



Nuevos retos para el Gobierno local

Economía colaborativa y Administración local*

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

*Profesor titular de Derecho
Administrativo de la
Universitat de València*

1. **Introducción**
2. **El impacto social de la economía colaborativa**
 - 2.1. Beneficios
 - 2.1.1. Reducción de costes de transacción y asimetrías informativas
 - 2.1.2. Creación de economías de escala y efectos de red
 - 2.2. Costes
3. **Necesidad de revisar la normativa reguladora de los sectores afectados**
 - 3.1. El caso del taxi
 - 3.1.1. Requisitos de seguridad y calidad
 - 3.1.2. Limitación del número de vehículos
 - 3.1.3. Limitación de la escala de las empresas del sector
 - 3.1.4. Limitación del ámbito territorial de la actividad
 - 3.1.5. Fijación de los precios
 - 3.1.6. Restricciones que antes hubieran sido desproporcionadas y que ahora tal vez ya no lo sean
 - 3.2. El caso del alojamiento de corta duración
 - 3.2.1. Requisitos de calidad, seguridad y controles administrativos dirigidos a reducir asimetrías informativas
 - 3.2.2. Limitaciones de la coexistencia de usos
4. **Factores que obstaculizan la revisión de la normativa existente**
 - 4.1. La incertidumbre
 - 4.2. Los intereses de los operadores ya establecidos
 - 4.3. La captura de los reguladores
 - 4.3.1. Explicación de la captura
 - 4.3.2. Captura de los reguladores y preservación del *statu quo* en el sector del taxi
 - 4.3.3. Captura de los reguladores y preservación del *statu quo* en el sector del alojamiento turístico
5. **La transformación de la estructura subjetiva de los sectores afectados**
 - 5.1. Aparición de nuevos sujetos interesados
 - 5.2. Cambios en las presiones ejercidas por los interesados sobre los reguladores
 - 5.3. Cambios en el nivel eficiente de la regulación

Artículo recibido el 12/09/2016; aceptado el 02/10/2016.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, “La regulación de la economía colaborativa” (DER2015-67613-R).

6. El papel de las Administraciones locales

- 6.1. Aplicación de la normativa preexistente
- 6.2. Adaptación de la normativa local a la nueva realidad
- 6.3. Participación en los procesos de reforma de la legislación
- 6.4. Fomento y articulación de ciertos sistemas de economía colaborativa

Resumen

En el presente trabajo se describen los principales retos a los que se enfrentan las Administraciones locales españolas como consecuencia de la irrupción de la llamada economía colaborativa en varios sectores, como el del transporte urbano de pasajeros mediante turismos y el de los alojamientos de corta duración, en los que estas ejercen importantes competencias. El primero es el de revisar la normativa aplicable en tales ámbitos, que en muchos aspectos se ha vuelto obsoleta y desequilibrada, como consecuencia de los cambios tecnológicos y sociales que están en la base de los sistemas de economía colaborativa. El segundo es el de ejercer sus competencias de aplicación del ordenamiento jurídico vigente allí, mientras no se proceda a la referida revisión. El tercero sería fomentar o incluso articular sistemas de economía colaborativa beneficiosos para la comunidad, pero que el sector privado no tiene suficientes incentivos para desarrollar.

Palabras clave: *economía colaborativa; economía digital; Administración local.*

Collaborative economy and local administration

Abstract

This article describes the main challenges that collaborative economy entails for Spanish local administrations in several sectors, such as transport or accommodation services. The first challenge is related to the necessary revision of the legislation in those sectors, in which in most of the cases has become obsolete and unbalanced as a consequence of the technological changes occurred in the heart of collaborative economy systems. The second challenge regards to the exercise of competences applying the current legislation meanwhile the revision does not take place. Finally, the third challenge recalls the necessity of promoting or even articulating collaborative economy systems in favour of the community, because in most

of the cases the private sector does not have sufficient incentives for their development.

Keywords: collaborative economy; digital economy; local administration.

1

Introducción

Con la expresión “economía colaborativa” podemos designar 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 compartir recursos que hasta hace poco se encontraban infrautilizados, y desarrollar esas actividades económicas de manera más eficiente y, en general, distinta de como se venían realizando anteriormente¹.

El surgimiento de estos sistemas en cada vez más sectores está planteando incontables problemas jurídicos, de índole administrativa, civil, fiscal, laboral, mercantil, etc. No hay prácticamente ninguna parcela del ordenamiento jurídico ajena a su influjo. Muchos de esos problemas son *de lege lata*. En la medida en que se trata de realidades sociales nuevas, que difieren significativamente de las formas tradicionales de producción y consumo de bienes y servicios, muchas veces no está claro cuál es actualmente su régimen jurídico.

Otros problemas son *de lege ferenda*. Parece obvio que no pocas actividades de economía colaborativa merecen ser sometidas a una regulación específica, distinta de la que se venía aplicando hasta la fecha en el correspondiente sector. La pega es que no siempre resulta evidente cómo conviene regularlas *ex novo*, principalmente porque todavía no se conocen bien cuáles han sido o pueden ser sus repercusiones sociales, bajo las condiciones jurídicas actuales o bajo otras distintas que eventualmente se puedan establecer.

En este trabajo pretendemos analizar algunos de los más importantes problemas jurídicos planteados por la economía colaborativa a los que se han de enfrentar las Administraciones locales, tomando como ejemplos ilustrativos dos de los sectores que mayores controversias han generado en nuestro

1. *Vid.*, por todos, SUNDARARAJAN, A., *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, Cambridge, 2016.

país: el del transporte urbano de pasajeros mediante turismos –donde operan empresas como Uber y Cabify– y el del alojamiento de corta duración –en el que el mayor protagonismo corresponde a Airbnb–. Por las razones apuntadas, la comprensión cabal de estos problemas y la identificación de posibles soluciones requieren estudiar cuál está siendo el impacto de la economía colaborativa sobre la realidad social considerada y, a la postre, sobre las normas jurídicas que venían regulándola.

2

El impacto social de la economía colaborativa

2.1

Beneficios

Las mejoras de eficiencia en la producción de bienes y servicios a través de las plataformas de economía colaborativa obedecen, principalmente, a que los recientes avances tecnológicos que están en su base permiten: de un lado, reducir los costes de transacción y las asimetrías informativas que, hasta hace bien poco, imposibilitaban o encarecían los acuerdos necesarios para aprovechar recursos infrautilizados; y de otro, crear economías de escala y efectos positivos de red.

2.1.1

Reducción de costes de transacción y asimetrías informativas

Para intercambiar bienes y servicios, las partes afectadas han de incurrir normalmente en diversos costes, cuando menos en los que implican: a) la búsqueda de información referente a los aspectos subjetivos y objetivos de la operación considerada; b) las negociaciones para fijar las condiciones bajo las cuales se producirá la cooperación; y c) el establecimiento de los mecanismos apropiados que permitan verificar y asegurar que las contrapartes cumplen los compromisos contraídos. Si los costes de transacción superan los beneficios que para cualquiera de las partes de un negocio se desprenden de este, muy probablemente no se celebrará el mismo.

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 afectados². Supongamos, a modo de ejemplo, que en un sector hay dos tipos de empresarios: honestos y deshonestos. Los primeros estarían dispuestos a prestar adecuadamente un servicio por X euros. Los segundos engañan sistemáticamente a los usuarios, causándoles un perjuicio de Z euros. El problema es que los usuarios no pueden distinguir a los unos de los otros sino después de que se haya prestado el servicio y, en su caso, consumado el engaño. Pues bien, a pesar de que puede haber usuarios que estarían dispuestos a pagar más de X euros por dicho servicio, ninguno de ellos contratará su prestación si percibe que la probabilidad de encontrarse con un empresario deshonesto es lo suficientemente elevada.

Las asimetrías informativas también pueden producir un fenómeno de selección adversa que termine provocando incluso el colapso del mercado³. Imaginemos que en una ciudad en la que solo había empresarios honestos aparecen varios deshonestos. Al cabo de un tiempo, los usuarios percibirán una cierta probabilidad de ser engañados y, por las razones antes expuestas, algunos de ellos se abstendrán de contratar dichos servicios. La contracción de la demanda provocará seguramente que algunos empresarios 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 servicio mucho menos que los segundos. También es posible que algunos empresarios honestos decidan volverse deshonestos a fin de mantenerse en el mercado. Con el tiempo, por consiguiente, se irán incrementando la proporción de empresarios 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.

Las innovaciones tecnológicas que están en la base del funcionamiento de las plataformas de economía colaborativa hacen posible eliminar o reducir sustancialmente esos costes de transacción y asimetrías informativas. La innovación fundamental es Internet, que permite conectarse e intercambiar información, de manera instantánea y con un coste ridículo, a miles de personas interesadas en ofrecer o utilizar los correspondientes servicios.

2. Vid. MYERSON, R. B. y SATTERTHWAIT, M. A., "Efficient Mechanisms for Bilateral Trading", *Journal of Economic Theory*, vol. 29, núm. 2, 1983, pp. 265-281.

3. Vid. AKERLOF, G. A., "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, núm. 3, 1970, pp. 488-500.

Las asimetrías existentes entre usuarios y prestadores de servicios pueden ser neutralizadas en mayor o menor medida de dos maneras. En primer lugar, a través de los llamados sistemas reputacionales, que permiten a los implicados evaluar las transacciones realizadas, agregar las evaluaciones resultantes y darlas a conocer a sus pares. En segundo lugar, a través de la reputación que cada plataforma digital haya conseguido labrarse a través de múltiples interacciones con los interesados. Empresas como Airbnb son fácilmente identificables por usuarios y prestadores de servicios, y normalmente interaccionan repetidas veces con ellos, por lo que estos pueden aprender e intercambiar información, a través de las plataformas o de medios alternativos, acerca de los servicios prestados y, en general, acerca del buen o mal funcionamiento de las plataformas, lo que proporciona a las mismas fuertes incentivos para mejorar la calidad de esos servicios y dicho funcionamiento.

2.1.2

Creación de economías de escala y efectos de red

Se dice que existen economías de escala cuando los costes medios de producir un bien disminuyen según se incrementan el tamaño de la empresa y, por lo tanto, la cantidad producida. Cabe razonablemente pensar que muchas plataformas digitales de economía colaborativa generan ventajas de este tipo, de resultas cuando menos de que los costes fijos de su funcionamiento —*v. gr.* los que implica el diseño y desarrollo de la plataforma digital— son relativamente elevados, mientras que los costes variables y los marginales que implica el aumento de su tamaño son relativamente reducidos.

Y resulta evidente que estos sistemas también engendran efectos positivos de red. El hecho de que un nuevo consumidor se integre en una plataforma de economía colaborativa produce un efecto beneficioso sobre los restantes, porque estimula y a la postre incrementa la cantidad y la variedad de la oferta de la que todos ellos pueden beneficiarse. Nótese, por ejemplo, que a los usuarios de Airbnb les conviene que haya muchas viviendas accesibles a través de esta plataforma, en cualesquiera ciudades del mundo a las que les pueda interesar viajar, lo que solo ocurrirá si otros muchos usuarios demandan alojarse en ellas a través de la misma. En el caso de Uber o Cabify ocurre algo parecido. Cuanto más densa sea la red de usuarios y conductores que operan en una determinada ciudad, menores serán los tiempos de espera que mediarán desde que los primeros solicitan una carrera hasta que esta se inicia. A los usuarios que viajan frecuentemente a otras ciudades también les interesará que en ellas exista un número suficiente de conductores integrados en dichas plataformas —lo que solo ocurrirá si hay cierto número de personas

que demandan sus servicios—, porque ello reducirá enormemente los costes en los que han de incurrir para contratar allí una carrera. Tan solo necesitarán apretar un botón.

2.2

Costes

Es posible, en primer lugar, que los sistemas de economía colaborativa engendren 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 observado, 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. Al tratarse normalmente de “aves de paso”, que no van a recibir “premios” ni “castigos” de 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.

Debe notarse, en segundo término, que las plataformas digitales y, en particular, los sistemas reputacionales que las mismas emplean no eliminan por completo todas las asimetrías relevantes existentes entre proveedores de servicios y usuarios, lo que puede menoscabar los intereses de estos últimos.

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 normas.

En la misma dirección, se ha dicho que el funcionamiento de los sistemas de economía colaborativa que desarrollan su actividad en ciertos mercados no respeta los estándares establecidos para proteger los intereses de los consumidores, usuarios y trabajadores, a diferencia de las empresas que vienen actuando en dichos ámbitos.

Finalmente, es obvio que la economía colaborativa constituye una seria amenaza para la privacidad y la protección de los datos personales. Algunas plataformas digitales recogen, almacenan, procesan y dan a conocer cantidades ingentes de tales datos, muchos de ellos de carácter sensible, relativos a aspectos negativos de la conducta de los afectados.

3

Necesidad de revisar la normativa reguladora de los sectores afectados

Parece claro que hay, en la actualidad, manifestaciones de la economía colaborativa que requieren una regulación específica, 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 solución clara y proporcionada.

La falta de una regulación específica tal provoca, en primer lugar, inseguridad acerca de cuál es la respuesta jurídica que ha de darse a las nuevas actividades y relaciones de economía colaborativa. Con frecuencia estas no terminan de encajar bien en las categorías jurídicas tradicionales previstas en la normativa vigente. Se ha dicho al respecto que uno de los principales rasgos característicos de la economía colaborativa es que la misma está difuminando los límites de tales categorías: entre trabajadores y autónomos; entre profesionales y no profesionales; entre ocio y trabajo; entre ánimo de lucro y gratuidad, etc.⁴ La inseguridad resultante 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.

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. Veamos un par de ejemplos.

3.1

El caso del taxi

La prestación de servicios en este sector ha estado sujeta tradicionalmente a una densa malla de reglas jurídicas, que restringen de manera muy significativa la libertad de quienes pretendan realizar esta actividad. Es probable que algunas de esas reglas se hayan vuelto desproporcionadas de resultados de los cambios tecnológicos y sociales⁵. Veamos.

4. *Vid.*, por ejemplo, KASSAN, J. y ORSI, J., “The Legal Landscape of the Sharing Economy”, *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 27, 2012, pp. 13 y ss.; KATZ, V., “Regulating the Sharing Economy”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 30, núm. 4, pp. 1092 y ss.

5. *Vid.*, con más detalle, DOMÉNECH PASCUAL, G., “La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC”, en MONTERO, J. (dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa.

3.1.1

Requisitos de seguridad y calidad

La normativa vigente dispone, 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 prestados⁶.

Para justificar el establecimiento de tales requisitos y controles se ha esgrimido la existencia de asimetrías informativas, pero ya hemos visto que muchas de ellas pueden ser reducidas, o incluso eliminadas, mediante la información que los usuarios y los prestadores de servicios se intercambian a través de plataformas digitales. Es más, cabe pensar que, en muchos casos, estas plataformas disminuyen tales asimetrías de una manera mucho más eficiente que la Administración, fundamentalmente porque la información generada por los usuarios y, en su caso, por los conductores es a veces mucho más robusta y fiable que la producida en el procedimiento administrativo autorizador. Y ello por tres razones. En primer lugar, porque dichos sujetos, a diferencia de la Administración, poseen información real de primera mano; evalúan la calidad de los servicios que han recibido efectivamente y no la de los que en un hipotético futuro podrían recibir otros. En segundo lugar, porque 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 sus pares 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.

3.1.2

Limitación del número de vehículos

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 Administración⁷. Tres razones principales se han esgrimido para justificar esta limitación. La primera es que los taxis –especialmente

6. *Vid.*, por ejemplo, el art. 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).

7. *Vid.*, por ejemplo, el art. 6.2 LMurT.

aquellos que circulan por la calle en búsqueda de clientes– generan contaminación ambiental y congestionan el tráfico. La segunda es la existencia de costes fijos hundidos relativamente elevados. Dado que aquí los costes variables de transportar a un usuario son prácticamente inexistentes (el consumo de combustible, el desgaste del vehículo, el esfuerzo del conductor, la contaminación y la congestión son prácticamente iguales tanto si el taxi va libre como si está ocupado), merece la pena restringir el número de estos turismos a fin de reducir en alguna medida tales costes. Dicho con otras palabras, es preferible, *ceteris paribus*, que circulen X taxis siempre ocupados que el doble de X vacíos la mitad del tiempo. La tercera razón es que el *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 infracción.

La validez de estos argumentos es, en la actualidad, sumamente dudosa. El de la disminución de la contaminación ambiental y la congestión del tráfico es cuestionable por varias razones. La primera es que, si se quiere lograr ambos objetivos, lo que habría que hacer es reducir de alguna manera el número global de turismos privados que circulan por nuestras ciudades –por ejemplo, aplicando un impuesto ambiental–, y no solo el de taxis en particular. La segunda es que aquella limitación puede resultar inútil o incluso contraproducente para alcanzar dicha reducción. No está en absoluto claro que una restricción tal del número de taxis vaya a repercutir positivamente sobre el medio ambiente y la fluidez del tráfico. Es posible que algunos individuos que viajarían en taxi si la oferta fuese mayor recurran a vehículos privados, y que, por ende, la contaminación y la congestión acaben aumentando.

El argumento de que el *numerus clausus* facilita el cumplimiento de la normativa reguladora del sector tampoco es de recibo. La Administración dispone de otros medios efectivos y menos restrictivos de la competencia para garantizar la observancia de la ley.

Debe tenerse en cuenta, también, que 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.

De hecho, en algunas ciudades, la referida restricción cuantitativa nunca ha llegado a establecerse o ha sido eliminada, y los resultados han sido moderadamente positivos. En líneas generales, la liberalización del acceso al sector ha supuesto 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 servicio⁸.

3.1.3

Limitación de la escala de las empresas del sector

En la normativa reguladora del sector suele restringirse el número de vehículos que una persona puede dedicar a la prestación de los servicios de taxi⁹. Algunas comunidades autónomas han llegado a establecer que una persona solo puede ser titular de una autorización, que permite prestar el servicio mediante un solo vehículo, que únicamente puede ser conducido a estos efectos por dicha persona¹⁰. De esta manera se impide la creación de organizaciones empresariales que gestionen una flota de vehículos.

Si el objetivo de esta medida es equidistribuir las rentas generadas por la limitación del número de taxis entre los titulares de las correspondientes licencias, cabe cuestionar la pertinencia de los medios empleados. Principalmente porque el sistema tributario permite redistribuir la riqueza de una manera menos costosa¹¹, sin necesidad de desaprovechar las considerables mejoras de eficiencia engendradas por las economías de escala y los efectos positivos de red a los que antes nos hemos referido.

Y algo parecido puede decirse si el objetivo es prevenir posibles abusos de posición dominante. En el derecho de la competencia pueden encontrarse otros remedios, menos restrictivos de la libertad y más eficientes, para enervar tales peligros. Por lo demás, difícilmente puede una empresa abusar de semejante posición en un mercado en el que los precios los fija la Administración.

3.1.4

Limitación del ámbito territorial de la actividad

La normativa vigente restringe considerablemente el espacio geográfico en el que cada taxista puede desarrollar su actividad –limitándola, normalmente, a

8. *Vid.*, por ejemplo, OECD, *(De)regulation of the Taxi Industry*, 2007.

9. *Vid.*, por ejemplo, el art. 8.2 de la Ley catalana 19/2003, de 4 de julio, del taxi (en adelante, LCatT), así como el art. 7.2 LMurT.

10. *Vid.* el art. 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).

11. *Vid.*, por todos, KAPLOW, L. y SHAVELL, S., *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 32 y ss.

un solo término municipal¹², lo que obviamente impide aprovechar las economías de escala y efectos de red a que antes nos hemos referido.

3.1.5

Fijación de los precios

Finalmente, la libertad de los empresarios y los usuarios para negociar el precio de los servicios se halla también restringida por el establecimiento de tarifas por parte de la autoridad administrativa competente¹³. Dos razones se han venido esgrimiendo para justificar esta regulación. De un lado, los elevados costes de transacción en que usuarios y conductores habrían de incurrir para negociar el precio de las carreras. De otro, la necesidad de prevenir el riesgo de que estos abusen de la posición dominante que les otorga la restricción del número de vehículos y fijen precios excesivos.

Esta regulación parece hoy difícilmente justificable. En primer lugar, porque impide que las empresas del sector compitan entre sí por ofertar mejores precios, lo que perjudica a los usuarios. En segundo lugar, porque la rigidez de los precios establecidos por la Administración hace prácticamente imposible que estos puedan reflejar, en cada momento, las variaciones de la oferta y la demanda, lo que a su vez no permite que la una se ajuste a la otra de manera que se maximice el bienestar del conjunto de los afectados. En tercer lugar, dispositivos tecnológicos como los empleados por Uber o Cabify reducen hasta la insignificancia práctica los costes de transacción que antes justificaban la fijación imperativa de tarifas. Finalmente, en el derecho de la competencia ya existen otros instrumentos, menos restrictivos de la libertad, que permiten luchar contra el riesgo de los precios excesivos.

3.1.6

Restricciones que antes hubieran sido desproporcionadas y que ahora tal vez ya no lo sean

No es descartable que algunas restricciones de la libertad que antes resultaban desproporcionadas, por resultar excesivamente costosas, hayan devenido equilibradas de resultas de ciertos avances tecnológicos; por ejemplo, porque estos han reducido de manera muy significativa los costes que implican dichas restricciones. Sirva un ejemplo:

12. *Vid.*, por ejemplo, el art. 22 LCatT.

13. *Vid.*, por ejemplo, los arts. 17 LPVT y 30 LMurT.

En algunas ciudades españolas se está considerando la posibilidad de prohibir que los taxis circulen vacíos en búsqueda de clientes, y compensar esta prohibición con un incremento muy sustancial del número de paradas donde puedan solicitarse sus servicios. El objetivo sería reducir la polución ambiental y la congestión del tráfico. Los costes de esta medida, en términos del tiempo necesario para encontrar un taxi y el suelo que habría que dedicar a aparcamiento, hubieran sido probablemente inasumibles hace unas décadas. Sin embargo, no es descartable que hoy sus beneficios superen a los referidos costes, como consecuencia de que las plataformas digitales permiten reducir drásticamente el tiempo requerido a estos efectos.

3.2

El caso del alojamiento de corta duración

Aquí encontramos dos grandes órdenes de restricciones de la libertad: las que persiguen combatir las asimetrías informativas existentes, y las dirigidas contra ciertas externalidades negativas que esta actividad de alojamiento genera¹⁴.

3.2.1

Requisitos de calidad, seguridad y controles administrativos dirigidos a reducir asimetrías informativas

Incontables disposiciones legislativas y reglamentarias vienen obligando, desde hace décadas, a que los alojamientos puestos a disposición del público, en sus diferentes modalidades (hoteles, hoteles-apartamentos, hostales, albergues, hospederías, apartamentos turísticos, establecimientos de *camping*, viviendas rurales, viviendas de uso turístico), reúnan toda una serie de características. Con ello se pretende garantizar su calidad y seguridad, habida cuenta de que a los potenciales clientes les resultaría prohibitivamente costoso obtener información real al respecto antes de contratar tales servicios.

Por ejemplo, en absolutamente todos los hoteles de Castilla y León, incluso en los de una sola estrella, las habitaciones deben contar, entre otras muchas cosas, con: una alfombra al lado de la cama, televisión con control remoto, material con información regional disponible en recepción, y desayuno que

14. Sobre la regulación tradicional de este sector y el impacto que sobre el mismo está teniendo la economía colaborativa, *vid.*, por todos, ENCARNACIÓN, A. M.^a DE LA, “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 5, 2016.

incluya “al menos una bebida caliente (café o té), pan, bollería, zumo, fruta o macedonia, mantequilla, una selección de mermeladas y queso y cereales”¹⁵.

Además, para asegurar el cumplimiento efectivo de tales obligaciones se articulan diversos mecanismos de control administrativo, que van desde las autorizaciones previas hasta las declaraciones responsables, según los casos. Para determinados tipos de establecimientos –fundamentalmente, los hoteles– se dispone también que la Administración competente, tras comprobar que cumplen los requisitos exigidos, los clasificará en una de las categorías normativamente previstas, a fin de que los potenciales usuarios puedan conocer dicha clasificación y confiar en que el establecimiento en cuestión reúna las condiciones de seguridad y, sobre todo, calidad correspondientes a la misma¹⁶.

Es claro que muchas de estas exigencias podían tener sentido y resultar proporcionadas hace unas décadas, dado que por aquel entonces a los potenciales clientes les resultaba prácticamente imposible conocer a través de otros medios alternativos la calidad y la seguridad de los servicios prestados. Solo la intervención pública y, eventualmente, la reputación que unas pocas empresas del sector habían podido labrarse proporcionaban a la mayoría de los usuarios la confianza necesaria para contratar alojamiento. Las cosas, sin embargo, han cambiado muy sustancialmente. Las plataformas digitales hacen posible que todos los actores implicados intercambien, con un coste insignificante, información fiable y en su caso muy detallada acerca de las características relevantes de los referidos servicios.

Un número muy considerable de las asimetrías antes existentes pueden ser ahora eliminadas o al menos paliadas con un coste inferior al que implican las referidas exigencias normativas. Mediante las nuevas tecnologías informáticas la sociedad puede ahorrarse dos tipos de costes. De un lado, aquellos en los que han de incurrir las Administraciones Públicas para controlar el cumplimiento de la normativa. De otro, los que derivan de estandarizar y, a la postre, reducir la oferta de alojamiento, en contra de las preferencias de ciertos oferentes y usuarios. Adviértase que es perfectamente posible que algunos de estos últimos, en lugar de pagar el precio de un alojamiento que reúne todas las características prescritas normativamente, prefieran abonar un precio inferior a cambio de otro que no las reúne todas. Y también puede ocurrir que a algunos titulares de alojamientos que estarían dispuestos a ofertarlos a cambio de ese precio reducido no les salga a cuenta hacerlo en las condiciones estándar y por una cantidad superior.

15. Véase el anexo I del Decreto 65/2015, de 8 de octubre, por el que se regulan los establecimientos turísticos de alojamiento hotelero en la Comunidad de Castilla y León.

16. Véase, a modo de ejemplo, el Decreto 75/2015, de 15 de mayo, del Consell, regulador de los establecimientos hoteleros de la Comunitat Valenciana.

3.2.2

Limitaciones de la coexistencia de usos

Varias normas tratan de evitar o al menos limitar la coexistencia en determinados espacios –v. gr. en un mismo edificio o una determinada zona de un término municipal– de los servicios de alojamiento con otros usos, señaladamente el residencial, principalmente con el fin de evitar que los residentes habituales en dichos espacios sufran las molestias –v. gr. los ruidos– generados por los servicios de hospedaje.

Por ejemplo, una norma consolidada en nuestro ordenamiento jurídico es que los hoteles deben ocupar “la totalidad de un edificio o parte independizada del mismo, constituyendo sus dependencias un todo homogéneo con entradas, ascensores y escaleras de uso exclusivo”¹⁷. Debe notarse, sin embargo, que no todos los servicios de alojamiento han estado tradicionalmente sujetos a semejante regla. Esta no rige, por ejemplo, para las pensiones. Y queda suavizada para los hostales, pues si bien estos han de ocupar “la totalidad de un edificio o parte independizada del mismo, constituyendo sus dependencias un todo homogéneo”, no necesitan, sin embargo, disponer de entradas, ascensores y escaleras de uso exclusivo¹⁸.

Otra posibilidad es que en el planeamiento se establezca que en determinadas zonas de una ciudad destinadas principalmente a uso residencial no cabe prestar algunos o cualesquiera servicios de hospedaje¹⁹.

El problema de las externalidades negativas causadas por los huéspedes de corta duración a los vecinos de tales viviendas resulta difícil de eliminar a través de las nuevas tecnologías empleadas por las plataformas de economía colaborativa, aunque sus efectos podrían ser paliados de alguna manera, por ejemplo, si se articulan mecanismos de información y denuncia que permitan a los vecinos recabar fácil y rápidamente la protección efectiva de sus derechos. Otra cosa es que la mera posibilidad de que se produzcan tales molestias tenga la suficiente entidad como para prohibir con carácter preventivo y absoluto dicha actividad en zonas o inmuebles destinados principalmente al uso residencial. El hecho de que dichas molestias sean probablemente de una intensidad muy inferior a las ocasionadas eventualmente por un uso hotelero convencional pudiera hacer pensar que tal incompatibilidad resultaría

17. Art. 3.1 del Decreto valenciano 75/2015, arriba citado.

18. Véanse los arts. 3.2 y 3.3 del Decreto valenciano 75/2015, arriba citado.

19. En general, sobre la compatibilidad de usos en la normativa urbanística, véase GUERRERO MANSO, C. DE, *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 184 y ss.

desproporcionada. Se trata, en cualquier caso, de una cuestión que debería ser concienzudamente analizada a la luz de la evidencia empírica disponible, y aclarada en una regulación específica.

4

Factores que obstaculizan la revisión de la normativa existente

La regulación de la economía colaborativa se enfrenta en la actualidad a tres grandes obstáculos.

4.1

La incertidumbre

El primero es que todavía existe una considerable incertidumbre acerca de las consecuencias negativas o positivas que los sistemas de economía colaborativa pueden tener sobre el bienestar social y, por lo tanto, acerca de cómo regularlos de manera que se logre un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos implicados.

4.2

Los intereses de los operadores ya establecidos

El segundo obstáculo es que la revisión y modificación de la normativa existente puede perjudicar seriamente los intereses de las personas que vienen prestando sus servicios en el correspondiente sector. Tal puede ocurrir si se derogan normas que, *de iure o de facto*, constituían barreras de entrada al mismo, y que propiciaban que dichos operadores cobraran precios superiores a los óptimos en un mercado sin estas. O si la antigua normativa obligaba, *de iure o de facto*, a los operadores a realizar ciertas inversiones para poder desarrollar su actividad, que no van a poder ser amortizadas en el marco de la nueva regulación.

El caso paradigmático es el de los taxistas. Muchos de ellos invirtieron considerables sumas de dinero en comprar una licencia, que solo podrán amortizar si se mantiene durante un tiempo su restricción cuantitativa, en virtud de la cual pueden cobrar por sus servicios unas tarifas muy probablemente superiores a los precios que encontrarían en un mercado desregulado. Ni que decir tiene que estos operadores han opuesto y probablemente seguirán oponiendo una resistencia feroz a la eliminación de la referida barrera de entrada.

4.3

La captura de los reguladores

4.3.1

Explicación de la captura

Una de las razones por las que la irrupción de la economía colaborativa en sectores como el del taxi y, en menor medida, el de los alojamientos turísticos está resultando tan problemática es, seguramente, que el *statu quo* jurídico actualmente vigente en ellos es fruto de la captura de los reguladores por los operadores establecidos, a los cuales no interesa obviamente que cambien las cosas. De la misma manera que estos han conseguido que los poderes públicos establezcan regulaciones en buena medida ineficientes, a costa de los consumidores y de los potenciales competidores, están logrando que dichos poderes preserven la situación de la que han estado disfrutando hasta hace bien poco. La explicación es bien sencilla.

Las empresas que operan en esos sectores 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 que el integrado por estos, 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 esas actividades²⁰.

Ciertamente, las empresas gestoras de las grandes plataformas de economía colaborativa forman un grupo relativamente reducido y con un

20. Vid. STIGLER, G. J., “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971, pp. 3-21.

enorme poder económico, pero cabe pensar que su capacidad de presionar a las autoridades locales, autonómicas y estatales españolas es por el momento relativamente modesta. La explicación es que se trata en su gran mayoría de empresas extranjeras, que apenas tributan en nuestro país y que cuentan con una estructura de personal a su servicio y medios reales localizados en el territorio español considerablemente magra.

En segundo lugar, la información que las autoridades necesitan para regular acertadamente los sectores afectados está principalmente en manos de las empresas que en ellos operan, lo que favorece que estas puedan suministrarla de manera parcial o sesgada en beneficio de sus intereses particulares.

En tercer lugar, la elevada discrecionalidad que la ley ha otorgado a las autoridades administrativas para regular estos mercados, 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 satisfagan los intereses de la colectividad.

En el caso del taxi, además, los intensos efectos paralizantes que para la sociedad suelen tener las “huelgas” en el sector hacen de estas un poderoso instrumento de presión en manos de los taxistas.

4.3.2

Captura de los reguladores y preservación del *statu quo* en el sector del taxi

Varios datos sugieren claramente que aquí, en líneas generales, dicha captura se ha producido efectivamente. Resulta llamativo, en primer lugar, que el número de licencias se haya mantenido constante en España durante las últimas décadas, a pesar de que nuestra población se ha incrementado considerablemente. Uno podría pensar que ello obedece a que el taxi ha sido parcialmente sustituido por otros medios de transporte. Pero la hipótesis de la captura es más verosímil, en vista de que durante el mismo periodo de tiempo las tarifas han ido incrementándose en más de un punto porcentual anual por encima del índice general de precios al consumo²¹.

Un segundo indicio de captura es el hecho de que en España, al igual que en otros muchos países, se paga por las licencias de taxi en el mercado secundario un precio relativamente elevado, que es el fruto de la capitalización de las rentas monopolísticas generadas por la limitación de acceso al mercado, y

21. Véanse los resultados preliminares del “Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, marzo de 2016, pp. 109 y ss.

que ha ido aumentando sustancialmente hasta que hace bien poco han irrumpido en el sector las plataformas de economía colaborativa.

Otro indicio significativo es la manifiesta falta de justificación de muchas de las regulaciones dirigidas a proteger los intereses de los taxistas, a costa de competidores y usuarios. Sirvan de ejemplo las restricciones impuestas en el mercado de los llamados vehículos turismo con conductor (en adelante, VTC). Estos comenzaron inicialmente siendo una suerte de taxis de lujo, que no se contrataban por los usuarios en la vía pública, sino en las oficinas de las correspondientes empresas, y cuya relevancia era más bien marginal.

La posibilidad que ofrecen las nuevas tecnologías de contratarlos de manera rápida y sencilla a través de plataformas digitales y teléfonos inteligentes, así como la circunstancia de que la Ley 25/2009 liberalizara el sector, eliminando las restricciones cuantitativas que aquí existían, han provocado un fuerte incremento del mismo.

El legislador, sin embargo, tardó poco en ceder a las presiones de los taxistas y dar marcha atrás mediante la Ley 9/2013, por la que se habilitó a la Administración para restablecer esas y otras restricciones²². El portavoz del partido del Gobierno en el Senado no tuvo empacho alguno en reconocer que “la ministra de Fomento mantuvo una reunión con el sector del taxi y asumió aquellas peticiones que el sector le presentó. Por consiguiente, el sector del taxi no puede quejarse de lo que va en el proyecto de modificación de la Ley, porque son las peticiones que ellos realizaron en el Ministerio de Fomento”²³.

A finales de 2015, el Gobierno completó la re-regulación del sector con toda una batería de medidas restrictivas²⁴, por las que, entre otras cosas: a) se limitaba el número de las licencias de VTC que podían tener validez en un mismo territorio autonómico, en principio a una por cada treinta de taxis; b) se obligaba a cada empresa a disponer de un número mínimo de vehículos; y c) se requería que estos reunieran ciertas características. La legalidad de estas exigencias es más que cuestionable. En primer lugar, por razones de índole competencial. No nos parece que sus competencias para dictar legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE) y regular los transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una comunidad autónoma

22. Así lo advierte BOTELLA CARRETERO, J., “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*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, vol. II, p. 441.

23. Palabras del senador SANTAMARÍA HERRANZ (DS, Senado, 179, 12 junio 2013, p. 6).

24. Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre.

(art. 149.1.21.^a CE) permitan al Estado aprobar normas jurídicas de naturaleza claramente administrativa –el establecimiento de un *numerus clausus* para las licencias de VTC es un ejemplo palmario– que regulan un tipo de transporte esencialmente urbano, que prácticamente nunca atraviesa diferentes territorios autonómicos. En segundo lugar, porque esas restricciones son seguramente desproporcionadas, como ya se ha argumentado antes. Finalmente, porque el Gobierno no las motivó suficientemente. Sirva el ejemplo de la referida ratio “1 VTC por cada 30 taxis”. En la Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto del correspondiente Real Decreto únicamente se advierte al respecto que esta ratio se estableció en el año 1998 porque era la que en ese momento había de hecho entre ambos tipos de vehículos. Y que la medida perseguía, de un lado, no perjudicar a las empresas de VTC a la sazón existentes, y, de otro, “evitar un crecimiento desproporcionado de la actividad de VTC, que pudiera dar al traste con las políticas municipales y autonómicas desarrolladas respecto a la actividad de los taxis, así como la posibilidad de poner en peligro el sistema armónico de la oferta de transporte en vehículos de turismo”. Es decir, se fija la proporción que sencillamente mantiene el *statu quo* y no se explica en absoluto por qué la entrada de nuevos operadores puede “poner en peligro el sistema armónico” de la oferta, o suponer un crecimiento “desproporcionado” de la misma que perjudique los intereses públicos.

La captura se ha producido también en los niveles autonómico y local. La Ley murciana 10/2014, por ejemplo, preserva estrictamente la regulación tradicional del taxi, y además introduce la posibilidad de adoptar medidas palmariamente desproporcionadas a fin de impedir que conductores sin licencia presten servicios de transporte análogos, como la de inmovilizar de manera cautelar e inmediata los correspondientes vehículos, inmovilización que la Ley obliga a mantener hasta que se deposite previamente el importe de la máxima multa que se pueda imponer por la comisión de la supuesta infracción²⁵.

Las entidades locales se han mantenido en esa misma línea. Los ayuntamientos no han aprovechado el margen que la legislación les deja para ordenar aspectos clave del mercado del taxi –como el número máximo de licencias que cabe otorgar– y eliminar o al menos suavizar restricciones seguramente desproporcionadas. Cabe citar las ordenanzas dictadas en Córdoba y Málaga, por las que se mantienen las restricciones tradicionales del sector, que, según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, generan una pérdida

25. *Vid.* el art. 39, apdos. 4 y 5, de la LMurT.

agregada neta de bienestar para los consumidores de casi siete millones de euros al año y no están justificadas, motivo por el cual esta Administración independiente las ha impugnado²⁶.

4.3.3

Captura de los reguladores y preservación del *statu quo* en el sector del alojamiento turístico

El *lobby* hotelero también ha logrado que nuestras autoridades adopten diversas disposiciones dirigidas a preservar la situación preexistente, y a evitar o al menos frenar la entrada en el sector de los sistemas de economía colaborativa.

El primer éxito cosechado por este *lobby* fue la disposición de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, por la que se excluía del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) la “cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”, cesión que antes podía entenderse amparada sin más por la LAU y que ahora podía ser prohibida o limitada por la normativa autonómica²⁷.

Ulteriormente, algunas comunidades autónomas han ido dictando disposiciones que regulan específicamente tal cesión, y que contienen numerosas medidas cuya proporcionalidad cabe poner en cuestión.

Se ha establecido así, por poner algunos ejemplos: la prohibición de destinar a tal uso la vivienda permanente²⁸; la prohibición de alquilar viviendas por estancias —es decir, la obligación de arrendarlas en su totalidad—²⁹; la obligación de dotar estas viviendas de un equipamiento mínimo, en el que han de incluirse objetos tales como una cafetera, “perchas de material no deformable y estilo homogéneo”, un secador, una plancha y una tabla de planchar,

26. Véanse los informes económicos sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de las ciudades de Málaga y Córdoba, de 22 de diciembre de 2015 (LA/01/2015) y 15 de enero de 2016 (LA/02/2015), respectivamente.

27. El título de la noticia publicada al respecto por eldiario.es el 24 de abril de 2013 es significativo: “El Gobierno cede a las presiones del *lobby* hotelero y pone trabas al alquiler vacacional”.

28. Véase, por ejemplo, el art. 18.4 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

29. Véase, por ejemplo, el art. 18.4 del citado Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid.

portarrollos para papel higiénico, etc.³⁰; la exigencia de que las viviendas cuenten con un número mínimo de estancias³¹ o de que estas tengan unas dimensiones mínimas³², etc.

Especialmente absurda resulta la prohibición de alquilar simplemente una o varias habitaciones de una vivienda. Tal prohibición podía estar justificada hace unos años a fin de proteger a ciertos usuarios frente a la “sorpresa” de descubrir *in situ* que tenían que compartir piso con el propietario de una vivienda o con otros extraños. Pero hoy difícilmente puede tal modalidad de alojamiento defraudar las expectativas de los usuarios, cuando a estos les resulta sumamente fácil saber que están alquilando una habitación en un piso compartido. Es más, muchas veces, eso es precisamente lo que están buscando. Téngase en cuenta, también, que esta es seguramente la modalidad de alojamiento colaborativo que menos molestias para los eventuales vecinos del inmueble genera, en la medida en que aquí el propietario que suele compartir el piso, y que normalmente tiene los incentivos adecuados para prevenir tales molestias, puede ejercer una suerte de función de vigilancia sobre los turistas arrendatarios.

Mención aparte merece la prohibición establecida por la Comunidad de Madrid de ceder viviendas de uso turístico por un periodo inferior a cinco días³³, medida que cercenaba enormemente la posibilidad de realizar estas cesiones, pues la mayoría de las pernoctaciones hoteleras realizadas en dicha Comunidad tienen una duración significativamente más reducida. En el preámbulo de esta norma reglamentaria, además de reconocerse que la misma se había dictado “a petición [de los] empresarios y asociaciones del alojamiento y de los propios empresarios de viviendas de uso turístico”, se argumentaba para justificarla que:

“Para paliar los efectos de la inmersión en el ámbito turístico de una *sobreoferta descontrolada de viviendas destinadas al uso turístico*, se hace precisa su regulación con el fin de establecer unos *mínimos requisitos tendentes a proteger los legítimos derechos de los usuarios y consumidores turísticos* de la Comunidad de Madrid. A ello hay que añadir la *necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal constantemente denunciadas por las asociaciones del alojamiento madrileño* y, en cualquier caso, poner freno a una oferta que podría estar ejerciendo una *actividad opaca a*

30. Véase, por ejemplo, el art. 10 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

31. Véase, por ejemplo, el art. 18.1 del citado Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid.

32. Véase, por ejemplo, el art. 8 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón.

33. Art. 17.3 del citado Decreto 79/2014.

las obligaciones fiscales que son exigibles al resto de los establecimientos turísticos” [las cursivas son nuestras].

Estos argumentos son inaceptables. De hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha anulado recientemente esta disposición, por considerar que establece una limitación de la libertad de empresa carente de justificación suficiente³⁴.

La hipotética existencia de un exceso de oferta de estas viviendas no justifica semejante prohibición. En ausencia de fallos del mercado –que aquí no se afirman–, será el propio mercado el que dé a dicha supuesta sobreoferta una respuesta –*v. gr.* una bajada de los precios del alojamiento– más eficiente que la consistente en impedir prácticamente de manera absoluta que los interesados oferten tales viviendas. De ahí que, como el propio Tribunal Superior de Justicia advierte, las limitaciones de la libertad de prestar servicios basadas en motivos tales como que “no hay demanda” o “la oferta es excesiva” hayan quedado proscritas por la llamada Directiva de Servicios y las leyes dictadas para transponerla³⁵.

La posible existencia de prácticas anticompetitivas tampoco constituye un argumento bastante para prohibir la realización de la actividad, pues en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan otras medidas menos restrictivas de la libertad y de la competencia que resultan adecuadas para luchar contra tales prácticas. Si nos tomáramos en serio el razonamiento esgrimido aquí por la Comunidad de Madrid, habría que prohibir cualesquiera actividades económicas donde existiera riesgo de que algunos operadores compitieran deslealmente, lo cual resulta absurdo. Añádase a lo cual que la prohibición considerada constituye en sí misma una severa restricción de la competencia.

El argumento de la opacidad fiscal es igualmente impertinente. La posible existencia de fraude fiscal en el ejercicio de una actividad económica no justifica una prohibición casi absoluta de llevarla a cabo. En nuestra legislación hay otros instrumentos de lucha contra el fraude fiscal mucho menos restrictivos de la libertad. Es más, dicha prohibición puede tener un efecto contraproducente para los intereses legítimos de la Hacienda Pública. De un lado, puede reducir el volumen de actividad económica en el sector y, a la postre, las cantidades recaudadas. De otro lado, cabe entender que la prestación de estos y otros servicios a través de plataformas digitales no solo no incrementa

34. STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016 (rec. 1165/2014).

35. La STSJ de Madrid citada menciona a estos efectos el art. 14 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y el art. 10.e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

necesariamente la opacidad fiscal, sino que más bien permite reducirla, por cuanto estas actividades pueden ser trazadas, investigadas y controladas por la Administración tributaria con mayor facilidad que las que se llevan a cabo de manera puramente presencial, sin dejar rastro alguno en Internet.

Es obvio, asimismo, que prohibir a los usuarios de estas viviendas las estancias de duración inferior a cinco días no constituye una medida adecuada para proteger sus intereses, sino más bien todo lo contrario, pues les impide obtener un servicio que han decidido contratar voluntariamente.

Como el Tribunal Superior de Justicia apunta, es posible que esta norma persiguiera proteger a los vecinos frente a las molestias generadas por los turistas que realizan estancias de muy corta duración, pues aquí se produce una “convivencia de viviendas dedicadas a tal servicio junto a las ocupadas por los demás vecinos del inmueble”. No obstante, el Tribunal entiende que “no se acredita en qué medida los restantes ocupantes del inmueble se encontrarían más protegidos por el hecho de que la oferta de uso de las viviendas turísticas del inmueble que ocupan sea superior a cinco días y por el contrario en los restantes casos de estancias menores tales molestias no se produzcan, pues las mismas aparecen más vinculadas a la propia coexistencia en un mismo inmueble de las dos modalidades de ocupación que del tiempo en que esta se produzca”.

Otras normas excluyen o limitan la posibilidad de ceder para uso turístico las viviendas situadas en pisos en régimen de propiedad horizontal, precisamente para impedir de raíz esa “convivencia”. El legislador balear, por ejemplo, ha establecido que estas viviendas “tienen que responder a la tipología de vivienda unifamiliar aislada o pareada”³⁶. En las Islas Canarias se ha establecido una regulación menos restrictiva, pues aquí la cesión de tales viviendas para uso turístico está permitida salvo que se haya prohibido expresamente esta actividad por los estatutos de la comunidad de propietarios³⁷.

Algunos ayuntamientos han entendido que el hospedaje en viviendas constituye un uso hotelero terciario, por lo que le sería aplicable la incompatibilidad entre el mismo y el uso residencial que para determinadas zonas eventualmente establece el planeamiento urbanístico³⁸. Esta interpretación limita enormemente las posibilidades de realizar aquella actividad, como fácilmente puede imaginarse.

36. Art. 52.1 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, de turismo de las Illes Balears.

37. Véase el art. 12.2 del Decreto 113/2015 citado.

38. Véase al respecto GUILLEN NAVARRO, N. A., “La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 134 y ss.

5

La transformación de la estructura subjetiva de los sectores afectados

5.1

Aparición de nuevos sujetos interesados

La irrupción de los sistemas de economía colaborativa en ciertos sectores productivos ha determinado que en estos hayan aparecido o incrementado considerablemente su protagonismo dos tipos de actores.

Los primeros son los “empresarios” individuales que prestan sus servicios a través de las correspondientes plataformas. En líneas generales y términos relativos, su número ha ido incrementándose en los últimos años, en detrimento del de las organizaciones empresariales que venían operando tradicionalmente en los sectores en cuestión. El surgimiento de la economía colaborativa ha provocado en este sentido una cierta descentralización. Los sistemas de producción hasta ahora dominantes, que giraban en mayor o menor medida alrededor de grandes sociedades mercantiles, están siendo desplazados por otros basados en multitudes de productores más o menos independientes³⁹. El caso del transporte interurbano de viajeros por carretera puede servir como ejemplo. La cuota del mercado adquirida por los conductores que transportan a usuarios a través de plataformas como BlaBlaCar ha aumentado considerablemente, mientras que la de las empresas de autobuses ha disminuido en correspondencia.

El segundo tipo de actores son las empresas que gestionan las plataformas digitales a través de las cuales usuarios y prestadores de servicios intercambian información y contratan. Se trata a menudo de grandes multinacionales que operan en infinidad de países y han ganado una considerable cuota del mercado, de resultas de las enormes economías de escala y efectos de red existentes. La aparición de estas empresas ha supuesto, pues, una cierta centralización de los correspondientes sectores, fundamentalmente de las funciones de intermediación que en ellos tienen lugar.

La transformación de la estructura subjetiva de los sectores en los que ha comenzado a desarrollarse la economía colaborativa ha de tener necesariamente importantes repercusiones sobre su regulación jurídica. Veamos algunas de ellas.

39. Tan es así que autores como SUNDARARAJAN, A., ob. cit., utilizan la expresión *crowd-based capitalism* (capitalismo basado en la multitud) como sinónima de *sharing* o *collaborative economy* (economía colaborativa).

5.2

Cambios en las presiones ejercidas por los interesados sobre los reguladores

La regulación jurídica de un determinado sector económico suele ser, en gran medida, fruto de las diferentes presiones que los distintos grupos de afectados por ella consiguen ejercer, en defensa de sus intereses, sobre los poderes públicos reguladores implicados. Se comprende, por lo tanto, que si en ese sector hacen su aparición nuevos y poderosos actores, con intereses frontalmente opuestos a los de las empresas que allí operaban hasta hace bien poco, se alterará el juego de las presiones que dichos poderes públicos reciben y, en consecuencia, el contenido mismo de la regulación resultante.

Los cambios en dichas presiones pueden ser de varios tipos. Puede ocurrir que los poderes reguladores reciban ahora presiones distintas, por su intensidad o su procedencia, de las que antes experimentaban. Pero también cabe que las maniobras de *lobby* llevadas a cabo por los nuevos o los viejos actores tengan ahora por destinatarios a otros poderes públicos distintos, a fin de que estos intervengan o influyan de alguna manera en la regulación del sector.

No resulta descabellado pensar que una combinación de ambas variantes ha tenido lugar aquí. Los nuevos operadores han tratado de influir, con escaso éxito por lo general, sobre las autoridades locales, autonómicas y estatales que venían ejerciendo sus poderes reguladores sobre los mercados afectados por la irrupción de la economía colaborativa.

Adicionalmente, las grandes plataformas digitales, conscientes de que su capacidad de presión sobre las autoridades nacionales no era muy elevada, han dirigido buena parte de sus esfuerzos a influir sobre las comunitarias⁴⁰, tradicionalmente mucho más preocupadas que aquellas por la competencia y la supresión de barreras a la libre prestación de servicios en el mercado europeo. Y, como era de esperar, tales esfuerzos han dado frutos apreciables. La Comisión Europea ha publicado recientemente una Comunicación sobre la economía colaborativa⁴¹, en la que se ofrece una visión de la misma en líneas generales favorable, y, en definitiva, se le viene a dar un espaldarazo. La Comunicación no es vinculante, ciertamente, pero a nadie se le escapa que ha

40. Puede comprobarse que las grandes empresas de economía colaborativa, como Uber, Airbnb, Cabify, BlaBlaCar y Deliveroo, están inscritas en el Registro de Transparencia (léase de *lobbies*) de la Unión Europea.

41. Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016, COM(2016) 356 final.

sido dictada con la pretensión de influir sobre la política de los Estados miembros, y, en particular, de superar muchas de las trabas que estos han puesto al desarrollo de la economía colaborativa.

5.3

Cambios en el nivel eficiente de la regulación

No es de extrañar que, si se incrementa considerablemente la escala de las empresas de un sector, se eleve en alguna medida el nivel territorial desde el cual resulta óptimo regular su actividad. Fijémonos en el caso del transporte urbano de pasajeros mediante turismos. Este era un mercado hasta hace bien poco estrictamente local. No había empresas que prestaran sus servicios más allá de un solo término municipal. Así las cosas, resultaba razonable que fueran los ayuntamientos los encargados de regular este sector, sobre la base de lo establecido por los legisladores autonómicos. Tenía sentido que fueran aquellos los competentes para adoptar las decisiones fundamentales en la materia –v. gr. la determinación del número de licencias y la aprobación de las tarifas–, que afectaban no exclusiva pero sí principalmente a empresas y usuarios locales.

La situación cambia cuando este mercado, de resultas de la aparición de plataformas de economía colaborativa, comienza a incrementar su escala, a dejar de ser exclusivamente municipal y convertirse en uno de ámbito prácticamente mundial. Existe entonces un claro riesgo de que las autoridades locales, las autonómicas y eventualmente incluso las estatales no estén tan bien situadas como antes para dar una respuesta equilibrada a los problemas que la nueva realidad plantea. Es posible, por ejemplo, que no tengan suficientemente en cuenta los intereses de las empresas extranjeras titulares de las plataformas digitales, por las razones antes apuntadas.

Parece lógico, por lo tanto, que el poder para regular estos mercados comience a desplazarse en alguna medida a las autoridades públicas de escalones territoriales superiores. Se comprende también que estas autoridades, que hasta la fecha carecían prácticamente de poderes reguladores en estos sectores, estén ya tratando de influir sobre las decisiones adoptadas al respecto por las Administraciones actualmente competentes. La arriba citada Comunicación de la Comisión Europea sobre la economía colaborativa puede verse como una manifestación de este fenómeno. La Unión Europea interviene inicialmente en esta materia con un instrumento de *soft law*, que carece formalmente de efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros, pero que es previsible que influya *de facto* sobre el contenido de sus decisiones

—para eso ha sido aprobado—, entre otras razones porque los Estados pueden percibir este documento como un “aviso” de que si se apartan de él probablemente acabarán siendo constreñidos aquí, en un futuro no lejano, por normas europeas imperativas⁴².

Todo lo cual no implica necesariamente que convenga modificar la actual distribución de competencias en los sectores afectados. Es posible que las presiones ejercidas sobre las Administraciones competentes por parte de otros actores —v. gr. la Unión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, las asociaciones de consumidores, las plataformas de economía colaborativa y, en última instancia, los tribunales— basten para que aquellas actúen sus competencias de manera relativamente equilibrada. Pero tampoco es descartable que, si esto último no ocurre, las presiones terminen por provocar cambios en el sistema competencial.

6

El papel de las Administraciones locales

6.1

Aplicación de la normativa preexistente

El reto más inmediato al que las Administraciones locales se enfrentan es el de interpretar y aplicar la normativa preexistente en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas. Piénsese, por ejemplo, en la mentada cuestión de si el alquiler de viviendas o habitaciones por periodos cortos ha de considerarse siempre y en todo caso un uso terciario, a los efectos de considerarlo incompatible con el uso habitacional en virtud de lo dispuesto en el planeamiento urbanístico de algunos municipios. Aquí se les plantean a los ayuntamientos al menos tres delicados problemas:

El primero es que, muchas veces, y como ya se ha puesto de relieve, las actividades y relaciones de economía colaborativa no terminan de encajar bien en las categorías previstas en el ordenamiento jurídico vigente, que han sido pensadas para un contexto distinto. En estas circunstancias, la Administración debe aplicar flexiblemente la normativa vigente, en atención a la finalidad perseguida por la misma, a los principios constitucionales pertinentes y a la nueva realidad social. Así, no nos parece que sea proporcionado dar una

42. Como bien señala ALONSO GARCÍA, R., “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 74 y 75, el *soft law* comunitario se dicta frecuentemente como un avance del *hard law*.

respuesta afirmativa a la cuestión planteada a modo de ejemplo en el párrafo anterior. Semejante respuesta equivaldría prácticamente a una prohibición indiscriminada y absoluta de la economía colaborativa en este sector. No sería descabellado, en cambio, considerar que existe un uso terciario cuando la actividad considerada alcance ciertos niveles de volumen, intensidad o frecuencia.

El segundo problema es que, en no pocas ocasiones, dicha normativa establece precisamente soluciones desequilibradas, que menoscaban de manera desproporcionada principios de carácter constitucional, como las libertades profesional y empresarial. Es por ello que las autoridades administrativas competentes no deberían aplicarla acríticamente. Antes de darle efecto, deberían examinar con especial cuidado si conlleva alguna restricción inútil, innecesaria o excesiva de las mencionadas libertades, a la vista de las circunstancias actuales. En tal caso, deberían apurar las posibilidades de interpretar y aplicar la disposición considerada de conformidad con la Constitución (art. 5.3 LOPJ). Si no les resulta posible encontrar alguna interpretación de la disposición en cuestión conforme con los preceptos constitucionales y, por la misma razón, con el derecho de la Unión Europea, dichas autoridades pueden y deben inaplicarla⁴³.

El tercer problema es que, frecuentemente, las Administraciones locales se están viendo incapaces de hacer cumplir la normativa vigente –v. gr: de detectar, perseguir y sancionar las infracciones cometidas– como consecuencia de las masivas dimensiones que ha adquirido su incumplimiento⁴⁴.

Cabe pensar que un buen número de incumplimientos obedece a la incertidumbre existente acerca del derecho aplicable a muchas actividades de economía colaborativa. Es probable que el establecimiento de una normativa por la que se regularan de manera específica y expresa dichas actividades, siquiera para prohibirlas categóricamente, redujera el volumen de infracciones. Y un resultado similar produciría seguramente la articulación de nuevos mecanismos encaminados a mejorar la eficacia del control administrativo de tales actividades. Piénsese, por ejemplo, en los canales de información que algunos ayuntamientos, como el de Barcelona, han puesto a disposición de

43. Sobre el tema, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 155, pp. 59-106; COBREROS MENDAZONA, E., “La aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, pp. 171-207. *Vid.*, no obstante, los apartados 4 y 5 del art. 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

44. Sirva un ejemplo para ilustrar este punto. De acuerdo con un estudio encargado por el Ayuntamiento de Barcelona, en esta ciudad se ofertan ilegalmente 6275 pisos turísticos, un 39,5 % del total (*El País*, “El 40 % de los pisos turísticos de Barcelona son ilegales”, 7 de septiembre de 2016).

sus vecinos en Internet para que estos denuncien la existencia de viviendas turísticas ilegales⁴⁵.

No obstante, también es razonable estimar que las enormes proporciones del incumplimiento constituyen un indicio de que la normativa vigente no da una respuesta equilibrada a las necesidades e intereses de un considerable número de personas.

6.2

Adaptación de la normativa local a la nueva realidad

Las entidades locales –especialmente, los municipios– ostentan importantes competencias reguladoras en algunos de los sectores en los que se está desarrollando la economía colaborativa. Así ocurre precisamente en los dos casos paradigmáticos del transporte urbano de pasajeros mediante turismos y del alojamiento de corta duración.

También las normas dictadas en el ejercicio de tales competencias –dentro del espacio de maniobra dejado por la legislación sectorial– han de ser revisadas y, en su caso, modificadas, al objeto de solucionar de manera clara y equilibrada los problemas que plantea la economía colaborativa, o por lo menos de eliminar o suavizar los aspectos más cuestionables de la regulación vigente. La duda que aquí se suscita es si conviene que los ayuntamientos se esperen a estos efectos a que el legislador modifique el actual marco regulatorio o, por el contrario, es preferible que lleven a cabo ya dicha tarea de revisión, sin perjuicio de que posteriormente reconsideren sus normas y eventualmente las reformen con el fin de adaptarlas a la nueva legislación. El sentido de la respuesta que debe darse a esta cuestión depende cuando menos de dos factores.

En primer lugar, de los costes, en términos de inseguridad jurídica e ineficiencias, que implica mantener la actual normativa local hasta después de que el legislador intervenga. La solución consistente en revisar inmediatamente esta será tanto más atractiva cuanto: a) mayor sea dicha inseguridad; b) más graves sean aquellas ineficiencias; y c) menos inminente parezca la modificación del *statu quo* legislativo. El segundo factor relevante son los costes de procedimiento que implica efectuar dos revisiones, en vez de solo una, así como otros que entraña cualquier cambio normativo –v. gr. derivados de la necesidad de que los destinatarios y aplicadores de la nueva norma

45. Vid. la página <http://meet.barcelona.cat/habitatgesturistics/es/denuncia> (consultada por última vez el 7 de septiembre de 2016).

inviertan tiempo y esfuerzo en conocerla—. Si aquellos costes exceden de estos, la revisión inmediata resultará deseable.

Lo que en cualquier caso resulta inaceptable es aprobar ahora una regulación del sector formalmente nueva, pero que reproduce sustancialmente los contenidos de la anterior, plagados de las mismas reglas obsoletas y desequilibradas. Piénsese en las ordenanzas del taxi dictadas por los ayuntamientos de Córdoba y Málaga, a las que antes se ha hecho referencia.

6.3

Participación en los procesos de reforma de la legislación

Las entidades locales también deberían participar en los procesos de revisión y reforma de la legislación vigente en esta materia. De un lado, porque pueden proporcionar –y obtener– información valiosa a los efectos de que todas las autoridades públicas implicadas regulen con el mayor acierto posible los sectores afectados. De otro, porque dicha participación facilita la coordinación de esas autoridades y, subsiguientemente, de las regulaciones resultantes.

6.4

Fomento y articulación de ciertos sistemas de economía colaborativa

Puede haber actividades de economía colaborativa socialmente deseables en cuya realización, sin embargo, los empresarios privados no tengan bastante interés, como consecuencia de que no les resulta posible rentabilizarlas suficientemente, obteniendo un precio por todos o al menos muchos de los beneficios que las mismas generan para la comunidad.

Ello puede justificar que las Administraciones Públicas en general y las locales en particular intervengan, promoviendo de alguna manera o incluso estableciendo ellas mismas esos sistemas de economía colaborativa socialmente beneficiosos, que el sector privado no tiene los incentivos suficientes para implantar y desarrollar.

Cabe mencionar a modo de ejemplo las bicicletas compartidas que podemos encontrar en un número creciente de ciudades españolas. La utilización de la bicicleta como medio de transporte urbano sustitutivo de los vehículos de motor engendra claramente cuando menos una externalidad positiva: la reducción de la contaminación acústica y atmosférica. Y es posible que también genere otras: la disminución del número de accidentes que provocan muertes o lesiones graves; una cierta descongestión del tráfico; la mejora de

la salud de los usuarios, etc. El problema es que quienes ponen las bicicletas a disposición del público no pueden cobrar un precio de todas las personas que obtienen un beneficio como consecuencia de su uso. De ahí que no tengan los alicientes económicos necesarios para realizar dicha actividad en la medida en que sería óptima desde el punto de vista del bienestar del conjunto de la sociedad. Ello justifica, probablemente, que las Administraciones locales hayan decidido articular, financiar y prestar de manera directa o indirecta este servicio.

Y no es la única medida que aquí podría adoptarse. A fin de reducir la congestión del tráfico provocada por la necesidad que tienen miles de personas de acceder los días laborables a las ciudades, desde núcleos de población periféricos y mal conectados mediante transporte público –necesidad que por el momento no cubren satisfactoriamente los sistemas de economía colaborativa que giran en torno a una plataforma privada, como BlaBlaCar, Uber y Cabify–, cabría fomentar el uso compartido de vehículos privados de diversas maneras: creando carriles para vehículos de alta ocupación, donde estos puedan circular preferentemente; disponer aparcamientos donde estos tengan preferencia para estacionar, etc.