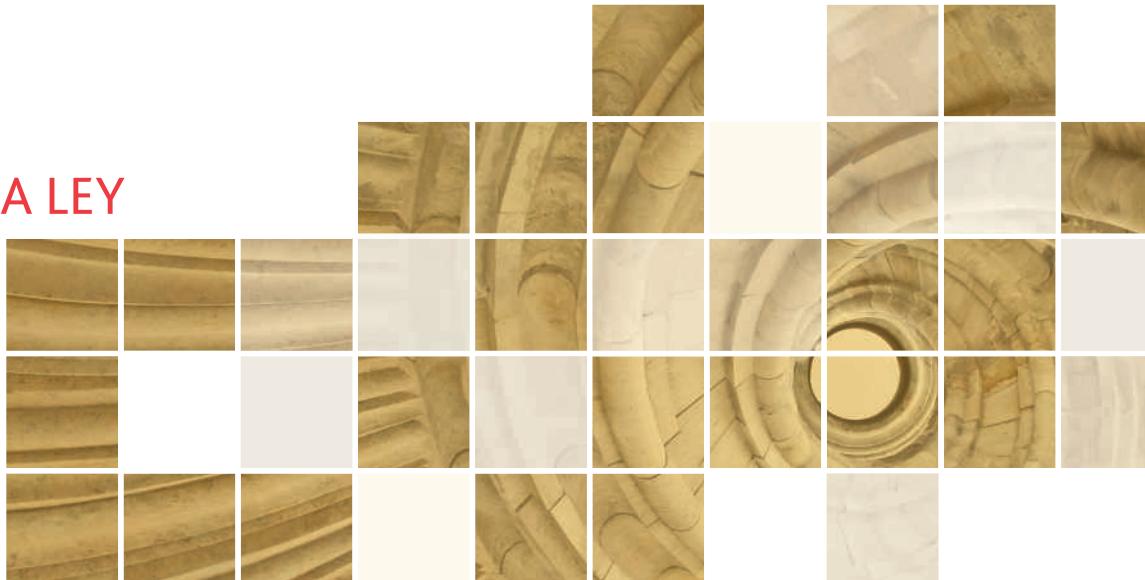


2016 Práctica Mercantil para abogados

Los casos más relevantes en 2015 de los grandes despachos

Allen & Overy • Baker & McKenzie • Clifford Chance • CMS Albiñana & Suárez de Lezo • Cuatrecasas, Gonçalves Pereira • Deloitte Abogados • Dictum Abogados • DLA Piper • Garrigues • Gómez-Acebo & Pombo • Herbert Smith Freehills • Jones Day • King & Wood Mallesons • KPMG Abogados • Pérez-Llorca • Ramón y Cajal • Roca Junyent • Uría Menéndez

■ LA LEY



Wolters Kluwer

2016 Práctica Mercantil para abogados

Los casos más relevantes en 2015 de los grandes
despachos



Consulte en la web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

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

Edición: junio 2016

Depósito legal: M-19798-2016

I.S.B.N.: 978-84-9020-525-9 (papel)
I.S.B.N.: 978-84-9020-526-6 (digital)

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

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

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

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

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

1. HECHOS

1.- Como indica la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en su «Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa», la economía colaborativa (o consumo colaborativo) «se basa en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrutilizados; por ejemplo, las plazas libres del coche en un viaje, el domicilio que queda vacío durante las vacaciones, herramientas que se utilizan una o dos veces tras su compra, etc., a cambio de una compensación pactada entre las partes».

Aunque la economía o consumo colaborativo no es un fenómeno reciente, es indudable que la crisis económica ha supuesto un revulsivo para la economía colaborativa, revulsivo que ha venido apoyado asimismo por el extraordinario desarrollo de las redes sociales y la imparable expansión de los teléfonos y dispositivos móviles inteligentes (*smartphones, tablets*), que permiten la conexión a Internet en cualquier momento y lugar.

En efecto, las nuevas tecnologías posibilitan que las personas interesadas en compartir un bien o servicio se pongan en contacto y puedan alcanzar un acuerdo. Y más todavía si se tiene en cuenta la aparición de aplicaciones o plataformas informáticas destinadas específicamente a poner en contacto a dichas personas.

Uno de los sectores económicos en los que se ha apreciado con más intensidad esta eclosión del consumo colaborativo, ayudado por los medios tecnológicos, es el del transporte de viajeros por carretera. No obstante, no es el único sector, siendo también muy destacable su utilización en el sector del alojamiento, sobre todo el vacacional.

2.- El auge de estas aplicaciones informáticas ha venido acompañado en la práctica de la reacción de los empresarios dedicados a la comercialización de los servicios en los que mayor utilización del consumo colaborativo se experimenta (esto es, los del sector del transporte y del sector hotelero). A su juicio, este tipo de plataformas llevan a cabo una actividad profesional sin

cumplir la normativa administrativa correspondiente, causándoles un grave perjuicio. Consideran, en concreto, que se está ante actos de competencia desleal.

En cambio, los responsables de estas aplicaciones argumentan que ellos no desarrollan actividades sujetas a la normativa de transporte o de alojamiento hotelero, pues se limitan a poner en contacto a personas particulares que viajan hacia un mismo lugar compartiendo únicamente los gastos del viaje, o que utilizan un determinado alojamiento. Y semejante planteamiento también es defendido por algunas organizaciones de consumidores y usuarios.

2. ANÁLISIS JURÍDICO

El problema de la licitud de las plataformas o aplicaciones (y en concreto de las de transporte colaborativo) exige determinar si estamos o no ante un mero acto de intermediación entre particulares que desean compartir gastos de transporte o si, por el contrario, los responsables de las plataformas organizan o fomentan, y son responsables, de actos de transporte realizados por particulares en contravención de la normativa pública existente.

Este análisis jurídico ya ha sido realizado por distintos tribunales y órganos administrativos. Porque, en efecto, el conflicto ya se ha planteado ante las autoridades, tanto en el extranjero como en nuestro país. Así, es relevante la sanción administrativa de 30.000 euros impuesta en el año 2014 por la Generalitat de Cataluña a una compañía responsable de una plataforma de Internet que permite reservar alojamientos de particulares de todo el mundo, porque intermediaba entre turistas que buscaban alojamiento y propietarios de viviendas que no estaban inscritas en el Registro de Turismo de Cataluña. Y ello, a juicio del Gobierno autónomo de Cataluña, implicaba una conducta de competencia desleal.

De igual modo, también los tribunales de justicia se han ocupado de esta problemática. Así, en nuestro entorno merecen ser mencionadas las resoluciones del *Landgericht de Frankfurt am Main*, de 25 de agosto de 2014 y de 19 de enero de 2016, y la *Ordinanza del Tribunale ordinario di Milano* de 9 de julio de 2015 (confirmando la decisión anterior de 25 de mayo), decisiones en las que se prohíbe el funcionamiento de aplicaciones que ponen en contacto a conductores y personas que necesitan un servicio de transporte, por entender que concurre un acto de competencia desleal por infracción de normas.

Por su parte, en España es muy relevante el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014 (LA LEY 162723/2014), así como la cuestión prejudicial presentada en agosto de 2015 por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. COMENTARIO

3.1. La competencia desleal

Al examinar si puede concurrir algún acto de competencia desleal no solo debe determinarse si la conducta de transportar a particulares con los que se contacta por medio de la aplicación constituye competencia desleal. También es necesario, y es lo que más interés ha despertado en la práctica, decidir si también lo es la conducta del responsable de la aplicación informática que la pone a disposición de conductores y usuarios.

3.1.1. Los presupuestos para la existencia de actos de competencia desleal

a) Como han declarado en numerosas ocasiones los tribunales españoles, no es el perjuicio o la incomodidad a los competidores lo que determina la deslealtad e ilicitud de una determinada conducta, sino que lo decisivo es el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de competencia desleal (LCD). En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2.^a) de 25 de junio de 2002 (LA LEY 119246/2002) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 28 de diciembre de 2005 (LA LEY 248821/2005).

Así, de conformidad con la LCD, para que una determinada conducta pueda ser considerada desleal es requisito previo que se realice en el mercado y con fines concurrenceales (art. 2 LCD), sin que ello implique que se exija tener la condición de empresario, de modo que puede hacer actuación en el mercado incluso si la conducta se realiza de manera esporádica y no habitual.

A este respecto, también resulta interesante recordar que los tribunales han puesto de manifiesto que el hecho de que un determinado mercado se encuentre regulado administrativamente y se requiera, por ejemplo, una autorización administrativa para actuar en él, en modo alguno empece que exista un mercado en el sentido del art. 2 LCD. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 2004 (Ponente: Pérez San Francisco, Lorenzo).

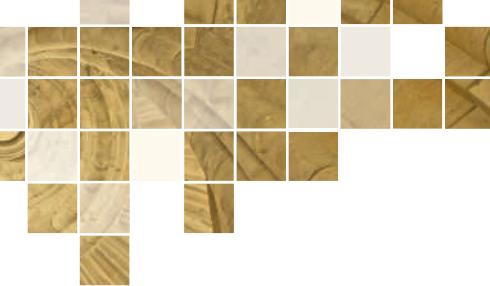
Por otro lado, debe tenerse presente que en el Derecho español se discute si el requisito de la finalidad concurrencial es un requisito en el que está implícito un elemento subjetivo del actor o si, por el contrario, basta con la idoneidad objetiva del acto para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. A favor de su consideración como requisito subjetivo juega el hecho de que se hable de finalidad. Pero también es verdad que la LCD presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (presunción que los defensores del aspecto subjetivo consideran que es *iuris tantum* y se puede destruir).

Por lo demás, a efectos de valorar la conducta de los creadores y gestores de las aplicaciones informáticas a las que nos estamos refiriendo, en el Derecho comparado se ha realizado un esfuerzo argumentativo para justificar que existe una relación de competencia con las asociaciones de taxistas que presentaron las demandas por competencia desleal. Tal es lo que hace el *Tribunale di Milano* en las resoluciones anteriormente mencionadas, en las que, para justificar la existencia de una relación de competencia entre las partes, se pone de manifiesto que las asociaciones de taxistas demandantes utilizan aplicaciones similares que permiten solicitar un taxi por medio del teléfono móvil y comprobar cuánto falta para su llegada, así como el hecho de que la aplicación de la demandada es asimilable también al servicio de radiotaxi.

No obstante, en España no es necesario realizar este tipo de consideraciones para acreditar una relación de competencia, pues la propia Ley de competencia desleal en su artículo 3.2 dispone que «la aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal».

b) Pues bien, en relación con estos requisitos generales para la existencia de un acto de competencia desleal, está claro que quien utiliza las aplicaciones para realizar actos de transporte de pasajeros con carácter habitual y con ánimo de lucro está realizando una conducta en el mercado con fines concurrenceales. Como también lo está haciendo la entidad que, con ánimo de lucro, gestiona la plataforma de contacto.

No obstante, y como se ha venido advirtiendo, este fenómeno es distinto a aquellos otros, denominados como *car sharing*, *car pooling*, o *peers to peers*, en los que los particulares se ponen en contacto simplemente para compartir gastos (sin perjuicio de que la aplicación informática pueda indicar una cantidad orientativa de lo que cada viajero debería pagar como contribución a los costes).



En el panorama del Derecho español no es nada habitual la presencia de obras de las características de este Anuario Mercantil, en la que un apreciable número de los despachos más reconocidos exponen abiertamente el elenco de los casos en los que los propios redactores de los trabajos han sido partícipes directos en su condición de abogados. Como muestra, baste la relación de algunos de los temas objeto de estudio en el Anuario:

- Mercado de valores
- Societario / reorganizaciones corporativas
- Compraventas
- Financiación
- Varios

