



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

INCIDENCIAS EN TRANSPORTE

ALTERNATIVO-COLABORATIVO

UBER

DANIEL AMOR CARNERO

Tutora: M^a Rocío Quintáns Eiras

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
1.1. La Economía Colaborativa y las nuevas tecnologías	4
1.2. El Funcionamiento general de Uber	5
1.3. El Inicio de la controversia judicial	7
2. UBER Y LA COMPETENCIA DESLEAL	8
2.1. Consideraciones sobre la competencia desleal	8
2.1.1. La cláusula general: exigencia de buena fe	10
2.1.2. Los actos de engaño	12
2.1.3. La violación de normas	13
2.2. La naturaleza de Uber	14
2.2.1. Uber como una empresa de transportes	14
2.2.1.1. Los conductores de Uber	14
2.2.1.2. El afán de lucro	20
2.2.2. Uber como una sociedad de servicios de la información	21
2.3. La sentencia núm. 30/2017: punto de inflexión	21
2.4. El inicio de una nueva controversia	23
3. EL SEGURO DE AUTOMÓVIL	25
3.1. El interés y el riesgo en el contrato de seguro	25
3.2. La posición del asegurado	26
3.2.1. El estudio del riesgo asegurado	27
3.2.2. La determinación de la responsabilidad	29
3.3. La acción de repetición de la entidad aseguradora	29
3.4. La cobertura en caso de hurto o robo	32

4. LOS ILÍCITOS PENALES DE HURTO Y ROBO	33
4.1. La determinación del tipo	33
4.1.1. Consideraciones previas	33
4.1.2. Las diferencias entre hurto y robo	34
4.2. El valor artístico y cultural	36
4.3. La pena aplicable	37
5. EL DERECHO AL HONOR Y SU VULNERACIÓN	38
5.1. Los derechos fundamentales del honor, expresión e información	38
5.1.1. El derecho a informar	40
5.1.2. La libertad de expresión	40
5.2. La posición de Uber como perjudicada.....	42
5.2.1. El derecho al honor de las personas jurídicas	42
5.2.2. El recorrido legal de Uber	43
5.2.2.1. Los delitos de injuria y calumnia	43
5.2.2.2. El derecho de rectificación	45
6. CONCLUSIONES FINALES	46
BIBLIOGRAFÍA	49

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

En los últimos años, el Mundo está asistiendo a una auténtica revolución del panorama económico-social catalizada por la digitalización y las nuevas tecnologías. Uber se perfila como un excelente ejemplo al respecto, pudiéndose afirmar que es una de las entidades que más revuelo mediático está causando recientemente en España. Su particular concepción ha sido objeto de repulsa y rechazo por parte de profesionales del volante, alegando que la compañía incurre en prácticas de competencia desleal provocando un enorme perjuicio al sector¹.

Los motivos que han determinado la redacción del Caso que nos ocupa obedecen a la novedad y al enorme impacto mediático y económico que están provocando empresas similares, donde el componente digital está siempre presente. Precisamente, el hecho de que estemos ante una situación absolutamente novedosa y sin precedentes, incita a abordar un análisis jurídico-económico de este tipo de compañías, pues no existe, a día de hoy, un marco legal que se adapte perfectamente a su concepto. Podríamos decir que se encuentran, pues, en una especie de “limbo legal”. Además, su continua transformación provoca un estudio continuo de las mismas.

A tales efectos, conviene destacar, por ser las más conocidas², entidades como *Airbnb*, plataforma *online* que pone en contacto a propietarios de viviendas con viajeros y turistas, de tal forma que los primeros ofrecen su inmueble o una de sus habitaciones a cambio de una remuneración establecida por el propietario, o *BlaBlaCar*, la cual se tratará más adelante, que posibilita al público ofertar un viaje programado con el objeto de compartir vehículo, gastos e, incluso, funcionar como una mecanismo social para conocer gente. Lo cierto es que el número de estas empresas no para de crecer: *Relendo*, que permite el alquiler de productos; *Spacebee*, ofreciendo alquiler de espacios de trabajo cuando no se están usando; *Zank*, plataforma de préstamos; *Amovens*, donde los particulares ofrecen su propio vehículo para alquiler o *Tutellus*, que conecta a profesores y alumnos a través de videocursos.

La génesis de estos fenómenos se asocia con el concepto de la Economía Colaborativa. El término en cuestión procede de la expresión inglesa “*Sharing Economy*”, divulgado por Lisa Gansky en el año 2010. La traducción literal sería la de “compartiendo economía”, lo que a efectos prácticos engloba toda aquella acción basada en compartir, intercambiar, o “gestionar socialmente” recursos e, incluso, financiar o recibir financiación para un determinado proyecto³. Posee, pues, un marcado trasfondo social alejado del tradicional carácter empresarial caracterizado por un expreso ánimo de lucro. La enciclopedia abierta digital Wikipedia supone un representativo ejemplo al respecto. Son igualmente equivalentes las expresiones *collaborative consumption* o *peer-to-peer economy*, dada la separación entre la propiedad⁴ y la utilización de los bienes.

El delicado contexto económico que ha lugar cuando este tipo de compañías salen a la luz proporciona un caldo de cultivo idóneo para su proliferación, pues la población, convaleciente por la crisis financiera, encuentra en estas plataformas un medio de obtención de ingresos. Por otra parte,

¹ Las primeras grandes manifestaciones tuvieron lugar en los meses de junio y julio en Barcelona provocando huelgas y concentraciones de miles de profesionales del sector de los transportes. La declaración de José Soto anima a la reflexión: “*O regulan Uber o nos desregulan a nosotros*”. RTVE, *Una nueva jornada de protestas y paros contra Uber deja sin taxis Barcelona*, en <http://www.rtve.es/noticias/20140701/nueva-jornada-protestas-paros-contra-uber-deja-sin-taxis-barcelona/964460.shtml>, (07/02/2017).

² <http://www.elreferente.es/sociales/relendo-identifica-las-16-empresas-de-consumo-colaborativo-lideres-en-espana-28754> (07/02/2017)

³ GARCÍA-OCHOA MAYOR, D., “Economía colaborativa y financiación”, *Diario La Ley*, núm. 8807, 2016, p. 1.

⁴ DOMÉNECH PASCUAL, G, “La regulación de la Economía Colaborativa”, *Revista Ceflegal*, CEF, núm. 175 - 176, 2015, pp. 65.

el carácter digital inherente a estos fenómenos permite poner en contacto a millones de personas a través de un teléfono inteligente o un ordenador, en cualquier momento y desde cualquier lugar, posibilitando realizar este tipo de actividades que hubieran sido impensables llevar a cabo tan sólo unos años atrás. La conciencia por la preocupación del medio ambiente también juega, según palabras de DOMÉNECH PASCUAL, un papel trascendental en el empleo de la Economía Colaborativa, ya que los recursos son aprovechados más eficientemente.

Como puede apreciarse, estamos ante una serie de entidades con un funcionamiento inédito que no encuentra un encaje legal en las diferentes regulaciones existentes, de tal forma que, al menos de momento, únicamente procede abordarlas entrando en el terreno de la analogía y de la suposición. Su propia naturaleza inmaterial abre infinitos cauces que están transformando las interacciones entre las personas y la Economía en su conjunto. Precisamente, este vacío e “indefinición” legal está propiciando, sin lugar a dudas, escenarios en los que se incurre en prácticas desleales según lo que dispone la Ley actual. Y es que, como afirma ARVING M. y MARSHALL V. A.⁵ “*to assure sharing will grow up, we need to avoid market and regulatory failures that allow parts of the market to gain unfair advantage over others*”, añadiendo, a mi juicio, muy acertadamente, que “*It is not too early to begin. Sharing is quickly spreading, as people already have access to rooms (AirBnb), tools (SnapGoods), car and bikes (RelayRides) and ad hoc taxi services (Uber, Lyft)*”, por lo que se antoja necesaria, primero, una definición taxativa de estos fenómenos, de un lado, y una regulación que trate de evitar o, al menos, de clarificar cuándo y de qué manera se incurre en prácticas desleales.

Para abordar adecuadamente la respuesta a la Primera Cuestión del Caso, es primordial, primero, describir con detalle el funcionamiento de Uber para, posteriormente, tratar de determinar el cumplimiento o violación de la normativa de Competencia Desleal en base a su naturaleza, es decir, en base a cómo puede ser considerada la compañía: una empresa de transportes “digital”, o bien, una entidad de servicios de la información.

1.2. EL FUNCIONAMIENTO GENERAL DE UBER.

Por lo que respecta a nuestro protagonista (*Uber Technologies Inc.*), nace como una *startup*⁶, fundada en el año 2009 en San Francisco (California, EEUU), y como tal, cuenta un fuertísimo componente tecnológico, ofreciendo a los particulares un servicio que se autodefine como una “nueva forma de moverse por la ciudad”, y que se solicita y gestiona de manera íntegramente virtual a través de un *smartphone*.

La compañía se configura básicamente como un portal web y una aplicación, que presenta, según Estados, diferentes “modalidades”, entre otras: UberPop (servicio “*Peer-to-peer*” que conecta a conductores particulares con usuarios de a pie); UberX (servicio de arrendamiento de vehículo con conductor mediante licencias VTC); UberBlack (vehículos de alta gama y de representación); Uber XL (transporte para 6, 8 o 10 pasajeros), y UberEats (servicio de comida bajo demanda). Para el caso que nos ocupa, se procederá a analizar las dos primeras, pues son las que han operado en nuestro país, a la que se suma el servicio de comida bajo demanda, operativo en Madrid desde el 18 de enero de 2017.

La compañía aterriza en España en abril del año 2014 en Barcelona, para hacerlo en septiembre en la ciudad de Madrid, bajo la “modalidad” de UberPop. Ofrece, al igual que Uber X (que llega en

⁵ ARVING M. y MARSHALL V. A., “Economic and Business Dimensions. The Dark Side of the Sharing Economy... and How to Lighten It”, *Communications of the ACM*, vol. 57, núm. 14, 2014, p. 24.

⁶ Según Steve Blanck, una *startup* “*es una organización temporal en búsqueda de un modelo de negocio escalable, repetitivo y rentable*”, <http://blog.capacityacademy.com/2013/10/10/que-es-una-startup-por-que-una-startup-es-una-empresa/> (07/02/2017)

marzo de 2016) un servicio muy similar al de un taxi tradicional⁷, poniendo en contacto a viajeros y a conductores anónimos, aunque ambas difieren en ciertos aspectos que se detallarán más adelante.

Así pues, de una parte, los usuarios acceden a la aplicación y fijan el destino al que desean ir, siendo localizados por su teléfono. La aplicación muestra a los conductores libres en su zona (disponibles para realizar el itinerario fijado), identificados mediante nombre, fotografía y vehículo, y lanza un precio por dicho traslado, prefijado por la compañía. El usuario sólo tiene que aceptar y esperar a su coche. De otra parte, los conductores reciben en su *smartphone* las solicitudes de los viajeros, así como los datos de destino, por lo que tan sólo deben recogerlos y trasladarlos.

Es muy importante tener presente que el conductor de UberPop, que no es un profesional en ningún caso no es, en absoluto, homogéneo, ya que los éstos pueden hacer un “libre uso” de la aplicación. Es decir, algunos de ellos utilizarán la aplicación para recoger a viajeros con el objetivo de compartir vehículo y gastos mientras que otros se dedicarán deliberadamente al transporte de personas, llegando a constituir una actividad pseudo-profesional.

En principio, cualquier persona puede acceder al servicio UberPop, tanto de una como de otra parte. Es necesaria la aceptación de los Términos de Uso, así como la creación de una Cuenta de Usuario donde se registrarán el nombre y apellidos, el número de teléfono personal, una tarjeta de crédito y el vehículo en el caso del conductor.

Tras unos meses de funcionamiento, el 9 de diciembre de 2014 se dicta la ordenación cautelar de la suspensión de Uber en España, es decir, del servicio UberPop, que se hace efectiva en términos operativos el día 25 del mismo mes. Después de 15 meses de inactividad, el 30 de marzo de 2016 Uber vuelve a operar en España⁸ bajo la modalidad Uber X, con un funcionamiento parejo pero presentando un planteamiento sustancialmente distinto al anterior. Ahora, la compañía se erige como un servicio de arrendamiento de vehículo con conductor, mediante el empleo de licencias VTC (he aquí la diferencia más reseñable). Con esta transición se hace palpable una actitud que se desmarca del contexto de Economía Colaborativa en que dio sus primeros pasos y que explotó precisamente para construir una imagen basada en realizar trayectos cortos compartiendo gastos. Se puede afirmar que la compañía evoluciona, paulatinamente, desde una concepción social hacia una apariencia “corporativa”, aspecto trascendental, y que además se ve exacerbado con la proliferación de nuevos servicios, como UberEats.

Respecto a los conductores, deberán, pues, ser “profesionales autónomos” y cumplir con una serie de requisitos, tales como emplear un vehículo con una antigüedad inferior a 10 años, estar en posesión de un permiso de conducción en regla y de una póliza de seguro vigente y a corriente de pago⁹. Por lo tanto, se limita drásticamente el acceso a la hora de conducir pues ya no puede ser oferente cualquier persona anónima. Como en el caso de UberPop, el funcionamiento del servicio en sí no varía, con una gestión íntegra a través de un dispositivo móvil, con geolocalización y fijación del destino por parte del viajero. La compañía oferta igualmente un precio por el mismo en función de la distancia y del tiempo del mismo, y los pagos siguen siendo electrónicos de los que la entidad detrae una parte. En definitiva, el elemento cambiante se limita a los conductores.

Llegados a este punto, es necesario resaltar los siguientes puntos de los Términos y Condiciones de Uso¹⁰:

⁷ <https://www.uber.com/es-ES/ride/how-uber-works/> (07/02/2017).

⁸ <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/31/56fc5bdf46163f40618b4634.html> (07/02/2017).

⁹ Se trata de una serie de exigencias impuestas por la Ley y que se tratarán en epígrafes siguientes.

¹⁰ <https://www.uber.com/legal/terms/ar/> (07/02/2017).

“Acceso”	Creación de una cuenta de usuario personal con multitud de datos personales (incluido nº de teléfono personal). Mayoría de edad.
“Servicios”	La compañía se autodefine como una plataforma que “organiza y planea el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios”, declarando con rotundidad que no presta servicios de transporte.
“Pago”	Punto trascendental. Comunica al viajero que el uso de los Servicios puede comportar cargos por los servicios o bienes que reciba del “tercer proveedor”, y que facilitará el pago de dichos cargos aplicables, utilizando el método de pago indicado en cuenta y enviando el pertinente recibo por correo electrónico.
“Renuncia”	Uber limita su responsabilidad declarando con rotundidad que no ofrece garantía alguna en lo que respecta a la “fiabilidad, puntualidad, calidad, idoneidad o disponibilidad de los servicios o bienes solicitados a través del uso de los servicios [...]”.
“Limitación de la responsabilidad”	Nueva muestra de elusión de la responsabilidad: “En ningún caso la responsabilidad total de Uber hacia usted en relación con los servicios por todos los daños, pérdidas y causas de acción podrá exceder de 500€”.

Tabla 1: Términos y Condiciones de Uso

Se puede advertir el distanciamiento que la compañía ha venido y viene ejerciendo respecto de los usuarios, especialmente de los conductores, a los que califica como “terceros proveedores” así como los esfuerzos que muestra para desmarcarse de una empresa de transportes tradicional desvinculándose respecto de la calidad del servicio (no ofreciendo garantía alguna respecto de la fiabilidad, puntualidad...) y limitando su responsabilidad.

1.3. EL INICIO DE LA CONTROVERSIA JUDICIAL.

Tal y como se apuntó, la primera manifestación judicial en España tiene lugar el 9 de diciembre de 2014, procedente de la Asociación Madrileña del Taxi, la cual solicita ante el Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid medidas cautelares mediante Auto ante los graves perjuicios económicos ocasionados al sector.

En este texto legal se argumenta que la compañía y, por ende, sus usuarios, infringen el artículo 15 LCD, al ofrecer un servicio de transporte sin disponer de la preceptiva licencia administrativa, afirmando con determinación que “*la actual universalización de la comunicación y contratación por internet de un sistema que se sitúa presuntamente en el margen de la legalidad requiere una posible respuesta judicial previa [...]*”. Paralelamente, la parte demandante hace alusión a los artículos 4, 5 y 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD)¹¹ y a la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres (en adelante, LOTT),

¹¹ Considérese la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, fundamentada dado que “*El desarrollo de prácticas comerciales leales dentro del espacio sin fronteras es vital para promover la expansión de las actividades transfronterizas*”. Este texto aproxima, pues, las leyes de los Estados miembros sobre prácticas comerciales desleales que perjudican los intereses económicos tanto de consumidores como de los competidores legítimos.

mencionando los preceptos 22 –exigencia de disponer de licencia para contratar y facturar–; 42 –necesidad de autorización habilitante para la prestación del servicio con vehículo propio–; 53 –registro de empresas del transporte– y 91 –autorizaciones de transporte público, habilitantes para realizar servicios en todo el territorio nacional–.

En otras palabras, podemos afirmar, a partir del tenor literal, que la parte demandante define a la compañía como una verdadera empresa de transportes que actúa al margen de la legalidad, aprovechándose, al menos en parte, de su novedosa concepción de uso y de su propia esencia puramente digital. Se hacen reiteradas referencias a los enormes perjuicios económicos ocasionados al sector de taxi.

A la luz de estos argumentos, el magistrado entiende que se cumple el requisito de *fumus bonis iuris* y el de *periculum in mora* (hecho notorio por la amplísima difusión que supone el empleo de una plataforma digital) por lo que estima las medidas solicitadas cesando y prohibiendo en España el servicio de transporte de viajeros bajo la denominación “UberPop”, así como la aplicación y los servicios de pago/transferencia asociados, bajo caución de 10.000€. De esta forma, el 25 de diciembre se cesa efectivamente el servicio, mientras que el 22 de mayo de 2015, el mismo juzgado dicta un segundo Auto, confirmando las medidas cautelares. Considérese el siguiente cuadro a efectos de clarificar la cronología de los acontecimientos:

Abril / Septiembre de 2014	Inicio de la actividad en España, respectivamente, en las ciudades de Madrid y Barcelona.
9 de diciembre de 2014	Medidas cautelares previas 707/2014, Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Madrid.
25 de diciembre de 2014	Cese efectivo del servicio en España: aplicación, plataforma y medios de pago.
22 de mayo de 2015	Se confirman las medidas cautelares.
16 de julio de 2015	Cuestión Prejudicial (RJ 929/2014). Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona. Esclarecimiento de la naturaleza de Uber.
30 de marzo de 2016	Regreso a España bajo la modalidad UberX.
18 de enero de 2017	UberEats entra en servicio en Madrid capital.

Tabla 2: Cronología de hechos

2. UBER Y LA COMPETENCIA DESLEAL.

2.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Se procede a continuación con el análisis de los artículos de la Ley de Competencia Desleal relevantes para el caso que nos ocupa que son, fundamentalmente, los recogidos en el Auto de medidas cautelares de suspensión del servicio, para estudiar su eventual aplicación a Uber.

La LCD recoge en su primer artículo su finalidad: *La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal*". En otras palabras, el ámbito de aplicación se extiende a todos los sujetos que participan en el mismo, pasando de ser un instrumento dirigido a resolver los conflictos de los competidores para convertirse en una herramienta de control de las conductas en el mercado. Los consumidores, antiguamente "ignorados" por el legislador, se ven protegidos al representar una pieza elemental para el adecuado funcionamiento de la economía de mercado¹². A la inversa, y como sostiene el artículo tercero, cualquier sujeto, ya fuere empresario, profesional o cualquier persona que participe en el mercado, es susceptible de cometer un acto de competencia desleal, inclusive la Administración Pública o entidades sin ánimo de lucro. Tal y como recoge la Ley en sus párrafos iniciales, la atención se desplaza desde una perspectiva puramente centrada en la figura del competidor, hacia otra en la que se protege al consumidor, por lo que podemos afirmar que este cuerpo legal denota una connotación social evidente. Adicionalmente, y tal y como sostiene GARCÍA PÉREZ no existe un principio *de minimis* que requiera de un elevado número de afectados por el acto. Se atiende a un principio de posibilidad de provocación en sí del daño, y no a parámetros de relevancia, alcance o efectividad. Así pues, la protección y posibilidad de comisión se extiende a cada uno de los agentes participantes del mercado, es decir, tanto los conductores de Uber como los taxistas y otros profesionales del transporte, así como cualquier usuario de estos servicios.

En lo que respecta al artículo 2, introduce las condiciones que han de darse para que podamos hablar de un acto de competencia desleal. En su primer punto se indica que tienen que realizarse en el mercado y con fines concurrenciales. En este caso en particular queda patente que Uber y sus usuarios llevan a cabo su actividad dentro del mercado, es decir, el sector del transporte o de los servicios de la información según se califique de uno u otro modo a la compañía, como se abordará, y que el fin es concurrente. Este concepto de concurrencia puede provocar cierta ambigüedad en el sentido de que los competidores no actúan "conjuntamente", sino paralelamente dentro del mercado desplegando cada entidad diferentes estrategias empresariales y buscando la consecución de sus intereses económicos. La finalidad concurrencial se presupondrá cuando, por las circunstancias en que tenga lugar, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero¹³. En este sentido, es importante traer a colación si una práctica aislada y sin ánimo de lucro conlleva, o no, actuar en el mercado con fines concurrenciales, en base a una corriente jurisprudencial¹⁴ de principios de la década de 1990 que considera que dicho carácter aislado supone considerar que el acto no se verifica con dichos fines¹⁵. La mayor parte de la doctrina estima lo contrario, lo que confiere un marcado carácter "rigorista" a las cuestiones de deslealtad. Se trata de un aspecto muy relevante en lo que atañe a ciertas prácticas de Economía Colaborativa ocasiones y/o con ánimo de lucro dudoso.

Para hablar de deslealtad es necesario, además, incurrir en alguna de las conductas recogidas en el Capítulo II. En estas líneas, y tal como se citó en el apartado anterior (*Inicio de la controversia judicial*), Uber infringiría los artículos 4º –invocación a las exigencias de comportamiento profesional, conforme a las reglas de la buena fe–; el artículo 5º –actos de engaño, dado que se traslada al usuario la falsa imagen de que el servicio que presta es legal–; y 15º –infracción de

¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Nociones introductorias", *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 42 - 45.

¹³ GARCÍA PÉREZ, R. "Cap. I. Disposiciones generales", *Ley de competencia desleal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 39 - 44.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 25 de enero de 1993, AC 1993\38.

¹⁵ GARCÍA PÉREZ, R. "Cap. I. Disposiciones generales", *Ley de competencia desleal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 45 - 46.

normas–, los cuales se analizarán a continuación referidos a las circunstancias del Caso que nos ocupa.

2.1.1. LA CLÁUSULA GENERAL: EXIGENCIA DE BUENA FE.

En lo referente al contenido del artículo 4º, cláusula general, es preciso delimitar qué supone comportarse conforme a las exigencias de la buena o mala fe, lo que implica la valoración, pues, de un concepto jurídico indeterminado. De entrada, la necesidad de dicha cláusula se ve imprescindible ya que insta a que la infinidad de conductas económicas se lleven a cabo de acuerdo a las exigencias de la buena fe, confiriendo un matiz generalista que podría ser aplicado a nuevas prácticas empresariales, como sucede precisamente con Uber y su novedoso *modus operandi*.

Tradicionalmente, el criterio empleado en las leyes para delimitar lo que se puede ser considerado como competencia desleal se ha referido a las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia industrial o comercial¹⁶. En este sentido, la Jurisprudencia¹⁷ ha venido refiriéndose a la buena fe objetiva (art. 7.1. Código Civil) como “*una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena*”.

Ante la amplitud e indeterminación del concepto, es necesario analizar pronunciamientos jurisprudenciales para, en base a ellos, poder establecer una analogía. Sirva como mero ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante: STS) núm. 597/2016, de 5 de octubre. Relata el cierre unilateral de las cuentas corrientes de la entidad Money Exchange (dedicada al envío de remesas a diferentes países y con una cuota de mercado del 0,83 % en ese momento) por parte de varias entidades financieras. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao dicta sentencia calificando los actos de cancelación de las cuentas como actos de competencia desleal, e instando a cesar toda actividad que obstruya el normal funcionamiento de la perjudicada. Cabe tener en cuenta que las entidades bancarias citadas ejercían, entre otras actividades, el envío de remesas, como la demandante, de tal forma que constituía un competidor directo de ellas. Por otra parte, la cancelación unilateral de las cuentas de Money Exchange llevada a cabo por estos bancos se entiende como un acto de mala fe dado que impide por completo la actividad de un competidor concurrencial directo sin “justificación” de ningún tipo, suprimiendo con dicha acción cualquier posibilidad por parte de Money Exchange de operar, pues su desempeño empresarial gira exclusivamente en base a esta actividad. En este caso, podemos advertir un comportamiento objetivamente entre competidores contrario a la buena fe, lo que significa que no es necesario acreditar la existencia de dolo o culpa para determinar la violación de la cláusula general.¹⁸

Llegados a este punto, podemos establecer dos “perspectivas” al respecto¹⁹: los actos desleales entre competidores (*Business to Business –B2B–*) y otra en que dichos actos se dirijan hacia los consumidores (*Business to consumer –B2C–*), por lo que se tratará de analizar la supuesta deslealtad en que incurre Uber respecto de los “consumidores” (viajeros y conductores) y respecto de los competidores (taxistas y, en general, los profesionales del transporte urbano-interurbano).

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Cláusula general”, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 97 - 104.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981 (RJ 1981/3053).

¹⁸ GARCÍA PÉREZ, R. “Cap. II. Actos de competencia desleal”, *Ley de competencia desleal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 84 - 85.

¹⁹ GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, p. 27.

Sea como fuere, constatar la violación del artículo 4 LCD por parte de Uber es una tarea especialmente marcada²⁰ por la subjetividad, lo que puede suponer un problema dado que es necesario concretar el acto a través del cual se infringe dicho precepto²¹. Es preciso atender a las circunstancias en que nace y desarrolla su actividad y en todas las consecuencias asociadas a ello. Así pues, en relación a la perspectiva “B2B”, considérese la explotación del vacío legal (o más bien, la indeterminación) en todo aquello que atañe a su relación con los conductores, por una parte, y ciertos actos²² (que se detallarán más adelante) que pueden delatarla como una verdadera “empresa de transportes en la sombra”, pero sin cumplir con las obligaciones inherentes a éstas, ya que se autodefine como un intermediador. Uno de los aspectos trascendentales se basa en la demostración de que la compañía “se vale” de esta indeterminación en el ámbito laboral para actuar deslealmente, donde los límites entre la figura del trabajador económicamente dependiente (en adelante: TRADE), el falso autónomo, el sujeto autónomo estándar y el trabajador por cuenta ajena son difusos. La delgada, y a veces casi inexistente línea, entre una y otra categoría da pie a un sinfín de situaciones aprovechadas por las empresas y en detrimento de los trabajadores. Lo cierto es que los conductores, tanto en el caso de UberPop como en el de UberX, representan el medio instrumental para la obtención de ingresos, dado que si no hay desplazamiento, no hay transacción monetaria, siendo además los que corren con los gastos de explotación y, en el caso de éstos últimos, con el coste de la licencia VTC. En otras palabras, se podría concluir que Uber utiliza a estos conductores para la consecución de ingresos pero sin incurrir en todas las obligaciones y cargas que supone esta circunstancia, entendidos ambos conceptos en el sentido más amplio de la palabra, y que sí son satisfechos por sus competidores inmediatos. Por ejemplo, el hecho de que la compañía trabaje con sujetos “autónomos” le otorga una importante ventaja en el sentido de que no ha de ingresar las respectivas cuotas a la Seguridad Social, aunque el fin sea el mismo. Esta relación de “laboralidad” entre ambas partes se detallará más adelante, en el epígrafe (“Los conductores de Uber”).

Por su parte, la perspectiva “B2C” exige considerar qué puede entenderse por “diligencia profesional”²³, a raíz de la Directiva 2005/29/EC (*Unfair Commercial Practices Directive*) y en conexión con lo estipulado en el artículo 4 LCD, apartado primero, que considera como desleal y, por tanto, que no se es diligente, cuando se incurre en prácticas que distorsionen (o puedan distorsionar) el comportamiento económico del consumidor medio. De nuevo nos encontramos ante un concepto indeterminado. Precisamente, el principal cometido de esta directiva es el de crear uniformidad entre los Estados miembros en base a las interpretaciones que se puedan efectuar como la deslealtad. Teniendo en consideración su contenido, y como señala el profesor GARCÍA PÉREZ²⁴, de la directiva se desprende que “*persigue que el consumidor pueda tomar sus decisiones con relevancia económica de manera libre e informada*”. Continúa indicando que “*la mera distorsión o posibilidad del comportamiento económico del consumidor medio no es suficiente para considerar desleal una práctica*”, por lo que cabe analizar cuándo el entrometimiento en los intereses del consumidor rebasa los límites de lo tolerable. A nuestro juicio, entendemos que los usuarios (viajeros) de UberPop, así como de UberX no ven “distorsionado” su comportamiento, en tanto en cuanto el servicio de movilidad que la compañía ofrece a través de su aplicación es lo que razonablemente puede esperar. Así pues, mostramos conformidad cuando GARCÍA PÉREZ sostiene que “*el hecho de que la Directiva pretenda alcanzar un alto nivel de tutela de los*

²⁰ El artículo 4 LCD señala que lo que cabe entenderse por contrario a la exigencia de buena fe en las relaciones entre consumidores y empresarios: la diligencia profesional conforme a las prácticas honestas del mercado.

²¹ Vid. la STS núm. 48/2012, de 21 de febrero, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 21 de junio de 1993 (AC 1993\1270).

²² Anulación de la autonomía de los usuarios (fijación de tarifas), la gestión del cobro, la localización de los conductores o la “supervisión” de todo el proceso. Vid. El epígrafe 2.2.1 (“Uber como una empresa de transportes”).

²³ GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 29 y ss.

²⁴ GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 31 - 32.

consumidores no implica que se deba proteger al consumidor en todo caso y frente a cualquier amenaza”.

Llegados a este punto, podría sostenerse que la compañía denota una práctica empresarial “hábil” desde el punto de vista económico-jurídico al emplear inteligentemente en su provecho su novedad, características y circunstancias, y que son el resto de agentes los que deben de adaptar sus medios y formas. Por eso, es preciso analizar si el proceso que acusa a Uber de competencia desleal puede justificarse conforme a la Ley y al funcionamiento de la entidad o, en cambio, cabe adaptar la legislación o flexibilizarla, con el fin de que este tipo de prácticas no trasgredan la normativa. La cuestión trascendental gira en torno a determinar si se configura como una empresa de transportes, para lo cual se atenderá a una serie de hechos e indicios.

2.1.2. LOS ACTOS DE ENGAÑO.

Los actos de engaño enmarcados en el artículo 5 LCD hacen referencia a “*cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda producir error a los destinatarios [...]*”. Así pues, se establecen dos cauces a través de los cuales se puede actuar deslealmente así: difundiendo informaciones deliberadamente erróneas no concordantes con la realidad, o bien, verdaderas pero de tal forma que, mediante la sintaxis, el contexto o las posibles interpretaciones semánticas el sujeto se vea inducido a error. Adicionalmente, es necesario que a partir de la conducta se derive un daño y, además, se exige que el acto incida en la conducta de los destinatarios. Es importante tener en cuenta que, al igual que con la cláusula general, se requiere la mera posibilidad, y no la plena efectividad, es decir, que el acto en cuestión pueda conducir a engaño.

En este sentido, es importante volver a acudir a la Jurisprudencia. Valga a tales efectos, como mera referencia, la sentencia núm. 430/2016, de 7 de julio, de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª, AC 2016/1637). Los hechos relatan la demanda por parte de *The Scotch Whisky Association* contra la mercantil Destilerías de la Vega Alta S.L, quien afirma que esta última procesa, embotella y comercializa productos presentados ante el público como whisky escocés (bajo la marca “*GoldenHeart*”) cuando en realidad no son ni reúnen los requisitos inherentes a esta bebida espirituosa (estipulados por el Reglamento (CE) 110/2008, de 15 de enero de 2008), alegando que se dan actos de competencia desleal basados en el engaño, además de aprovechamiento de reputación ajena y de violación de normas. En particular, se recoge que el acto de engaño es manifiesto al emplear un etiquetado en el que destaca la expresión *scotch whisky*, lo cual induce en un claro error cara a los consumidores, que creen que están adquiriendo un producto de reputada calidad en base a la imagen de este licor cuando en realidad no es así.

Por lo que respecta a Uber, en sus inicios (modalidad UberPop) intenta posicionarse ante todo el mercado (usuarios, taxistas, conductores...) como una plataforma cuyo fin no es otro que el establecer contacto entre los particulares, introduciendo un nuevo modo de moverse en la ciudad compartiendo gastos, es decir, se promociona como un medio con un importante trasfondo social distanciado del ánimo lucrativo de empresas de transporte tradicionales. Se constata, pues, la inducción de error en base a esta circunstancia, que constituye el elemento central del tipo²⁵, sin necesidad de que el error se produzca efectivamente. En base a este trasfondo, los conductores de UberPop, como Fernando, aun sin saberlo pueden incurrir en graves ilícitos legales, lo que constituye a todas luces un trasfondo engañoso que puede significar un daño cierto (las omisiones engañosas también se hallan tipificadas)²⁶ materializado en sanciones pecuniarias, tanto a

²⁵ GARCÍA PÉREZ, R. “Cap. II. Actos de competencia desleal”, *Ley de competencia desleal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 204 y ss.

²⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Actos de engaño”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 121 - 125.

conductores como a los usuarios viajeros, al tratarse de una actividad que no se ajusta a la legalidad por la carencia de licencias habilitantes. Indudablemente, esta circunstancia incide en la conducta de los destinatarios, pues la “aparente legalidad” de la situación propicia el uso masivo de la plataforma de unos y de otros. Como se puede extraer del propio artículo 5 LCD, “*la afirmación de un principio de veracidad que ha de regir en las relaciones de mercado, considerándose la transparencia como una exigencia necesaria para un orden concurrencial libre y eficaz*”²⁷.

En definitiva, y dado que la violación de los artículos 4º y 5º parte de las mismas circunstancias, cabe relacionar los actos de engaño con la situación de apariencia fáctica de legalidad y de intermediación (“perspectiva social”), mientras que la no sujeción a las exigencias de la buena fe cabe contemplarla desde el punto de vista del aprovechamiento de las circunstancias legales en base, fundamentalmente, a la relación que mantiene con los conductores (“perspectiva legal”).

2.1.3. LA VIOLACIÓN DE NORMAS.

El artículo 15 LCD es un precepto trascendental a la hora de calificar la supuesta competencia desleal ejercitada por la compañía. Recoge un campo conceptualmente amplio, al determinar que “*Se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes. La ventaja debe ser significativa*”. Existe práctica unanimidad entre la doctrina en lo relativo a qué debe entenderse, a tenor del contenido del artículo, por “leyes” y por “normas jurídicas”, entendiéndose que ambos preceptos deben interpretarse unitariamente siempre que reúnan las esenciales notas de imperatividad, generalidad y coercibilidad²⁸. Quedan incluidos los deberes o cargas legales, impuestos como contrapartida del reconocimiento de derechos y cuyo cumplimiento genera perjuicios para el infractor, pudiendo el incumplimiento derivar en ventajas competitivas frente a los competidores que sí cumplan con las respectivas cargas.

Ahora bien, la mera infracción de norma no es condición suficiente para verificar la deslealtad, sino que dicha infracción ha de derivar inequívocamente en una ventaja competitiva significativa y, además, existir un aprovechamiento de la ventaja así obtenida. A estos efectos, tómesese como ejemplo la sentencia anterior. Destilerías de la Vega Alta S.L infringe el Reglamento 110/2008, en tanto en cuanto no cumple con las exigencias requeridas para la elaboración de whisky; a partir de esta infracción obtiene una indudable ventaja, por un lado, no cumple con estos requerimientos incurre en unos menores costes de producción y, por otro, lanza al mercado un producto de reputado prestigio, aprovechándose empresarialmente de esta situación.

Tomando como base teórica esta sentencia, desde la perspectiva de Uber la violación de este precepto cabría producirse en caso de que se considere que actúa en el tráfico jurídico como una empresa de transportes, como así se planteará en el epígrafe que sigue a continuación. Si así fuere, se puede afirmar que la compañía obtiene una ventaja competitiva indudable, pues desarrollaría una actividad de transportes (con sus peculiaridades) sin encontrarse en posesión de licencias administrativas habilitantes del transporte (exigido por la LOTT); sin cumplir con las eventuales obligaciones que suponen las relaciones laborales de dependencia y eludiendo el cumplimiento de las oportunas obligaciones fiscales mediante la no repercusión de IVA en los servicios contratados a través de UberPop²⁹, pues los servicios contratados a través de esta plataforma deben gravarse con el IVA, con independencia de que dichos servicios sean legales o no, siendo la exigencia de este impuesto es compatible con las multas que puedan imponerse por incumplimientos de la normativa

²⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Actos de engaño”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 119.

²⁸ CARBAJO CASCÓN, F., “Violación de normas”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 408 - 411.

²⁹ FALCÓN Y TELLA, R., “La tributación de Uber (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 13, 2014, pp. 11 - 16.

sobre el transporte de personas. Es necesaria la especificación de las normas que se consideran violadas y probar su infracción³⁰, al igual que ocurre con los actos de mala fe del artículo 4 LCD. Todo ello deriva en una posición económico-empresarial privilegiada extraordinaria por el ahorro en tiempo y costes que suponen estas circunstancias. Por esta razón es imperiosa la necesidad de intentar calificar a la compañía ante los ojos de Derecho.

2.2. LA NATURALEZA DE UBER.

Así las cosas, se procederá a continuación a determinar la naturaleza de la compañía, en tanto en cuanto si es considerada como una entidad intermediadora se vería liberada de gran parte de las violaciones legales que se le imputan. Adicionalmente, han de tenerse en cuenta los rasgos propios de cada una de las dos modalidades: UberPop y UberX, pues una pequeña diferencia puede significar una valoración sustancialmente diferente.

Para ello, se establecerán dos líneas de estudio al respecto: una que afirma que actúa en el tráfico jurídico como una empresa de transportes y otra que sostiene que se trata de una entidad calificada como de servicios de la información (un intermediario, como a sí mismo se autodefine). Sea como fuere, es muy importante tener presente que estamos ante un escenario jurídico que no cuenta con precursores, por lo que se procederá a barajar indicios que admiten cualquier tipo de interpretación y razonamiento justificado conforme a Derecho.

2.2.1. UBER COMO UNA EMPRESA DE TRANSPORTES.

Sí se admite esta hipótesis, las eventuales consecuencias jurídicas serían la vulneración de los artículos de la LCD y de la LOTT anteriormente comentados. En otras palabras, si se demostrase que existen indicios suficientes que sostengan que Uber actúa en el tráfico jurídico como si de una empresa de transportes se tratase, entonces ejercería deslealmente en el mercado al desarrollar su actividad sin las correspondientes licencias y autorizaciones, incurriendo en actos de engaño (por calificarse como un intermediador siendo una entidad de transportes) y de mala fe (por su práctica deshonestas). Todo ello sin perjuicio de vulnerar otras obligaciones en materia tributaria (no declaración de ingresos, repercusión de IVA), laboral (dependiendo de la calificación del conductor) y mercantil (seguros de responsabilidad civil, etc.). La delimitación es tan compleja tanto por la novedad (sin precedentes) de este tipo de entidades como por su continua transformación, que el asunto lleva meses cuestionándose por los propios juristas y tribunales. A estos efectos, es muy importante la Cuestión Prejudicial promulgada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona (RJ 929/2014) el día 16 de julio de 2015, que precisamente trata de esclarecer qué es la entidad para dirimir eventuales controversias como las que nos ocupa, y que actualmente se encuentra a la espera de ver resolución definitiva.

Llegados a este punto, se esgrimirán dos argumentos que reforzarían, o no, el apoyo a dicha hipótesis. Paralelamente, se establecerá una comparación con BlaBlaCar, entidad muy similar en el concepto de UberPop (no así el de UberX), pero diferente en las formas, y que a día de hoy no ha visto suspendido su servicio, aunque sí ha sido profundamente cuestionada³¹.

2.2.1.1. LOS CONDUCTORES DE UBER.

³⁰ GARCÍA PÉREZ, R. “Cap. II. Actos de competencia desleal”, *Ley de competencia desleal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 371.

³¹ La patronal de autobuses Confebús pedía en el verano de 2015 el cierre de su servicio solicitando a tal efecto medidas cautelares, acusándola de competencia desleal. El 26 de enero de 2016, mediante Auto núm. 26/2016, el Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid rechaza tales medidas. El 2 de febrero, el Juzgado núm. 2 de Madrid falla a favor de BlaBlaCar, tal y como veremos más adelante.

El primero de los argumentos que refuerza la tesis de que Uber actúa como una empresa de transportes gira en torno a la calificación de éstos y su relación respecto de la compañía, es decir, se cuestiona si pueden ser considerados como trabajadores de la firma (o que actúan como tales). Teniendo en consideración el funcionamiento del servicio, se pueden advertir una serie de hechos que refuerzan la existencia de una situación fáctica de relación laboral.

1. Los conductores actúan como taxistas.

Como se apuntó, no tienen preconcebido ningún viaje ni recorrido y se limitan a esperar a que les lleguen solicitudes de usuarios para recogerlos y llevarlos a su destino, a pesar de que algunos sujetos sí utilicen la plataforma para compartir su propio vehículo y reducir gastos. En BlaBlaCar, en cambio, un usuario publica un viaje que va a efectuar independientemente de que consiga ocupantes o no, con la finalidad de compartir vehículo y gastos, ya que se trata de trayectos de media o larga distancia presuntamente planificados de antemano.

Es importante remarcar que el acto en sí de compartir coche es legal, a tenor del artículo 101 de la LOTT, sin que en ningún caso puedan tener lugar remuneraciones dinerarias directas o indirectas que persigan deliberadamente el lucro. La nota más controvertida gira en torno al concepto de “allegado”, que es descrito por el artículo 156 del Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres (en adelante: ROTT) como aquellas personas que tengan una relación de parentesco, o bien, una relación social de amistad o equivalente. Si se cumplen estas pautas, el vehículo y el desplazamiento se encuadran como privados (art. 62 LOTT), ya sean particulares o complementarios (art. 100 LOTT), y no será necesaria ningún tipo de autorización administrativa. Más adelante se esclarecerá qué entiende la Jurisprudencia a través de la sentencia núm. 30/2017, referente al caso BlaBlaCar – Confibus.

Por consiguiente, los conductores de UberPop actúan como conductores pseudo-profesionales. No llevan a cabo una actividad encaminada a compartir su vehículo, es decir, no conducen “colaborativamente”, sino que de forma premeditada se muestran dispuestos a efectuar un traslado solicitado por un tercero ajeno a ellos y en el momento en que éste así lo desee.

2. Localización permanente.

Es algo esencial para el funcionamiento del servicio, que trabaja en tiempo real, a la hora de gestionar la disponibilidad de los mismos en relación a las solicitudes que llegan de los viajeros. Asimismo, existe un contacto permanente entre aquéllos y la compañía para la resolución de eventuales incidentes que tengan lugar.

Este hecho se podría identificar con una modalidad de trabajo a distancia, donde el “empleador” y el “empleado” se mantienen comunicados con la finalidad del correcto desempeño de la actividad. Es algo que no ocurre en BlaBlaCar, pues al establecerse de antemano el trayecto (punto de partida y origen), no es necesario geo-localizar a los usuarios. Una vez iniciado el trayecto, los usuarios gestionan cualquier tipo de imprevisto sin ningún tipo de supervisión.

Considérese la siguiente tabla a efectos de clarificar las diferencias entre una y otra, máxime teniendo en consideración que BlaBlaCar se vale del mismo concepto inicial de Uber y de un funcionamiento similar y no ha sido suspendida, a día de hoy, por la Justicia, aunque no ha estado exenta de polémica:

	UBER	BLABLACAR
Objeto/Cometido	Nueva forma de desplazarse por la ciudad, más flexible y económica.	Compartir gastos entre particulares y viajeros que efectúan desplazamientos en automóvil de media y larga distancia.
Comportamiento de los agentes	Los conductores operan en tiempo real y reciben solicitudes. Mantenimiento de contacto y localización permanente con Uber	Los conductores realizarán el viaje preestablecido, independientemente de que encuentren o no viajeros. No se rastrea la localización.
Acceso	Registro formal de datos personales, incluido número de teléfono personal y medio electrónico de pago.	Registro formal de datos personales, incluido número de teléfono personal y medio electrónico de pago.
Precio	Prefijado, por tiempo y kilómetro recorrido. Uber gestiona el pago y detrae cantidad (Aprox, 20%) ³²	Sugerido, pero no fijado, en función de los costes totales: distancia, combustible... Detrae entre un 8 y un 12% ³³ .

Tabla 3: Comparación entre Uber y BlaBlaCar

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta lo expuesto, podemos afirmar que están presentes rasgos que caracterizan a una relación laboral ordinaria, esto es, voluntariedad, ajenidad, dependencia (subordinación) y retribución, máxime teniendo en cuenta que los conductores tanto de UberPop (aun con excepciones, por su heterogeneidad) como de UberX no efectúan el desplazamiento en sí en base a una planificación que satisfaga una necesidad personal, sino que están predispuestos de antemano y “ofrecen servicio”.

En primer lugar, la voluntariedad no admite duda en tanto en cuanto los particulares actúan conscientemente y de *motu proprio*, pues cualquier sujeto interesado puede acceder a ser oferente o a viajar con Uber. La nota de la ajenidad, en cambio, sí puede inducir a una mayor ambigüedad, por lo que es conveniente analizarla teniendo en cuenta su doble sentido. De una parte, la ajenidad en los frutos parece clara, pues, como se apuntará a continuación, Uber percibe los pagos electrónicos de los usuarios para detraer una cantidad y, posteriormente, retribuir al conductor (cumpliéndose con la nota de la retribución). De otra parte, la ajenidad en los riesgos admite una asunción limitada, pues el vehículo no es aportado por la compañía, principal activo afecto a la actividad económica, pero sí aportaba, en algunos casos, un teléfono móvil convenientemente preparado para la utilización de la aplicación y, por tanto, para efectuar el servicio de la forma más eficaz posible.

³² https://help.uber.com/es_ES/h/33ed4293-383c-4d73-a610-d171d3aa5a78 (07/01/2017).

³³ <https://www.blablacar.es/faq/pregunta/a-que-corresponden-los-gastos-de-gestion-para-cada-reserva> (07/01/2017).

Por su parte, la dependencia o subordinación de los conductores³⁴ representa el punto trascendental. En función del uso que hagan del servicio pero teniendo en cuenta que una amplia mayoría ejercían como auténticos conductores encubiertos a modo de “subempleo” o para complementar sus ingresos, parece quedar patente que éstos quedan integrados en la estructura de la entidad, denotándose mediante hechos como la comunicación bidireccional permanente o la localización ininterrumpida de todos los usuarios de la red, y todo ello sin una presencia física del conductor como ocurriría en un puesto burocrático tradicional. En estas líneas, la Jurisprudencia sostiene que no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector de la empresa³⁵. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid³⁶, ya en el año 1999, afirmaba que “*un trabajador se encuentra sometido al ámbito de organización y dirección de la empresa, en cuanto las órdenes patronales sean continuas y directamente impartidas a través de internet, estando los mismos permanentemente localizados a través de la red y sujetos a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo, y sometidos a las variaciones que la empresa introdujera*”. Además, estimamos que aunque el conductor en cuestión pueda “hacer libre uso” de la aplicación, esto es, conducir cuando y durante el tiempo que quiera, no implica una menor o más debilitada subordinación, en el sentido de que estas elecciones se ven posibilitadas por el carácter flexible inherente a la digitalización. Uber ejerce un verdadero poder de dirección al respecto³⁷.

Ahora bien, que se perciban rasgos laborales no implica que estemos ante una figura laboral propiamente ordinaria ante los ojos de Derecho. Como ya introducimos, los límites entre algunas de las figuras legales son extraordinariamente difusos. Téngase en consideración que los conductores de la modalidad UberPop son particulares de a pie y heterogéneos entre sí, por lo que cabe establecer distinciones: algunos de ellos se dedicarán exhaustivamente a ello a modo de obtener la totalidad de sus ingresos, como se deduce de Fernando, el conductor del Caso y en situación de desempleo; otros, lo harán a tiempo parcial con el objeto de obtener un sobresueldo; y habrá conductores que lo hayan hecho puntualmente buscando compartir gastos y desplazarse de forma más económica, e incluso con fines puramente sociales.

Es evidente que éstos constituyen un auténtico activo dado que la compañía pone en contacto a los usuarios entre sí, pero si no hay desplazamiento, no hay ingresos ni para una ni para otra parte, por lo que se complementan mutuamente. El fin mismo de la compañía pasa por que estos desplazamientos se produzcan, no por la mera información de “intermediación”, puesto que, como se detallará, Uber ejerce un proceso de supervisión continuo y anula la autonomía de los usuarios. El aspecto controvertido radica en otorgar una calificación laboral a los conductores de ambas modalidades o de asociar sus rasgos a una de las figuras ya existentes, puesto que aunque se posicionen en el plano de trabajadores autónomos ordinarios, se pueden constatar una serie de indicios que los acercan a la figura TRADE.

Así las cosas, es especialmente importante reincidir sobre la figura del autónomo económicamente dependiente, que tiene máxima relevancia respecto de los conductores de la modalidad UberX. Mientras que en el caso de UberPop estamos ante conductores anónimos que no son autónomos en sí pero que funcionan como tales, en el caso de UberX estamos ante personas autónomas poseedoras de un título VTC dedicadas, ya sea a tiempo parcial o completo, al transporte de pasajeros. Por esta

³⁴ SIERRA BENÍTEZ, E.M., “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, núm. 4, 2015, pp. 9 - 14.

³⁵ Vid. STS núm. 1421/1991, de 27 de mayo de 1992, que hace referencia a “*la sujeción a pautas, plazo máximo para la realización, circunstancias técnicas y formularios facilitados por la empresa*”, y que en Uber se identificarían con las directrices tácitas o explícitas, los precios pre-fijados, el sistema permanente de localización y los teléfonos facilitados (UberPop), respectivamente.

³⁶ STSJ de Madrid núm. 469/1999, de 30 de septiembre de 1999.

³⁷ TODOLÍ SIGNES, A., “El impacto de la Uber Economy en las relaciones laborales. Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *Revista IUSLabor*, núm. 3, 2015, p. 11.

razón, merecen un análisis por separado. Se puede hacer alusión a los anteriormente comentados rasgos laborales en la parte de UberPop: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, en unos términos prácticamente idénticos. Ahora bien, que se encuentren en una situación de “trabajador autónomo ordinario” cuando existen indicios que lo acercan a un sujeto TRADE, supone un perjuicio evidente³⁸, ya que no se benefician de los mecanismos de protección propios de los trabajadores asalariados ni de los convenios colectivos, sin perjuicio de otros aspectos como la seguridad laboral o el tiempo de trabajo. Para que, dado el caso, los conductores fuesen calificados como tales, al menos un 75% de sus ingresos³⁹ deberían proceder de Uber (que es cliente respecto de aquéllos)⁴⁰, en virtud del primer artículo del Real Decreto núm. 197/2009, de 23 de febrero, por la que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante: LETA), no pudiendo el sujeto tener trabajadores a su cargo. Este requisito del 75% se entiende cumplido teniendo en cuenta el elevado precio medio de una licencia VTC, por lo que es razonable pensar que la mayoría de los conductores podrían encuadrarse dentro de esta figura ya que por el propio coste de adquisición se deduce un uso “profesional” de dicho título VTC.

Llegados a este punto, la condición de TRADE exige la existencia de un contrato mercantil, en virtud del artículo 3 LETA. El siguiente precepto estipula la forma y contenido del mismo, mientras que el artículo 5 LETA dispone que deberá de hacerse constar de forma expresa la condición de económicamente dependiente, pero entre los conductores de UberX y la compañía no se firma un contrato mercantil al uso. Es más, Uber intenta mantener distancias en todo momento en sus Condiciones y Términos de Uso en tanto en cuanto califica a aquéllos como “terceros proveedores”, en un intento de hacerse ver como intermediario, por lo que no se hace referencia alguna a una situación empresa-trabajador. Se trata de una circunstancia que a la compañía no conviene reconocer porque sería admitir indirectamente su condición como entidad de transportes. A estos efectos, es interesante tener en cuenta que en el caso de los TRADE prestadores del servicio de transporte, quedan excluidos de la necesidad de hacerse constar como tal (Disposición Adicional Primera). Ahora bien, que no se firme un contrato mercantil propiamente en sí no supone que no exista o no subyazca respecto de una operación. En Derecho Mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, en virtud del artículo 51 del Código de Comercio, a menos que las leyes especiales requieran solemnidades específicas (art. 52). La problemática gira en base a si esta suscripción a las Condiciones de uso, así como las circunstancias a tal efecto, pueden ser consideradas como una operación equivalente a un contrato mercantil que permita calificarlos como tales.

En cuanto al sujeto TRADE es, ante todo, un trabajador autónomo que realiza su actividad para un empresario e entidad sin estar integrado funcionalmente en una organización empresarial ajena⁴¹. Queda patente que los conductores funcionan como tales, por lo que, en este sentido, se puede constatar una situación de vacío legal dado que esta modalidad de empleo no encuentra un acomodo o encaje pleno en la legislación actual. Cuestión aparte sería calificar a estos conductores como “falsos autónomos”, en tanto en cuanto el fin y las circunstancias son las mismas que si de un autónomo se tratase pero no existe una relación puramente ordinaria ante los ojos de Derecho, con los perjuicios asociados (en tema de garantías y derechos) por parte del trabajador. Ciertamente, y como sostiene MARTÍNEZ BARROSO, “*el propio trabajo formalmente autónomo ha suplantado,*

³⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 11, 2007, p. 474 y ss.

³⁹ Recoge el artículo 2 LETA que para el cálculo del porcentaje del 75 por 100, los ingresos mencionados en el párrafo anterior se pondrán en relación exclusivamente con los ingresos total percibidos por el trabajador autónomo como consecuencia del trabajo por cuenta propia realizado para todos los clientes.

⁴⁰ En el caso de calificar a la compañía como una entidad de servicios de la información (intermediario), Uber no se posicionaría como clientes respecto del TRADE, sino que éste tendría infinidad de clientes: los viajeros que transporte

⁴¹ MARTÍN PUEBLA, E. “El trabajador autónomo económicamente dependiente en la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 57 - 59.

en el proceso productivo, anteriores formas de trabajo jurídicamente dependientes”. Sea como fuere, estos conductores “TRADE” cumplen en la práctica con los requisitos⁴² que impone la Ley 20/2007, de 11 de julio (Estatuto del Trabajo Autónomo), para ser considerados como tales, lo cual no hace más que poner de relieve dicho “vacío”:

1. Realización de la actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.
2. Percepción de una contraprestación económica en función del resultado de su actividad de acuerdo con lo pactado por el cliente (es decir, con las Condiciones y Términos de Uso de Uber), asumiendo el riesgo y ventura de la misma.
3. No tener a cargo trabajadores por cuenta ajena ni subcontratar su actividad con terceros.
4. Disponer de estructura productiva y de material propios. Recuérdese que son los conductores quienes aportan su propio vehículo, y asumen su mantenimiento y gastos de explotación.
5. Desarrollar la actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. Uber lanza directrices expresas a sus usuarios con el objeto de “proporcionar la experiencia más satisfactoria”.
6. No ser titular de un establecimiento o local comercial.

Por otra parte, dilucidado la cabida dentro de la figura TRADE, es conveniente no asociarlos con la figura de “falso autónomo” en tanto en cuanto éstos desarrollan la actividad laboral por cuenta ajena (a diferencia de los conductores de UberX) y dentro de la organización empresarial⁴³, como si de trabajadores puramente ordinarios se tratara, pero con las peculiaridades en materia fiscal y de Seguridad Social propia de los autónomos. Esto confiere una gran ventaja desde el punto de vista empresarial y que, ciertamente, es alentado por algunas compañías, máxime en época de depresión económica⁴⁴. Por lo que respecta a los agentes comerciales o mercantiles, recogidos en la Ley 12/1991, de 27 de mayo, estamos ante sujetos independientes que desempeñan, igualmente, una actividad continuada y estable en el tiempo, pero que no asumen el riesgo y ventura de las operaciones que promueven, salvo que se pacte con especial solemnidad, en cuyo caso contrario será nulo (artículo 19 de la ley), motivo por el cual no cabe asociarlo a esta figura.

Así las cosas, y como acontecía respecto de los conductores de UberPop, no podemos hablar de un contrato mercantil estándar o convencional, pero sí se puede apreciar que el trasfondo y el fin son los mismos, y los hechos son similares a los que tendrían lugar si dicho contrato explícito se hubiere celebrado. En definitiva, parece quedar patente que tanto los conductores de UberPop que trasladaban ocupantes deliberadamente como los conductores de UberX actúan como trabajadores de la compañía, teniendo en cuenta el grado de subordinación e inclusión en el ámbito rector de la empresa, y todo ello a pesar de que no medie entre ellos y la empresa una relación contractual mercantil expresa e inequívoca, es decir, estamos ante una “relación especial” no contemplada

⁴² MARTÍN PUEBLA, E. “El trabajador autónomo económicamente dependiente en la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 61 y ss.

⁴³ MARTÍN PUEBLA, E. “El trabajador autónomo económicamente dependiente en la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 72 y ss.

⁴⁴ Considérese la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 887/2016, de 3 de mayo, que relata la existencia de un trabajador contratado como falso autónomo para realizar trabajos de albañilería, concurriendo las notas de dependencia y ajenidad características de una relación laboral.

específicamente ante los ojos de Derecho, no tanto por los rasgos de fondo, sino por la forma, perfección y características en que tiene lugar la relación.

2.2.1.2. EL AFÁN DE LUCRO.

La segunda línea argumental es la relativa al afán de lucro de la compañía, que se podría justificar en base a los siguientes hechos:

1. Uber fija y estipula los precios de los trayectos.

Se trata de importes ventajosos respecto a los de un taxi habitual⁴⁵. Ofrece, incluso, un estimador de cálculo⁴⁶. La estipulación de tarifas relativas a los desplazamientos (que no al uso de la plataforma y de los servicios derivados de este uso) se identifica como una actividad plenamente achacable a una empresa de transportes tradicional.

Por otra parte, la compañía no otorga ningún tipo de autonomía a los usuarios a la hora de establecer un precio ni tiene en cuenta las circunstancias de cada conductor (que son siempre diferentes entre sí, pues cada conductor cuenta con un coche y gastos diferentes), es decir, en este sentido sobrepasaría las funciones inherentes a una sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica ya que no se limita a obtener ingresos por informar y servir de nexo, intercediendo directamente en esas tarifas. BlaBlaCar, como se vio, sugiere una cantidad por viajero que el oferente fija y modula en función de sus gastos particulares (por ejemplo, en función del consumo de carburante de su vehículo) y de sus propios criterios personales. Además, indica una cantidad “tope”, a partir de la cual se considera que el conductor obtendría beneficios (lo cual sería ilegal si se carece de licencia), y que se calcula en base a unos baremos, algo en lo que se profundizará más adelante⁴⁷.

2. La compañía gestiona íntegramente el cobro.

En otras palabras, Uber no solamente determina las tarifas, sino que anula por completo la capacidad del cobro/pago entre los particulares, volviendo a extralimitar, en este sentido, su función informativa de contacto entre éstos y ejerciendo otra de las acciones esenciales propia de una empresa de transportes. Los medios de pago (siempre electrónicos) son estipulados por la entidad, siendo ésta quien emite la factura. A partir del importe, se detrae una cantidad que se cobra en concepto de comisión destinándose la parte restante al conductor, como si de un sueldo por comisión se tratase. El margen de maniobra por parte de los usuarios es completamente nulo en este sentido. Bien se puede establecer un paralelismo con una empresa de autobuses, donde el conductor se limita a realizar el desplazamiento, el viajero abona el servicio y ninguna de las dos partes gestionan el pago ni estipulan las tarifas.

Teniendo esto presente, cabe preguntarse si entre Uber y los conductores existe un contrato de mediación o corretaje. Esto supondría la figura de un mediador (la compañía), que ha de ser conocedora del mercado, la cual obtiene una remuneración (comisión) por la información que proporciona a efectos de concluir un contrato o mediar en él, es este caso, por poner en contacto al conductor con el usuario. En este caso, parece difícil que la práctica del corretaje tenga cabida ya

⁴⁵ El precio respecto al transporte convencional es uno de los principales reclamos que Uber ha publicitado de sus orígenes. El ofrecimiento de tarifas más competitivas se entiende al no tener que hacer frente a licencias, seguros obligatorios o cuotas profesionales que abonar, sin perjuicio de la planificación de precios que experimenta el sector del taxi, aspecto comprometido desde la perspectiva de Competencia.

⁴⁶ <https://www.uber.com/es-ES/fare-estimate/> (07/02/2017)

⁴⁷ <https://www.blablacar.es/faq/pregunta/como-funciona-el-precio-y-el-metodo-de-pago> (26/01/2017).

que la relación entre los conductores y Uber es continua y no puntual, a la vez que la compañía interviene entre las partes al gestionar el pago y “anular” la voluntad.

2.2.2. UBER COMO UNA SOCIEDAD DE SERVICIOS DE LA INFORMACIÓN.

La segunda línea de estudio califica a Uber como un servicio electrónico de intermediación o servicio propio de la sociedad de la información, tal y como la propia compañía sostiene en sus Condiciones. Así las cosas, el servicio prestado por la compañía estaría amparado por la directiva 98/34, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, así como su desarrollo en España por medio de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Considérense los artículos 6 (la prestación de servicios de la sociedad de la información no estará sujeta a autorización previa); 7 (la prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea se realizará en régimen de libre prestación de servicios), y 8 (referente a las restricciones a la prestación de servicios con principios tales como la salvaguarda del orden público, los derechos de propiedad intelectual, el respeto a la dignidad de la persona o la protección a la salud pública). En resumidas cuentas, al ofrecer un “servicio de información”, no incurriría, *a priori*, en una conducta desleal por la vía del artículo 15 LCD (violación de normas), ya que si no es considerada como una empresa de transporte no necesita licencias. Cuestión aparte sería determinar si se infringen los preceptos 4º y 5º LCD.

En este sentido, cabe precisar qué entiende la Ley 34/2002 por “servicio de la Sociedad de la Información”. En la propia exposición de motivos de la ley se hace inmediatamente referencia a un amplio concepto que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio; las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red; la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios; el alojamiento en los propios servidores de información; servicios o aplicaciones facilitados por otros; o la provisión de instrumentos de búsqueda. Adicionalmente, han de concurrir, de forma simultánea, las siguientes características⁴⁸: presencia de título oneroso, realización a distancia y petición individual del destinatario de los servicios.

Llegados a este punto, cabe atender a los argumentos que defienden una u otra hipótesis para tratar de alcanzar una respuesta, pues muchas de las razones que refuerzan la defensa de la hipótesis que estamos tratando se extraen a partir de las expuestas en la primera, a modo de contrapartida, dado que el servicio cumple con los 3 requisitos expuestos. Así pues, los principales argumentos de defensa giran en torno a que Uber no cuenta con vehículos en propiedad, ya que según reitera se limita servir de nexo entre los usuarios mediante su aplicación; además, los conductores pueden hacer un libre uso de la aplicación, gestionando su tiempo y su actividad dentro de la compañía, por lo que no cabría considerarlos como trabajadores de la entidad; por último, las cantidades detráidas se explicarían en base a la prestación del servicio de intermediación.

2.3. LA SENTENCIA NÚM. 30/2017: PUNTO DE INFLEXIÓN.

El día 2 de febrero de 2017 pasará a la Historia por representar el mayor impulso legal otorgado hasta el momento por la Justicia española a la Economía Colaborativa. La sentencia núm. 30/2017, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid pone fin, sin perjuicio de que la demandante

⁴⁸ SANTAELLA GARCÍA-ROYO, I., “Principio de libre prestación de servicios”, *La nueva Ley de Internet*, Coord. Javier Cremades, Ed. La Ley, Móstoles (Madrid), 2003, pp. 131 - 148.

(CONFEBÚS) solicite recurso en el plazo de un mes, a la batalla judicial entablada con BlaBlaCar. En ella, el juez D. Andrés Sánchez Magro estima que esta compañía se configura como un servicio de intermediación al amparo de la Ley 34/2002, estableciendo que la entidad “*presta servicios de intermediación de información entre particulares, según el artículo 1 de la Ley 34/2002, y no hay ni remuneración ni lucro para pasajeros ni conductores, ni son empleados de la firma*”. Como tanto ésta como Uber, sobre todo bajo su modalidad UberPop, muestran un esquema de funcionamiento parejo, es crucial analizar resumidamente las conclusiones legales de la misma para poder establecer las oportunas comparaciones, amén de arrojar un poco de luz al respecto.

En primer lugar, cabe atender a la cuestión relativa al ánimo de lucro pues, como se ha venido diciendo, la Economía Colaborativa se caracteriza por la cooperación, el intercambio y el aprovechamiento social de los recursos. En este sentido, se ponen de manifiesto los importes “sugeridos” por la entidad para cada trayecto calculado en base a la distancia y que se estipulan en 0,06 €/km, por lo que la intencionalidad lucrativa por parte de los conductores queda disipada en tanto en cuanto los ingresos obtenidos no superan los gastos del viaje⁴⁹. Incluso se hace referencia a que este valor de 0,06€/km es notablemente inferior al que considera la Administración Pública como coste de uso del vehículo privado, esto es, 0,19€/km⁵⁰. Recuérdese que en ambas modalidades de Uber se establecen y fijan precios por kilómetro y en función del tiempo de la misma forma que una empresa de transportes tradicional, sin tener en consideración dichos límites ni las necesidades de transporte de los usuarios.

En segundo lugar, la parte demandada esgrime a su favor que el 96% de los usuarios registrados efectuaron menos de dos viajes al mes, y que solo el 0,02% realizaron 10 viajes o más, en aras de esclarecer que éstos están alejados de la profesionalidad o reiteración y realizan estos trayectos “colaborativos” aleatoriamente, sin vocación de espera de servicio. En el caso de UberPop ocurre lo contrario ya que los desplazamientos están enfocados a realizarse por la ciudad y esto supone por parte de los conductores la realización de múltiples trayectos al día, lo que se traduce en que los conductores están “esperando” a los clientes, tal y como ocurre con los taxis tradicionales. En UberX se avanza un paso más allá al tratarse de sujetos con licencia VTC expresamente encaminados al transporte, por lo que es preciso considerarlos desde una perspectiva profesionalizada.

En tercer lugar, y no menos importante, la sentencia trata el concepto de allegado. Expone el carácter indeterminado de dicho concepto en la LOTT y estima que la “*equivalencia de amistad encaja perfectamente en que dos personas se pongan de acuerdo para realizar un viaje juntos*”. La justificación cabe encontrarla en que es prácticamente imposible discernir por parte del Derecho cuando dos sujetos guardan una relación de afinidad social no consanguínea. Este aspecto supone que se consideren como transportes privados (y, por tanto, sin necesidad de poseer licencia habilitante), a aquellos acuerdos alcanzados entre dos personas a través de una plataforma como las que nos ocupan. En todo caso, se afirma explícitamente que la actividad llevada a cabo por BlaBlaCar “*se centra única y exclusivamente en el ámbito del transporte privado*”.

Aspecto trascendental es el relativo a las “directrices y recomendaciones” emitidas. A estos efectos, el Juez determina que “*el hecho de prohibir determinadas actitudes, de hacer cumplir determinados parámetros de cortesía, como que no se pueda fumar en el viaje, que ponga o no música, o que no cobre más de lo que podría significar compartir gastos, tampoco puede ser incluido en la normativa de transporte*”. Es necesario atender a múltiples matices para poder determinar cuándo una directriz puede ser considerada empresarialmente. En el caso de Uber, estas directrices revisten un contenido más amplio al estar enfocadas a “ofrecer servicio”, no solamente a prestar una experiencia más

⁴⁹ La sentencia considera explícitamente como gastos no sólo los relativos al combustible, sino que extiende el concepto a la depreciación del automóvil y al desgaste de sus elementos: aceite, neumáticos, etc.

⁵⁰ El Decreto 287/2007, de 3 de agosto, establece la cantidad de 0,22€/km para la C. Autónoma de Extremadura.

agradable, máxime en el caso de UberX: conductores uniformados, ofrecimiento de botellas de agua, presentación del vehículo, lenguaje, etc. Como sostiene TODOLÍ SIGNES⁵¹, aunque una empresa únicamente profiera una serie de “recomendaciones” sobre cómo prestar un determinado servicio, los profesionales –conductores– que no las sigan, pueden fácilmente verse perjudicados por las malas evaluaciones de los clientes –viajeros– los cuales esperan ver cumplidas estas recomendaciones de conocimiento público. Sea como fuere, es muy complicado determinar los límites colaborativos y empresariales de las mimas.

Otro punto crucial es el referente al de determinados aspectos de la gestión del cobro o del dinero, como la posibilidad, en BlaBlaCar, de que el conductor reciba una indemnización⁵² en caso que el usuario cancele de forma inminente un viaje, interpretando la sentencia que “*su intención es dar seguridad a los usuarios e imponer formalidad en el uso de la propia plataforma*”.

Por último, el magistrado considera probado que la actividad de la demandada “*versa simplemente en la transmisión de datos entre usuarios, no para organizar el transporte, sino para poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos, y compartir determinados gastos del trayecto. Contacto que estos mismos usuarios podrían llevar a cabo por cualquier otra plataforma o red social*”. Esta última afirmación es reveladora, pues a partir de ella se puede extrapolar que todas aquellas plataformas, presentes y futuras, cuyo objeto sea la intermediación de transporte basado en el contacto entre las partes, sin interceder en los términos y condiciones del mismo (aspecto trascendental) se posiciona al margen de la normativa de transporte y no cabe calificarla como tal. He aquí la piedra angular de toda la Cuestión, a tenor de lo expuesto en epígrafes anteriores en relación a los argumentos que defienden la calificación de Uber como empresas de transportes: ánimo de lucro y gestión integral del cobro, relación con los conductores, etc.

En definitiva, esta manifestación jurisprudencial supone todo un revés frente a las aspiraciones de la patronal Confebús, así como de otros profesionales del gremio y abre las puertas, sin ningún atisbo de duda, a nuevas formas de entender la realidad venidas de la mano de la digitalización y las nuevas tecnologías.

2.4. EL INICIO DE UNA NUEVA CONTROVERSIA.

Tanto las licencias VTC como las licencias que habilitan a los taxistas para el ejercicio de su profesión son expedidas por los ayuntamientos, en virtud del artículo 9, capítulo III (“transporte de viajeros en automóviles de turismo”) de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de transportes Urbanos en la Comunidad de Madrid (en adelante: LOCTUM), a la vez que la regulación viene de la mano de la Comunidad (art. 26 de su Estatuto). Actualmente, en la ciudad de Madrid están en funcionamiento, según palabras del Consejero de Transportes, unas 15.776⁵³ de este último tipo, un número que no ha aumentado en los últimos años. El apartado tercero del referido artículo dispone que “*se podrán establecer reglas que predeterminen el número máximo de licencias auto-taxi en cada uno de los distintos municipios en función de su volumen de población u otros parámetros objetivos*”. En esta línea, y según palabras de DOMÉNECH PASCUAL⁵⁴, estas limitaciones encuentran su justificación en la contención de la polución ambiental y la congestión del tráfico y supone, a todas luces, una medida contraproducente que Uber y servicios similares parecen satisfacer de manera muy eficiente. Dado que desde entonces el número ha permanecido

⁵¹ TODOLÍ SIGNES, A., “El impacto de la Uber Economy en las relaciones laborales. Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *Revista IUSLabor*, núm. 3, 2015, p. 10.

⁵² El tráfico monetario es íntegramente digital, a través de tarjetas de crédito vinculadas.

⁵³ Ministerio de Fomento, <http://www.fomento.gob.es/transportes/webpturi.pdf> (09/02/2017).

⁵⁴ DOMÉNECH PASCUAL, G., “La regulación de la Economía Colaborativa”, *Revista Ceflegal*, CEF, núm. 175 - 176, 2015, pp. 61 - 104.

invariable, y la población matritense se ha disparado, el traspaso o cesión⁵⁵ (son propiedad del consistorio) de dichas licencias ha supuesto un “mercadeo” de las mismas que han disparado exponencialmente sus precios de mercado: hoy día su precio medio ronda los 150.000€⁵⁶.

Por su parte, según el Ministerio de Fomento, existen unas 1.934 autorizaciones VTC en la ciudad de Madrid. Se da una relación matemática entre ambas clases de títulos fijada por Ley: ratio de una licencia VTC por cada 30 de taxi (art. 181.3 ROTT). Sin embargo, si efectuamos esta regla matemática, obtenemos que debería haber 519 títulos VTC, y no 1.934. Esta circunstancia está siendo motivo enérgico de queja por parte de Uber y Cabify, que desarrollan su actividad en base a ellas y que cuentan con un número inferior al que estarían dispuestas a obtener a la luz del crecimiento exponencial de la demanda de sus servicios y al cambio de hábitos de la sociedad, cada vez más digitalizada. Ésta última no se configura estrictamente como una empresa de alquiler de vehículos con conductor, sino que en realidad lo hace como una empresa de chóferes, por lo que se considera que es realmente una agencia de viajes, no siendo transportistas y no prestando por ello un servicio de transporte. Los conductores están vinculados con la compañía en virtud de un contrato mercantil (en régimen de autónomos), por lo que realmente la clientela es la empresa en sí misma, no incumpliendo la normativa de transportes.

Si a esto le añadimos que son las autoridades locales competentes las que establecen las tarifas de los transportes urbanos de viajeros (art. 13 LOCTUM), así como otros aspectos tales como “*los horarios de prestación del servicio, períodos vacacionales, seguridad laboral de los trabajadores o la formación exigible*”, como así se estipula en Preámbulo del Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo, podemos afirmar que la libre competencia está siendo, al menos en parte, comprometida.

A estos efectos cabe mencionar el requerimiento de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) del 21 de enero de 2016 al Consejo de Ministros instando a la anulación de varios preceptos incorporados en el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre de 2015, por el que se modifica el reglamento de la LOTT. A juicio de la CNMC, este texto contiene “*numerosas restricciones a la competencia, limitando la entrada y la capacidad de competir de los vehículos de alquiler con conductor (VTC) y reduciendo la competencia en el mercado de transporte urbano de viajeros blindando el régimen de monopolio en los servicios de taxi, frenando la innovación en el sector*”. El aspecto más reseñable a estos efectos recae sobre el otorgamiento de las autorizaciones de vehículos con conductor, para lo que, a partir de la aprobación de dicho decreto, será necesario cumplir con todos los requisitos contenidos en el artículo 43.1. Así, la empresa deberá disponer en propiedad, arrendamiento financiero u ordinario de, al menos, 7 vehículos en propiedad, es decir, una mera persona “autónoma” con un vehículo no puede optar a una de estas autorizaciones, así como el establecimiento de una serie de características que han de reunir los automóviles dedicados a esta actividad, como un motor con una potencia igual o superior a 12 caballos fiscales o una longitud mínima de 4,60 metros. Se puede apreciar, pues, una elevación de las exigencias en detrimento de la flexibilidad y libertad para ejercer este tipo de actividades de transporte. En otras palabras, la cuestión que subyace por parte de la CNMC no es otra que barajar la posibilidad de liberalizar el sector en un intento de dotarlo de flexibilidad y garantizar la libre competencia.

En conexión con esta última idea, es conveniente traer a colación el Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid, núm. 256, de 7 de julio de 2016, (“interpelación del diputado Sr. Vicente Viondi, del Grupo Parlamentario Socialista al Gobierno, sobre política general del Consejo de

⁵⁵ Es precisa la previa autorización del Ayuntamiento y se han de cumplir una serie de requisitos, recogidos en el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano aprobado mediante el Decreto 74/05, de 28 de julio, de la Comunidad de Madrid y la Ordenanza Reguladora del Taxi, entre otros.

⁵⁶ Vid. <http://www.gestiondeltaxi.com/compra-venta-licencias-de-taxi/> (09/02/2017).

Gobierno sobre el sector del taxi, pp. 14888 y ss.”), donde se intercambian unas muy interesantes declaraciones al respecto. Por su parte, el diputado socialista hace alusión al plan de actualización, retirada y amortización de licencias de taxi, lo que deja entrever una cierta intencionalidad desreguladora, anticipando que *“hay muchos profesionales del sector del taxi que están preocupados al ver su programa electoral”*. Achaca el desconocimiento relativo al número de solicitudes de licencias VTC que se han presentado, haciendo referencia a que una de las federaciones había requerido casi 5.000 autorizaciones de este tipo, unos hechos que podrían justificar precisamente este plan de retirada y amortización. Además, recuerda al Sr. Rollán los requerimientos de las asociaciones profesionales del sector: definición clara de los vehículos de arrendamiento con conductor; comunicación clara del número de solicitudes de VTC pendientes; que la Comunidad de Madrid agote el procedimiento judicial para que no sean concedidas más autorizaciones; y que se busque un marco regulatorio que define cómo y cuándo deben actuar las licencias VTC en dicha Comunidad (aspecto crucial). El Consejero replica resaltando que a través de la modificación de la Ley de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid, se pueden inmovilizar los vehículos infractores en el acto, persiguiendo de este modo la competencia desleal y el intrusismo en el sector, y señalando que en el transcurso de 2016 se habían inmovilizado ya 20 vehículos turismos por carecer de la pertinente autorización.

Así las cosas, a la luz de estas declaraciones, estamos asistiendo a un panorama realmente complicado. De un lado, se alzan voces que parecen allanar el camino a los servicios de arrendamiento de vehículo con conductor. De otro, están aquellas que muestran un tono más conservador al respecto exigiendo primeramente una regulación definida al respecto. Sea como fuere, lo que sí parece evidente es el inexorable avance del uso de la digitalización por parte de la sociedad, lo que determina la aparición de nuevas actividades que emplean novedosos medios (léase, Uber o Cabify), de los que derivan nuevos escenarios jurídicos que ven necesaria una regulación.

3. EL SEGURO DE AUTOMÓVIL.

3.1. EL INTERÉS Y EL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO.

Nos encontramos ante una situación jurídica de contrato de seguro de daños de vehículos a motor, encuadrado dentro de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (en adelante: LCS, cuyos preceptos tienen carácter imperativo⁵⁷), y regulado, en calidad de especialidad, por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante: LRCSCVM)⁵⁸, al disponer su artículo 2.6 que *“En todo lo no previsto expresamente en esta Ley y en sus normas reglamentarias de desarrollo, el contrato de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor se regirá por la Ley 50/1980 [...]”*.

A partir del contenido del Caso, obtenemos que el tomador del seguro, esto es, el sujeto que contrata la póliza con la entidad aseguradora, es el padre de Fernando (el conductor), a la vez que es el único sujeto asegurado a todos los efectos, pues se indica expresamente que Fernando no figura en la

⁵⁷ Excepto cuando un artículo disponga lo contrario; cuando se trate de un reaseguro o un seguro de grandes riesgos; o cuando la cláusula contractual sea más beneficiosa para el asegurado, pues a éste se le considera la “parte débil” del contrato, con algunas excepciones.

⁵⁸ Considérense otros cuerpos legales tales como el R.D. 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; el R.D. 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor o la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el LRCSCVM, incorporando Directivas Comunitarias.

misma. En lo que respecta a los elementos esenciales no personales⁵⁹, se entiende que concurren tanto el riesgo como el interés.

Por una parte, el riesgo está presente al entenderse que en la póliza se mencionan las situaciones de riesgo cubiertas⁶⁰ habitualmente en estos casos, pues no se dice lo contrario (art. 4 LCS). Por otra, se entiende que el interés está igualmente presente al ser patente la relación económica del tomador con el bien (el vehículo Citroën) en el momento de la suscripción de la póliza y en el del incidente. Considérese, a estos efectos, la STS núm. 260/2006, de 23 de marzo, que sostiene que “*El artículo 25 declara que si no existe interés asegurado el contrato de seguro es nulo. La ley habla del “momento de la conclusión del contrato, pero debe entenderse que ese interés debe pervivir durante toda la vida del contrato”*”. Presuponemos que en el momento de acaecimiento de los hechos el padre de Fernando es el propietario a todos los efectos. Si en el instante en que se produce el acto dañoso no subsistiera esta relación económico-patrimonial entre el asegurado y el bien, (por ejemplo, transmisión anterior al evento dañoso de la propiedad del bien, cese del contrato de arrendamiento o del derecho de usufructo sobre el bien con anterioridad a dicho evento, etc.) la entidad aseguradora no estará obligada a cumplir con la prestación pactada. Es interesante la STS núm. 10/2005, de 31 de enero de 2005, en la que los arrendatarios de un local reclaman el pago de 34.200.000 ptas. a la entidad aseguradora por los daños producidos por un incendio. La sentencia falla en su contra estimando que el incendio había tenido lugar 3 días después de que se les notificase la sentencia de desahucio por impago de rentas, por lo que no existía, en ese momento, el interés entre la parte tomadora-asegurada y la entidad de seguros. Téngase en cuenta que el hecho relevante es que entre el sujeto y el bien exista una vinculación de contenido económico, ya sea de propiedad, o de uso o disfrute⁶¹, de forma que el evento cause un perjuicio a la esfera patrimonial del sujeto.

3.2. LA POSICIÓN DEL ASEGURADO.

El aspecto trascendental de esta cuestión gira en torno a la posición que ostenta Fernando en relación con los acontecimientos acaecidos. Así pues, en el momento de adhesión al contrato de seguro, es deber del tomador el declarar a la entidad todas las circunstancias que se soliciten con el objeto de que ésta pueda determinar el “riesgo real” (art. 10 LCS). De este modo, el conocimiento del riesgo influirá sobre aspectos como la cuota que deberá satisfacer el tomador, la suma asegurada o el contenido mismo del contrato, (modulado, en su caso, por cláusulas delimitadoras o limitativas del riesgo) e, incluso, la propia celebración o no del mismo (anti-selección del asegurado). Estamos, pues, ante un deber (que no obligación) de carácter pre-contractual con eficacia *contractus*⁶². Según la Jurisprudencia, se trata de un deber de contestación y no de declaración, por lo que el asegurado se libera de esta responsabilidad en el supuesto de que la entidad aseguradora omita el cuestionario o parte de él⁶³, entendiéndose esta situación como una falta de diligencia profesional.

⁵⁹ Como elementos esenciales, si no existieren, el contrato sería nulo en virtud del artículo 25 LCS.

⁶⁰ La cobertura más básica de los contratos de seguro de vehículos a motor (seguro “a terceros”) supone la cobertura por parte del asegurado de los daños ocasionados al perjudicado, en el sentido más amplio de la palabra (responsabilidad civil, daños físicos del vehículo, daños personales...).

⁶¹ VEIGA COPO, A.B., “Elementos del contrato III”, *Tratado del contrato de seguro (Tomo I)*”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 843 y ss.

⁶² VEIGA COPO, A.B., “Eficacia obligatoria del contrato de seguro o la ejecución del contrato”, *Tratado del contrato de seguro (Tomo I)*”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1431 y ss.

⁶³ *Vid.* la STS núm. 327/2011, de 10 de mayo de 2011, en la que el tomador del seguro reclama la prestación pactada a la entidad aseguradora en virtud de los daños provocados por un corrimiento de tierra. El asegurador se niega porque en el momento de celebración del contrato el tomador no informó de un anterior deslizamiento. El tribunal estima que el deber de declaración del tomador del seguro se incumplió, de tal modo que “*la conducta de la asegurada frustró la finalidad del contrato para la aseguradora al no proporcionarle todos los datos que conocía e impulsó a la compañía*”

Esta circunstancia es especialmente importante, dado que Fernando no figura en la póliza ni como tomador ni como asegurado/autorizado y, sin embargo, utiliza habitualmente el vehículo ejerciendo deliberadamente como un conductor de UberPop con el objeto de “ganar un sobresueldo”⁶⁴, por lo que el ánimo de lucro por su parte parece evidente. En este sentido, se desconoce si Fernando ya se dedicaba a esta actividad en el momento de perfección del contrato o comenzó a desempeñarla después. Una vez que el siniestro ha tenido lugar, no consta que su padre, como tomador que es, haya informado a la compañía aseguradora de esta circunstancia ni en el momento de la firma ni en un momento posterior, a todas luces agravante del riesgo⁶⁵ y que debería haber comunicado al asegurador en virtud del artículo 11.1 LCS⁶⁶. Sea como fuere, el riesgo que ha sido considerado por el asegurador en el momento de la firma del contrato no se corresponde con la realidad ni ha recibido comunicación alguna, enterándose de dicha circunstancia una vez que el incidente se produjo.

Por lo tanto, es preciso concretar si éste actuó con dolo o culpa grave. Si fuere así, el asegurador queda exonerado del pago de la prestación en caso de que el suceso hubiese ocurrido antes de la declaración de denuncia del asegurador, entendiéndose SÁNCHEZ CALERO que “*el dolo para ser apreciado ha de corresponder a una reticencia en la omisión de hechos, influyentes y determinantes para la conclusión del contrato*”⁶⁷. En el supuesto de que no se aprecie dolo o culpa grave, la prestación⁶⁸ se reducirá proporcionalmente teniendo en cuenta la cuantía diferencial entre la prima convenida y la prima que hubiere correspondido si el asegurador hubiera conocido todas las circunstancias, y que no debe confundirse con la regla proporcional que se utiliza cuando la suma asegurada resulta ser inferior al valor real del interés asegurado (situación de infraseguro).

Acudiendo al terreno jurisprudencial, en la STS núm. 67/2014, de 14 de febrero, acerca de un seguro de personas, la compañía de seguros ALLIANZ queda exonerada del pago de una prima por importe de 600.000€ al beneficiario (la mercantil CRENO ESPAÑA S.L.) porque en el formulario de solicitud del seguro de vida del asegurado (art. 10 LCS) se contestó negativamente a las preguntas “¿Tiene actualmente algún problema de salud?; ¿Realiza o ha realizado algún tratamiento médico de más de 7 días en los últimos 5 años?”, habiéndose probado la falsedad de estas negaciones.

3.2.1. EL ESTUDIO DEL RIESGO ASEGURADO.

En primer lugar, es preciso calificar la propia situación del joven. Su edad, de 25 años, es un dato de suma importancia al tener las compañías aseguradoras pre-establecidas una serie de circunstancias, índices o características que de por sí consideran agravantes del riesgo y que pueden

a celebrar un contrato que quizás no hubiera celebrado si éste le hubiera manifestado todas las circunstancias que conocía”.

⁶⁴ Téngase en cuenta la heterogeneidad de los conductores de la modalidad UberPop hasta la ordenación de la suspensión cautelar de este servicio: mientras algunos de ellos conducían “colaborativamente” sin ánimo de lucro y con el objeto de compartir gastos, otros tantos se dedicaban explícitamente al transporte de pasajeros como vía de obtención de ingresos, aun sin contar con ningún tipo de licencia o seguro obligatorios, acto que constituye una violación del artículo 15 LCD.

⁶⁵ Se considera agravante aquella circunstancia que, de haber conocido el seguro en el momento de firmar el contrato, supusiese una modificación de las condiciones del mismo o, incluso, la no celebración del mismo.

⁶⁶ En cambio, en los seguros de personas, es obligatorio comunicar el alcance pleno del riesgo a la hora de constituir el contrato, pero no es obligatorio el traslado de las nuevas circunstancias relativas a la salud del asegurado (art. 11.2 LCS). Léase a estos efectos la STS núm. 1008/2005, de 15 de diciembre.

⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 10. Deber de declaración del riesgo”, *Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 302 - 309.

⁶⁸ En caso de que le correspondiese, esto es, que el sujeto sea responsable causante del accidente y tuviere contratada una póliza a todo riesgo, siempre y cuando no revista culpa grave (consumo de alcohol o estupefacientes, temeridad), y en los términos especificados en la póliza. La sustracción de efectos mantiene independencia respecto del incidente en sí. Si el responsable del incidente tuviera concertada una póliza “a terceros”, la aseguradora estaría obligada a reparar el daño causado al perjudicado, pero no a aquél.

apreciarse empíricamente. Suelen recogerse generalmente en las condiciones generales de las pólizas, las cuales no son objeto de autorización administrativa previa ni han de ser remitidas a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁶⁹. Así, a las personas menores de 26 años o con una vigencia del permiso de conducir inferior a los 2 años, automáticamente se les asocia un mayor riesgo que repercute en una prima notablemente más elevada. Estos límites pueden verse alterados en función de la entidad aseguradora y de otras circunstancias.

Así las cosas, la actividad llevada a cabo por Fernando, se trata, como ya se ha comentado, de una ejercicio deliberado y reiterado que bien podría calificarse de cuasi-profesional, y que en ningún caso ha sido comunicado a la aseguradora, como circunstancia agravante que es, a tenor de que habría supuesto una modificación de las condiciones de la póliza por parte de la entidad aseguradora o mismamente no se hubiera llegado a la conclusión del mismo. Tanto por su propia naturaleza como por el tiempo de dedicación entraña un especial riesgo, pues al fin y al cabo consiste en el transporte continuo de personas desconocidas durante un número de horas ciertamente elevado (ya que Fernando conduce a modo de “sub-empleo”), y el tránsito discurre por vías urbanas de Madrid con una probabilidad notable de sufrir un percance.

Volviendo al terreno jurisprudencial, es interesante la sentencia núm. 7/2016, de 7 de enero, de la Audiencia Provincial de Lugo, en que se aplica la regla de la proporcionalidad en relación a un siniestro sufrido por una mujer menor de 25 años y/o con menos de 5 años de vigencia del permiso de conducción. En las condiciones particulares de esta póliza, según se narra, se recogía que “*en ningún caso, el vehículo será conducido, ni ocasionalmente, por una persona menor de 25 años y/o antigüedad de carnet inferior a 5 años, excepto que la misma figure expresamente declarada como conductor habitual/ocasional [...]*”. En este caso, la parte recurrente alega que la entidad aseguradora (parte demandada) celebró el contrato a pesar de que conocía el riesgo de que esta mujer, (hija de la actora) condujese el vehículo asegurado, por lo que finalmente se acaba aplicando dicha regla y no estima que hubiere habido un dolo tal que supusiese el no pago de la prestación convenida, aunque no se haya comunicado dicha circunstancia agravante y ya habiendo tenido lugar el hecho incidental. Como se puede apreciar, las condiciones particulares de la compañía aseguradora son fundamentales a la hora de entrar a valorar esta clase de matices, y pueden decantar la balanza de uno u otro lado en litigios como este. Cabe, también, atender al caso concreto.

Dicho esto, es ciertamente habitual que personas menores de 26 años conduzcan vehículos de familiares, aun con su conocimiento, de forma muy esporádica o puntual sin figurar como asegurados, por lo que es relativamente complicado asociar estos hechos excepcionales con una acción dolosa por parte del tomador. De igual modo, es frecuente que sujetos consanguíneos mayores de 26 años y que conviven en un mismo núcleo familiar utilicen ocasionalmente los vehículos entre sí aun sin figurar como asegurados, por lo que no se entiende en estos casos mala fe al tratarse de situaciones cotidianas, siempre y cuando estas personas presenten una calificación similar del riesgo (sin perjuicio de emplear la comentada regla de proporcionalidad) y ateniéndose a las condiciones de la póliza, generales y particulares. Sin embargo, llevar a cabo la citada actividad de transporte bajo los términos comentados, con expreso conocimiento y sin haberla declarado en ningún momento, habida cuenta del sustancial incremento del riesgo, sí parece una manifestación de mala fe por parte del tomador, que vulnera los citados artículos 10 y 11 LCS, según se considere que Fernando ya venía desarrollando su actividad en Uber en el momento de celebración del contrato o fuera a *posteriori* de la firma del mismo⁷⁰.

⁶⁹ BROSETA PONT, M., “Teoría general del contrato de seguro”, *Manual de Derecho Mercantil*, edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, ed. Tecnos, 2016, Madrid, p. 384.

⁷⁰ Si no se hubiere producido el siniestro, la Ley otorga a la entidad aseguradora la posibilidad de modificar o resolver el seguro (art. 12 LCS).

3.2.2 LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

En el texto del Caso se relata que Fernando impacta al vehículo posterior, ocasionando daños menores en su carrocería. Estamos, pues, según denomina el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil, ante un “hecho de circulación”, contemplado en su artículo 2.1. Por otra parte, no se puede considerar este incidente como un supuesto excluido de la cobertura de suscripción obligatoria, (art. 5 LRCSCVM). Por lo tanto, la entidad aseguradora está, en principio, obligada a responder (art. 1158 CC). Dicho esto, las partes están obligadas a comunicar tal circunstancia a la entidad aseguradora (art. 7 LCS).

Sea como fuere, es preciso determinar quién ostenta la condición de culpable en el siniestro. *A priori*, el sujeto que colisiona la parte trasera del vehículo situado delante reviste la culpa. Así lo precisa el artículo 54 (“Distancias entre vehículos”) del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación que dispone que “*Todo conductor de un vehículo que circule detrás de otro deberá dejar entre ambos un espacio libre que le permita detenerse, en caso de frenado brusco, sin colisionar con él, teniendo en cuenta especialmente la velocidad y las condiciones de adherencia y frenado*”⁷¹. Aun en caso de frenazo brusco sin justificación del vehículo que circula por delante, el conductor anterior debe guardar la distancia de seguridad en todo momento⁷². El artículo continúa en su apartado segundo disponiendo que “*la separación que debe guardar todo conductor de vehículo que circule detrás de otro sin señalar su propósito de adelantamiento deberá ser tal que permita al que a su vez le siga adelantarlo con seguridad*”. Se trata de una presunción *iuris tantum* de las aseguradoras, al igual que sucede con las comentadas circunstancias de la edad, sexo o tiempo de tenencia del carné. Existen, además, otras presunciones, como por ejemplo, cuando un sujeto alcanza a otro vehículo dando marcha atrás, independientemente de la precaución que haya tomado para efectuar la maniobra⁷³, o cuando un vehículo no cumple con la preferencia de paso de los vehículos que vienen por su derecha⁷⁴.

Ahora bien, el referido artículo 54 hace alusión a vehículos que se encuentran en una condición de circulación fluida y en este caso en particular los vehículos se encuentran completamente detenidos, de forma contigua, ante un paso de peatones. Sin embargo, esta circunstancia no exime a Fernando de guardar la oportuna distancia de separación prudencial, y no consta que la otra parte estuviese incumpliendo ninguna señalización ni se hallase incorrectamente situada en la calzada. Por lo tanto, todo parece indicar que la responsabilidad recae sobre él en este incidente.

3.3. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA.

La principal obligación del asegurador es el pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado (art. 19 LCS). Puesto que la culpabilidad en

⁷¹ En el caso de que el alcance se produzca bajo condiciones meteorológicas adversas (lluvia, niebla, nieve...), se espera igualmente que el conductor tome las precauciones oportunas para evitar la colisión, por lo que no se verá eximido por este motivo. Es interesante, en este sentido, la sentencia núm. 228/2014, de 7 de abril, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que un conductor detiene el vehículo a la salida de un túnel ante una fuerte precipitación de granizo ocasionando una colisión múltiple. La responsabilidad cae de la parte del conductor del vehículo que circulaba detrás por no respetar la distancia de seguridad.

⁷² La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 409/2000, de 5 de junio, trata una peculiar situación de incidente en la que los dos vehículos afectados eran conducidos, respectivamente, por marido y mujer, colisionando ésta por alcance con el vehículo de su esposo.

⁷³ Vid. la sentencia núm. 317/2003, de 13 de noviembre, de la Audiencia provincial de A Coruña, en la que un tercero choca contra el vehículo del demandante saliendo marcha atrás de su garaje e impactando en el lateral del vehículo de éste.

⁷⁴ En este caso, el vehículo que no respeta la preferencia por la derecha ostenta la culpa salvo que el otro vehículo haya de respetar una señal de ceda el paso, un stop o un semáforo rojo.

relación a los hechos acaecidos cae del lado de Fernando, la entidad habrá de resarcir los daños del vehículo (la abolladura en la moldura y la fractura en el piloto antiniebla trasero) al sujeto perjudicado, aun cuando el conductor en ese momento no figure en la póliza ni como tomador ni como asegurado, es decir, los terceros perjudicados y no causantes ven su daño reparado en todo momento. Al no haberse comunicado la circunstancia agravante, el asegurador se ve exonerado del pago de los desperfectos y de los daños personales que hubiesen sufrido tanto Fernando como sus ocupantes, en los términos anteriormente comentados. Los bienes sustraídos se tratarán en la siguiente Cuestión, relativa a la sustracción de los efectos.

Llegados a este punto, cabe determinar si la aseguradora puede ejercer la acción de repetición. El objeto de esta acción consiste en evitar situaciones dolosas y malintencionadas en tanto en cuanto el contrato de seguro de automóvil no ampara al responsable de los daños ilimitadamente, ni en todos los supuestos. La aseguradora debe reparar los percances sufridos por el tercero perjudicado, por lo que esta acción supone un mecanismo que posibilita la recuperación de la indemnización adelantada.

Dentro de la LCS, la acción de repetición se configura como una acción independiente que se recoge en el artículo 76 LCS. No cabe confundirla ni con la acción de subrogación⁷⁵ del asegurador ni con la denominada acción directa, el cual faculta al perjudicado del incidente ejercitar las oportunas acciones de reclamación directamente contra la entidad aseguradora en lugar de contra el asegurado responsable, en un intento de agilizar el proceso.

La entidad aseguradora del vehículo que conducía Fernando se ve legitimada en dicha acción al entenderse que existe una inexistencia contractual en base a la mala fe (un acto de ocultación de la realidad) asociado a la no comunicación de la circunstancia agravante del riesgo y a la que el asegurador únicamente puede oponer frente al perjudicado para eludir el pago de la indemnización la culpa exclusiva del responsable y las excepciones personales que tenga contra él⁷⁶. Así, el artículo 10 LRCSCVM, en relación con el primer precepto de este cuerpo legal, sostiene que “*El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, [...] cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal y según lo dispuesto en esta Ley*”, y que “*el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: a) contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, b) Contra el tercero responsable de los daños. c) Contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en el propio contrato de seguro. d) En cualquier otro supuesto que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.*”

Llegados a este punto, cabe precisar cuál de los supuestos del derecho de repetición puede tener cabida. Por un lado, la repetición en caso de conducta dolosa⁷⁷ del conductor no ha lugar, ya que no se produce una conducta con intencionalidad inequívocamente expresa de provocación de daño por parte de Fernando. En estas líneas, lo mismo sucede con la repetición en caso de conducción bajo la

⁷⁵ La subrogación (art. 53 LCS) es una acción indemnizatoria en que el asegurador se sitúa en idéntica posición que su asegurado, pudiendo ejercitar la misma acción que correspondería a éste, y debiendo soportar las mismas excepciones que pudieran oponérsele. En estas líneas, es interesante la sentencia núm. 692/ 1998, de 5 de febrero de 1998.

⁷⁶ FERNÁNDEZ GALLEGOS, M.M., “La intervención de la Entidad Aseguradora y la responsabilidad del causante del daño. El Derecho de repetición en el seguro del automóvil”, *Responsabilidad civil y entidades aseguradoras*, Ed. Bosch Editor, España, 2016, pp. 133 - 138.

⁷⁷ El contrato de seguro es aleatorio, por lo que el dolo no debe ser asegurable. YZQUIERDO TOLSADA equipara la culpa lata al dolo (con las oportunas matizaciones), en “Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 71, 2007.

influencia de drogas o alcohol (que al fin y al cabo puede considerarse como una conducta dolosa), ya que no se recoge en el Caso esta circunstancia. Por otra parte, la repetición basada en la existencia de un tercer sujeto responsable ajeno a la circulación o al riesgo cubierto tampoco tiene cabida, al no verse involucradas terceras personas en lo que respecta a la provocación del incidente.

Es particularmente interesante la posibilidad de repetir en virtud de que el sujeto causante carezca de permiso de circulación. En base a esta posibilidad, en la práctica totalidad de las pólizas de seguro, las entidades aseguradoras incluyen cláusulas delimitadoras y limitativas de los derechos del asegurado, habiendo éstas últimas de ser resaltadas tipográficamente y aceptadas expresamente por escrito (art. 3 LCS)⁷⁸, pues prevén no sin acierto que situaciones como esta, en que un menor de 26 años conduce el vehículo familiar sin figurar en la póliza, puedan tener lugar. De este modo, se “liberan” de estos escenarios de riesgo. Lo más probable (como así se extrae empíricamente) es que en la póliza del padre de Fernando se reflejasen estas cláusulas donde se pacta dicha facultad de repetición y que realmente suponen una limitación de la “responsabilidad” del asegurador en estos casos. En estas líneas, la STS de 16 de octubre de 2000, que recoge que *“la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión del riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto de contrato”*.

Teniendo esto en consideración, se trata del único de los supuestos de repetición que exige ser recogido por el contrato para que pueda ejercitarse⁷⁹. Es conveniente traer a colación el pronunciamiento de la STS núm. 634/2014, de 20 de noviembre. En ella se trata un incidente a causa de un joven de 21 años que conducía un vehículo que no era de su propiedad, sin constar como conductor en la póliza. Es reveladora, a la vez que complica el análisis de la situación, dado sostiene que el derecho de repetición solamente cabe pactarlo en el contrato de seguro, de conformidad con el referido artículo 10 LRCSCVM, en caso de que el conductor carezca del permiso de conducción, declarando nulas las cláusulas delimitadoras/limitativas del riesgo relativas a la edad (menor de 25-26 años). Esta sentencia aplica la Ley 21/2007, que reforma el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Hasta dicha reforma, era posible la exclusión de las coberturas en el seguro por los motivos señalados tanto en la ley como por los señalados en el contrato, por lo que la aseguradora podía introducir limitaciones adicionales que excluyesen la cobertura. Así pues, este pronunciamiento, parece suponer que las entidades aseguradoras no están capacitadas para reclamar al tomador de la póliza las cantidades satisfechas al perjudicado en caso de que el conductor responsable del incidente fuere su hijo (menor de 26 años) o cuando éste tuviere un carné de conducción con una antigüedad inferior a los dos años, ambas, como se comentó, circunstancias consideradas por las aseguradoras como agravantes del riesgo.

Llegados a este punto, cabe determinar si la entidad aseguradora está facultada para repetir en relación al supuesto que dispone el párrafo d) del artículo 10 LRCSCVM, que posibilita la repetición *“en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes”*. Así pues, esta facultad podría materializarse en caso de que el sujeto vulnere algún precepto de la LCS o de otro cuerpo legal. Uno de los supuestos más frecuentes gira en torno al impago de la prima,

⁷⁸ La STS núm. 912/2011, de 23 de diciembre, versa sobre la negación de indemnizar al tomador en base a un accidente sufrido por su hija, incluida como segunda conductora, a la que se extendía la cobertura de accidentes corporales. La aseguradora esgrime una condición limitativa que no fue resaltada no aceptada expresamente. El tribunal falla, pues, a favor del tomador.

⁷⁹ FERNÁNDEZ GALLEGU, M.M, “La intervención de la Entidad Aseguradora y la responsabilidad del causante del daño. El Derecho de repetición en el seguro del automóvil”, *Responsabilidad civil y entidades aseguradoras*, Ed. Bosch Editor, España, 2016, p. 167 y ss.

obligación del tomador del seguro (art. 14 LCS). Como en el texto del Caso se dice que la póliza está al corriente de pago, no cabría proceder por esta vía.

Así, visto que el tomador del seguro incumple en su declaración del riesgo (art. 10 LCS) habida cuenta de que la actividad desempeñada por Fernando constituye una actividad agravante, es preciso dilucidar si es posible ejercitar el derecho de repetición en base a esta circunstancia. En relación con la anterior STS núm. 634/2014, de 20 de noviembre, otra sentencia, la STS núm. 4823/2014, de 20 de noviembre, es crucial, determinando que “[...] legalmente, se limita la posibilidad de pacto sobre repetición al supuesto del vehículo por quien carezca del permiso de conducir, de modo que fuera de tal caso sólo cabe la repetición en los supuestos previstos por la Ley, no alcanzando los supuestos legalmente previstos al caso de conducción por persona no autorizada según el contrato que sea menor de veintiséis años. En definitiva, dicha exclusión de cobertura únicamente podrá desplegar sus efectos fuera del ámbito del seguro obligatorio, alcanzando por ello en el caso presente a la indemnización por los daños causados al propio vehículo asegurado [...]”.

En resumidas cuentas, y para el caso que os ocupa, la aseguradora del vehículo que conduce Fernando, a la luz de estas dos sentencias, solo tendría derecho a recuperar únicamente la parte correspondiente a la reparación del propio vehículo asegurado (y causante del siniestro), pero no las cantidades satisfechas a los terceros perjudicados, lo que supone que las compañías aseguradoras poco o nada pueden hacer respecto a las inexactitudes en la declaración del riesgo⁸⁰, que conllevan en infinidad de casos una prima distinta, y que suponen, en cierta medida, un enriquecimiento del tomador y prohibido por la LCS en su artículo 26. Supone, a todas luces, un panorama injusto en tanto en cuanto un tomador puede contratar una póliza declarando un riesgo (u omitiéndolo más tarde) completamente distorsionado por el que debe asumir una prima mucho menor que la que le correspondería. Fernando y su reiterada actividad en UberPop constituyen un buen ejemplo.

3.4. LA COBERTURA EN CASO DE HURTO O ROBO.

A partir del contenido literal del caso extraemos que un adolescente sustrae una cámara fotográfica y una mochila que alberga una serie de fotografías. El incidente tiene lugar bajo el amparo de una presunta actividad “colaborativa”, en la que Fernando se pone en contacto con Rodrigo y Carmen para efectuar el desplazamiento solicitado. El hecho de que en el momento de incidente declare “*trasladar a unos amigos*” configuraría este transporte automáticamente como particular, a tenor de lo que sostiene la referida sentencia núm. 30/2017 (epígrafe 2.3), pero es necesario considerar el fondo que subyace a los hechos, que no es otro que una actividad de transporte deliberada sin licencia y, por tanto, transgresora del art. 15 LCD y de los artículos 22 y 42 LOTT. Por estas razones, y dado que el ladrón huye impunemente, cabe preguntarse si la entidad aseguradora del conductor debe o no indemnizar este suceso.

En primer lugar, la póliza debe contemplar esta situación de riesgo, que debe ser aleatoria. La mayoría de las pólizas actuales cuentan con coberturas de este tipo, aunque sujetas a múltiples matizaciones que delimitan las condiciones. Suponiendo que esta premisa se cumple, conviene traer a colación la circunstancia de no comunicación del riesgo por la que Fernando viene desempeñando su actividad en Uber de forma continuada. Como se expuso, la piedra angular gira en torno a la determinación de la mala fe en dicha conducta, por lo que si así fuera, el asegurador quedaría exonerado del pago de la prestación y no estaría obligado a indemnizar los efectos, quedando reservada la regla de la proporcionalidad (indemnización parcial). Todo ello considerando que se tratase de un transporte privado según lo que dispone el artículo 101 y 102 LOTT.

⁸⁰ FERNÁNDEZ GALLEGU, M.M., “La intervención de la Entidad Aseguradora y la responsabilidad del causante del daño. El Derecho de repetición en el seguro del automóvil”, *Responsabilidad civil y entidades aseguradoras*, Ed. Bosch Editor, España, 2016, p. 181 y ss.

Por otra parte, es necesario tener en consideración el artículo 52 LCS, que establece la exclusión de la obligación de reparar los efectos del percance en caso de negligencia “grave del asegurado, del tomador del seguro o de las personas que de ellos dependan o con ellos convivan”. En este sentido, es preciso determinar si circular con las puertas abiertas entraña una conducta negligente. Como sostiene la sentencia núm. 132/2001, de 2 de abril, de la Audiencia Provincial de Toledo, la necesidad de negligencia grave del asegurado “no se está refiriendo por tanto a que la negligencia pueda tener influencia o relevancia más o menos causal en la producción del robo, sino en realidad que la única causa del mismo sea precisamente la culpa de la víctima que lo padece, sino en realidad que la única causa del mismo sea precisamente la culpa de la víctima que lo padece (o de los dependientes o familiares) debiendo tratarse de una culpa grave”. El concepto “grave” supone entrar una vez más en el terreno de la indeterminación, pero a estos efectos la sentencia esgrime que excede los límites de la diligencia de buen padre de familia a que hace referencia el artículo 1104 CC, por lo que “se habría de incurrir en una conducta negligente de mayor rango”.

Adicionalmente, el Reglamento General de Circulación no dispone que haya que circular con los seguros de las puertas accionados, de tal forma que se prevenga el acceso de alguien ajena al habitáculo del vehículo. Tampoco se recoge nada al respecto en otros textos de conductas, como por ejemplo, el Manual de buenas prácticas para taxistas profesionales de la Federación Andaluza de Autónomos del Taxi. Por estas razones, es muy complicado calificar de negligente por esta vía la circulación sin accionamiento de los seguros de las puertas, aun a pesar de que pueda representar una práctica habitual por parte de los taxistas, no pudiéndose exonerar el asegurador de su obligación de indemnizar si procediese.

Llegados a este punto, la acción de Rodrigo podría encaminarse por la vía del artículo 1902 CC. Puede valer a su favor el hecho de que no se está desplazando en un transporte privado ante los ojos de la LOTT, sino en un “servicio de transporte”, para lo cual podría ejercitar una reclamación contra Uber, puesto que para utilizar la plataforma ha de suscribirse a las Condiciones y Términos de Uso. En este sentido, los propios Términos de Uso, siguiendo la reiterada dinámica de derivar en todo momento su responsabilidad e intentar mostrar una apariencia de mera intermediación, determinan explícitamente que “en ningún caso la responsabilidad total de Uber hacia usted en relación con los servicios por todos los daños, pérdidas y causas de acción podrá exceder de quinientos euros (500€)”, por lo que en caso de prosperar, Rodrigo no vería satisfecho el valor íntegro de sus efectos en el mejor de los casos (695€ de la cámara, el maletín y las fotografías).

4. LOS ILÍCITOS PENALES DE HURTO Y ROBO.

4.1. LA DETERMINACIÓN DEL TIPO.

4.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Antes de determinar ante qué tipo de conducta sustractiva nos hallamos (hurto o robo), caben analizar una serie de circunstancias que delimitan la comisión efectuada por el adolescente.

Ambas figuras implican, en todo caso, una conducta típica de sustracción que atenta contra el bien jurídico de la propiedad de cosas muebles ajenas (y más extensamente, contra el patrimonio). Se reputarán como tales aquellas cosas que no reúnen las características de los bienes inmuebles y son susceptibles de ser aprehendidas y trasladadas de un lugar a otro, revistiendo un valor económico determinado o determinable⁸¹. En este caso, el bien jurídico comprometido es la propiedad que Rodrigo –sujeto pasivo– ostentaba sobre su mochila de cuero y el contenido que ésta albergaba. Un

⁸¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “De los hurtos”, *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, dir. Lorenzo Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 415 - 417.

sector de la doctrina sostiene que el bien perjudicado es, en cambio, la posesión⁸², dado que si se hurtase a un ladrón, al no ser propietario de la cosa, estaríamos ante un hecho atípico. Sea como fuere, el joven es el efectivo propietario de los efectos sustraídos, por lo que esta controversia no admite más discusión. La cuestión relevante radica en que en una situación de hurto se toma sin más la cosa y en el robo, además, el autor ha de salvar necesariamente la resistencia de la víctima o los obstáculos que la salvaguardan (robo con fuerza en las cosas), o bien, manifestar alguna forma de violencia durante el hecho delictivo (robo con violencia e intimidación).

En primer lugar, cabe determinar si ha tenido lugar la consumación de la conducta, pues en caso de que no fuere así la acción supondría una tentativa, con una pena asociada más leve. La doctrina sostiene que para poder hablar de consumación plena ha de tenerse una “mínima disponibilidad sobre la cosa sustraída”, sin necesidad de lograr el fin lucrativo perseguido, es decir, se da cuando la acción sustractiva (la sucesión de hechos completos que suponen la sustracción) ha concluido, pues es entonces cuando se entiende que el sujeto ha tenido disposición sobre el bien. En este sentido, es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 193/2014, de 3 de abril, en la que se estima que hay falta de disponibilidad sobre el objeto sustraído ya que los policías encuentran al acusado agazapado y huye hasta su detención sin perderlo de vista en ningún momento. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 436/1996, de 24 de junio, en que el acusado fuerza varios vehículos, de los cuales va recogiendo objetos y los va depositando en el maletero del vehículo de su padre, que estaba utilizando en ese momento, considera que “*cabe hablar de delito de robo perfectamente consumado, puesto que el acusado dispuso de los bienes sustraídos, dado que los pudo ir introduciendo en el coche que al efecto disponía para ello y además se trata de una operación que fue realizando a través de distintos episodios*”. De este modo, algunas situaciones cobran especial importancia como aquellas en que la víctima sufre en directo la acción sustractiva (por ejemplo, un robo con violencia e intimidación en la vía pública) o el actor es descubierto *in fraganti*. Así, según reiterada Jurisprudencia, si el sujeto es detectado con la cosa en el momento en que está cometiendo el hurto/robo y es perseguido hasta su detención, se considera que no ha tenido lugar la consumación por no haber dispuesto mínimamente sobre el bien, y cabría hablar, por lo tanto, de tentativa.

En el caso que nos ocupa, el actor adolescente detenta la mochila de Rodrigo, llevándosela consigo. El texto no aporta información acerca de su persecución, en un entorno de confusión donde los hechos suceden rápidamente, por lo que puede hablarse de hecho consumado. En lo relativo a la autoría, será aquel que realice el apoderamiento. Como el menor actúa en soledad, la participación recae plenamente sobre su persona.

4.1.2. LAS DIFERENCIAS ENTRE HURTO Y ROBO.

Una vez comentadas estas cuestiones, cabe discernir acerca de las distinciones entre las conductas de hurto y robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación, con sus agravantes y especialidades asociadas, si proceden, para concluir ante qué ilícito penal nos encontramos.

En este sentido, el artículo 237 de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre (Código Penal, en adelante: –CP–) recoge que “*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren*”. En lo que respecta al ánimo de lucro, es indiferente que la cosa se sustraiga para lograr beneficio propio o para un

⁸² SILVA SÁNCHEZ J.M, “El hurto”, *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 228 y ss.

tercero⁸³. En este paso, el lucro es evidente, en tanto en cuanto el adolescente aprovecha la detención del vehículo frente a un paso de peatones para acceder a todos aquellos bienes que pudiera haber en el maletero, adueñándose de una cosa ajena susceptible de ser transportada sin mayor dificultad, como lo es la mochila de cuero de Rodrigo, un bien que por su propio material ya denota un cierto valor. Como se comentó anteriormente, el sujeto huye impune sin ser perseguido ni increpado, por lo que no se da ningún contacto físico o visual, en ese preciso momento o en uno previo, con los ocupantes del vehículo. Podemos, por tanto, descartar la situación de violencia o intimidación.

Por otra parte, dilucidar si estamos ante una situación de fuerza en las cosas admite mayor debate y matización. Este concepto de “fuerza” no es descriptivo, sino normativo, y se recoge en el CP. A grandes rasgos, podemos decir que se ejerce fuerza en las cosas cuando se están quebrantando las defensas interpuestas, pero no toda fuerza es apta para integrar este tipo, dado que el Código contempla situaciones como tal en que no se emplea este término en su sentido más natural. Así pues, ha de emplearse la fuerza para acceder al lugar en que éstas se encuentran, o bien, para abandonar éste⁸⁴. En otras palabras, la fuerza no se realiza sobre el objeto que se quiere sustraer, sino sobre aquello que separa a este objeto del exterior, por lo que queda fuera del delito de robo con fuerza en las cosas cuando se ejerce fuerza sobre dicha cosa en tanto en cuanto no se emplee ésta para acceder a ella. El artículo 238 CP enumera, genéricamente, las acciones susceptibles de constituir esta conducta: escalamiento⁸⁵, rompimiento de pared, techo... fractura de puerta⁸⁶ o ventana, armarios u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, así como el forzamiento de sus cerraduras, descubrimiento de sus claves, empleo de llaves falsas o inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. A modo de ejemplo, la fractura de una ventanilla de un vehículo con el objetivo de acceder al interior y sustraerlo del modo que fuere, es considerada como una conducta de hurto⁸⁷. Cuestión diferente sería la fractura de ventana de una vivienda para sustraer un objeto a la vista, dado que en este caso se ejerce fuerza sobre un elemento físico que separa el bien hurtado del actor, de tal forma que esta fractura supone un quebrantamiento de las defensas del bien.

En este caso, y a tenor del relato de los hechos, el adolescente se acerca al vehículo, presiona el botón y abre con decisión la trampilla del maletero. Es importante tener en cuenta que el conductor circula sin ningún tipo de seguro de puertas accionado, mecanismo que está presente en la inmensa mayoría de los coches actuales, por lo que no se sortea ni se emplea la fuerza en ningún momento, pues el actor realiza la acción de igual modo que la realizaría cualquier persona que quisiera acceder al maletero para coger un bulto. En este sentido, valga la STS núm. 143/2001, de 7 de febrero de 2001, en la que el autor se vale de una palanca para acceder a la cosa en cuestión: “*el empleo de utensilios que actúan a modo de palanca para multiplicar la eficacia del esfuerzo humano, facilitando así la superación del mecanismo de cierre de una puerta o ventana, integra claramente la fuerza prevenida en el tipo [...]*”. Tampoco se extrae del texto que el adolescente descifre ningún código (la señal de radiofrecuencia del mando a distancia del vehículo) ni que emplee ningún

⁸³ Vid. la STS de 3 de febrero de 1981 (RJ 1981/476), la STS núm. 368/2000, de 10 de marzo, que pone de relieve el “ánimo *rem sibi habendi*”, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 283/2000, de 11 de noviembre, que relata un cuanto menos curioso caso en que una persona sustrae unos cuadros, poseyéndolos durante más de un mes, sin adoptar medida alguna, decidiendo entregarlos cuando una persona le comunica que le va a denunciar

⁸⁴ Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, se abarca también la posibilidad de ejercer fuerza en las cosas cuando se abandona el lugar de comisión del delito. Surge controversia en aquellos supuestos en que se desactivan los sistemas de alarma desde el interior del lugar.

⁸⁵ A estos efectos, la STS núm. 1615/2001, de 5 de noviembre, considera que “*franquear un muro de un metro de altura no supone el empleo de fuerza o destreza de importancia*”.

⁸⁶ La STS núm. 593/2002, de 27 de marzo, describe la fuerza cuando el sujeto apalanca la puerta de entrada de un bar.

⁸⁷ Considérese la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 524/201, de 21 de noviembre, en la que el acusado fractura la ventanilla de un vehículo con la intención de apoderarse de varios objetos situados en el interior, calificándose a estos efectos la conducta como un robo, y no un hurto. Además, es detenido en el mismo momento de la comisión, por lo que cabe hablar de tentativa (no hay consumación).

instrumento susceptible de ser empleado con fuerza o calificado como llave falsa, tarjeta o elemento de apertura telemático. Por estas razones, puede afirmarse que estamos ante una conducta de hurto.

Llegados a este punto, cabe profundizar ante qué clase de hurto es el que se ha cometido. El texto nos aporta el valor de la cámara fotográfica profesional (un bien económicamente determinable en 695€) a lo que habría que añadir el valor de la mochila de cuero negro del joven. En caso de no poder concretarse su valor mediante documento probatorio admitido en Derecho (factura o ticket de compra físico o digital) se valorará a precio de mercado. Sea como fuere, se superan los 400€ que el CP establece para diferenciar el tipo atenuado de hurto (artículo 243.2 CP, delito leve, sancionado en el CP con pena de multa de uno a tres meses). El valor de las fotografías artísticas es más complicado de determinar por su carácter subjetivo y personal.

En definitiva, estamos ante un delito de hurto tipificado en el artículo 234.1 (tipo básico): “*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros*”. Para determinar si concurre alguna de las agravantes del tipo habrá que acudir al apartado tercero del citado artículo o ver si se dan alguna de las 9 circunstancias contempladas en el 235 (hurtos cualificados). En primer lugar, como se ha venido diciendo, la primera modalidad agravante recogida por el artículo 234.3 CP no se produce, ya que no se elimina o inutiliza, por el medio que fuere, dispositivo alguno de seguridad o alarma instalada en la cosa sustraída. Por lo que respecta al art. 235 CP, se contemplan una serie de circunstancias agravantes. De todas ellas, es la primera la que parece susceptible de ser aplicada, por lo que esta circunstancia pasará a analizarse a continuación.

4.2. EL VALOR ARTÍSTICO Y CULTURAL.

Como se señala, la primera circunstancia agravante gira en torno a bienes que cuenten con valor artístico, histórico, cultural o científico. La fundamentación de dicha agravante cabe encontrarla en el artículo 46 de la Constitución, que dispone que “*los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen y su titularidad*”. Tratar de determinar qué tiene valor artístico o histórico supone a estos efectos entrar en el terreno de la pura subjetividad, donde el otorgamiento de este tipo de valor variará en función de las propias preferencias personales de cada sujeto.

Por este motivo, la doctrina no es unánime al respecto y se discute si estamos ante un concepto normativo pendiente de valoración o un concepto normativo ya valorado⁸⁸ con arreglo a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español (en adelante, LPH). Si se acepta esta segunda tesis, la protección penal únicamente alcanzaría a los bienes declarados de interés cultural, los cuales se encuentran inventariados. Ahora bien, el artículo 1 de la mencionada Ley, en su apartado tercero, establece que sólo deberán inventariarse los más relevantes, lo que supone que hay otros bienes que también cuentan con interés artístico, histórico, cultural o científico que no están inventariados y que merecen, en consecuencia, protección por este cauce. Por esta razón, cabe determinar si las fotografías de Rodrigo son susceptibles de ser inventariadas conforme a esta Ley.

Así pues, el propio preámbulo introduce la posibilidad de llevar a cabo los mecanismos oportunos para que la valoración del bien sea posible, “*pues la defensa del Patrimonio Histórico de un pueblo no debe realizarse exclusivamente a través de normas que prohíban determinadas acciones o limiten ciertos usos, sino a partir de disposiciones que estimulen a su conservación [...]*”, y tener de este modo protección mediante este cauce legal (artículo noveno). Por su parte, el artículo 26 (Título III:

⁸⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “De los hurtos”, *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, dir. Lorenzo Morillas Cueva, ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 430 - 431.

De los bienes muebles), establece que la Administración del Estado y demás organismos competentes confeccionarán un Inventario General donde se incluirán dichos bienes relevantes. En su apartado tercero posibilita la petición de solicitud por parte de particulares, a fin de que se inicie procedimiento para la inclusión.

En este sentido, las fotografías de Rodrigo, en cuanto bien mueble que son (artículo 333 del Código Civil) podrían gozar de protección siempre que ante los ojos de la Ley 16/1985, en su artículo 49, entren dentro del concepto de documento: *Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso lo soportes informáticos, y revistan un contenido que fuere de carácter etnográfico* (artículos 46 y 47).

Sin embargo, a la luz del contenido literal del Caso, no se puede deducir ni el contenido de dichas fotografías, ni tampoco si han sido tomadas por Rodrigo o, en cambio, son fotografías antiguas susceptibles de protección, ambos aspectos fundamentales a la hora de aplicar la agravante de hurto y, por tanto, de la estimación de la pena, por lo que consideraremos suposiciones. El propio artículo 49 establece que formarán parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, pero conservados o reunidos por cualquier organismo o entidad de carácter público. La cifra se eleva hasta los 100 años en el caso de que fueren conservados por personas físicas, como sucede en este caso en particular, aunque la Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración. Conviene tener en cuenta que muchas de las categorías se superponen, pues lo artístico es cultural y en ocasiones histórico, y lo cultural y lo artístico debe ser interpretado desde un punto de vista histórico, etc. En definitiva, cabe atender a múltiples matices que pueden inclinar la balanza a uno u otro lado.

Sea como fuere, lo que sí se puede extraer es el carácter ciertamente profesional de Rodrigo al exponerlas en el salón madrileño y contar con un equipo fotográfico avanzado, aspecto favorable a la hora de que el juez entre a valorar discrecionalmente la conducta de hurto, todo ello sin perjuicio del eventual carácter sentimental de las fotografías así como de otras circunstancias tales como la constitución de una fuente de ingresos en base a esta actividad, etc.

4.3. LA PENA APLICABLE.

En primer lugar, es preciso determinar qué se entiende, ante los ojos de Derecho, por adolescente, ya que las repercusiones punitivas pueden ser muy diferentes en función de la edad del actor. Según la Real Academia Española, por adolescente se debe entender aquella persona que se halla en entre los períodos vitales de la niñez y la juventud, describiendo a esta última como el período inmediato a la madurez, que es cuando la persona alcanza la plenitud vital. A efectos prácticos, dado que cada persona presenta estados de desarrollo diferentes, se puede considerar un rango de edad hasta los 18 años, siguiendo la pauta del artículo 3 del Código Civil. De este modo, la determinación de la pena será diferente según la edad considerada.

Así las cosas, en caso de que el autor no tuviere los 14 años cumplidos en el momento de la comisión del delito, sería considerado como no imputable, tal y como sostiene la Ley Orgánica 5/2000, de 5 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante: LORPM) en su artículo primero: *“Esta Ley se aplicará para exigir responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”*. En este supuesto, y dado que no hay responsabilidad penal en virtud del art. 19 CP⁸⁹, cabría atender quién y de qué manera responde por

⁸⁹ GÓMEZ RIVERO, M^a del CARMEN, “Lección XX. La inimputabilidad o capacidad de culpabilidad”, *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, dir. M^a del Carmen Gómez Rivero, ed. Tecnos, 2015, Madrid, p. 302.

la responsabilidad civil. Así, el citado artículo dispone que “*cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, podrá ser declarado responsable con arreglo a lo dispuesto en esta Ley que regule la responsabilidad penal del menor*”. En este sentido, los menores de 14 años encajarían en el tenor literal del artículo 61.3 LORPM (que sólo se refiere al menor de 18 años), pero el artículo 3 de la ley establece que “al menor de catorce años no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente ley”. Por consiguiente, se les aplicará el régimen previsto en el Código Civil, por lo que dicha responsabilidad recaerá sobre los padres o tutores del menor o de la institución pública que tenga su tutela: el artículo 1903 del Código Civil indica que “*los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*”, y cuyo importe pecuniario ascenderá al valor económico probado de los bienes sustraídos más una eventual indemnización por daños y perjuicios, según los matices de lo sustraído (aquí podría entrar en juego la valoración de las fotografías como bienes de interés artístico).

Por otra parte, si el menor tuviere una edad comprendida entre los 14 y 16 años en el momento de la comisión, sí sería, pues, susceptible de aplicarse la LORPM. Como estamos ante un delito de hurto del apartado primero del 234 CP, la conducta se califica como delito menos grave. Se impondrá, pues, una medida del artículo 7 solicitada por el Ministerio Fiscal o la parte acusadora y que no podrá ser agravada por el Juez de Menores, en virtud del principio acusatorio del artículo 8, siempre que no contradiga el régimen general de aplicación y duración del artículo noveno (por ejemplo, el internamiento en régimen cerrado solo puede ser impuesto cuando los hechos estén calificados como delito grave por el Código Penal o cuando mediare violencia o intimidación). En el caso de que el menor tuviere entre 16 y 18 años, se contempla un régimen que agrava la pena anterior bajo las mismas pautas.

Atención aparte merece el caso en que el sujeto tuviere los 18 años cumplidos en el momento de la comisión del hurto, puesto que en este caso el Código Penal podría aplicarse plenamente. La pena en esta ocasión consistiría en prisión de 6 a 18 meses, al exceder la cuantía de los 400 euros, todo ello sin perjuicio de que la conducta sea designada como un hurto cualificado del 235.1 CP en caso de que se considerasen las fotografías como cosa mueble de valor artístico o cultural bajo los fundamentos comentados en el anterior epígrafe. En este sentido, las circunstancias personales de Rodrigo y de comisión del acto son fundamentales a la hora de delimitar la pena final aplicable.

5. EL DERECHO AL HONOR Y SU VULNERACIÓN.

5.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE HONOR, EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.

El Derecho fundamental al Honor se recoge en el artículo 18 de la Constitución Española. Por su propia naturaleza, al estar localizado en el Título I, supone entrar en el terreno de la polémica cuando se trata de dirimir una controversia judicial que gire alrededor de derechos de este tipo. Es con la vigente Constitución de 1978 cuando por vez primera se consagra en nuestro Ordenamiento con el más elevado rango de protección y consideración. Dado que no es descrito por ningún cuerpo legal, se contempla como un concepto jurídico indeterminado. Corresponde, pues, a la Jurisprudencia la delimitación del mismo siendo, pues, dependiente de las normas, valores e ideas imperantes. En este sentido, cabe tener en cuenta el carácter cambiante de la sociedad en los últimos años en lo referente a la concepción del Honor. La contribución de las nuevas tecnologías al respecto es innegable, modulando tanto el concepto como los cauces de actuación.

A partir de la redacción del Caso, obtenemos que Rodrigo promulga una serie de contundentes afirmaciones sobre su accidentada experiencia con el servicio de UberPop. Lo hace valiéndose de múltiples redes sociales y de su propio blog personal, lo que significa que los lectores potenciales de estas declaraciones, teniendo en cuenta, además, el enorme revuelo mediático generado por Uber en ese momento, podrían contarse por centenares de miles o incluso por millones. La piedra angular

viene de la mano de la confrontación entre la libertad de expresión e información de Rodrigo y los límites de ésta, en tanto en cuanto puedan ser lesivos de derechos que, como se acaba de exponer, puede ver reconocidos la perjudicada.

En primer lugar, la libertad de expresión e información constituyen sendos derechos fundamentales, recogidos en el artículo 20⁹⁰, que otorga el reconocimiento y protección de la expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. El apartado cuarto de dicho artículo anticipa los límites de los mismos al sostener que “*estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”⁹¹. Por otra parte, los derechos de expresión e información guardan una relación profundamente estrecha, aunque la Constitución consagra ambos por separado⁹². El primero tiene como objeto las ideas, pensamientos y opiniones, entendidos como juicios de valor, mientras que el segundo se centra en la transmisión de una información, concebida como un relato de hechos, donde cabe la *exceptio veritatis*, esto es, la prueba de la verdad⁹³. Por esta razón, es necesario establecer una distinción entre las diferentes declaraciones de Rodrigo, en tanto en cuanto constituyen juicios de valor – expresiones– o revisten una intencionalidad informativa –informaciones–, ya que han de considerarse y valorarse de forma distinta.

Del tenor literal del texto, obtenemos que bajo la categoría de expresiones, se pueden englobar las afirmaciones que lanza a través de diversas redes sociales, al tratarse de frases cortas sin mayor disposición informativa donde subyace, a pesar de su propia estructura enunciativa, una opinión personal. Se deduce que Rodrigo es víctima de la indignación e intenta desprestigiar el servicio de Uber a través de su accidentada experiencia, por lo que estos pronunciamientos cortos, aunque puedan transmitir una información bruta, revisten en realidad una opinión calificativa, es decir, una expresión en sí. Por otra parte, se intuye que la entrada en su blog pretende narrar una serie de hechos, más o menos objetivos, por lo que se la considerará como un ejercicio de información. Téngase en cuenta que, a todas luces, un tuit no puede superar en ningún caso los 140 caracteres de extensión mientras que una entrada de blog consiste en una redacción estructurada. Como afirma SÁNCHEZ FERRIZ⁹⁴, mientras que “*la libertad de expresión responde a la sociabilidad humana*”, el “*derecho a ser informados –a informar– se tiene, personalmente, respecto de todo aquello que nos afecte y ante lo que podemos esgrimir un interés legítimo en conocer –dar a conocer–*”.

⁹⁰ La constitución de Cádiz ya regulaba el derecho a la información –libertad de imprenta– en su Título Noveno; la de 1837 lo hace en su segundo artículo, lo que denota gran relevancia para los constituyentes, mientras que el Texto de 1931 extiende este derecho no sólo a todos los españoles, sino a toda persona.

⁹¹ Por su parte, el artículo 10.1 de la Carta Europea de Derecho Humanos, reconoce el derecho “*a la libertad de opinión y a la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas*”, esto es, tanto la libertad de información, como la libertad de expresión en sentido estricto. Igualmente, en el art. 10.2, establece como límite de ejercicio de dichos derechos “*la protección de la reputación o de los derechos ajenos*”.

⁹² En estas líneas se reafirma la STC núm. 107/1988, de 8 de junio, sosteniendo que se acoge una concepción dual que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión, en la que tiene su origen y con la cual mantiene íntima conexión y trazos comunes.

⁹³ Vid. la STC núm. 9/2007, de 15 de enero, recoge que “*mientras que los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos [...], por su naturaleza abstracta, no son susceptibles de una demostración de exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad*”.

⁹⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, R., “Los límites de las libertades informativas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, pp. 232 - 233.

En esta línea, y puesto que ambos derechos –Expresión, Información y Honor– ostentan el más alto rango de protección constitucional, es necesaria la ponderación de los intereses jurídicos protegidos atendiendo a las peculiaridades del Caso para determinar cuál de ellos debe prevalecer.

5.1.1. EL DERECHO A INFORMAR.

Poniendo primeramente el punto de mira en el derecho a la libertad de información, y analizando reflexiones de la Jurisprudencia, se puede afirmar que la balanza se inclina del lado de la “información” cuando un perjudicado alega una vulneración de su Honor. La razón cabe encontrarla en que este derecho a informar contribuye a la formación de una opinión pública libre⁹⁵, constituyendo uno de los pilares esenciales de la sociedad democrática, es decir, reviste un “doble contenido”, a la luz de lo que sostiene la STC núm. 21/2000, de 31 de enero.

Así las cosas, cabe, pues, atender a la ponderación de los intereses subjetivos, los cuales deberán ser utilizados bajo determinados criterios para resolver la controversia entre los dos derechos fundamentales⁹⁶. La STS de 6 de marzo de 2013 diferencia entre dos tipos de valoración, aplicados de manera consecutiva: criterio del “peso en abstracto”, teniendo el derecho a la información una posición relevante por los motivos comentados, y criterio del “peso relativo”.

De esta forma, la ponderación habrá de tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad pública. Si fuere así, el “peso” de la libertad de información es más intenso y el derecho a la información se ve favorecido en este sentido, puesto que contribuye al desarrollo de la comentada opinión pública libre. Adicionalmente, para que el derecho a la información pueda prevalecer sobre el derecho al honor se exige que la información cumpla con el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión. Dicho requisito se relaciona con el específico nivel de diligencia del informador, que se traduce en su peculiar labor de comprobación de la información que transmite, previa y debidamente contrastada con datos objetivos e imparciales, y que tiene cabida tanto en el orbe privado como en el profesional. Por último, la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende, sin que en ningún caso quepa una actitud injuriosa, denigrante o desproporcionada. Podemos observar, pues, 3 cauces de consideración: notoriedad e interés público, veracidad y la ofensa y denigración.

Así las cosas, Rodrigo no vulneraría el honor de la compañía en tanto en cuanto los hechos relatados en dicha entrada fuesen veraces; a pesar de la enorme difusión y del momento mediático de la entidad en ese momento, el hecho de que dicha información supone “un interés general” que contribuye a formar la opinión pública libre tiene un mayor peso en este sentido; en definitiva, tan solo podría apreciarse vulneración si el contenido allí expuesto fuese considerado como flagrantemente ofensivo, lesivo o denigrante, o fuere falso. En este sentido, según palabras de la catedrática de Derecho Penal CARMONA SALGADO, “*El Alto Tribunal español viene apelando a la teoría de la actual malice, de procedencia jurisprudencial anglosajona y uso recurrente por el TS Federal Norteamericano a efectos de dirimir en la práctica situaciones conflictivas, surgidas entre el ejercicio de la libre información y el derecho al honor de las personas; teoría que se resume en la*

⁹⁵ DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., “La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión”, *Derecho al Honor, Tutela Jurisdiccional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coord. José Ramón de Verda y Beamonde, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 151 y ss.

⁹⁶ DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., “Colisión entre el Derecho al Honor y la libertad de información”, *Derecho al Honor, Tutela Jurisdiccional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coord. José Ramón de Verda y Beamonde, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 86 y ss.

idea de que sólo deben castigarse penalmente las falsas imputaciones de hechos públicos cuando se realicen con conocimiento de su falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad”⁹⁷.

5.1.2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Por lo que respecta a las afirmaciones y demás manifestaciones que puedan calificarse como expresiones, no tiene cabida la demostración de la verdad, al tratarse de juicios de valor sin mayor intencionalidad informativa, por lo que no se encuentran supeditadas a la comentada contribución de la opinión pública. De esta forma, cuando se entienda vulnerado el Honor de un sujeto, cabrá atender a las circunstancias de difusión y comunicación y a la eventual actitud injuriosa o denigrante de las mismas. Se procederá, pues, a esclarecer qué criterios adopta la jurisprudencia para dilucidar cuando se traspasa este difuso límite, los cuales son aplicables al ejercicio del derecho a la información, aun salvando ciertas distancias entre ambos.

En este sentido, considérese, a modo referencial, un expediente de candente actualidad como es el caso “Def Con Dos”, que si bien guarda distancias con el asunto que nos ocupa sí es válido para tantear los criterios de la Justicia. Así pues, César Strawberry es acusado por el Ministerio Fiscal de enaltecimiento del terrorismo y vejación de las víctimas (tipificado en el art. 578 CP), y condenado en virtud de la STS 4/2007⁹⁸ a una pena de prisión de 1 año y 8 meses e inhabilitación absoluta de 6 años y 6 meses⁹⁹, por la redacción de una serie de mensajes en la red social Twitter, tales como “*Ya casi es el cumpleaños del Rey ¡Qué emoción! (le voy a regalar) un roscón-bomba*”, o “*Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco*”. Se trata de declaraciones muy directas en las que, a juicio de los ponentes, no cabe la ironía ni una acción humorística de ninguna forma, sino que queda patente, a juicio del Tribunal, el marcado odio y enaltecimiento aludidos.

Sea como fuere, uno de los aspectos reveladores que ha tenido un gran peso a la hora de valorar la situación ha sido la difusión que los referidos mensajes han experimentado, posibilitado por las nuevas tecnologías, estimando esta sentencia que “*Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios*”. Así, tenemos tres criterios que tener en cuenta a la hora de efectuar la ponderación: el carácter injurioso, la relevancia del sujeto pasivo (persona pública o privada) y la difusión.

Así pues, las 3 expresiones efectuadas por Rodrigo habrán de analizarse especialmente bajo dichos criterios. No se aprecia, habida cuenta de lo que la Jurisprudencia considera como lesivo, una actitud deliberadamente injuriosa o lesiva del Honor. Aparentemente, la única afirmación que suscitaría un acto lesivo del honor, sería la que sostiene que “*Reza para que no te pase nada viajando con esa basura de Uber*”. Descartada, por tanto, la exigencia del requisito de veracidad, la prevalencia de la libertad de expresión (en asunto de interés público), se supedita, fundamentalmente, a que las manifestaciones que se realicen en el ejercicio de la misma no resulten flagrantemente injuriosas, todo ello sin perjuicio del carácter público de la compañía y de la enorme difusión que supone un red social en nuestros días. En este sentido, la STC núm. 216/2013, de 19 de diciembre, donde no se consideró vulnerado el derecho al honor de un Secretario de Ayuntamiento al que un artículo de un *dossier* de una revista dedicada a la corrupción vinculaba con tramas “raras” o “corruptas”. En efecto, difícilmente se podría asociar a las declaraciones de Rodrigo, y a esta en particular, un acto

⁹⁷ CARMONA SALGADO, C., “Conflicto entre el derecho al honor y las libertades públicas de expresión e información. Criterios de solución del mismo”, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 52 - 59.

⁹⁸ La referida sentencia del Tribunal Supremo viene casando y anulando la sentencia núm. 20/2016, dictada con fecha 18 de julio de 2016 por la Sala Penal de la Audiencia Nacional, que absolvió al cantante César Strawberry de los cargos.

⁹⁹ El juzgado declara su intención de elevar el procedimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

lesivo del Honor, aún habida cuenta de las circunstancias en que se producen, pues desde el punto de vista jurisprudencial están permitidas las expresiones duras, desagradables e incluso acerbas, quedando deslegitimadas las expresiones meramente injuriosas o simplemente vejatorias¹⁰⁰.

Por lo que respecta a la entrada del blog y el derecho a la Información, Rodrigo no vulneraría el honor de la compañía en tanto en cuanto los hechos relatados en dicha entrada fuesen veraces; a pesar de la enorme difusión y del momento mediático de la entidad en ese momento, el hecho de que dicha información supone “un interés general” que contribuye a formar la opinión pública libre tiene un mayor peso en este sentido; en definitiva, tan solo podría apreciarse vulneración si el contenido allí expuesto fuese considerado como flagrantemente ofensivo, lesivo o denigrante, o fuere falso. En este sentido, según palabras de la catedrática de Derecho Penal CARMONA SALGADO, “*El Alto Tribunal español viene apelando a la teoría de la actual malice, de procedencia jurisprudencial anglosajona y uso recurrente por el TS Federal Norteamericano a efectos de dirimir en la práctica situaciones conflictivas, surgidas entre el ejercicio de la libre información y el derecho al honor de las personas; teoría que se resume en la idea de que sólo deben castigarse penalmente las falsas imputaciones de hechos públicos cuando se realicen con conocimiento de su falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad*”¹⁰¹.

5.2. LA POSICIÓN DE UBER COMO PERJUDICADA.

5.2.1. EL DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En lo que respecta a las personas jurídicas, éstas no ven reconocido el derecho al Honor ni en la Constitución ni en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen¹⁰², ya que durante la redacción de la Carta Magna, la noción de derecho fundamental estaba referida al ser humano, a la persona como destinatario directo de la Ley. Ahora bien, durante las últimas décadas estamos asistiendo a una verdadera “socialización”¹⁰³ del Derecho, en tanto en cuanto el Estado Liberal ha dejado paso al Estado Social: observamos en la Redacción del 78 la posibilidad de que las personas se agrupen socialmente, en su artículos vigésimo segundo (derecho de asociación); en el sexto (de los partidos políticos) y en el séptimo (sindicatos). Por otra parte, las únicas manifestaciones expresas otorgantes de derechos a ciertos entes colectivos vienen de la mano de los artículos 16 de la Constitución, que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades; 27.6, donde se reconoce a favor tanto de personas físicas como jurídicas la libertad de creación de centros docentes, y el artículo 28.1, que posibilita la libertad sindical respecto de los sindicatos.

Llegados a este punto, cabe atender, por tanto, a la actividad jurisprudencial, que con el paso del tiempo y en base a los primeros litigios que involucraban a personas jurídicas, reflexiona sobre su titularidad del derecho al honor. A tales efectos, el contenido de la STC núm. 139/1995, de 26 de septiembre, es primordial. Recoge explícitamente que “*Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico*

¹⁰⁰ CARMONA SALGADO, C., “Conflicto entre el derecho al honor y las libertades públicas de expresión e información. Criterios de solución del mismo”, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 60 y ss.

¹⁰¹ CARMONA SALGADO, C., “Conflicto entre el derecho al honor y las libertades públicas de expresión e información. Criterios de solución del mismo”, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 52 - 59.

¹⁰² En cambio, el artículo 19.3 de la Constitución Alemana (Ley de Bonn, 1949) dispone, explícitamente, que “*los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a la misma*”.

¹⁰³ VIDAL MARÍN, T., “Derecho al Honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2007, p. 3.

que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas”. Se trata de una afirmación tan reveladora como necesaria, habida cuenta de que las personas jurídicas son creadas por las personas físicas con vista a la consecución de determinados fines que de otra forma no sería posible conseguir, por lo que se configuran, pues, como un medio instrumental. De este modo, puede considerarse a las personas jurídicas como una proyección de aquéllas, por lo que si éstas gozan de la protección de los derechos fundamentales, es conveniente que estos entes se vean protegidos igualmente por derechos que sean acordes a la finalidad que persiguen. Tras esta sentencia, el Alto Tribunal vuelve a dictar otra, la STC núm. 183/1995, de 11 de diciembre, que refleja el reconocimiento al Honor de la persona jurídica reafirmando en los argumentos de la anterior, aunque, por los prácticamente inexistentes antecedentes¹⁰⁴, se consideró que era conveniente guardar un margen de tiempo prudencial en aras de verificar la consolidación de dicho reconocimiento.

Ahora bien, aún a día de hoy la doctrina sigue sin ser unánime y existen voces que restringen, o mismamente niegan (los menos), la vinculación de este derecho fundamental en relación a estos entes. La controversia se centra en varias líneas de debate¹⁰⁵. La primera, gira en torno a si ya no es posible hacer distinciones en lo que respecta a la titularidad del derecho al Honor en entre los diferentes tipos de personas jurídicas (personas de Derecho Privado y de Derecho Público); la segunda reflexión clarificar si las personas jurídicas pueden sufrir daños morales, para lo que cabría construir una figura jurídica que determinase qué puede ser entendido como daño moral a estos efectos; finalmente, el tercer interrogante aborda los efectos que puede producir una difamación sobre las personas jurídicas y que no tienen necesariamente que lesionar derechos fundamentales, por lo que, en este sentido, sería conveniente redactar una legislación específica al respecto.

Sea como fuere, la STC núm. 139/1995 parece sentar las bases manteniendo el Alto Tribunal una línea constante de reconocimiento a estos efectos, por lo que no existen obstáculos a la hora de extender el derecho al honor entendido como reputación a las personas jurídicas de Derecho Privado, como el caso que nos ocupa, deviniendo el mismo como esencial en orden a la propia existencia o identidad de tales entes morales así como para el libre desarrollo de sus actuaciones, independientemente del fin perseguido por aquéllas (de interés particular o de interés general).

5.2.2. EL RECORRIDO LEGAL DE UBER.

Ante el reconocimiento de la titularidad de Uber de su derecho al Honor, la compañía puede emprender una serie de acciones legales al respecto. A pesar de que, *a priori* y tal como se ha visto, las expresiones e informaciones promulgadas por Rodrigo difícilmente traspasen la línea de la vulneración del Honor, la compañía puede sostener lo contrario, afirmando que constituyen ilícitos de injuria o calumnia, según corresponda. Asimismo, tiene posibilidad de ver reparado el daño, al menos en cierta medida, a través del derecho de Rectificación.

5.2.2.1. LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA.

El Capítulo I y II del Título XI del vigente Código Penal recogen, respectivamente, los delitos de calumnias e injurias¹⁰⁶, en los artículos 205 al 210. La calumnia es descrita por el Código como “*la*

¹⁰⁴ Considérese, como antecedente, la STC núm. 137/1985, en la que se niega la atribución del derecho fundamental del artículo 18.2 a las personas jurídicas, “*en concreto, a las sociedades mercantiles [...], tales como aquella según la cual la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta*”.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Derecho al honor y persona jurídica”, *Derecho al Honor, Tutela Jurisdiccional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coord. José R. De Verda y Beamonde, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 69 - 81.

¹⁰⁶ Con la reforma del Código Penal de 2015 desaparece la falta de injurias entre particulares (injurias leves), sin pasar estas a la categoría de delitos leves como así ha ocurrido con otras antiguas faltas penales, por lo que se quedan relegadas

imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad". Para la cuestión que nos ocupa, entra en un plano secundario ya que solo podría tener cabida en la entrada de blog publicada si se asocia un delito explícitamente a la compañía, pero es igualmente conveniente su consideración porque actualmente se está tratando de determinar si la compañía incurre en los ilícitos comentados, esto es, la violación de los preceptos 4, 5 y 15 LCD, las obligaciones fiscales relativa a repercusión de IVA, aspectos laborales, etc., lo que finalmente dependerá de la naturaleza bajo la cual se considere a la compañía. La atribución de una calumnia a Uber sería posible desde la reforma del CP del año 2010, que suprime el postulado romano "*societas delinquere non potest*", por el que no se admite que una persona jurídica pueda cometer delitos.

Así pues, es la injuria la que cobra mayor relevancia en este caso en concreto. El artículo 208 recoge la definición elemental señalando que se trata de "*la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*". Por su parte, serán constitutivas de delito aquellas injurias "*que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173*". El término "grave" supone allanar, una vez más, el terreno de la subjetividad e indeterminación, correspondiendo al Juez, atender a su naturaleza y circunstancias, lo que sin atisbo de duda representa un relativismo¹⁰⁷. Así las cosas, y dada la subjetividad de esta clase de ilícitos, es imprescindible volver a acudir al bagaje jurisprudencial para tener una mejor y mayor aproximación acerca de qué puede entenderse por "grave", y que permitirá establecer una conexión con los argumentos anteriormente pronunciados en lo que respecta a la vulneración del honor.

Sirvan como ejemplos, por ser relevantes en este caso en concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 94/2015, de 2 de febrero de 2015, donde un periodista profiere las expresiones de "guarra", "puerca" y "zorra repugnante", entre otras, hacia la Consejera de Salud de Cataluña en ese momento durante un conocido debate televisivo siendo acusado de injuria grave; En la sentencia núm. 149/2010, de 10 de mayo, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona la emisión de la expresión "*el otro chorizo que en cuanto tuvo cargo se dio prisa por meter la mano en el cajón*" no es constitutivo de gravedad, argumentando que el contexto en que se pronunciaron "*está en conexión con los asuntos que son de interés general por la materias que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel y eficacia justificativa frente al Derecho al Honor*"; Por último, trasladándonos a un escenario parejo al de la cuestión que nos ocupa, es interesante la reciente sentencia núm. 290/2016, de 4 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Asturias. En ella, el apelante (Luis Enrique), solicita recurso frente la Audiencia por una serie de declaraciones vertidas por la formación política Unión Piloñesa (UPIL), difundidas a través de la red social Facebook, tales como "*Es de sobra conocida persona –Luis Enrique– en nuestro concejo, provocando altercados continuamente en restaurantes, tele-centros, bares, colegios y demás lugares [...]*"; "*No vamos a dar más publicidad a semejante elemento, avisando de que no toleraremos que se califique a Unión Piloñesa de agrupación fascista*"; o "*No hables de lo que no sabes, este tío es un jeta y un sinvergüenza*", entre otras. El tribunal falla desestimando el recurso y declarando que no se incurre en una actitud injuriosa.

En definitiva, volviendo a poner el punto de mira en las declaraciones de Rodrigo, éstas son proferidas a través de una red social con una potencialidad sobresaliente de difusión y en un momento (finales de 2014) especialmente sensible para Uber por encontrarse en el punto álgido de protestas y manifestaciones por parte de sus detractores. A tenor de los criterios señalados y

al ámbito civil. La explicación cabe encontrar en que, en realidad, las injurias representan el "tipo básico" de los delitos contra el Honor, representando la calumnia la modalidad agravada.

¹⁰⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., "Delitos contra el honor", *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, dir. Lorenzo Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 358 - 364.

extraídos de la Jurisprudencia, y dado que las expresiones parecen no revestir un contenido inequívocamente injurioso, y que tanto éstas como la entrada en el blog colaboran a la hora de construir la opinión pública, parece complicado calificarlas como injuria grave en virtud del artículo 208 CP: se reafirma la conclusión. La calumnia, por su parte, estará supeditada a la imputación de delitos tipificados, y puesto que se desconoce el contenido de la información vertida en el blog, no se puede determinar si ha lugar, sin perjuicio de la situación de incertidumbre legal en lo que respecta a la naturaleza de Uber. Sea como fuere, en ambos casos queda patente la amplitud e indeterminación de ambos tipos y de sus agravantes y la última palabra recaerá sobre el juez competente.

5.2.2.2. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN.

El derecho de Rectificación se encuentra regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (en adelante: LOR) El primer artículo dispone que “*toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*”. Este derecho se ve justificado por la doctrina en base a tres fundamentos¹⁰⁸: aquel que sostiene que funciona como un instrumento de defensa o tutela de la personalidad del individuo; el que dispone que la facultad de rectificar constituye una manifestación de las libertades de expresión e información; y el que afirma que la Rectificación contribuye a alcanzar la satisfacción del derecho de todos a recibir una información veraz y plural. Además, cobra especial importancia en la actualidad teniendo en cuenta que el ciudadano de a pie cuenta con más medios que nunca para divulgar cualquier tipo de información a cualquier persona y hacia cualquier parte del Mundo.

Por la parte de la Jurisprudencia, el derecho a la Rectificación es considerado como un derecho de doble dimensión¹⁰⁹: una que lo califica como derecho subjetivo que funciona como garantía de defensa del patrimonio moral de la persona frente a la actividad de los medios de comunicación, y otra que le considera como un complemento de la garantía de la libre formación de la opinión pública. Estamos, pues, no ante un derecho autónomo sino ante un derecho-garantía que reviste una finalidad preventiva y de reparación del daño, según los casos.

Así las cosas, Uber está legitimada (art. 1 LOR), por la finalidad preventiva y puesto que contenido del mismo es ejercitable en los supuestos de colisión entre la libertad de Información y el derecho al Honor. Concretamente, para que una persona física o jurídica, como es el caso, pueda ejercitarlo es preciso que un medio de comunicación social difunda una información de hechos, que la persona resulte aludida y considere dicha información inexacta y que dicha divulgación pueda ocasionarle algún perjuicio. Como, a tenor del contenido del Caso, se cumplen estas premisas, la compañía puede llevarlo a cabo bajo las disposiciones de la LOR: ejercicio a través del propio aludido o su representante o herederos (art.1); remisión de escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión, limitándose la rectificación a los hechos de información que se desea rectificar (art. 2), y debiendo el director del medio de comunicación publicar íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de la recepción, la cual será siempre gratuita (art. 3);

Ahora bien, estamos ante un nuevo escenario donde entran en juego las nuevas tecnologías y las redes sociales, no contemplado con detenimiento por parte de la Jurisprudencia por el escaso recorrido temporal de las mismas. Como las expresiones de Rodrigo son vertidas en la red social Twitter, cabe atender a ciertas peculiaridades. En este sentido, es reveladora la sentencia 213/2002 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona, en la que Ana Pineda, exconcejal del partido

¹⁰⁸ FARRÉ LÓPEZ, P., “Fundamento del Derecho de Rectificación”, *El Derecho de Rectificación*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 87 y ss.

¹⁰⁹ FARRÉ LÓPEZ, P., “La doble naturaleza jurídica del Derecho de Rectificación”, *El Derecho de Rectificación*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 291 y ss.

UPN, tras ser condenada por haber vulnerado el Honor de Uxue Barkos (por aquel entonces edil de Nafarroa Bai) a través de Twitter, hubo de publicar un mensaje en esta red social donde publicaba dicho fallo de la sentencia. El derecho de rectificación se extiende, pues, a las redes sociales, lo que es otro síntoma de la extraordinaria difusión que pueden suponer estos medios. Adicionalmente, el fallo obligaba a la condenada a mantener el tuit en su listado cronológico de mensajes durante un período de 2 meses, independientemente de la actividad de su cuenta.

6. CONCLUSIONES FINALES.

I. Consideramos que Uber se configura como una empresa de transportes en la sombra, con las peculiaridades que conlleva su novedosa concepción y su naturaleza digital.

Con respecto a la modalidad UberPop, puede afirmarse que los conductores funcionan como auténticos taxistas. Queda probado que, en lugar de efectuar trayectos “colaborativamente”, programados de antemano, se dedicaban de forma deliberada al transporte de viajeros persiguiendo el lucro bajo la demanda de los solicitantes. La compañía no se limita únicamente a servir de nexo entre los usuarios de una u otra parte por lo que excede las funciones de mera intermediación, algo que se aprecia en hechos como la estipulación de tarifas y la anulación de cualquier tipo de autonomía al respecto por parte de aquéllos, algo que no ocurre en BlaBlaCar, donde las cantidades son sugeridas y calculadas con el objeto de que los ingresos no superen los gastos del trayecto. Adicionalmente, la gestión de los flujos monetarios está totalmente fuera del alcance de los conductores. Lejos de significar únicamente una detracción por el servicio de “intermediación”, la compañía gestiona íntegramente los pagos y remunera, posteriormente, a los conductores, como si fuere una empresa de transportes tradicional. Por su parte, calificamos las diferentes directrices como verdaderas “órdenes de empresa” que no persiguen únicamente el ofrecimiento de una buena experiencia, sino que extralimitan esta circunstancia buscando en todo momento ofrecer “buen servicio”, a la par que contribuyen a fortalecer la reputación no sólo de los oferentes, sino de la marca Uber en general, una compañía que se está diversificando en múltiples sectores, tanto del transporte como de la comida a domicilio.

Así pues, puede sostenerse que la circunstancia que permite calificar a esta compañía como una empresa de transportes, a diferencia de lo que acontece con BlaBlaCar, muy similar en el concepto inicial pero diferente en las formas, es precisamente la anulación la referida anulación de la autonomía por parte de los usuarios de la plataforma en lo relativo a la tarifas, así como la permanente “supervisión” de todo el proceso y la comunicación, algo que, en realidad, supone una situación de control que debilita dicha independencia y autonomía. Es fundamental, a estos efectos, tener presente el propio objeto con que nacen una y otra, pues si bien ambas se valen de las nuevas tecnologías para poner en contacto millones de personas a través de sus *smartphone*, una se enfoca al reparto de gastos en ocasionales trayectos medios o largos que se suponen pre-establecidos de antemano, mientras que Uber se posiciona en un ámbito urbano que inevitablemente “compite” con el sector taxista y otros transportes públicos.

El inicio de la actividad de UberX en España, a nuestro juicio, no hace sino más que acentuar el calificativo de transportista. Nos encontramos, pues, ante un conjunto de conductores semi-profesionales poseedores de licencias VTC que habilitan para el transporte de pasajeros, aun con todas las comentadas limitaciones que impone la Ley. Se organizan desempeñando la actividad bajo una dinámica de “autónomos”, pero a la vista del elevado precio y de las dificultades actuales para conseguir una de estas licencias, lo cierto es que la inmensa mayoría de los mismos han encontrado en esta práctica una ocupación laboral a tiempo completo a la par que un salvavidas dada la coyuntura económica convaleciente española, lo que a fin de cuentas supone “funcionar como TRADEs” sin ser reconocidos exactamente como tales, aspecto fundamentado en que dichos conductores cumplen con los requisitos que la LETA contempla para ser considerados así. Por otra parte, las directrices maduran profesionalizándose; y por supuesto, las tarifas siguen sin poder ser determinadas por los conductores, ignorando sus condiciones personales de gastos, preferencias y

competitividad entre unos y otros. Son, pues, meros instrumentos al servicio de la compañía que materializan el verdadero ser de la misma, que no es otro que efectuar un transporte valiéndose de su aplicación como medio instrumental.

Llegados a este punto, y dada esta calificación, estimamos que Uber ejerce competencia desleal. De un lado, entendemos que incurre en prácticas deshonestas cara a los competidores (perspectiva B2B) infringiendo el artículo 4 LCD en tanto en cuanto se vale del vacío legal, o más bien, de la indeterminación y de límites difusos, para poder funcionar como una empresa de transportes a la par que mantiene las distancias, algo que le posibilita tanto la Ley, por no contemplar estos nuevos escenarios, como la digitalización de todo el proceso. He aquí la clave crucial: la esencia digital permite a Uber contactar con una legión de “conductores” a los cuales no contrata ordinariamente, pero que ejecutan una actividad que supone grandes beneficio para la compañía. En realidad ésta no obtiene ganancias por poner en contacto a dos individuos entre sí, sino por materializar el transporte, ya que en todo momento se ejerce “supervisión” (de ahí la anulación de la autonomía). El resultado es poder ofrecer un servicio de transporte sin parecerlo y con una ventaja competitiva extraordinaria por el hecho de no necesitar de licencias habilitantes (UberPop) o, como en el caso de UberX, no incurrir en su coste, que es asumido por los conductores, a la vez que éstos asumen toda la ajénidad en los riesgos al sufragar los gastos en combustible y la depreciación de sus vehículos. Por si fuera poco, son cuantiosos los esfuerzos de la firma en aras de derivar su responsabilidad a todos los efectos. Con respecto a la perspectiva “B2C” (consumidores), entendemos que no se ejerce una práctica desleal en tanto en cuanto las injerencias de la compañía en la capacidad de los consumidores para tomar sus decisiones de forma libre e informada no son lo suficientemente notorias como para ello. El consumidor utiliza la plataforma obteniendo un servicio que es el que razonablemente espera, y que no es otro que el transporte urbano catalizado por un *smartphone*. Sea como fuere, ciertamente Uber incurre en una estrategia empresarial brillante que le ha permitido obtener una capitalización de casi 70.000 millones en apenas 5 años, una cifra incompatible con una empresa que en sus inicios se posicionaba como una entidad de Economía Colaborativa.

Es a partir del contenido de esta última afirmación cuando podemos achacar a la firma la violación del artículo 5 LCD y, en particular, el apartado a) –naturaleza– y b) –beneficios y riesgos–. Precisamente, la notable transición de su concepto inicial hacia un servicio pseudo-profesional de conductores con licencia VTC no hace más que poner de manifiesto toda una serie de actos de engaño hacia todos los agentes del mercado. En un primer momento, el trasfondo de Economía Colaborativa en que se enmarcaba sirve para crear una apariencia no sólo de legalidad, sino también “de buen hacer moral” por parte de los usuarios, al permitir esta plataforma un transporte accesible y más económico que los tradicionales. Sin embargo, los conductores no eran conscientes de que podían incurrir en fuertes sanciones administrativas al realizar esta actividad. Lo cierto es que un número en absoluto despreciable de usuarios vieron una succulenta fuente de ingresos en esta práctica dentro de una coyuntura económica maltrecha. De la misma forma, esta apariencia se intentaba proyectar contra los competidores, pero el resultado fue justamente el contrario, a tenor de la privilegiada posición en que se encontraba la entidad por no tener que lidiar con las oportunas obligaciones que sí tenían que hacer frente las empresas de transporte tradicionales, fundamentalmente de corte fiscal: repercusión de IVA en UberPop, indemnizaciones laborales si procedieren, seguros obligatorios, etc.

Así las cosas, al quedar probado que Uber presenta una serie de rasgos que permiten encasillarla como una entidad digital de transportes, es inmediata la violación del artículo 15 LCD, así como el referido articulado de la LOTT, al ejercer dicha actividad sin las oportunas licencias administrativas habilitantes para tales efectos, sin perjuicio del cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Sea como fuere, no es justo ni cierto citar a un único “culpable” en toda esta situación. La regulación del sector de taxi corre con gran responsabilidad a estos efectos, pues si la digitalización tiene como mayor ventaja la flexibilidad en todos los sentidos y puede rentar en contacto con un público mucho mayor, la regulación no solo no supera este hándicap sino que impide competir por

otras vías, como por ejemplo, la de los precios, ya que las tarifas y otras disposiciones, como los horarios, son reguladas por los consistorios. Además, en un mundo que piensa y actúa sustancialmente diferente que hace una década, no subirse al carro de la digitalización y, en cierta medida, de la flexibilidad, supone admitir una inexorable muerte empresarial. Las entidades como Uber o BlaBlaCar, más que amenazas, representan el camino empresarial que imperará en el sector del transporte durante las próximas décadas, y debe ser visto como una oportunidad, lo que no se ha de traducir necesariamente en una claudicación. Lo que está fuera de toda duda es que la digitalización supone eliminar metafóricamente la palabra “límites” en el entorno empresarial, en el sentido de que las asimetrías informativas no existen, se abren las puertas a un mercado de millones de personas y las restricciones espaciales dejan de suponer una barrera.

Vemos absolutamente necesario adaptar la legislación a estos fenómenos, que se avecinan a imparables. Muy cierto es que va un paso por detrás de la realidad, ya que no es posible regular algo que no existe y está por venir, pero dada su trascendencia económica, es necesario realizar un ejercicio premonitorio con el objeto de contemplarlos. El primer paso de relevancia lo constituye la Agenda Europea para la Economía Colaborativa, de junio de 2016. Es realmente apremiante esclarecer qué es; cuándo una entidad ejerce como intermediador y cuándo extralimita estas funciones; quién y de qué manera ha de tributar por estas actividades, y bajo qué circunstancias se incurrirá en responsabilidad, además de crear una nuevas (y complejas) figuras laborales.

II. Por lo que respecta a la Cuestión del contrato de seguro, la referida STS núm. 4823/2014, de 20 de noviembre, expone, a todas luces, un panorama injusto en tanto en cuanto un tomador puede contratar una póliza declarando un riesgo, u omitiéndolo más tarde, completamente distorsionado por el que asume una prima generalmente mucho menor que la que le correspondería. La reciente crisis financiera, así como la picaresca del público, han multiplicado estos escenarios encaminados al engaño (sobre todo relativas a seguros de personas), lo que origina que las entidades aseguradoras repercutan estos costes hacia el consumidor (fraude, investigación...), por lo que es el público en general el gran perjudicado.

III. La Cuestión relativa a la sustracción de los efectos pone de manifiesto cuán diferentes pueden ser las repercusiones penales en función de cómo se cometa el acto sustractivo, pues, como se apuntó, fracturar la ventanilla de un vehículo con el objeto de apoderarse de un bien situado en su interior se califica como robo con fuerza mientras que sustraer un vehículo con una grúa se considera un hurto. Por esta razón, cabe atender a múltiples matices que pueden decantar la balanza de uno y otro lado, teniendo en cuenta que el concepto de “fuerza en las cosas” provoca que necesariamente haya que atender al caso concreto.

IV. Por último, en relación a la Cuestión del Honor y los derechos de Expresión e Información, concluimos, a tenor de la jurisprudencia analizada, que el derecho a Informar y, en menor medida, a expresarse, gozan de un posicionamiento reforzado respecto al Honor dado que contribuyen a la formación de la opinión pública e interés general, aspecto que es considerado como uno de los pilares de las sociedades democráticas actuales y que además sirve como base para el ejercicio de otros derechos. Los criterios a tener en cuenta a la hora de ponderar incluyen el propio contenido semántico y estructura sintáctica, la ejecución misma de la manifestación (en persona o digitalmente), el sujeto perjudicado (persona física o jurídica), la difusión del mensaje y número de potenciales destinatarios y la proyección pública de la entidad supuestamente vulnerada. Así pues, se constata que se otorga una mayor disposición de protección a las personas físicas; que se tiende a suavizar la postura en aquellos escenarios de tono político-social al entender que contribuyen a la comentada formación de la opinión pública; se tiene en gran consideración el medio de difusión, con el punto de mira sobre las redes sociales, y se relativiza el contenido semántico, salvo en casos de flagrante, continuada y reiterada denigración y ofensa, a la luz de las sentencias comentadas. Asimismo, parece quedar sentada la titularidad del derecho al Honor por parte de las personas

jurídicas al representar una extensión de las funciones de las personas físicas, que se agrupan y constituyen socialmente para la consecución de sus fines e intereses, en consonancia con la dinámica de “socialización” del Derecho a la que estamos asistiendo.

BIBLIOGRAFÍA.

ARVING M. y MARSHALL V. A., “Economic and Business Dimensions. The Dark Side of the Sharing Economy... and How to Lighten It”, *Communications of the ACM*, vol. 57, núm. 14, 2014, p. 24.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Delitos contra el honor”, *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, dir. Lorenzo Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 358 - 364.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “De los hurtos”, *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, dir. Lorenzo Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 430 - 431.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Nociones introductorias”, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Cláusula general”, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

BROSETA PONT, M., “Teoría general del contrato de seguro”, *Manual de Derecho Mercantil*, edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, ed. Tecnos, 2016, Madrid, p. 384.

CARBAJO CASCÓN, F., “Violación de normas”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 408 - 411.

CARMONA SALGADO, C., *Calumnias, injurias y otros atentados al honor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., “Colisión entre el Derecho al Honor y la libertad de información”, *Derecho al Honor, Tutela Jurisdiccional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coord. José Ramón de Verda y Beamonde, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 86 y ss.

DOMÉNECH PASCUAL, G., “La regulación de la Economía Colaborativa”, *Revista Ceflegal, CEF*, núm. 175 - 176, 2015, pp. 61 - 104.

FALCÓN Y TELLA, R., “La tributación de Uber (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 13, 2014, pp. 11 - 16.

FARRÉ LÓPEZ, P., *El Derecho de Rectificación*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ GALLEGO, M.M., *Responsabilidad civil y entidades aseguradoras*, Ed. Bosch Editor, España, 2016,

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Actos de engaño”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz, ed. Aranzadi, Navarra, 2011,

GARCÍA-OCHOA MAYOR, D., “Economía colaborativa y financiación”, *Diario La Ley*, núm. 8807, 2016, p. 1.

GARCÍA PÉREZ, R. *Ley de competencia desleal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 29 y ss.

GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 31 - 32.

GÓMEZ RIVERO, M^a del CARMEN, “Lección XX. La inimputabilidad o capacidad de culpabilidad”, *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, dir. M^a del Carmen Gómez Rivero, ed. Tecnos, 2015, Madrid, p. 302.

MARTÍN PUEBLA, E. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Derecho al honor y persona jurídica”, *Derecho al Honor, Tutela Jurisdiccional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coord. José R. De Verda y Beamonde, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 69 - 81.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., “Los límites de las libertades informativas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, pp. 232 - 233.

SIERRA BENÍTEZ, E.M., “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, núm. 4, 2015, pp. 9 - 14.

SANTAELLA GARCÍA-ROYO, I., “Principio de libre prestación de servicios”, *La nueva Ley de Internet*, Coord. Javier Cremades, Ed. La Ley, Móstoles (Madrid), 2003, pp. 131 - 148.

SILVA SÁNCHEZ J.M., “El hurto”, *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 228 y ss.

TODOLÍ SIGNES, A., “El impacto de la Uber Economy en las relaciones laborales. Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *Revista IUSLabor*, núm. 3, 2015, p. 10.

VEIGA COPO, A.B., *Tratado del contrato de seguro (Tomo I)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

VIDAL MARÍN, T., “Derecho al Honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2007, p. 3.