

EL PAPEL DE LA REGULACIÓN EN LA LLAMADA ECONOMÍA COLABORATIVA*

José Carlos LAGUNA DE PAZ
Universidad de Valladolid

Resumen: En la mayor parte de los casos, la llamada economía colaborativa da lugar a actividades económicas de prestación de servicios. En cuanto tal, se sujeta a las normas generales por las que se rige cualquier actividad económica. La experiencia indica que la mayor parte de los servicios requieren también algún tipo de regulación específica. Además, si se concluye que los nuevos servicios tienen la misma naturaleza que los tradicionales, deben estar sujetos a la misma regulación. En cambio, si estos servicios presentasen rasgos diferenciales, no estaría justificado aplicarles la normativa de los servicios tradicionales. En algunos casos, sus peculiaridades podrían requerir una regulación específica o, cuanto menos, la adaptación del régimen jurídico anterior. Finalmente, también puede suceder que las nuevas prestaciones alteren sustancialmente los presupuestos sobre los que se asentaba la regulación anterior, lo que podría aconsejar la desregulación del sector.

Palabras clave: Economía colaborativa, regulación, autorregulación, discrecionalidad.

Abstract: In most cases, the so-called collaborative economy gives rise to economic activities for the provision of services. As such, it is subject to the general rules governing any economic activity. According to experience, most services also require some kind of specific regulation. Provided that new services are of the same nature as the traditional ones, they should be subject to the same regulation. On the contrary, if new services had differential distinctive features, it would not be justified to apply them the regulations of traditional services. In some cases, their specific features may require sector-specific regulation or, at least, the adaptation of the general legal framework. Finally, it could be the case that new services substantially alter the basis on which the regulation was based, which could advise the deregulation of the concerned sector.

Keywords: Sharing economy, regulation, selfregulation, discretionary powers.

Sumario: 1. Introducción. 2. La autorregulación y el gobierno corporativo como alternativa a la regulación estatal. 3. Los servicios de idéntica naturaleza deben estar sujetos al mismo régimen jurídico. 4. Aprobación de una normativa específica o adaptación de la existente. 5. Desregulación. 6. Libertad de configuración del legislador, discrecionalidad administrativa y control judicial. 7. Cambio normativo y responsabilidad patrimonial de la Administración. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La expresión *economía colaborativa* (sharing economy) ha hecho fortuna. No obstante, es una noción imprecisa, hasta el punto de que no todos los que la utilizan parecen referirse al mismo fenómeno. En no pocos casos, se entiende que es el exponente de una forma más responsable de relación de los individuos entre sí y con el planeta. No nos corresponde ocuparnos de preguntas de tan largo alcance. Nuestro enfoque se limita a analizar el *régimen jurídico-administrativo de*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Fundamentos de una codificación del Derecho Administrativo general básico español”, que cuenta con financiación del Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (DER2015-66525-P).

los nuevos servicios cuya prestación se organiza por empresas on line [over the top (OTT)].

La accesibilidad de Internet y la ubicuidad de los dispositivos móviles permiten que empresas OTT faciliten una relación casi directa entre la oferta y la demanda. Con ello, el desarrollo tecnológico permite la puesta en el mercado de bienes o capacidades improductivas. Esto da lugar a nuevos intercambios, actividades y servicios en ámbitos muy diversos (alojamiento, transporte, financiero, etc.). En la mayor parte de los casos, la llamada “colaboración” no consiste en comportamientos altruistas, sino que da lugar a auténticos mercados, en los que los participantes buscan su propio interés (ahorrar costes en un coche particular o en el taxi que se comparte, intercambiar usos por servicios, vender bienes sobrantes, ofrecer servicios de transporte, intercambiar divisas, financiar inversiones ajenas, etc.). Además, como decimos, la interrelación suele estar organizada por una empresa OTT, que puede limitarse a comercializar una aplicación, a mantener una plataforma tecnológica o que puede involucrarse más directamente en la prestación del servicio (Uber, Cabify). En resumen, *en la mayor parte de los casos, se trata de la realización de una actividad económica por vías distintas de las tradicionales.*

Los fenómenos disruptivos se producen cada cierto tiempo, lo que altera las formas de relación social, económica y jurídica. El tiempo dirá si algunos de los nuevos servicios tienen este efecto. Al día de hoy, lo cierto es que muchos de ellos tienen una gran aceptación y aportan soluciones, pero también que dan lugar a problemas no resueltos. A este respecto, baste con señalar que hay países que han prohibido algunos de los nuevos servicios de transporte (Uber), mientras que, en otros, se discute vivamente cuál es la regulación más apropiada. Lo mismo puede decirse de los vecinos afectados en las zonas en que proliferan los llamados pisos turísticos, detrás de los que se encuentran empresas como Airbnb. Así las cosas, resulta evidente la necesidad de diseñar un régimen jurídico adecuado para estos servicios.

Las cuestiones a plantear son las siguientes: (i) *si los nuevos servicios se sujetan a las normas generales por las que se rige cualquier actividad económica;* (ii) *si se les deben aplicar las mismas reglas que a los servicios tradicionales;* (iii) *si requieren una regulación específica, adaptada a sus peculiaridades;* (iv) *o si su aparición puede dar lugar a la desregulación de algunos sectores.*

No puede darse una respuesta general a estos interrogantes, ya que se trata de actividades muy variadas, cada una con sus propias peculiaridades. No obstante, como hemos avanzado, en la mayor parte de los casos, parece que estamos ante auténticos servicios. En cuanto tales, *se sujetan a las normas generales* (administrativas, fiscales, civiles, mercantiles y laborales) que se aplican a cualquier actividad económica. No habría ninguna justificación para que estuvieran exentos de su cumplimiento sólo por el hecho de ser prestados OTT.

Esto aceptado, a partir de aquí, se ha sostenido la conveniencia de que estos servicios *no se sujeten a una específica regulación jurídico-pública* que ordene su prestación. A este respecto, se razona que la *autorregulación* y el *gobierno corporativo* pueden cumplir esta función (punto II). No hay que olvidar que, en una economía de mercado, que se basa en las libertades de los ciudadanos, la regulación solo se justifica si es necesaria. No obstante, la experiencia demuestra que, salvo excepción, estas “nuevas formas de regulación” no pueden ser un sustituto, sino un complemento de la regulación estatal.

Además, *los servicios de idéntica naturaleza deben estar sujetos al mismo régimen jurídico* (punto III). Por tanto, si se concluyera que los nuevos servicios tienen la misma naturaleza que los tradicionales, deberían estar sujetos a la misma regulación.

En cambio, *si estos servicios presentasen rasgos diferenciales*, no estaría justificado aplicarles la normativa de los servicios tradicionales. En algunos casos, sus peculiaridades podrían requerir una regulación específica o, cuanto menos, la adaptación del régimen jurídico anterior (punto IV). Finalmente, también puede suceder que las nuevas prestaciones alteren sustancialmente los presupuestos sobre los que se asentaba el sector, lo que podría aconsejar su desregulación (punto V).

Es consustancial al Estado de Derecho el control jurisdiccional de la actuación pública, que sólo se justifica si es necesaria, adecuada y proporcionada¹. No obstante, el diseño del régimen jurídico aplicable a los nuevos servicios no es una tarea sencilla, como lo prueban las marcadas divergencias que existen a nivel internacional. En algunos casos, no quedará más remedio que aplicar el método de prueba y error. En este contexto, el juez debe controlar, pero también respetar el ámbito de decisión del legislador, así como el ejercicio legítimo de la discrecionalidad administrativa (punto VI). Por último, el cambio normativo puede afectar a los intereses patrimoniales de los prestadores de servicios. Es, pues, preciso plantear la cuestión de si en algún caso esto puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado (punto VII).

2. LA AUTORREGULACIÓN Y EL GOBIERNO CORPORATIVO COMO ALTERNATIVA A LA REGULACIÓN ESTATAL

La Constitución establece un sistema de *economía de mercado, basado en las libertades de los ciudadanos*. Al mismo tiempo, la Unión Europea tiene como objetivo prioritario el mercado interior. En este marco, *la intervención pública económica sólo es legítima si es adecuada, necesaria y proporcionada* para proteger derechos de terceros, bienes jurídicos socialmente valiosos o para promover actividades de interés general. Así las cosas, la primera cuestión es *si la autorregulación² puede ser una alternativa a la regulación del sector³*.

A este respecto, hay que reconocer que determinados ámbitos han sido capaces de impulsar valiosos fenómenos de autorregulación, que el ordenamiento jurídico debe reconocer, e incluso, favorecer. En algunos casos, estas reglas pasan después a las legislaciones nacionales, que –a su vez– también promueven la autorregulación o, cuanto menos, la corregulación⁴.

¹ Laguna de Paz, J. C. (2016), *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson-Reuters, pp. 177 y ss.

² Esteve Pardo, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona; Muñoz Machado, S. (2009), "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., Iustel, Madrid, pp. 118 y ss.; Darnaculleta i Gardella, M. (2009), "La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía", *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., Iustel, Madrid, pp. 631 y ss.

³ Laguna de Paz, J.C. (2016), pp. 42-45.

⁴ Hoffmann-Riem, W. (2005), "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130, p. 60.

Así, la *normalización* consiste en la elaboración de estándares – confusamente llamados “normas”-, que fijan las características de calidad, protección ambiental, seguridad e intercambiabilidad que deben tener los productos o servicios (agricultura, industria, construcción, salud, nuevas tecnologías, etc.). Los estándares son de cumplimiento voluntario, a diferencia de las normas de seguridad industrial⁵. No obstante, en algunos casos, la legislación acaba imponiendo los estándares, de manera directa o indirecta (su observancia se considera prueba del cumplimiento de los requisitos legales)⁶. A nivel internacional, la actividad de normalización es desarrollada por numerosos organismos (IEC, CEN, CENELEC, ETSI, COPANT), que cuentan con un amplio respaldo de los profesionales del sector. Entre los más activos se encuentra la International Organization for Standardization (ISO), integrada por organismos nacionales de normalización (uno de los más representativos por cada país). Las instituciones *européas* reconocen que la normalización desempeña un papel fundamental en el buen funcionamiento del mercado interior. De hecho, el impulso al mercado interior combina la aprobación de Directivas con “normas” europeas, de aplicación voluntaria.

En el *Derecho español*, las tareas de *calidad industrial*, en gran medida, descansan sobre (art. 19.1 LInd)⁷: organismos de normalización; entidades de certificación; laboratorios de ensayo; entidades auditoras y de inspección; laboratorios de calibración. Estos organismos deben actuar de manera imparcial (art. 19.2 LInd). En los órganos rectores de las entidades de normalización y de verificación deben estar representados los intereses industriales y sociales afectados (art. 19.4 LInd). A este respecto, hay que destacar la tarea realizada por AENOR, en cuanto asociación española de normalización y certificación, sin ánimo de lucro, que desarrolla su actividad en el sector industrial y de servicios⁸.

En el *sector audiovisual*, la Ley 7/2010, de 31.3, General de Comunicación Audiovisual, reconoce a los operadores el “derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración” (art. 12.1, párrafo 1º). Estos códigos deben ser comunicados a la autoridad audiovisual, que comprobará su conformidad con la normativa, dispondrá su publicación (art. 12.2) y velará por su cumplimiento (art. 12.3). La normativa promueve el uso voluntario de normas de calidad: cuando se trate de proteger los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, las autoridades competentes promoverán el uso voluntario de normas de calidad por parte de los operadores que mejoren los niveles de calidad y seguridad de los productos y servicios (disposición adicional 4ª Ley 20/2013).

La autorregulación puede expresar la madurez de determinados sectores, al establecer pautas de autolimitación o autocontrol en el ejercicio de la libre

⁵ En el Derecho español, la naturaleza de la *normalización* no se refleja bien en la crítica delimitación que del art. 6.5 de la Ley 21/1992, de 16.7, de Industria (LInd), que la define como la “actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto”.

⁶ Scott, C. (2010), “Standard-setting in Regulatory Regimes”, *The Oxford Handbook of Regulation*, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, p. 108.

⁷ Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (LInd).

⁸ Real Decreto 2200/1995, de 28.12, que aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial en España, ratifica el nombramiento de AENOR como responsable de la elaboración de las normas españolas (Normas UNE).

iniciativa. En la medida en que esto se consiga, este instrumento puede desplegar una función *complementaria* de la regulación, sobre todo, dirigida al establecimiento de barreras deontológicas. No obstante, presumiblemente, se tratará siempre de *iniciativas limitadas*. De entrada, los operadores no suelen estar incentivados para autolimitarse⁹, lo que siempre incrementa sus costes o disminuye sus oportunidades¹⁰ (“But regulation is costly and banks and other regulated financial institutions often try to game or circumvent the regulatory system, so as to reduce this cost”)¹¹. Con frecuencia, es la amenaza de una regulación estatal¹² lo que lleva a la industria a alcanzar algunas cotas de autorregulación¹³.

No hay que olvidar tampoco que, en la práctica, la autorregulación favorece que sean los intereses prevalentes -o grupos minoritarios cohesionados-, los que impongan a todos las reglas¹⁴. La autorregulación suele beneficiar a los regulados, sin que nadie represente al interés de los consumidores¹⁵. Las recomendaciones emanadas de las organizaciones privadas de expertos no necesariamente expresan el único juicio objetivo posible sobre una determinada materia¹⁶. Existe el riesgo de que las opiniones “científicas” expresen preferencias personales, no sean suficientemente representativas, sirvan a intereses concretos o del propio grupo de expertos. La acumulación de poder de las grandes corporaciones que operan a nivel mundial¹⁷ es un riesgo añadido de que la autorregulación no sirva al interés de todos.

En una palabra, las debilidades de la autorregulación nos llevan a redescubrir a la Administración pública¹⁸. *Sólo los poderes públicos reúnen las condiciones de objetividad e independencia* necesarias para establecer una regulación comprensiva, que satisfaga el interés general, en todas sus dimensiones. El procedimiento legislativo es cada vez más participativo, lo que garantiza un más amplio conocimiento de la realidad y la toma en consideración de los intereses afectados. Además, sólo los actos de los poderes públicos están

⁹ Coglianesse, C., Mendelson, E. (2010), “Meta-regulation and Self-regulation”, *The Oxford Handbook of Regulation*, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, p. 153.

¹⁰ Scott, C., 2010, 139.

¹¹ Goodhart, C., Lastra, R.M. (2010), “Border problems”, *Journal of International Economic Law*, 13(3), p. 710.

¹² Berners-Lee, T. (2000), *Tejiendo la Red. El inventor del World Wide Web nos descubre su origen*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, p. 137; Esteve Pardo, J. (2002), p. 38.

¹³ “Self-regulation succeeds when targets decide that it is in their best interest not to defect from the self-imposed (or sectorally-imposed) standards. Assuming that compliance is at least somewhat costly, external forces of some kind will be needed to provide an incentive for voluntary control (...) serious self-regulatory initiatives are motivated in part by some looming governmental intervention (...)”. Coglianesse, C., Mendelson, E. (2010), p. 161.

¹⁴ Netanel, N. W. (2000), “Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory”, *California Law Review*, 88, pp. 395 y ss.

¹⁵ Bel, G., Calzada, J., Estruch Manjón, A. (2009), “Economía y regulación de los servicios en red”, *Fundamentos e Instituciones de la regulación*, en *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Muñoz Machado, S., Esteve Pardo, J., Justel, Madrid, p. 725.

¹⁶ Doménech Pascual, G. (2015), “No del todo fiables. Organizaciones privadas de expertos y regulación del riesgo. El caso de los campos electromagnéticos”, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Darnaculleta i Gardella, M. M., Esteve Pardo, J., Indra Spiecker gen. Döhmman, Marcial Pons, Madrid, pp. 155 y ss.

¹⁷ Muñoz Machado, S. (2009), p. 123.

¹⁸ Laguna de Paz, J. C. (2016), p. 44.

dotados de la necesaria eficacia jurídica. No debe olvidarse que la autorregulación, al final, depende del Estado, que es quien –en caso necesario- ha de hacer cumplir dichas normas¹⁹. En consecuencia, la autorregulación solo contará con la eficacia propia de las normas públicas, si es asumida por las instancias estatales (co-regulación)²⁰

En definitiva, por las razones indicadas, la apelación a la *autorregulación como sustituto de la regulación estatal no es viable*, salvo –quizá- en ámbitos singulares, en los que se ha conseguido el establecimiento de organizaciones o reglas de efectivo cumplimiento.

En sentido estricto, las reglas de *gobierno corporativo*²¹ son una manifestación del fenómeno de la *autorregulación*, ya que expresan una autolimitación de las empresas. De ahí que su adopción sea *voluntaria*²². Cuestión distinta es que, una vez acordadas y publicitadas, en algún caso, pudieran llegar a viciar la actuación de la empresa, o incluso, a generar algún tipo de responsabilidad patrimonial, en caso de que su incumplimiento defraude la confianza legítima de terceros.

El concepto de gobierno corporativo se desvirtúa cuando no solo se utiliza para referirse a códigos de conducta voluntariamente asumidos por las empresas, sino que se amplía para abarcar auténticas *normas jurídicas*. Esta comprensión se ve favorecida por la corriente de pensamiento proclive a desdibujar las diferencias entre la regulación y la autorregulación. A ello se suma el hecho de que algunas normas pueden formularse inicialmente como reglas de gobierno corporativo, pero en un momento posterior se incorporan a textos legislativos. Se da este paso cuando el legislador entiende que los intereses protegidos son de suficiente entidad como para no poder quedar al arbitrio de los interesados. Esto es lo que sucede cuando la normativa impone consejeros independientes, controles externos, reglas de transparencia o de retribución²³ de los directivos (sector financiero). No obstante, cuando esto sucede, estas reglas transforman su naturaleza: dejan de ser reglas de gobierno corporativo (recomendaciones o compromisos voluntariamente asumidos) para convertirse en auténticas normas jurídicas. Esto es lo que ocurre con la Ley 31/2014, de 3.12, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que impone normas para mejorar el funcionamiento de los órganos de gestión y la participación de los accionistas.

¹⁹ De Miguel Asensio, P. (2001), *Derecho privado de Internet*, 2ª edic., Civitas, Madrid, p. 81.

²⁰ Así, en el sector financiero –que es considerado un sector de referencia-, en un número creciente de casos, “la producción normativa abarca una fase de gestación privada internacional, basada principalmente en la autorregulación y en la cooperación transnacional de autoridades nacionales; y una fase posterior de recepción pública, a nivel europeo primero y, finalmente, a nivel estatal” (Darnaculleta i Gardella, M., Salvador Armendáriz, M. (2010), “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, RAP, 183, p. 142). La creciente interdependencia hace que las reglas acordadas sean virtualmente obligatorias para los Estados. Sin embargo, no debe minusvalorarse la exigencia de que sean objeto de recepción pública, que es lo que las dota de eficacia jurídica general.

²¹ Velasco San Pedro, L.A. (2006), “Gobierno corporativo”, *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Alonso Ledesma, C., Iustel, Madrid, pp. 665 y ss.

²² Laguna de Paz, J. C. (2016), 45-46.

²³ Velasco San Pedro, L. A. (2006), Retribuciones de los consejeros y altos directivos (recomendaciones 35 a 41), *Revista de Derecho de Sociedades*, 27, pp. 137 y ss.

Las reglas de gobierno corporativo han ido siempre acompañadas de un fuerte escepticismo²⁴. No obstante, la clave está en que tienen un carácter *complementario, no sustitutivo de la regulación*. Esta última ha de extenderse a todos los aspectos del régimen jurídico de la empresa cuya observancia se considere indispensable para proteger el interés general. Ahora bien, como complemento de la regulación, conviene que las empresas sigan recomendaciones o adopten códigos de buen gobierno corporativo. Esto explica que estas prácticas sean impulsadas por entidades públicas, como muestra en España la aprobación por parte de la CNMC del “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas” (2015). En otros casos, es el propio sector privado el que favorece su implantación. Así, no es infrecuente que los fondos internacionales de inversión se muestren crecientemente exigentes respecto de las políticas de gobierno corporativo de sus participadas, en aspectos tales como retribución de los directivos, planes de opciones sobre acciones, elección de consejeros, operaciones financieras, etc.

3. LOS SERVICIOS DE IDÉNTICA NATURALEZA DEBEN ESTAR SUJETOS AL MISMO RÉGIMEN JURÍDICO

Las nuevas tecnologías dan lugar a *nuevas formas de prestación de servicios*, que –con frecuencia– compiten con las tradicionales. Los *servicios de idéntica naturaleza deben estar sujetos al mismo régimen jurídico*, salvo que existan razones que justifiquen una diversidad de trato. En otros términos, se plantea con ello la necesidad de garantizar los principios de *igualdad de trato y neutralidad competitiva*. El problema más visible se presenta en el ámbito del transporte de viajeros, que enfrenta a los nuevos servicios (Uber, Cabify) con los tradicionales (taxis). El mismo problema se plantea también desde hace años entre los servicios de telecomunicaciones y los que se prestan a través de Internet (WhatsApp, Skype). En este caso, las empresas de telecomunicaciones no reclaman tanto la traslación a los servicios de datos de la regulación anterior, sino la desregulación de ambos servicios. Como un nuevo ejemplo, en el ámbito financiero, se discute la adecuada regulación de la llamada banca en la sombra, que puede desarrollar funciones de intermediación financiera sin sujetarse al exigente régimen jurídico al que se someten estas entidades.

El principio de igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), un derecho fundamental de los ciudadanos (art. 14 CE) y un principio informador de la actuación administrativa (art. 4.1 LSP). En concreto, el principio de igualdad exige que las diferencias de trato entre sectores o empresas: (i) estén basadas en razones objetivas; (ii) minimicen sus efectos sobre la competencia (neutralidad competitiva); (iii) y -si comportan privación singular- sean económicamente compensadas.

En primer lugar, las *diferencias de trato han de basarse en razones objetivas*. El principio de igualdad no impone la uniformidad, sino que más bien justifica tratamientos diferenciados (tratar desigual a los desiguales), siempre que tengan una fundamentación objetiva. Más aún, la actuación administrativa puede

²⁴ Recalde, A. (2014), “Transparencia y autonomía del mercado: principios inspiradores de la regulación financiera antes de la crisis”, *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Ricardo García Macho, Marcial Pons, pp. 71-72.

resultar inválida, justamente, por someter a todos los sectores, industrias o empresas al mismo régimen jurídico, sin tomar en cuenta las diferencias entre ellos.

Como puede comprenderse, la *dificultad radica en identificar si estamos ante el mismo tipo de servicio*. (i) Desde esta perspectiva, por ejemplo, no parece que el uso compartido de vehículos de turismo (Blablacar) pueda calificarse como un servicio de transporte, ya que el titular del vehículo no persigue un ánimo de lucro. En este sentido, no se justifica su sujeción a la normativa de los servicios de transporte, pero quizá convenga aclarar quién asume la responsabilidad por la realización de la actividad. Por otra parte, al día de hoy, tampoco parece que deba ser calificada como una agencia de viajes la empresa que gestiona la aplicación que pone en contacto a los usuarios, aunque en algunos casos así se haya reclamado. (ii) Como un nuevo ejemplo, también puede valorarse si resulta adecuado calificar el arrendamiento de vehículos turismo con conductor como una modalidad de transporte discrecional de viajeros, cuyo régimen jurídico difiere del arrendamiento de vehículos sin conductor, que se califica como una actividad auxiliar y complementaria del transporte²⁵. En la actualidad, hay tres recursos prejudiciales pendientes de resolución por parte del TJUE. La discusión enfrenta a los que entienden que Uber es una mera plataforma tecnológica con los que consideran que se trata de un servicio de transporte. El Abogado General M. Szpunar, en su conclusiones de 11 de mayo de 2017²⁶, considera que un servicio consistente en conectar, mediante un software para teléfonos móviles, a pasajeros potenciales y a conductores que proponen prestaciones de transporte urbano individual a petición de aquéllos, en una situación en la que el prestador de dicho servicio ejerce un control sobre las modalidades esenciales de las prestaciones de transportes llevadas a cabo en dicho marco (en particular, sobre su precio): (i) no es un servicio de la sociedad de la información, (ii) sino que se trata de un servicio de transportes. Esta conclusión, si es aceptada por el Tribunal, obliga a los Estados a respetar las libertades comunitarias, pero también les permite aprobar la regulación que entiendan adecuada, necesaria y proporcionada para proteger los objetivos de interés general implicados.

En segundo lugar, la intervención pública ha de tratar de *minimizar sus efectos sobre la competencia (principio de neutralidad competitiva)*. Si no existen razones que lo justifiquen, la regulación no debe favorecer a sectores, actividades o tecnologías en detrimento de otros. Como regla, ha de ser el mercado el que decida las actividades o servicios que se prestan. En lo posible, el régimen jurídico de los servicios o actividades no debe variar en función del medio o infraestructura utilizado para su prestación (por ejemplo, comunicaciones electrónicas a través de redes fijas, móviles o tecnología IP). El legislador ha de crear un marco abierto, que no limite o condicione la prestación de servicios a través de las distintas infraestructuras o tecnologías, sino que sea el mercado el que decida el medio que resulte más eficiente en cada caso. Las eventuales diferencias de régimen jurídico entre distintos tipos de redes o tecnologías solo son admisibles si se justifican por razones de interés general (urbanismo, medio ambiente, salud pública, etc.). Por lo mismo, las *normas no deben asociarse a una tecnología determinada*. La razón está en que no siempre es fácil identificar

²⁵ EM de la Ley 9/2013, de 4 de julio.

²⁶ Asunto C- 434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain, S.L.*, EU:C:2017:364.

cuál es la mejor tecnología disponible. Más aún, la innovación suele ser el resultado de la competencia entre tecnologías, siempre que exista una adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual.

En tercer lugar, *si la intervención pública comporta una privación singular, debe ser económicamente compensada*. Así lo exigen el principio de igualdad de los ciudadanos ante los privilegios y cargas públicas (art. 14 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE)²⁷. A este respecto, es preciso distinguir: (i) las medidas que entrañan una delimitación del contenido normal del derecho (*regulación*) (ii) de las que suponen la ablación, total o parcial, de sus facultades (*privación*). Estas últimas solo caben si van seguidas de la correspondiente indemnización compensatoria (art. 33.3 CE). En cada momento, el legislador tiene que delimitar el contenido del derecho, es decir, el conjunto de facultades y deberes que el ordenamiento jurídico reconoce e impone a su titular. En la definición de dicho contenido, hay que alcanzar un equilibrio entre la utilidad que corresponde a su titular, la protección de los derechos de terceros (consumidores, contratistas, posibles perjudicados, etc.) y la promoción del bien común (urbanismo, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico, salubridad pública, etc.). El legislador tiene un cierto margen para adaptar el contenido del derecho a las concretas exigencias económicas y sociales. No obstante, como mínimo, debe respetar su *contenido esencial* (art. 53.1 CE), que es lo que en cada momento histórico le hace *recognoscible* como tal. El derecho no puede tener tantas cargas que anulen toda *utilidad meramente individual* para su titular.

Cualquier intervención pública que *lesione el contenido del derecho* (con el alcance con que haya sido definido en cada momento por el legislador) *supondrá una privación* (expropiación en sentido material o formal), ya se instrumente a través de actos normativos o ejecutivos. Si la privación tiene carácter *singular* (afecta a ciudadanos concretos o a grupos concretos de ciudadanos), deberá ir acompañada de la correspondiente compensación económica. Es la singularidad de la medida lo que comporta la ruptura del principio de igualdad de todos ante los privilegios y cargas públicas, es decir, un sacrificio especial²⁸, que exige indemnización. En cambio, las medidas de carácter general, que afectan a todos los ciudadanos, “llevan en su generalidad el instrumento mismo de su distribución y reparto colectivo (...)”²⁹. “Si la carga fuese general, acompañaría a todos los derechos y, por ende, se haría consustancial a los mismos, sería una verdadera ‘limitación’ (...)”³⁰. En realidad, las privaciones generales comportan una redefinición del contenido normal del derecho.

4. APROBACIÓN DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA O ADAPTACIÓN DE LA EXISTENTE

Los nuevos servicios irrumpen en el mercado sin sujeción a una normativa específica y, durante algún tiempo, se mantienen sin ella. No obstante, la

²⁷ Laguna de Paz, J. C. (2016), 122-127.

²⁸ Sánchez Morón, M. (2015), *Derecho Administrativo. Parte General*, 11ª edic., Tecnos, Madrid, pp. 743-745.

²⁹ García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T.R. (2015), *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª edic., Civitas, Madrid, p. 244.

³⁰ García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T.R. (2015), p. 244.

experiencia demuestra que –a medida que la nueva actividad o el servicio van madurando– es necesario proteger los derechos e intereses en juego. No hace mucho asistíamos a un apasionado debate acerca de si Internet debía o no ser regulado. Lo mismo sucede ahora con estos nuevos servicios. La mayor parte de las actividades sociales requieren una regulación más o menos intensa. No existe otra forma de proteger los intereses en juego y de alcanzar los necesarios equilibrios sobre los que se asienta la vida en sociedad. De hecho, los servicios de la llamada economía colaborativa están sujetos a una regulación a nivel estatal, regional y local, conforme a los criterios constitucionales y legales de distribución de competencias en cada materia y sector. En algunos casos, la normativa ha adaptado la regulación anterior, como sucede con el arrendamiento de vehículos de turismo con conductor, que se califica ahora como una modalidad de transporte de viajeros y su ejercicio se condiciona a la previa obtención de una autorización administrativa (art. 99.4, párrafo 2º, LOT)³¹. En otros casos, la normativa se enfrenta con la regulación de un fenómeno nuevo, como sucede con los llamados pisos turísticos, en relación con los cuales no parecen bastar las reglas que resultan del contrato de arrendamiento.

Una vez más, nos encontramos ante servicios muy variados, que requieren un análisis particular. No obstante, pueden recordarse las exigencias que impone el *principio de proporcionalidad*, no solo en la elaboración de la normativa, sino también en su aplicación.

A este respecto, en primer lugar, las medidas han de ser, pues, *adecuadas*, es decir, idóneas para conseguir los fines perseguidos (arts. 34.2 y 129.3 LPC y art. 6.1 RSCL). El principio de proporcionalidad obliga a tomar en cuenta la situación embrionaria en que se encuentran muchos de los nuevos servicios, a los que una regulación prematura podría agostar.

Desde distintos sectores, con frecuencia, se sostiene la conveniencia de que la *regulación esté basada en principios* (principles-based approach). Se trata de evitar una regulación muy detallada (“micro-regulación”) y, con ello, de favorecer el margen de actuación de los operadores. Es indudable que la regulación debe ser adecuada, necesaria y proporcionada. A ello se añade que el principio de seguridad jurídica reclama la mayor estabilidad posible en el ordenamiento jurídico. En el momento actual, es casi imposible seguir al legislador. En este sentido, hay que subrayar que la regulación no debe ir más allá de lo necesario y debe comportar el menor coste posible, tanto para la Administración, como para la industria. El problema es que una regulación de principios *no siempre es capaz de proteger los intereses en juego*, como ha puesto de manifiesto la todavía reciente crisis financiera internacional. Los principios, inevitablemente, deben concretarse en reglas, cuyo cumplimiento pueda ser exigido. La regulación necesariamente es *prescriptiva*, al reconocer y establecer derechos, deberes y límites, así como al sancionar los eventuales incumplimientos. La experiencia enseña que “las técnicas tradicionales de regulación y limitación de las actividades privadas continúan siendo indispensables para controlar y mantener

³¹ En su redacción de la Ley 9/2013, de 4 de julio. Esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

dentro de unos límites tolerables el potencial destructivo de la civilización moderna"³². "No regulatory tool is perfect, especially under every condition. The appropriate test for a regulatory option is not whether it is perfect. It is whether that approach is better than the alternatives –including the alternative of doing nothing"³³.

En segundo lugar, las medidas han de ser también *necesarias*³⁴. Las Administraciones públicas que establezcan medidas que limiten derechos, o exijan requisitos para el desarrollo de una actividad, deben elegir la medida menos restrictiva para la libertad individual o que imponga menos obligaciones a los destinatarios (art. 129.3 LPC, art. 6.1 RSCL, art. 84.2 LrBRL), así como motivar su necesidad para la protección del interés público. "Si fuesen varios los [actos de intervención] admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual" (art. 6.2 RSCL).

(i) En este sentido, por ejemplo, habrá que valorar si la actividad de que se trate debe estar sujeta a controles administrativos previos (autorizaciones), si puede desarrollarse con una comunicación previa o declaración responsable o, sencillamente, si no requiere ningún tipo de control preventivo. En lo posible, debe simplificarse el acceso al mercado, siempre que ello no sea a costa de desproteger derechos y legítimos intereses de terceros o el propio bien común. En este sentido, las actividades que comporten riesgos cualificados deberán sujetarse a la previa obtención del correspondiente título administrativo habilitante. (ii) Además, siempre que sea posible, convendrá introducir en la regulación los metafóricamente denominados "mecanismos de mercado", que tratan de flexibilizar el carácter imperativo de la norma y crear incentivos para que las empresas, por sí mismas, adopten comportamientos eficientes³⁵. La norma define los objetivos a alcanzar, pero deja un margen de decisión al destinatario de la medida. A este respecto, en particular, cabe pensar en la utilización de los impuestos para corregir las externalidades que generan determinados usos (tasas turísticas). (iii) La inercia reguladora puede llevar a introducir requisitos que no estén suficientemente justificados, ya que no son imprescindibles para proteger bienes jurídicos que deban ser tutelados con la intervención pública. Este podría ser el caso de algunas exigencias impuestas al alquiler de vehículos con conductor (número mínimo de vehículos, características, etc.), que –si no son necesarias– constituirían una inaceptable restricción de la libertad y una barrera de acceso al mercado. Este puede ser también el caso de determinadas exigencias de calidad en los apartamentos turísticos, en relación con las cuales podría dejarse que funcionara la autonomía de la voluntad y el mercado. En cambio, sí parece justificado que la normativa pública resuelva los problemas de compatibilidad

³² Lozano Cutanda, B., Alli Turrillas, J.C. (2011), *Administración y Legislación Ambiental. Manual y materiales complementarios* 6ª edic., Dykinson, p. 228.

³³ Coglianesse, C., Mendelson, E. (2010), p. 163.

³⁴ "Nuestra jurisprudencia, constitucional y contencioso-administrativa, no se tomó, sin embargo, tan en serio el artículo 38 de la Constitución como realmente merecía y ha habido que esperar por ello a que el Tribunal Europeo de Justicia extrajera de las libertades básicas, que el Tratado de la Comunidad consagra las conclusiones que era perfectamente posible deducir, si se hubiera puesto algún interés en ello, del citado precepto de nuestra Norma Fundamental". Fernández Rodríguez, T. R. (2009), *La larga marcha por la libertad de empresa*. Libro Marrón del Círculo de Empresarios, p. 166.

³⁵ Veljanovski, C. (2010), "Economic Approaches to Regulation", *The Oxford Handbook of Regulation*, Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M., Oxford University Press, p. 30.

entre el uso residencial y el uso turístico de las viviendas, como la experiencia pone de manifiesto.

En tercer lugar, el principio de *ponderación* (o proporcionalidad en sentido estricto) exige valorar si cabe esperar que de la medida en cuestión se deriven más beneficios que perjuicios, teniendo en cuenta su incidencia sobre otros bienes o valores en conflicto (en su conjunto, han de arrojar más ventajas que contrapartidas)³⁶. Es preciso ponderar los fallos del mercado con los previsibles fallos de la regulación. En este sentido, las propuestas normativas deben incorporar una evaluación de impacto, que permita calcular los costes y beneficios de la regulación³⁷. Además, hay que tener en cuenta que las normas, por sí mismas, no cambian la realidad. Su efectividad se ve sustancialmente condicionada por las instituciones que han de aplicarlas y por la idiosincrasia de la sociedad a la que se dirigen. Una valoración comprensiva debe, pues, guiar las diferentes opciones normativas en materia económica.

5. DESREGULACIÓN

Como venimos razonando, la regulación solo se justifica si es necesaria para proteger objetivos de interés general. Las nuevas formas de prestar el servicio pueden alterar las condiciones en que éste se venía prestando y, con ello, pueden obligar a replantear la regulación existente de determinados servicios o actividades. En algunos casos, ello podrá dar lugar a una mayor o menor desregulación del sector.

En este sentido, en documentos de trabajo de la CNMC se entiende que la aparición de nuevas formas de prestar el servicio de transporte urbano e interurbano no solo no justifica la traslación del régimen jurídico de los servicios de taxi y de alquiler de vehículos turismo con conductor (VTC), sino que pone en cuestión el régimen tradicional de éstos³⁸. “En particular, cualquier restricción que suponga la imposición de un *numerus clausus* a la oferta, la restricción en el ámbito territorial de las licencias, el establecimiento de cuantías desproporcionadas en las coberturas de los seguros obligatorios y la obligación de disponer de un número mínimo de vehículos para poder realizar la actividad de VTC. Sería asimismo conveniente eliminar las restricciones injustificadas de ejercicio de la actividad de taxi y VTC. Entre otros se han identificado requisitos de calidad y seguridad innecesarios o desproporcionados, horarios obligatorios, limitación del número de licencias por persona, prohibición de conductores distintos al titular de la licencia, autorización administrativa por vehículo para la realización de la actividad de VTC, obligatoriedad de que los VTC deban ser contratados previamente para poder circular y la imposibilidad de que los VTC puedan circular por las vías públicas en busca de clientes. (...) Se recomienda a las Administraciones competentes eliminar las tarifas reguladas en el sector del

³⁶ Klatt, M., Meister, M. (2014), “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus“, *Juristische Schulung*, N. 3, pp. 193 y ss.

³⁷ Craig, P. (2012), *Administrative Law*, 7 th edition, Sweet&Maxwell, p. 314.

³⁸ CNMC, Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, E/CNMC/004/15, Resultados preliminares (marzo de 2016) [<https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTllqyWvobVqreR-iApsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1> (última visita, 29/11/2017)].

taxi, permitiendo la existencia de precios libres que se ajusten a las circunstancias del mercado. (...) En materia de transporte interurbano, es necesario un cambio del modelo existente que permita introducir una mayor competencia en el mercado (...) se propone eliminar con carácter general el sistema de concesión, por largos períodos de tiempo y eliminar el derecho de preferencia, que concede una ventaja al operador establecido en el mercado respecto a los nuevos entrantes”³⁹.

A este respecto, hay que traer a colación una vez más la necesaria ponderación de los efectos que tienen las distintas medidas. En este sentido, por ejemplo, la sujeción de una actividad a un régimen de derechos especiales (taxi), que limita el número de prestadores, legitima también al legislador para ser más exigente en las condiciones de ejercicio de la actividad. En cambio, en una actividad sujeta a la libre iniciativa el legislador no puede llegar tan lejos en la definición del contenido normal del derecho.

6. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR, DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL JUDICIAL

En el marco de la economía de mercado, *el principio de proporcionalidad ofrece parámetros jurídicos de control*, que pueden determinar la declaración de inconstitucionalidad o la invalidez de una norma que no resulte justificada. A este respecto, cabe destacar que la CNMC se está mostrando muy activa en su función de depuración de todas aquellas normas que, en su criterio, no responden a los principios de regulación económica eficiente (art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4.6, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y art. 27 de la Ley 20/2013, de 9.12, de garantía de la unidad de mercado). Esto es lo que ocurre con la impugnación de la regulación administrativa del servicio de alquiler de coches con conductor (VTC), que se supedita a autorizaciones administrativas contingentadas (solo se permite una licencia VTC por cada 30 de taxi), a límites territoriales a la circulación de los vehículos y a la forma de prestación del servicio (prohibición de recoger clientes en la calle sin tener previamente contratado el servicio)⁴⁰. La CNMC ha interpuesto también recursos frente a la normativa de distintas CCAA que regulan los apartamentos y viviendas turísticas⁴¹. Las CCAA son competentes para regular las viviendas de uso turístico (Ley 4/2013, de 4.6, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas). En opinión de la CNMC, “Desde entonces han surgido numerosas normativas autonómicas que imponen restricciones de acceso y ejercicio injustificadas al mercado de alojamiento turístico, con efectos negativos sobre la competencia y el bienestar. Las barreras a la competencia efectiva generadas por la normativa se oponen a la innovación y reducen el dinamismo del mercado”⁴².

³⁹ CNMC (2016), 9-10.

⁴⁰ Se ha impugnado el Real Decreto que regula la actividad, así como la Orden Ministerial FOM 2799/2015, que regula la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor y limita la concesión de licencias VTC.

⁴¹ Decretos de Galicia y de Castilla y León que regulan los apartamentos y viviendas turísticas (septiembre 2017).

⁴² CNMC (2016), 7-8.

Como decimos, *el legislador y, con mayor intensidad, la Administración están limitados* por las normas, principios y valores jurídicos que recoge el ordenamiento jurídico. Su actuación sólo es legítima en la medida en que sea la más adecuada para servir al interés general. En este sentido, los *procedimientos de elaboración de las normas* deben ser transparentes y participativos, lo que garantiza un más amplio conocimiento de la realidad y la toma en consideración de los intereses afectados. Como es natural, la regulación debe tratar de buscar la *cooperación de los ciudadanos* y organizaciones en la consecución de los objetivos de interés general, o incluso, la exigencia de que las propias empresas apliquen mecanismos de autocontrol. No es ningún secreto que la efectividad de la normativa siempre ha descansado en su amplia aceptación social. De hecho, asistimos a un continuo perfeccionamiento de los instrumentos jurídico-públicos, que pueden dejar más espacio a la persuasión⁴³. Como es natural, *esto no significa que las normas puedan ser negociadas con la industria y los sectores interesados*⁴⁴, con el propósito de aumentar la aceptación y reducir la conflictividad. “However, it simultaneously deprives the agency of the superiority attached to its nature of public entity, brings the public interest down to the level of private interests. Thus, it creates a context of confusion of status of the respective participants and represented interests at stake, which offers a breeding ground to regulatory capture”⁴⁵. En el fondo, son las mismas objeciones que se plantean en relación con la llamada “Administración concertada”, que “renunciaría a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes y se avendría a convenir con los particulares destinatarios la aplicación concreta de los mismos, ganando, en cambio, una colaboración activa de los administrados más beneficiosa (no solo en el orden social, sino también en el de la pura eficacia) que la pasiva y resignada, cuando no eludida o evadida, sumisión”⁴⁶. La generalización de esta forma de “administrar” no solo entrañaría no pocos riesgos para la objetividad, igualdad y justicia, sino que podrían llegar a subvertirse los presupuestos del sistema democrático-representativo.

Con todo, no hay que olvidar que la regulación de los fenómenos nuevos no es una tarea sencilla. Con frecuencia, es el tiempo el que acaba decantando la solución más conveniente. Una vez más, la prueba está en que no existe uniformidad a nivel internacional en la regulación de los nuevos servicios de la economía colaborativa. Además, *el control jurisdiccional encuentra su límite en el margen de configuración que se reconoce al legislador para adaptar la respuesta normativa a lo que se considera de interés general, así como en el legítimo ejercicio de la discrecionalidad que, inevitablemente, hay que reconocer a los poderes públicos en el ejercicio de la potestad reglamentaria*. La función de gobierno –por definición– comporta la elección entre alternativas diversas. No corresponde, pues, a los tribunales constitucionales⁴⁷, o a los jueces, sustituir al

43 Gunningham, N. (2011), “Enforcing environmental regulation”, *Journal of Environmental Law*, 23 (2), pp. 169-201.

44 En EEUU, la Negotiated Rulemaking Act de 1990, que complementa la APA, no confiere fuerza vinculante a las normas “negociadas”, por lo que se trata más bien de un trámite informal en el procedimiento de elaboración normativa. Custos, D. (2006), “The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies”, *The American Journal of Comparative Law*, 54, p. 639.

45 Custos, D. (2006), 638.

46 García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T. R. (2015), 717.

47 “Das Gesetz (...) ist der Grundbaustein der Rechtsordnung und die normative Grundlage der an Gesetz und Recht gebundenen vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3 GG). Die

legislador o a la Administración en la función de gobierno que tiene atribuida⁴⁸. El Tribunal Constitucional es un "legislador negativo", cuyo papel se limita a verificar si las normas caben en el sistema. El juez no crea el Derecho, sino que lo interpreta y aplica. Su función no es, pues, valorar si las medidas adoptadas por el legislador son las más acertadas⁴⁹, sino invalidar las que son incompatibles con el orden constitucional. En consecuencia, si no se aprecia una lesión de principios, derechos o límites constitucionales, las medidas entrarán en el ámbito de apreciación que corresponde al legislador. Lo mismo puede decirse de la discrecionalidad que corresponde a la Administración en la aplicación de la normativa vigente.

7. CAMBIO NORMATIVO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La *estabilidad normativa*, o mejor, la confianza en el respeto a las reglas del juego, favorece la seguridad jurídica y, con ello, el desarrollo de la actividad económica⁵⁰. Hay que tener en cuenta que la mayor parte de las actividades se realizan a lo largo del tiempo, incurren en costes hundidos y tienen períodos más o menos largos de maduración. Además, en muchos casos, la regulación es determinante para la rentabilidad de las inversiones. Los sectores sujetos a derechos especiales configuran mercados con un número limitado de operadores (taxis), sujetos a una regulación más intensa.

El principio de *seguridad jurídica* "protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles" (STC 150/1990). Por su parte, el principio de *confianza legítima* comporta "que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones"⁵¹. Este principio se fundamenta "en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento"⁵². Además, de acuerdo con el principio de

Verfassung ist Auftrag, Richtlinie und Grenze der Gesetzgebung. Es ist irreführend, die Gesetzgebung schlechthin als „Vollziehung“ oder „Konkretisierung“ der Verfassung zu bezeichnen (...) Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will". Badura, P. (2015), "Die Wirtschafts- und Arbeitsordnung der Verfassung. Gesetzgebung, verfassungsgerichtliche Rechtsfindung und verfassungsrechtliche Dogmatik", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140, pp. 364-365.

⁴⁸ Rüthers, B. (2014), *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richerstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr Siebeck.

⁴⁹ Reynolds, L. (2014), "El poder regulatorio de los gobiernos locales en los Estados Unidos: un contrapunto a la Directiva de Servicios en el ámbito local", en Velasco Caballero, F., *Anuario de Derecho Municipal 2013*, Marcial Pons, pp. 231-232.

⁵⁰ Laguna de Paz, J. C. (2016), 267-275.

⁵¹ STS de 10.5.1999 (RJ 1999, 3979) (recurso 594/1995); STS de 6.7.2012 (RJ 2012, 7760) (recurso 288/2011); STS de 22.1.2013 (recurso 470/2011); STS de 21.9.2015 (recurso 721/2013).

⁵² STS de 24.3.2003 (RJ 2003, 3429) (recurso 100/1998); STS de 20.9.2012 (RJ 2012, 9196) (recurso 5511/2009).

buena fe, “si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado”⁵³. No obstante, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que se refiere a “la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión”⁵⁴. Esto explica que solo se proteja la confianza sobre aspectos concretos, “que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes”⁵⁵.

En lo posible, pues, los poderes públicos deben favorecer la estabilidad del ordenamiento jurídico. De hecho, el “riesgo normativo” es uno de los criterios que toman en cuenta las empresas para decidir sus inversiones. Sin embargo, es también forzoso reconocer que -en cada momento- *el legislador ha de poder disponer lo que sea preciso para proteger el interés general*, en respuesta a las nuevas necesidades o a un cambio de criterios de apreciación. Lo mismo, la Administración, en su función de desarrollo y aplicación de la normativa⁵⁶.

Lo primero que conviene aclarar es que, en general, el *cambio normativo no plantea un problema de retroactividad*, aunque a veces se emplea una terminología que induce a confusión. La retroactividad comporta la aplicación de los efectos de una norma a actuaciones o situaciones ya concluidas en el momento de su entrada en vigor. En cambio, en la sucesión de normas, la regulación se aplica a partir del momento de su entrada en vigor (modificación de tarifas eléctricas, etc.). Lo que ocurre es que, en muchos casos, la nueva norma se proyectará sobre situaciones que tienen su origen en el pasado, pero que aún no han concluido (retroactividad impropia o *apparent retroactivity*). En este sentido, la jurisprudencia europea aclara que el principio de confianza legítima⁵⁷, con carácter general, no puede impedir que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones surgidas bajo la normativa anterior⁵⁸. Por su parte, la jurisprudencia española no considera “retroactividad prohibida” los cambios normativos que no tienen efectos sobre el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), sino que despliegan su eficacia hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en relaciones o situaciones jurídicas sostenidas en el tiempo iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor⁵⁹.

⁵³ STS de 15.4.2005 (RJ 2005, 3441) (recurso 2900/2002); STS de 20.9.2012 (RJ 2012, 9196) (recurso 5511/2009).

⁵⁴ STS de 30.10.2012 (RJ 2012, 11205) (recurso 1657/2010); STS de 16.6.2014 (RJ 2014, 3448) (recurso 4588/2011).

⁵⁵ STS de 2.1.2012 (RJ 2012, 3107) (recurso 178/2011); STS de 3.3.2016 (RJ 2016, 751) (recurso 3012/2014).

⁵⁶ Craig, P. (2012), 678-679.

⁵⁷ Jiménez Piernas, C., Pascual Vives, F. J. (2015), “La tutela del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea”, en AAVV, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, AAVV, Thomson-Reuters-Aranzadi, pp. 73-162.

⁵⁸ Asunto 278/84, *República Federal de Alemania v. Comisión*, marg. 36; asunto C-168/09, *Flos Spa*.

⁵⁹ STS de 12.4.2012 (RJ 2012, 5275); STS de 19.4.2012 (RJ 2012, 5248); STS de 13.12.2012 (JUR 2012)400179), FJ 4º.

Lo mismo sucede con la jurisprudencia de EEUU, que solo considera retroactividad en sentido estricto la alteración de las consecuencias jurídicas de actuaciones pretéritas⁶⁰. En cambio, no se puede considerar que tenga efectos retroactivos una norma que se aplica desde su promulgación, aunque afecte a situaciones jurídicas nacidas en el pasado ("secondary" retroactivity)⁶¹. No obstante, conviene hacer notar que en EEUU, salvo en materia penal, se acepta con normalidad la aprobación de leyes con (ciertos) efectos retroactivos, al menos hasta la fecha en que se hace pública la propuesta de nueva regulación ("to the date when a congressional committee first publicly considered making the change")⁶². Es habitual que el Congreso confiera efectos retroactivos a la regulación económica y a las normas fiscales, por razones prácticas⁶³. En otro caso, los interesados aprovecharían el período de tramitación normativa para acelerar las conductas o hacer cambios para beneficiarse de la nueva situación, lo que disminuiría la eficacia de la nueva normativa. Lo mismo ocurre con las normas reglamentarias, aprobadas por las agencias ("effects retroactive to the date of the notice of proposed rulemaking")⁶⁴. Solo en algunos casos los tribunales niegan la eficacia retroactiva de las normas, cuando no está justificada o no es razonable (unjustified and unfair).

La empresa *ha de sujetarse a las condiciones que en cada momento establezca la normativa vigente, cualquiera que haya sido su forma de acceso al mercado o el título jurídico con el que opere* (comunicación, declaración responsable, autorización⁶⁵ o concesión). En algunos casos, la propia normativa explícitamente advierte de la necesidad de adaptación. En este sentido, de manera reiterada, la jurisprudencia destaca que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica "no suponen una congelación del sector normativo en concreto, sin que pueda esgrimirse un supuesto derecho al mantenimiento de una concreta regulación vigente en un momento dado"⁶⁶.

La siguiente cuestión es *si el cambio normativo puede lesionar derechos o legítimos intereses patrimoniales de las empresas, que deban ser económicamente compensados*. Así, por ejemplo, se suscita la cuestión de si una hipotética liberalización del servicio de taxis, o mejor, la supresión de los derechos especiales, debería ir seguida de algún tipo de compensación económica a favor de los taxistas ("costes de transición a la competencia"). Hay que tener en cuenta que las licencias de taxi pueden alcanzar precios de hasta 180.000 €, mientras que las licencias VTC cuestan 40.000 €. En Irlanda, se concedieron 15.000 euros a los titulares de las licencias, como compensación por los daños patrimoniales que les ocasionó el cambio normativo. A este respecto, a la hora de sentar criterio general, hay que distinguir *cuatro situaciones*.

⁶⁰ Bowen v. Georgetown University Hospital, 488 U.S. 204 (1988).

⁶¹ Breyer, S.G., Stewart, R.B., Sunstein, C.R., Vermeule, A., Herz, M.E. *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, Seventh Edition, Wolters Kluwer New York, 2011, 496.

⁶² Davis, K.C., Pierce, R.J. (1994), *Administrative Law Treatise*, vol I, Third Edition, Little, Brown and Company, p. 255.

⁶³ Davis, K. C., Pierce, R. J. (1994), pp. 255-260.

⁶⁴ Davis, K. C., Pierce, R. J. (1994), p. 258.

⁶⁵ STS de 14.7.1995, Ar. 5999; STS de 19.1.1996 (Ar. 286).

⁶⁶ STS de 3.6.2014 (RJ\2014\3629).

En primer lugar, en general, no existirá lesión patrimonial cuando la normativa *facilite la continuidad de los operadores*, adaptándola a las nuevas exigencias (por ejemplo, permitiendo la transformación de los títulos habilitantes anteriores).

En segundo lugar, en general, el deber de indemnizar no surgirá cuando el cambio normativo sea consecuencia de una *alteración objetiva de las circunstancias* (tecnológicas, económicas o sociales)⁶⁷. Menos aún, en sectores sujetos a rápida evolución. El legislador puede incluso introducir modificaciones legislativas “repentinas”, cuando se requiera para la protección del interés general⁶⁸. De alguna forma, la modificación del régimen de retribución de las energías renovables puede ampararse en esta causa. Como expresa el TC, “No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. *No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un —operador económico prudente y diligente—, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores (...)* En una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presente han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa” (la cursiva es nuestra)⁶⁹.

En la misma línea se sitúa la jurisprudencia del TS: “los titulares de las instalaciones fotovoltaicas (...) no adquirieron, ni incorporaron a su patrimonio, un derecho, perfecto e ilimitado, a percibir una "tarifa regulada" por la totalidad de la energía neta producida durante toda la vida de esa instalación en los términos que entonces establecía aquella disposición reglamentaria (...) *no tenían un “derecho inmodificable” a que se mantuviera inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, pues era previsible (...) que ese mismo régimen se modificara para atemperarlo a las circunstancias tecnológicas, económicas y de toda índole que pudieran producirse (...)* la forma, la cuantía, la extensión y la duración de los incentivos reconocidos a las instalaciones fotovoltaicas no pueden quedar petrificadas con aquella regulación inicial, sino que son susceptibles de las correspondientes adaptaciones a las nuevas circunstancias concurrentes, concretamente al desarrollo tecnológico y al nuevo escenario económico que ha incidido de lleno en las previsiones de demanda eléctrica que se tuvieron en cuenta originariamente, sin olvidar el conocido como "déficit tarifario", incrementado exponencialmente en los últimos años debido en parte a que los costes reales de las actividades reguladas y del propio funcionamiento del sistema eléctrico no pueden ser absorbidos por los peajes fijados por la Administración y que son satisfechos finalmente por los consumidores (...) Lo que sí debe garantizarse por los poderes públicos, porque esa sí es una exigencia explicitada sin ambages por la legislación, es que las instalaciones ofrezcan a sus titulares una "rentabilidad razonable" (...) el daño

⁶⁷ STS de 13.12.2012 (JUR 2012\400179), FJ 4º.

⁶⁸ STC 237/2012, de 13.12, FJ 6º.

⁶⁹ STC 270/2015, de 17.12, FJ 7º

irrogado a los titulares de las instalaciones por la limitación (a las horas equivalentes de funcionamiento) de la energía con derecho a la tarifa regulada solo podrá calificarse como antijurídico (y, como tal, indemnizable) si esa modificación ha determinado que tales instalaciones no sean razonablemente rentables" (la cursiva es nuestra)⁷⁰.

En tercer lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración⁷¹ podría surgir cuando la modificación normativa se deba a un *cambio de criterios de apreciación* (que no siempre será fácil de distinguir del cambio de circunstancias). A efectos de valorar la existencia de un derecho de indemnización, deben tomarse en cuenta una serie de principios y factores. (i) El principio de confianza legítima⁷² (art. 3.1 LSP) ampara a quienes puedan verse especialmente perjudicados por una brusca e inesperada modificación normativa, que sorprenda a un operador diligente, que ha de ser consciente de la movilidad del ordenamiento. En este sentido, el TS –en relación con el cambio del régimen de retribución de la producción de energía eléctrica en régimen especial- razona que el "principio de confianza legítima encuentra su fundamento último (...) 'en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento', y en el principio de buena fe que rige la actuación administrativa, pues (...) 'si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado'. Ahora bien, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que (...) se refiere a 'la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión' (...) tan solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos, 'que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes'"⁷³.

(ii) Es también preciso valorar la singularidad de los perjuicios. Como regla, la Administración no tendrá que indemnizar, cuando se trate de medidas de alcance general, que afecten a todo el colectivo. (iii) La nueva normativa puede prever períodos transitorios, que permitan a las empresas adaptarse a las nuevas exigencias normativas. (iv) Es también preciso tomar en cuenta la naturaleza de la innovación y su repercusión en el desarrollo de la actividad (por ejemplo, si la normativa anterior exigía determinadas inversiones y si éstas pudieron o no ser amortizadas). La cuestión se ha planteado en el sector *eléctrico*, con los llamados "*costes de transición a la competencia*" (disposición transitoria 6ª de la Ley 54/1997). En un sector sujeto a una estricta intervención pública, las empresas realizaron inversiones (hundidas), cuya recuperación garantizaba la normativa entonces vigente. La nueva normativa introdujo un modelo más desregulado. Se

⁷⁰ STS de 21.1.2016 (RJ 2016\307), FJ 8º.

⁷¹ Parejo Alfonso, L. (2015), "Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad", en AAVV, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Thomson-Reuters-Aranzadi, pp. 34-36.

⁷² García de Enterría, E. (2002), "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad del Estado legislador", *RAP*, no. 159, pp. 186-187.

⁷³ STS de 13.7.2016 (JUR 2016\159114), FJ 4º.



entendió que el funcionamiento del mercado determinaría una reducción del precio de la electricidad, que no permitiría recuperar las inversiones. De ahí que se considerase necesario arbitrar un sistema que asegurase la recuperación de dichos costes. El Real Decreto-Ley 7/2006, de 23.6, derogó este régimen jurídico.

En cuarto lugar, las empresas que realizan la actividad sobre la base de un contrato de gestión de servicios públicos (concesión) están sujetas a una dinámica contractual. En síntesis, la Administración dispone de un *ius variandi* (arts. 105 y ss. TrLCSP), que se compensa con el derecho al mantenimiento del equivalente económico del contrato.

8. CONCLUSIONES

1. Los servicios de la llamada economía colaborativa se sujetan a las reglas generales a las que se somete cualquier actividad económica.
2. Los servicios de idéntica naturaleza deben estar sujetos al mismo régimen jurídico. No obstante, en algunos casos, los nuevos servicios pueden alterar sustancialmente los presupuestos sobre los que se asentaba la regulación anterior, lo que puede aconsejar su adaptación, o incluso, la desregulación del sector.
3. Los nuevos servicios cuyas características difieran de manera significativa de los tradicionales, en su caso, deben someterse a un régimen jurídico específico, pero no se les debe aplicar sin más el régimen jurídico anterior.
4. La regulación de los servicios de la economía colaborativa está sujeta a control jurisdiccional, que ha de verificar su adecuación, necesidad y proporcionalidad. No obstante, el juez debe respetar el margen de decisión que tiene el Legislador, así como el legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración, de naturaleza discrecional.
5. El cambio normativo podría lesionar derechos o legítimos intereses patrimoniales de las empresas, que deberían ser económicamente compensados. No obstante, en general, no existirá lesión patrimonial resarcible cuando la normativa facilite la continuidad de los operadores, adaptándola a las nuevas exigencias, ni cuando el cambio normativo sea consecuencia de una alteración objetiva de las circunstancias, lo que incluye la innovación tecnológica.