las restricciones han sido fundamentalmente de cuatro tipos.

La legislación vigente establece, en primer lugar, que dicha actividad requiere la obtención de una autorización administrativa previa, que solo podrá otorgarse si el solicitante y los vehículos utilizados cumplen numerosos requisitos de diversa índole tendentes a garantizar la calidad y la seguridad de los servicios prestados⁴².

Además, el número total de las autorizaciones que cabe otorgar –y, por tanto, de las personas a las que se permite desarrollar esa actividad– se encuentra «artificialmente» limitado por la Administración⁴³.

A veces, se restringe el número de vehículos que una persona puede dedicar a la prestación de los servicios de taxi⁴⁴. Es decir, se limita el tamaño de las empresas del sector. En algunas comunidades autónomas se ha llegado a establecer la regla «una licencia, un vehículo, un conductor». O sea, una persona solo puede ser titular de una autorización, que solo permite prestar el servicio mediante un solo vehículo, que únicamente puede ser conducido a estos efectos por

⁴⁰ Sobre el tema, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2001).

⁴¹ Sobre la regulación del taxi en algunos otros países, *vid.* TARRÉS VIVES (2006, págs. 169 y ss.).

⁴² *Vid.*, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, reguladora del transporte público de personas en vehículos de turismo por medio de taxi de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, LMurT).

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 6.2 de la LMurT.

⁴⁴ Por ejemplo, el artículo 8.2 de la Ley catalana 19/2003, de 4 de julio, del taxi (en adelante, LCatT), establece aquí dos límites: el primero es que una persona no puede ser titular de más de cincuenta licencias de taxi; el segundo es que «el número total de licencias de las personas titulares de más de una licencia nunca puede superar el 15% del total vigente en un mismo municipio o una misma entidad local competente para su otorgamiento». La LMurT establece que «no se podrá ser titular de más de una licencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia» (art. 7.2), y exige que los titulares presten «el servicio personalmente o mediante la contratación de conductores asalariados hasta un máximo de dos por licencia incluido el conductor».

dicha persona⁴⁵. De esta manera se impone el modelo del taxista autónomo; se impide la creación de organizaciones empresariales que gestionen una flota de vehículos.

La libertad de los empresarios y los usuarios para fijar el precio de los servicios se halla también restringida por el establecimiento de tarifas por parte de la autoridad administrativa competente⁴⁶.

2. FALLOS DEL MERCADO DEL TAXI QUE (SUPUESTAMENTE) JUSTIFICAN LAS REFERIDAS LIMITACIONES

A la hora analizar la licitud de dichas restricciones conviene notar que el mercado del taxi no es homogéneo, pues en él se prestan cuando menos tres tipos de servicios, que presentan características distintas y que, probablemente, requieren regímenes jurídicos también diferentes.

Encontramos, en primer lugar, el de los vehículos itinerantes, que circulan por la vía pública en busca de clientes y cuyos servicios se solicitan por estos mediante contacto visual. El segundo es el de los taxis estacionados en paradas, en lugares (aeropuertos, estaciones de ferrocarril, hospitales, etc.) donde resulta especialmente fácil encontrar clientes. El tercero es el de los taxis cuyos servicios se requieren por los usuarios vía telefónica u otro medio análogo.

El primero de los referidos mercados es, seguramente, el afectado por mayores fallos y, en consecuencia, el más necesitado de regulación. Nótese que aquí los costes de transacción —en particular, los derivados de la búsqueda de la oferta más ventajosa— son muy elevados. El usuario que en una acera busca un taxi podría recabar varias propuestas a fin de escoger la más conveniente, pero los costes de semejante búsqueda serían seguramente excesivos en relación con los beneficios que la misma podría reportarle. De un lado, porque buscar una nueva oferta requiere tiempo. Si, por ejemplo, por el lugar donde se encuentra pasa un taxi cada quince minutos, el usuario tendrá que esperar una hora solo para obtener cuatro de ellas. De otro lado, porque buscar una nueva oferta tiene *de facto* un importante coste añadido al del tiempo: el que entraña perder la posibilidad de aceptar las ofertas recibidas hasta el momento. Las que no se aceptan inmediatamente desaparecen de igual manera.

El segundo gran fallo de este mercado, al que ya nos hemos referido anteriormente, es el de las asimetrías informativas. Antes de contratar —o incluso hasta que no finaliza— la correspondiente carrera los usuarios no pueden conocer diversas características de esta que el taxista considerado sí conoce y que son determinantes de la utilidad que la misma les puede reportar: la honestidad

⁴⁵ Vid. el artículo 8.1 de la Ley vasca 2/2000, de 29 de junio, de Transporte Público Urbano e Interurbano de Viajeros en Automóviles de Turismo (en adelante, LPVT).

⁴⁶ Vid., por ejemplo, los artículos 17 de la LPVT y 30 de la LMurT.

de aquel, su destreza al volante, la seguridad, comodidad e higiene del vehículo, el trayecto más corto para llegar al destino fijado, etc.

Cabe mencionar también las externalidades negativas –principalmente, la polución ambiental y la congestión del tráfico– que la circulación de los correspondientes vehículos engendra. Dado que quienes llevan a cabo esta actividad no soportan todos sus costes sociales, el volumen de realización de la misma tenderá a exceder del que sería socialmente óptimo.

Se ha notado, también, cómo la existencia en este mercado de costes fijos relativamente elevados justificaría restringir la entrada al mismo⁴⁷. Adviértase que los costes variables de transportar a un usuario son prácticamente inexistentes: el consumo de combustible, el desgaste del vehículo, el esfuerzo del conductor y la polución y la congestión engendradas son prácticamente iguales tanto si el taxi va libre como si está ocupado. Es por ello preferible, *ceteris paribus*, que circulen N taxis siempre ocupados que el doble de N vacíos la mitad del tiempo.

El mercado de los taxis estacionados en paradas está afectado por similares fallos, con tres notables salvedades. La primera y seguramente más importante es que los costes que para los usuarios implica recabar y comparar varias ofertas son, al menos potencialmente, mucho más bajos que en el caso anterior, lo que debería mover a los taxistas a ofrecer precios competitivos. En una parada en la que hay estacionados varios vehículos resultaría factible organizar una suerte de subastilla o concurso, esto es, preguntar a todos los taxistas por cuánto dinero y, eventualmente, en qué condiciones estarían dispuestos a realizar una carrera y, a continuación, seleccionar la propuesta más ventajosa, sin que el riesgo de que alguno de ellos desapareciera en el ínterin sea elevado. Dicha posibilidad, sin embargo, está explícitamente excluida por algunas normas jurídicas o, a veces, por los usos sociales vigentes en el sector, que imponen un criterio de prioridad temporal: los usuarios no tienen libertad para elegir con quién contratan, sino que en principio deben hacerlo con el taxista que primero llegó a la parada, y viceversa⁴⁸. Otra diferencia es que, mientras permanecen estacionados, los coches no engendran polución ambiental ni congestionan el tráfico. La tercera es que aquí los costes variables son más relevantes que en el caso anterior, por lo que limitar el número de taxis ya no resulta tan conveniente como allí.

El sector de los taxis contratados por teléfono u otro medio análogo presenta características distintas. La diferencia fundamental con los dos casos anteriores es que aquí las asimetrías informativas no son tan problemáticas. La explicación es sencilla. En la medida en que los prestadores de servicios en este mercado son, por lo general, «jugadores repetidos», que tienen la posibilidad de contratar varias veces con los mismos usuarios y que, por lo tanto, podrán ser «castigados» o «recompensados» en el futuro por estos en función de su rendimiento, aquellos tienen indudablemente un importante incentivo para que este sea satisfactorio. Además, y al igual que sucede

⁴⁷ Vid. LISTON-HEYES y HEYES (2007, pág. 100).

⁴⁸ Vid., por ejemplo, los artículos 39.2 y 41.III del Reglamento regulador del servicio de auto-taxis y auto-turismos del Ayuntamiento de Valencia, de 27 de enero de 1983, modificado el 15 de marzo de 1984.

en el caso de los taxis estacionados en paradas, aquí también resulta relativamente poco costoso recabar y comparar diversas ofertas, y los taxistas tampoco necesitan estar circulando por la vía pública para contactar con los clientes, por lo que generan menos contaminación y congestión que los del sector mencionado en primer lugar.

3. LOS FALLOS DE LA MANO PÚBLICA

Los fallos existentes en un determinado mercado pueden provocar que este no produzca los resultados que más convienen a la sociedad, lo que podría justificar que los poderes públicos lo regulen con el fin de lograr que sus resultados reales se acerquen en la mayor medida de lo posible a esa meta ideal. Pero no hay que perder de vista que la regulación no es un remedio taumáturgico, pues también presenta imperfecciones que pueden provocar que sus beneficios no sean los esperados o incluso que la distancia entre lo óptimo y la realidad sea todavía mayor que en un escenario carente de regulación.

A) Problemas de información

El primer problema es que no es en absoluto fácil precisar cuál es la regulación óptima. Para ello habría que calcular los costes y beneficios de cada una de las distintas alternativas regulatorias, lo cual constituye una tarea enormemente complicada. No resulta, en efecto, sencillo determinar cuál es exactamente el número máximo de vehículos y las tarifas que deberían establecerse. La ciencia económica está lejos de haber desarrollado un modelo teórico que permita dar una respuesta segura a estas y otras cuestiones relacionadas. Además, es difícil que las autoridades públicas tengan la capacidad de obtener, procesar y actualizar la información requerida para aplicar los modelos teóricos propuestos por algunos economistas con el fin de tomar decisiones acertadas sobre el particular⁴⁹. Debe notarse, también, que muchos municipios, que son las Administraciones públicas a las que se atribuye la competencia para tomar las decisiones más controvertidas en este ámbito —*v. gr.*, fijar las tarifas y el número de taxis autorizados—⁵⁰, carecen de los recursos personales y materiales necesarios para realizar cabalmente los cálculos correspondientes. Es por todo ello que cabe estimar elevada la probabilidad de que se equivoquen al regular esta materia.

B) La captura del regulador

Existe un serio riesgo de que las autoridades administrativas competentes sean de alguna manera capturadas por las empresas que vienen operando en el sector y tiendan a estable-

⁴⁹ En el mismo sentido, *vid.* DEIGHTON-SMITH (2007, págs. 26 y ss.).

⁵⁰ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 6 y 30 de la LMurT.

cer regulaciones que favorecen especialmente los intereses de estas, pero que no son las que maximizan el bienestar del conjunto de los ciudadanos. Al menos tres circunstancias propician semejante captura.

La primera es que esas empresas forman un grupo provisto de mayor capacidad y más fuertes incentivos que sus antagonistas –básicamente, los consumidores y las empresas interesadas en acceder a este mercado– para presionar a las autoridades administrativas a fin de que estas adopten decisiones favorables a sus intereses. Al formar un grupo más reducido, les costará menos que a ellos organizarse y coordinar sus esfuerzos con dicho fin. Les resultará más fácil resolver el problema de los gorriones: quienes presionan a la autoridad competente para que decida en un determinado sentido soportan normalmente todos los costes de las maniobras realizadas a estos efectos, pero solo obtienen una parte de los beneficios, pues de tales maniobras se aprovechan también otros individuos que se encuentran en una situación análoga, lo que puede dar lugar a que algunos interesados eludan contribuir a dichas actividades de presión confiando en que otros las llevarán a cabo. Por la misma razón, cada una de las empresas del sector tendrá más alicientes para ejercer tal presión que cada uno de sus antagonistas, pues en el primer caso los beneficios derivados de la presión se reparten entre un número más reducido de individuos. Es posible, en consecuencia, que solo a dichas empresas les salga a cuenta incurrir en los considerables costes que entrañan dichas actividades⁵¹.

De otro lado, los intensos efectos paralizantes que para la sociedad suelen tener las «huelgas» en el sector del transporte terrestre hacen de estas un poderoso instrumento de presión en manos de los taxistas.

En tercer lugar, la información que las autoridades necesitan para regular acertadamente el sector –*v. gr.*, relativa a los costes de prestación del servicio– está principalmente en manos de las empresas que en él operan, lo que favorece que estas puedan suministrarla de manera parcial o sesgada en beneficio de sus intereses particulares.

En cuarto lugar, la elevada discrecionalidad que la ley ha otorgado a las autoridades administrativas para regular este mercado⁵² y, por lo tanto, las limitadas posibilidades que los Tribunales tienen para controlar su acierto favorecen que las regulaciones establecidas puedan incurrir en desviaciones y no ser las que mejor satisfacen los intereses de la colectividad.

⁵¹ *Vid.* STIGLER (1971).

⁵² Por ejemplo, la LMurT no establece criterio sustantivo alguno que los ayuntamientos deban tener en cuenta para determinar las tarifas del servicio (art. 30) o el número máximo de licencias (art. 6.2). En relación con esto último, tan solo dispone que «el otorgamiento de licencias de taxi vendrá determinado, en todo caso, por la necesidad y conveniencia del servicio a prestar al público atendiendo a la caracterización de la oferta y la demanda existente en el ámbito territorial, así como por el mantenimiento de la calidad del servicio y la sostenibilidad en su explotación». Sobre el papel y los límites de las ordenanzas locales en la regulación de la libertad de empresa, *vid.*, por todos, ORTEGA BERNARDO (2014, págs. 129 y ss.).

Desde luego, hay datos que sugieren claramente que en la realidad dicha captura suele producirse. Así lo indica el hecho de que en muchos países en los que se ha establecido un *numerus clausus* este se haya mantenido constante o incluso haya declinado durante décadas, a pesar de que la demanda de estos servicios de transporte se ha incrementado considerablemente. El resultado es que el precio alcanzado en el mercado secundario por las correspondientes licencias –fruto de la capitalización de las rentas monopolísticas generadas por la referida limitación de acceso al mercado– haya ido en aumento de manera muy sustancial⁵³.

Otro indicio significativo es la manifiesta falta de justificación de muchas de las regulaciones dirigidas a proteger los intereses de los taxistas, a costa no solo de los competidores, sino también de los usuarios⁵⁴. ¿Qué sentido tiene, por ejemplo, prohibir a las empresas que arriendan vehículos con conductor (VTC), y que compiten con aquellos en el mercado de las carreras contratadas mediante teléfono u otras vías análogas, recoger a sus clientes dentro de los quince minutos posteriores al momento en el que se efectuó la correspondiente reserva⁵⁵? ¿Cuál es la justificación de obligar a los usuarios que pretenden contratar con una empresa de VTC a desplazarse a la sede física de la misma para celebrar el contrato⁵⁶? Salta a la vista que tales disposiciones menoscaban de manera palmariamente desproporcionada los intereses tanto de las empresas afectadas como de los usuarios, pues no sirven a fin legítimo alguno.

4. PROPORCIONALIDAD DE LAS REFERIDAS LIMITACIONES EN EL ESCENARIO ANTERIOR A LA REVOLUCIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

A) Requisitos de seguridad y calidad

Sujetar el transporte mediante taxi al cumplimiento de requisitos de seguridad y calidad, referidos tanto a las características objetivas de los servicios prestados como a las de los sujetos que los prestan, resulta en principio –y sin entrar a considerar pormenorizadamente cada uno de esos requisitos– justificado, cuando menos en los dos primeros sectores antes considerados: el

⁵³ En el mismo sentido, *vid.* DEIGHTON-SMITH (2007, págs. 28 y ss. y 31 y ss.).

⁵⁴ *Vid.*, en relación con la regulación de los VTC, BOTELLA CARRETERO (2014, págs. 434 y ss.).

⁵⁵ Sobre esta limitación establecida por la Administración francesa y suspendida cautelarmente por los Tribunales galos, *vid.* ESKENAZI (2014).

⁵⁶ *Vid.* los artículos 141.8 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres; 182 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y 23 de 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. Se trata, como señala BOTELLA CARRETERO (2014, pág. 442), de una «afrenta al sentido común».

de los taxis itinerantes y el de los estacionados en paradas. Con estas restricciones se pretende, obviamente, enervar los efectos negativos de las asimetrías informativas a las que antes hemos hecho referencia. Los usuarios pueden razonablemente presumir que los conductores y vehículos que se presentan con ciertos signos, fácilmente visibles o controlables, han sido autorizados y reúnen las condiciones necesarias para la prestación adecuada del servicio.

Ciertamente, dichos efectos podrían ser mitigados en alguna medida si las empresas del sector consiguieran adquirir un tamaño suficientemente grande y labrarse una reputación tal que permitiera a sus potenciales clientes tener una certeza razonable acerca de la seguridad y calidad de los servicios prestados por las mismas. El problema es que parece difícil que esto ocurra en ausencia de regulación. En primer lugar, porque es difícil que una empresa alcance un tamaño bastante grande como para ser conocida por todos sus potenciales clientes (*v. gr.*, por turistas ocasionales procedentes de un lejano país). En segundo lugar, porque ya sabemos que las referidas asimetrías informativas pueden dar lugar a un fenómeno de selección adversa, de resultados del cual las buenas empresas acaban siendo expulsadas del mercado por las malas.

B) Regulación del precio

El establecimiento de tarifas parece también útil, necesario y proporcionado para resolver los problemas que genera la existencia, en el sector de los taxis itinerantes, de los elevados costes de transacción a los que antes hemos hecho alusión⁵⁷. Además, la fijación de los precios por la autoridad administrativa competente vendría también justificada por la necesidad de evitar que los taxistas se aprovechen del poder de mercado que les otorga la limitación del número máximo de vehículos para fijar precios superiores a los que son óptimos desde el punto de vista del bienestar social.

En cambio, la necesidad de tal regulación resulta ciertamente discutible en los casos de los taxis estacionados en paradas o contratados telefónicamente, por las razones antes expuestas.

C) Limitación del número de taxis

Es dudoso que la limitación del número de taxis autorizados respetase, ya antes de la revolución de las tecnologías de la información, el principio de proporcionalidad. El argumento de la reducción de la polución ambiental y la congestión del tráfico es cuestionable, por varias razones. En primer lugar, porque esta regulación no resulta útil para lograr dichos objetivos en los mercados de los taxis estacionados en paradas y los contratados telefónicamente. En segundo lugar, porque es discutible que esta sea una medida adecuada para lograr dicha reducción. No está en absoluto claro que una limitación tal de la oferta de taxis vaya a repercutir positivamente sobre

⁵⁷ GALLICK y SISK (1987, págs. 117 y 118); DEIGHTON-SMITH (2007, pág. 20).

el medio ambiente y la fluidez del tráfico. Es posible que algunos individuos que viajarían en taxi si la oferta fuese mayor utilicen ahora medios de transportes más limpios –como el autobús o la bicicleta–, pero también puede suceder que recurran a vehículos privados y que, a la postre, la polución y la congestión acaben aumentando. En tercer lugar, la referida limitación puede tener un coste considerable. Si el número de taxis queda por debajo del socialmente óptimo, los tiempos de espera de los usuarios serán excesivos. Además, la reducción de la competencia que resulta de la limitación reduce significativamente los alicientes que los empresarios tienen para mejorar la calidad del servicio.

Se ha argumentado que el sistema de *numerus clausus*, en la medida en que hace que las licencias tengan un considerable valor para sus titulares, facilita el cumplimiento de la normativa reguladora del sector, al darles a estos un importante incentivo a tales efectos, ya que tienen mucho que perder si la autoridad competente les suspende o les retira la correspondiente licencia como consecuencia de una infracción⁵⁸. No parece, sin embargo, que ello justifique la imposición de semejante restricción de la libertad. De un lado, porque la Administración dispone de otros medios –*v. gr.*, el poder de imponer multas– para garantizar la observancia de la ley, y no da la impresión de que estos sean menos efectivos. De otro lado, no se adivina la razón por la cual este mecanismo de *law enforcement* (solo) es apropiado para el sector del taxi y no para otros en los que hace ya tiempo que desaparecieron semejantes restricciones cuantitativas.

Sea como fuere, lo cierto es que en algunas ciudades nunca ha llegado a establecerse una limitación tal y el mercado del taxi ha funcionado razonablemente bien, no peor que en otros lugares semejantes donde sí existía un *numerus clausus*. Es el caso de Londres⁵⁹. En otros lugares (Irlanda, Suecia, Países Bajos, etc.), dicha limitación se ha eliminado y los resultados han sido moderadamente positivos. En líneas generales, la liberalización del acceso al sector ha supuesto, en los países que la han ensayado, un fuerte incremento de la oferta, una reducción significativa de los tiempos de espera de los usuarios, un ligero aumento de los precios y la necesidad de reforzar las garantías de seguridad y calidad del servicio⁶⁰.

D) Limitación del tamaño de las empresas del sector

En nuestra opinión, esta medida resulta difícilmente justificable desde el punto de vista de la eficiencia económica. No es ni mucho menos descabellado pensar que estos servicios de transporte, sobre todo los contratados telefónicamente, pueden ser prestados más eficientemente por organizaciones empresariales en las que se integren varios trabajadores que por taxistas autónomos. A las ventajas derivadas de la división del trabajo se añade la circunstancia de que dichas

⁵⁸ GALLICK y SISK (1987, págs. 123 y 124); CAIRNS y LISTON-HEYES (1996, págs. 9 y ss.).

⁵⁹ La STJUE de 14 de enero de 2015 (*Eventech*, C-518/13) contiene una sintética descripción de este mercado.

⁶⁰ *Vid.* BARRET (2003 y 2010).

organizaciones pueden aprovechar mejor que los autónomos la reputación derivada de la satisfactoria prestación de los correspondientes servicios, lo que redundará en un incremento de los incentivos para prestarlos adecuadamente. En efecto, los usuarios pueden razonablemente deducir que la calidad de los servicios prestados por los taxistas pertenecientes a una misma empresa será más o menos similar, por lo que la correcta (o incorrecta) prestación por uno de ellos repercutirá positiva (o negativamente) sobre la demanda a la que todos ellos se enfrenten en el futuro. El beneficio (o perjuicio) reputacional que se desprende de la actividad de cada uno de ellos impactará también sobre el resto. Todos lo podrán aprovechar (o lo tendrán que sufrir). Y la probabilidad de que alguno de ellos se tope con el mismo cliente será relativamente elevada. La pertenencia a una empresa amplifica, pues, el efecto reputacional de la actividad de cada taxista. En cambio, la satisfactoria (o insatisfactoria) realización de una carrera por parte de un autónomo tendrá una consecuencia positiva (o negativa) únicamente sobre su reputación, de la que obviamente solo él se aprovechará (o padecerá); y el beneficio (o perjuicio) será relativamente escaso, porque la probabilidad de que dicho taxista vuelva a contratar con el mismo cliente es relativamente reducida.

No se adivina qué interés legítimo puede perseguir esta medida, más allá del de equidistribuir las rentas generadas por la limitación del número de taxis entre los titulares de las correspondientes licencias. Y si este es el objetivo, cabe cuestionar la pertinencia de los medios empleados para tratar de alcanzarlo, pues el sistema tributario permite equidistribuir la riqueza de una manera mucho más eficiente⁶¹.

5. PROPORCIONALIDAD DE LAS REFERIDAS LIMITACIONES EN EL ESCENARIO ACTUAL

Es razonable pensar que los avances tecnológicos producidos durante las últimas décadas han convertido en inútiles, innecesarias o desproporcionadas –y, por lo tanto, en sobrevenidamente inconstitucionales– algunas de las restricciones expuestas.

A) Requisitos de seguridad y calidad

Ciertas limitaciones tendentes a garantizar la calidad y seguridad de los servicios prestados se han vuelto desmesuradamente restrictivas de la libertad. Los nuevos sistemas de navegación por satélite, por ejemplo, han convertido en innecesario o cuando menos en excesivo el requisito legal de acreditar, mediante un examen oficial, el conocimiento pormenorizado del callejero de una ciudad para poder prestar los correspondientes servicios de transporte. El caso paradigmático es el del conocido popularmente como «*The Knowledge*». En Londres no hay un número limitado de autorizaciones habilitantes para conducir taxis, pero para realizar esta actividad es necesario,

⁶¹ *Vid.*, por todos, KAPLOW y SHAVELL (2002, págs. 32 y ss.).

desde hace más de un siglo, acreditar un conocimiento sumamente pormenorizado de las calles de la capital británica, a través de una prueba cuya superación requiere normalmente de dos a cuatro años de estudio⁶². Las diferencias en la presumible calidad del servicio derivadas de poseer *The Knowledge* o no poseerlo podían ser muy sustanciales hace unas décadas, indudablemente. Pero es obvio que los referidos sistemas de navegación las han reducido de manera considerable. Y que, en la actualidad, la ventaja que todavía pueda representar tenerlo no compensa el enorme coste que encierra su adquisición.

También ha perdido su justificación la imposición de requisitos tendentes a asegurar condiciones de seguridad y calidad que ahora los usuarios pueden observar y controlar razonablemente –quizás incluso mejor que la Administración– a través de plataformas digitales de intercambio de información, que ahora hacen posible reducir determinadas asimetrías informativas en la medida suficiente como para que el mercado funcione aceptablemente. El espectacular crecimiento de los negocios desarrollados por empresas como Uber y AirBnB puede considerarse una convincente prueba de ello.

Conviene poner de relieve que algunas de esas condiciones seguramente siguen estando justificadas, en tanto en cuanto no existen todavía mecanismos que permitan compensar las referidas asimetrías en un grado suficiente, por ejemplo porque los usuarios no están bien situados o carecen de los conocimientos especializados necesarios para valorar los servicios o bienes considerados. Parece obvio, por ejemplo, que la hipotética existencia de una plataforma a través de la cual los consumidores de medicamentos pudieran intercambiar información sobre las consecuencias de su consumo no permitiría prescindir de los complejos y rigurosos procedimientos administrativos de autorización dirigidos a garantizar la seguridad y eficacia de estos productos, entre otras razones porque la abrumadora mayoría de aquellos individuos carece de la pericia necesaria para valorar cabalmente los riesgos y beneficios que entraña dicho consumo. Otro ejemplo sería el requisito consistente en contratar un seguro que cubra a los usuarios frente a determinados daños.

Debe resaltarse también que el objetivo de la legislación en este punto no debería consistir en asegurar un nivel de calidad mínimo y uniforme de los servicios prestados, sino reducir las asimetrías informativas existentes entre los usuarios y los empresarios del sector. Lo pernicioso no estriba en que la calidad de esos servicios sea relativamente baja, si los usuarios son perfectamente conscientes de ella y están dispuestos a pagar un precio correspondientemente bajo, sino en que estos no puedan conocer *ex ante* y con una razonable certeza cuál es dicha calidad.

No hay que descartar, pues, la posibilidad de que la solución óptima tenga un carácter dual. Cabe que los poderes públicos impongan requisitos mínimos de calidad y seguridad solo en aquellos segmentos del mercado –v. gr., en el de los vehículos contratados mediante contacto visual– en los que las tecnologías disponibles no permiten eliminar en la medida suficiente las asimetrías informativas.

⁶² Vid. la STJUE de 14 de enero de 2015 (*Eventech*, C-518/13, §11).

En cualquier caso, los estándares de calidad y seguridad imperativamente establecidos deberían ser lo suficientemente flexibles como para permitir las innovaciones que supongan mejoras en la prestación de los servicios en cuestión.

B) Regulación del precio

La regulación de los precios de las carreras contratadas a través de dispositivos telemáticos como los utilizados por Uber se ha vuelto igualmente desproporcionada, por cuanto estos dispositivos eliminan –o, cuando menos, reducen hasta el punto de la insignificancia práctica– los costes de transacción que antes justificaban la fijación imperativa de tarifas. Si ya resulta cuestionable establecerlas en el mercado de los taxis contratados telefónicamente, por la razón de que aquí tales costes no son significativos, todavía resulta más discutible cuando la carrera se pacta a través de un mecanismo como el utilizado por Uber, pues aquí dichos costes son aún menores.

C) Limitación del número de taxis

Algo similar cabe decir respecto de la limitación del número de vehículos que pueden prestar estos servicios. Si el mentado *numerus clausus* ya era difícilmente justificable hace unas décadas, la dificultad se ha vuelto extrema ahora. Si lo que se pretende con esa limitación es contener la polución ambiental y la congestión del tráfico, nos encontramos seguramente ante una medida contraproducente, pues cabe razonablemente pensar que el modelo Uber satisface mejor ambos objetivos. En primer término, porque este permite utilizar el exceso de capacidad del parque de turismos privados y, por lo tanto, reduce el número de los que se requieren para satisfacer la misma demanda. En segundo término, porque los vehículos integrados en Uber no necesitan estar rodando por la vía pública a fin de contactar con los clientes.

D) Limitación del tamaño de las empresas

Es dudoso que el modelo Uber contravenga la regla «una licencia, un vehículo, un conductor», por cuanto quienes ofrecen sus servicios de transporte a través de esta empresa difícilmente pueden considerarse trabajadores de la misma, que simplemente hace de intermediaria, poniendo en contacto a estos con los usuarios⁶³. En el caso de que se considerase lo contrario, cabría dudar seriamente de la proporcionalidad de la regla así entendida, cuyos costes (de oportunidad) se habrían elevado notablemente como consecuencia del progreso tecnológico. La razón es evi-

⁶³ En el mismo sentido, respecto de un problema análogo, ESTANCONA PÉREZ (2015, págs. 167 y ss. y 180), considera que las empresas que gestionan las plataformas de *carpooling* no prestan servicios de transporte, sino de intermediación. La posición contraria, en relación con Uber, parece sostener, si bien no muy rotundamente, FALCÓN Y TELLA (2014).

dente. Una plataforma como la desarrollada por Uber, en la que pueden integrarse millones de usuarios y conductores, y que puede funcionar fácilmente y de la misma manera en prácticamente cualquier ciudad del mundo, tiene al menos tres grandes ventajas respecto de las tradicionales empresas de taxi cuyo tamaño es considerablemente inferior.

La primera es que los costes de transacción se reducen notablemente para las personas –cada vez más numerosas, en un mundo cada vez más globalizado– que contratan servicios de transporte urbano mediante turismo en distintas ciudades pertenecientes incluso a distintos países. Supongamos que un usuario pretende contratar periódicamente servicios de transporte mediante turismo en dos ciudades, después de haber comparado la calidad y el precio de los prestados por varias empresas. Si no hay operadores que desarrollen su actividad en ambas ciudades –como ocurriría de acuerdo con la regla «una licencia, un vehículo, un conductor»– dicho usuario se verá obligado a llevar a cabo dos procesos de selección de las ofertas más ventajosas. En cambio, si hay empresas que operan en ambas ciudades en unas condiciones similares de seguridad, calidad y precio, el interesado solo necesitará embarcarse en uno de esos procedimientos. Una vez han instalado en sus dispositivos móviles la correspondiente aplicación y han aprendido a manejarla, los usuarios de Uber pueden contratar muy fácilmente una carrera en cualquiera de las numerosas ciudades del mundo en las que esta empresa se ha establecido, en unas condiciones de seguridad, calidad y precio relativamente similares.

La segunda es que el mayor tamaño de la red de Uber amplifica los benéficos efectos reputacionales de la prestación de los servicios más allá del espacio en el que desarrollan sus actividades las empresas tradicionales, lo que aprovechará especialmente a los usuarios mencionados en el párrafo anterior.

La tercera es que, como consecuencia del enorme volumen de información de una extraordinaria calidad que posee acerca de la conducta de usuarios y conductores, Uber tiene seguramente la posibilidad de dirigir esa conducta hacia fines socialmente deseables –*v. gr.*, disuadiendo a los primeros de cometer ciertas infracciones y asegurando que los segundos prestan el servicio adecuadamente– de manera mucho más eficiente de lo que en un mercado tradicional estaría al alcance de las pequeñas empresas operadoras o incluso de las autoridades públicas⁶⁴.

6. MITIGACIÓN DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA EVENTUAL LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR DEL TAXI

Cabe pensar que esta liberalización resultaría netamente ventajosa para la sociedad española en su conjunto, pero perjudicial para los taxistas actualmente establecidos. Es probable que estos obtuviesen en un mercado abierto unos beneficios de su actividad inferiores a los que ahora

⁶⁴ En sentido similar, ROGERS (2015, pág. 90).

están extrayendo. Adicionalmente, el considerable valor económico que las licencias de taxi tienen para sus titulares hoy, de resultas de esa singular rentabilidad y de la posibilidad prevista en nuestra legislación de transmitir las a título oneroso⁶⁵, desaparecería prácticamente con la eliminación de las restricciones cuantitativas de acceso al sector.

A) Un apunte de Derecho comparado

La misma cuestión se ha planteado ya en otros ordenamientos jurídicos. Sirva de ejemplo el caso de Irlanda⁶⁶. Hasta el año 2000 existía allí un sistema de *numerus clausus* que había propiciado que la cantidad de taxis fuese manifiestamente insuficiente para atender la demanda, por lo que el Gobierno decidió doblarla, adjudicando una nueva licencia a cada uno de los que ya tenían una. Varios conductores de *hackneys* (el equivalente, *mutatis mutandis*, de los VTC españoles) impugnaron esta decisión, cuya invalidez declaró luego el Tribunal Supremo irlandés fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, porque el Gobierno, al establecer el *numerus clausus*, se había excedido de la habilitación legal, que simplemente permitía al ministro competente adoptar regulaciones relativas al control y funcionamiento de los vehículos. No cabía entender que, al conferirle ese poder al Gobierno, el Parlamento hubiese contemplado la posibilidad de establecer tal regla. Semejante delegación hubiese resultado constitucionalmente cuestionable, por cuanto esa restricción cuantitativa: menoscababa los derechos de los usuarios a recibir el servicio; permitía solo a un número limitado de personas ejercer una determinada profesión, al tiempo que prohibía desarrollarla a todas las restantes que podían estar igualmente cualificadas para ello; y perjudicaba el desarrollo de la industria del taxi. En segundo lugar, el Gobierno no establecía criterio alguno en virtud del cual las autoridades locales habían de precisar el número de taxis autorizados. En tercer lugar, se vulneraba el principio del Derecho comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad, pues en la medida en que la mayoría, si no todos, de los titulares de las licencias eran irlandeses, la regulación producía indirectamente un efecto discriminatorio para los extranjeros, a los que *de facto* se cerraba el acceso a esta profesión en Irlanda⁶⁷.

De resultas de la sentencia, el Gobierno eliminó la referida limitación cuantitativa, lo que determinó que el número de taxis se triplicara en prácticamente tres años, lo que a su vez provocó que el precio de las licencias en el mercado secundario, que había llegado a las 80.000 libras, se redujera prácticamente a cero. Varios taxistas impugnaron entonces dicha eliminación, alegando que establecerla sin una compensación por la pérdida de valor de sus licencias suponía un injusto ataque contra sus derechos de propiedad constitucionalmente garantizados. El Tribunal Supremo desestimó su recurso, aduciendo básicamente las mismas razones esgrimidas en un caso anterior

⁶⁵ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 10 de la LMurT.

⁶⁶ *Vid.* BARRET (2003).

⁶⁷ Sentencia del juez de la High Court Murphy de 13 de octubre de 2000 (*Humphrey v. Minister for Environment and Local Government*).

para declarar que no había obligación de resarcir los perjuicios causados a los taxistas por un aumento del número de licencias. El tribunal advierte que «los derechos de propiedad resultantes de las licencias establecidas por el ordenamiento jurídico... están sujetas a las condiciones fijadas por el mismo y a la condición implícita de que este puede modificar tales condiciones. Los cambios legales pueden incrementar el valor de esos derechos de propiedad... como también pueden reducirlos». Y pone de relieve que los recurrentes «debían haber sido conscientes del riesgo inherente a la licencia de que los cambios legislativos afectaran a su valor». Los recurrentes, que habían cosechado en el pasado los beneficios derivados de ciertos cambios legales, debían ahora soportar sus efectos negativos⁶⁸. Además, nota cómo el Estado no había privado a los recurrentes de sus licencias, quienes podían seguir utilizándolas con el fin para el que fueron concedidas.

B) Algunos casos semejantes en el Derecho español

Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la pretensión de las personas que venían desarrollando su actividad empresarial en un mercado sujeto a un sistema de *numerus clausus* a ser indemnizadas por los perjuicios que les ocasionó la liberalización del mismo. Y los pronunciamientos han sido siempre desestimatorios⁶⁹.

En relación con la liberalización de los servicios funerarios efectuada en virtud del Real Decreto-Ley 7/1996, el Tribunal Supremo advirtió, en primer lugar, que «la nueva regulación legal [carecía] de contenido expropiatorio por constituir una norma general [que] aunque [repercute] de forma desigual respecto de quienes prestaban los servicios funerarios a la sociedad, no [suponía] una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos»; el legislador «no [había] privado a quienes los prestaban de su derecho a continuar haciéndolo, si bien ajustándose a un régimen de libre competencia, con lo que solo [había] limitado el modo de hacerlo por considerar la concurrencia en su prestación, previa autorización municipal reglada, más útil o conveniente para la economía». Las empresas recurrentes, que venían prestando dichos servicios monopolísticamente, alegaban que la falta de medidas que les permitiesen adaptarse al nuevo sistema conculcaba los principios de buena fe y confianza legítima, en la medida en que frustraba «cuantiosas inversiones» que las mismas habían efectuado «para realizar adecuadamente el servicio partiendo de la circunstancia de poderse hacer en régimen de monopolio». El Tribunal Supremo, sin embargo, estimó que «la liberalización era previsible dado lo sucedido en otras actividades económicas», y que los ayuntamientos establecieron en las correspondientes ordenanzas «requisitos objetivos que [moderaron] las consecuencias del cambio sin grave quebranto para las empresas que con exclusividad atendían anteriormente el servicio». Además, notó que de la liberalización también se derivaban ciertas ventajas para dichas empresas, como la posibilidad de

⁶⁸ Sentencia del juez de la High Court Carney de 23 de mayo de 2001 (*Gorman v. Minister for the Environment and Local Government*).

⁶⁹ Sobre ambos casos, *vid.* GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2003, págs. 286 y ss. y 326 y ss.).

extender su actividad a otros territorios, y que la experiencia adquirida por ellas bajo el régimen anterior les confería una ventaja para competir en el nuevo mercado⁷⁰.

En el caso de los costes a la transición a la competencia en el sector eléctrico, el Tribunal Supremo declaró que las compensaciones otorgadas por la ley a las empresas que desarrollaban su actividad en el mismo no venían exigidas por la Constitución, pues «los eventuales costes... "varados" de las empresas eléctricas... que [derivaban] del tránsito de una situación de monopolio geográficamente limitado y retribuido con tarifas que garantizaban a aquellas una determinada tasa de rentabilidad, a otra situación de competencia –sujeta a ciertas obvias limitaciones– no [eran] sino consecuencia de un cambio legal en el modelo regulatorio que, de suyo, no [generaba] en los afectados el derecho a recibir una compensación obligatoria por parte del Estado cuando la nueva situación [permitía] a aquellas empresas... proseguir su actividad, si bien en condiciones de mercado distintas de las que estaban acostumbradas». El Tribunal Supremo argumentó para llegar a esta conclusión principalmente que: el cambio normativo era previsible para los afectados desde que, once años antes de la liberalización del sector, España ingresara en las Comunidades Europeas; dicho cambio también les reportaba ciertos beneficios; las compensaciones podían distorsionar la competencia; y la frustración de ciertas inversiones efectuadas por las compañías eléctricas no debía imputarse a la nueva regulación, sino a los cambios tecnológicos habidos⁷¹.

C) La solución legal y jurisprudencial prevista para un problema análogo: la ampliación del número máximo de licencias de taxi

La ampliación del número máximo de estas licencias guarda una evidente analogía con su eliminación, en la medida en que ambas medidas producen sustancialmente el mismo efecto de reducir la rentabilidad de las licencias existentes y, a la postre, también su precio en el mercado secundario. La única diferencia, de haberla, es de grado. Si el número máximo resultante no rebasa determinado umbral, la ampliación reduce dicha rentabilidad en menor medida que la eliminación. Si el número se amplía por encima de ese umbral, ambas medidas producen efectos equivalentes.

Pues bien, la legislación española, que otorga a los ayuntamientos un amplio margen de maniobra para ampliar dicho número, no contempla el derecho de los taxistas a ser compensados por los perjuicios que esta medida les ocasione. Nuestros Tribunales han declarado sobre el particular que los titulares de las licencias no tienen un «derecho adquirido» a que se mantenga su número. «No puede considerarse [dicho número] como un derecho integrado en patrimonio alguno, sino que su mantenimiento en la Ordenanza municipal es una mera expectativa sujeta precisamente a los avatares de la conveniencia y necesidades del servicio impropio que preside el régimen de

⁷⁰ *Vid.*, entre otras, la STS de 3 de abril de 2002 (rec. núm. 423/1998).

⁷¹ STS de 11 de junio de 2001 (rec. núm. 117/2000).

licencia de taxi»⁷². La pérdida de valor de las licencias como consecuencia del incremento de la cantidad de estas «no es susceptible de compensación directa y autónoma, sino que es un [coste] inherente al riesgo de la actividad»⁷³.

D) Posición que se sostiene: La compensación de los perjuicios eventualmente causados no es ni constitucionalmente obligada ni conveniente

Ninguno de los criterios utilizados por la jurisprudencia y la doctrina para determinar cuándo es constitucionalmente obligado indemnizar los daños causados por una medida privativa abonaría la procedencia de la compensación en el caso de una hipotética liberalización de los servicios de taxi.

Por de pronto, una medida tal no constituiría una privación singular de derechos, sino una regulación de alcance *general*, que afectaría por igual a todos los operadores del sector.

En segundo lugar, no hay ninguna persona que pueda considerarse beneficiaria concreta de la medida, más allá del conjunto de los potenciales usuarios. Ninguno de ellos se enriquecería con el bien del que supuestamente se privaría a los taxistas.

En tercer lugar, cabe entender que la nueva regulación no menoscabaría el contenido esencial del «derecho de propiedad» que los taxistas –vamos a suponer– ostentan sobre las licencias de taxi, que evidentemente no comprende el derecho a que su número se congele y su rentabilidad y precio en el mercado secundario no descendan, sino el de prestar servicios de taxi, derecho que podrían seguir ejerciendo bajo el nuevo régimen.

En cuarto lugar, no resulta razonable estimar que la liberalización –no acompañada de compensación– vulneraría el principio de confianza legítima por suponer un cambio normativo imprevisible que frustraría inversiones efectuadas por los taxistas e impuestas o cuando menos inducidas por las Administraciones públicas. De un lado, porque la liberalización es previsible desde hace mucho tiempo, pues de ella se viene hablando constantemente desde hace años en círculos académicos, en el ámbito de la profesión e incluso en los medios de comunicación. De otro lado, porque las inversiones que el cambio normativo echaría a perder –básicamente, el dinero pagado por adquirir una licencia en el mercado secundario– no fueron impuestas, aprobadas, inducidas o fomentadas en modo alguno por las Administraciones públicas, a diferencia de lo ocurrido en otros casos en los que sí se ha compensado a los afectados⁷⁴.

⁷² STS de 29 de marzo de 1999 (rec. núm. 3716/1993).

⁷³ STSJ de Navarra de 11 de mayo de 2009 (rec. núm. 84/2009).

⁷⁴ Piénsese, por ejemplo, en los casos de los costes de transición a la competencia en el sector eléctrico (*vid.*, por todos, GÓMEZ-FERRER RINCÓN, 2003, pág. 282) y de las empresas pesqueras conjuntas (*ibidem*, págs. 359 y ss.).

En quinto lugar, el valor alcanzado por las licencias en el mercado secundario no es el fruto de una actividad socialmente valiosa desplegada por sus titulares, sino más bien un «beneficio caído del cielo» (*windfall profit*) o acaso el resultado de los esfuerzos desplegados por aquellos con el objeto de capturar a las autoridades encargadas de fijar las tarifas y el número máximo de vehículos autorizados. Y la privación de semejantes beneficios es uno de los casos admitidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que puede no ser obligado indemnizar⁷⁵. Nótese que las licencias de taxi se adjudican en nuestro país gratuitamente y que su precio en el mercado secundario no depende en absoluto del esfuerzo y los recursos invertidos por sus titulares en el desarrollo de su actividad, sino fundamentalmente de las decisiones adoptadas por una Administración. Cuanto más elevadas sean las tarifas y menor el número de taxis autorizados, más se pagará por las licencias.

Esta es una de las principales razones por las que la referida indemnización no solo no resulta constitucionalmente obligada, sino que también es inconveniente para los intereses generales. La misma constituye un aliciente para que los titulares de las licencias presionen a las autoridades competentes con el fin de que impidan el acceso al mercado de nuevos entrantes y fijen tarifas superiores a las socialmente óptimas. Cuanto más se restrinja el acceso y más elevadas sean las tarifas, mayor será la eventual compensación.

Además, indemnizar podría tener un negativo efecto disuasorio sobre la decisión de liberalizar el mercado. Habida cuenta del elevado número de taxistas afectados y de la magnitud de la suma de las indemnizaciones resultantes, difícilmente las autoridades competentes –las comunidades autónomas– estarían dispuestas a sufragarlas con cargo a sus presupuestos. Es probable que imponer a otras entidades públicas –v. gr., a las municipales– la obligación de pagar resultara también políticamente inviable. Y trasladar su coste a los usuarios del servicio –como se hizo al liberalizar el sector eléctrico–, si bien mitigaría algo dicha reluctancia a la liberalización, seguramente distorsionaría el funcionamiento del mercado, al alterar el precio y el volumen óptimos de los servicios prestados y otorgar a los taxistas ya establecidos una ventaja competitiva frente a los nuevos entrantes⁷⁶.

A la vista del gran número de taxistas afectados, la indemnización engendraría también considerables costes derivados de la necesidad de cuantificar los perjuicios sufridos efectivamente por cada uno de ellos, a menos que se decidiera otorgarles a todos una suma a tanto alzado.

No parece, tampoco, que la indemnización pueda cumplir aquí una de sus más importantes finalidades: la de prevenir que los poderes públicos establezcan medidas socialmente indeseables, a costa de una minoría que carece de la capacidad y los incentivos necesarios para defen-

⁷⁵ Vid. las SSTEDH de 23 de octubre de 1997 (*National & Provincial Building Society y otros c. Reino Unido*, 21319, 21449 y 21675/1993) y 30 de junio de 2005 (*Jahn y otros c. Alemania*, 46720/99, 72203 y 72552/01, §§ 93 y ss.).

⁷⁶ Vid., *mutatis mutandis*, GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2003, págs. 401 y ss.).

der sus intereses adecuadamente en los procesos políticos de adopción de decisiones⁷⁷. De un lado, porque la liberalización del mercado del taxi –y, en particular, la eliminación del *numerus clausus*– es probablemente ventajosa para la comunidad. De otro lado, porque, como ya sabemos, más bien cabe presumir que los taxistas han sido y siguen siendo capaces de ejercer una influencia excesiva sobre las autoridades competentes, por lo que difícilmente estas abusarán de los mismos adoptando regulaciones que benefician espuriamente a los usuarios. Hay sólidos argumentos teóricos y algunos datos empíricos que permiten pensar que es mucho más probable que ocurra precisamente lo contrario: que las autoridades sean capturadas por dichos operadores y se resistan a establecer la regulación que mejor satisface los intereses del conjunto de la ciudadanía y, en particular, de los usuarios.

El único coste social sustancial de no compensar a los taxistas es que tal solución puede propiciar que tanto ellos como los empresarios que en el futuro se encuentren en una situación semejante opongan una fuerte resistencia a la liberalización del sector considerado, invirtiendo tiempo, dinero y esfuerzo en presionar a las autoridades competentes para que mantengan el *statu quo*.

En fin, la única razón por la que podría ser aconsejable articular alguna disposición transitoria o compensatoria que mitigue los perjuicios causados a los taxistas sería la de evitar el riesgo –a la vista de los precedentes, no muy elevado– de que los Tribunales consideren equivocadamente que la liberalización, a falta de tales disposiciones, es contraria a Derecho, por ejemplo por vulnerar el principio de confianza legítima.

7. LA REACCIÓN DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Por el momento, las autoridades españolas están adoptando medidas tendentes a mantener el *statu quo* definido por las limitaciones de la libertad antes analizadas. Merecen citarse aquí las numerosas sanciones administrativas impuestas a los «conductores de Uber» por prestar servicios de taxi sin la autorización y las demás condiciones requeridas para ello y, sobre todo, el criticable Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 9 de diciembre de 2014, por el que se ordena de manera cautelar la cesación y la prohibición en España de la actividad que Uber venía realizando. Parece claro que la actividad de los referidos conductores no respeta las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sector, sin perjuicio de que algunas de estas puedan considerarse inconstitucionales. Pero es muy dudoso que lo mismo pueda afirmarse de los servicios prestados por Uber, por cuanto cabría defender que no son de transporte, sino más bien de intermediación, por lo que habría que aplicarles la legislación sobre comercio electrónico, que

⁷⁷ Como advierten ROSE-ACKERMAN y ROSSI (2000, pág. 1.465), la cláusula constitucional relativa a las expropiaciones «no debe ser aplicada [frente a los cambios regulatorios] para proteger a aquellos que han podido ejercer una influencia sobre la regulación o que están en situación de anticipar futuros cambios regulatorios y tenerlos en cuenta a la hora de tomar sus decisiones de inversión».

garantiza a cualquier empresa establecida en el Espacio Económico Europeo –como es el caso de Uber, registrada en Países Bajos–, la libertad de proveerlos sin necesidad de autorización previa⁷⁸.

Y las disposiciones legislativas establecidas últimamente por las comunidades autónomas para regular el sector del taxi siguen estando muy lejos de dar una respuesta equilibrada a los problemas que aquí se plantean. Sirva el ejemplo de la Ley murciana 10/2014, que no solo preserva estrictamente el referido *statu quo*, sino que además introduce la posibilidad de adoptar medidas «anti-Uber» palmariamente desproporcionadas, como la de inmovilizar de manera cautelar e inmediata los correspondientes vehículos, inmovilización que obliga a mantener hasta que se deposite previamente el importe de la máxima multa que se pueda imponer por la comisión de la supuesta infracción⁷⁹.

Esta reacción contrasta con la producida en otros países, especialmente en los Estados de América, donde las autoridades competentes están comenzando a establecer un régimen jurídico específico para las llamadas *Transportation Network Companies*, depurándolo de las limitaciones obsoletas que se imponían a la tradicional industria del taxi, pero contemplando también las limitaciones necesarias para asegurar la seguridad y la calidad de los servicios prestados, así como para proteger otros fines públicos legítimos.

⁷⁸ Vid. el artículo 4 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, 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), y el artículo 6 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. De hecho, el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona ha elevado recientemente una cuestión prejudicial ante el TJUE preguntándole precisamente eso: si la actividad de Uber puede calificarse como de transporte, en cuyo caso su realización requeriría autorización previa, o de prestación de servicios de la sociedad de la información, en cuyo caso no se exigiría tal título habilitante (*vid.* su providencia de 17 de junio de 2015, asunto 929/2014D2).

⁷⁹ Vid. el artículo 39, aps. 4 y 5, de la LMurT.

Bibliografía

- AKERLOF, G. A. [1970]: «The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism», *Quarterly Journal of Economics*, núm. 84:3, págs. 488-500.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. [2004]: *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Madrid: CEPC.
- BARRET, S. D. [2003]: «Regulatory capture, property rights and taxi deregulation: A case study», *Economic Affairs*, núm. 23:4, págs. 34-40.
- [2010]: «The sustained impacts of taxi deregulation», *Economic Affairs*, núm. 30:1, págs. 61-65.
- BARRY, J. M. y CARON, P. L. [2015]: «Tax regulation, transportation innovation, and the sharing economy», *University of Chicago Law Review Dialogue*, núm. 82, págs. 69-84.
- BELK, R. [2007]: «Why not share rather than own?», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 611, págs. 126-140.
- [2010]: «Sharing», *Journal of Consumer Research*, núm. 36:5, págs. 715-734.
- BELL, A. y PARCHOMOVSKY, G. [2010]: «The hidden function of takings compensation», *Virginia Law Review*, núm. 96:7, págs. 1.673 y ss.
- BENKLER, Y. [2005]: «Sharing nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production», *Yale Law Journal*, núm. 114, págs. 273-358.
- BERNAL PULIDO, C. [2003]: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- BLUME, L. y RUBINFELD, D. L. [1984]: «Compensation for takings: An economic analysis», *California Law Review*, núm. 72:4, págs. 571 y ss.
- BOTELLA CARRETERO, J. [2002]: *El régimen jurídico del servicio de taxis*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- [2014]: «El servicio de auto-taxis y los recientes desarrollos normativos de ámbito autonómico: Análisis, crítica y perspectivas», en MENÉNDEZ, P. (dir.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, vol. II, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 405-444.
- BOTSMAN, R. y ROGERS, R. [2011]: *What's mine is yours. How collaborative consumption is changing the way we live*, London: Collins.
- CAIRNS, R. D. y LISTON-HEYES, C. [1996]: «Competition and regulation in the taxi industry», *Journal of Public Economics*, núm. 59, págs. 1-15.
- CIDONCHA, A. [2006]: *La libertad de empresa*, Madrid: Civitas.
- COHEN, M. y SUNDARARAJAN, A. [2015]: «Self-regulation and innovation in the peer-to-peer sharing economy», *University of Chicago Law Review Dialogue*, núm. 82, págs. 116-133.
- DEIGHTON-SMITH, R. [2007]: «Background note», en OECD, *Taxi Services: Competition and regulation*, págs. 17-47.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. [2001]: «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 155, págs. 59-106.
- [2004]: «Los experimentos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, págs. 145-187.

- [2005]: «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, págs. 97-45.
 - [2006]: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid: CEPC.
 - [2012]: «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- ESKENAZI, L. [2014]: «The French taxi case: Where competition meets –and overrides– regulation», *Journal of European Competition Law & Practice*.
- ESTANCONA PÉREZ, A. A. [2015]: «*Carpooling*: C2C en el transporte de personas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, págs. 161-184.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2014]: «La tributación de Uber (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)», *Quincena Fiscal*, 13/2014.
- GALLICK, E. C. y SISK, D. E. [1987]: «A reconsideration of taxi regulation», *Journal of Law, Economics & Organization*, núm. 3:1, págs. 117-128.
- GANSKY, L. [2012]: *The mesh. Why the future of business is sharing*, New York: Penguin.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. [2011]: *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid: Civitas.
- GARCÍA VITORIA, I. [2008]: *La libertad de empresa: ¿Un terrible derecho?*, Madrid: CEPC.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. [2003]: *La transición a la competencia: Sus costes y sus posibles compensaciones*, Madrid: Marcial Pons.
- HAMPSHIRE, R. C. y GAITES, C. [2011]: «Peer-to-peer carsharing. Market analysis and potential growth», *Transportation Research Record*, núm. 2.217, págs. 119-126.
- KAPLAN, R. A. y NADLER M. L. [2015]: «Airbnb: A case study in occupancy regulation and taxation», *University of Chicago Law Review Dialogue*, núm. 82, págs. 103-115.
- KAPLOW, L. y SHAVELL, S. [2002]: *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge.
- KASSAN, J. y ORSI, J. [2012]: «The legal landscape of the sharing economy», *Journal of Environmental Law and Litigation*, núm. 27, págs. 1-20.
- LISTON-HEYES, C. y HEYES, A. [2007]: «Regulation of the taxi industry: Some economic background», en OECD, *(De)regulation of the Taxi Industry*, págs. 91-113.
- MANVILLE, M. y SHOUP, D. [2005]: «Parking, people, and cities», *Journal of Urban Planning and Development*, págs. 233-245.
- MYERSON, R. B. y SATTERTHWAITE, M. A. [1983]: «Efficient mechanisms for bilateral trading», *Journal of Economic Theory*, núm. 29:2, págs. 265-281.
- ORTEGA BERNARDO, J. [2014]: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid: Marcial Pons.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [2002]: «Ensayo sobre la libertad de empresa», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Civitas, vol. 4, págs. 5.971-6.040.

- PRETTENTHALER, F. E. y STEININGER K. W. [1999]: «From ownership to service use lifestyle: The potential of car sharing», *Ecological Economics*, núm. 28, págs. 443-453.
- PRIETO SANCHÍS, L. [2000]: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y Libertades*, núm. 8, págs. 429-468.
- RANCHORDÁS S. [2014]: *Constitutional sunsets and experimental legislation. A comparative perspective*, Cheltenham: Edward Elgar.
- [2015]: «Does sharing mean Caring? Regulating innovation in the sharing economy», *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, núm. 16:1, págs. 413-475.
- ROGERS, B. [2015]: «The social costs of Uber», *University of Chicago Law Review Dialogue*, núm. 82, págs. 85-102.
- ROSE-ACKERMAN, S. y ROSSI, J. [2000]: «Disentangling deregulatory takings», *Virginia Law Review*, núm. 86, págs. 1.435-1.495.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. [2004]: *Principios de Derecho administrativo general*, Madrid: Iustel, vol. II.
- SHAHEEN, S. A.; MALLERY, M. A. y KINGSLEY, K. J. [2012]: «Personal vehicle sharing services in North America», *Research in Transportation Business & Management*, núm. 3, págs. 71-81.
- SHAHEEN, S.; SPERLING, D. y WAGNER, C. [1998]: «Carsharing in Europe and North American: Past, present, and future», *Transportation Quarterly*, núm. 52:3, págs. 35-52.
- STIGLER, G. J. [1971]: «The theory of economic regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, núm. 2:1, págs. 3-21.
- TARRÉS VIVES, M. [2006]: *La regulación del taxi. Legislación autonómica y experiencias de Derecho comparado*, Barcelona: Atelier.
- [2011]: «Aspectos jurídicos y económicos en la regulación del taxi: Reforma y liberalización en el transporte urbano e interurbano de viajeros», en RUIZ OJEDA, A. (dir.), *El Derecho de la regulación económica*, vol. VI, *Transportes*, Madrid: Iustel, págs. 363-408.
- TRUFFER, B. [2003]: «User-led innovation processes: The development of professional car sharing by environmentally concerned citizens», *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, núm. 16:2, págs. 139-154.