

Título: Sobre la legalidad de la app Uber: dos fallos del Supremo Tribunal Federal de Brasil

Autor: Serebrinsky, Diego H.

Publicado en: LA LEY 21/10/2020, 6

Cita: TR LALEY AR/DOC/3449/2020

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo de Fortaleza.— III. El fallo de San Pablo.— IV. Conclusiones.

(*)

I. Introducción

El avance tecnológico y la masificación de la telefonía móvil han dado espacio a servicios disruptivos en diferentes ámbitos, como las telecomunicaciones (Skype, Whatsapp, Voice), plataformas de compraventa (Mercado Libre, Amazon, eBay), entretenimiento audiovisual (Netflix, Youtube), alojamiento privado (Airbnb). Muchos de ellos encuadran en la denominada nueva economía colaborativa, concepto cuya definición se discute en doctrina, pero que, sin agotar el amplio elenco de definiciones, puede ser bien comprendida siguiendo la definición que de ella da el Comité Económico y Social Europeo [\(1\)](#), cuando escribe: "la redefinición de comportamientos tradicionales de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar propiciado por las tecnologías de la información y las comunidades de redes de usuarios".

En el ámbito del transporte automotor privado, individual y oneroso, las plataformas de economía colaborativa, como Lyft o Uber, han generado importantes avances para los consumidores, así como también han despertado debates para los creadores de políticas públicas. Estas plataformas funcionan en la mayoría de las ciudades bajo la legislación de fondo, como leyes civiles de transporte, responsabilidad civil, defensa de la competencia y consumidor, etc., y en la minoría cuentan con regulación sectorial específica de transporte (además de la aplicación de la mencionada legislación general). Lo mismo ocurre con otras plataformas como Airbnb, Netflix o MercadoLibre. Ni Uber ni ninguna de estas tres plataformas necesita una regulación específica para ser legal y funcionar, pueden hacerlo siempre que cumplan con la mencionada legislación de fondo del país en el que operan. Asimismo, nada impide que dicha regulación específica exista, sumándose al marco legal conformado por la legislación de fondo.

Un ejemplo de ello es el funcionamiento de Uber en la provincia de Mendoza, bajo legislación de fondo y regulación sectorial (ley 9086 de Movilidad y dec. regl. 1515/2018) y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires bajo legislación de fondo.

En Mendoza la legalidad del servicio ha sido declarada por la Corte Suprema [\(2\)](#). En CABA el camino de la legalidad ha sido más largo, con múltiples fallos que han declarado la improcedencia del bloqueo de la app [\(3\)](#), la ausencia de delito [\(4\)](#), la ausencia de evasión tributaria [\(5\)](#), la ausencia de falta y contravención [\(6\)](#) y la ausencia de relación laboral [\(7\)](#).

Considerando que el modelo de negocios de Uber es tema de debate público en varios países, resulta de interés analizar dos sentencias recientes del Supremo Tribunal Federal de Brasil ("STF") sobre la legalidad y la conveniencia económica y social de las aplicaciones como Uber. Es lo que realizamos a continuación.

En el primer fallo bajo estudio, el STF analizó la adecuación a la Carta Magna brasileña de una ley municipal de la ciudad de Fortaleza que prohibía el uso de vehículos particulares (registrados o no en aplicaciones móviles) para el transporte individual de personas a título oneroso. Por unanimidad, el STF declaró la inconstitucionalidad de la norma municipal en cuestión, por tratarse de una restricción arbitraria de diversos derechos de estatus constitucional [\(8\)](#).

En el segundo, el STF resolvió un recurso extraordinario promovido en contra de una resolución general que declaró la inconstitucionalidad de una ley municipal de la ciudad de San Pablo. Dicha ley municipal prohibía el transporte individual remunerado de pasajeros realizado por conductores registrados en aplicaciones. El STF rechazó el recurso bajo el argumento de que la prohibición es inconstitucional por violar los principios de libre iniciativa y libre competencia, y que, al reglamentar las actividades de transporte, los municipios no pueden contrariar los parámetros fijados por el legislador federal [\(9\)](#).

II. El fallo de Fortaleza [\(10\)](#)

II.1. El caso

El caso traído a conocimiento del STF consistía en analizar la constitucionalidad de una norma municipal de la ciudad de Fortaleza (ley 10.553/2016), según la cual estaba prohibido en el municipio de Fortaleza el uso de vehículos particulares, registrados o no en aplicaciones, para el transporte individual de personas a título oneroso, sin la debida autorización. A continuación, transcribimos la norma:

"Ley Nº 10.553, del 23 de diciembre de 2016.

"Dispone sobre la prohibición del uso de vehículos particulares registrados o no en aplicaciones móviles, para el transporte individual de personas a título oneroso, en el municipio de Fortaleza.

"Hago saber que la Cámara municipal de Fortaleza aprobó y sancionó la siguiente ley:

"Art. 1º.- Se encuentra prohibido en el municipio de Fortaleza el transporte público individual de pasajeros sin la debida autorización legal..." (11).

La solicitud de inconstitucionalidad se basó en la violación de las competencias propias del Estado Federal, la restricción arbitraria de los derechos constitucionales al ejercicio de la actividad económica por particulares, la libre iniciativa, la libertad profesional, la libre competencia y los derechos de usuarios y consumidores, entre otros.

II.2. Un Uber no es un taxi

La sentencia razona que el servicio prestado a través de la plataforma Uber no es igual al servicio que prestan los taxistas. Siendo servicios sustancialmente diferentes, no pueden ser analizados bajo el mismo marco regulatorio. En consecuencia, a un conductor de Uber no puede exigírsele una licencia de taxi, toda vez que una y otra actividad son diferentes. Un Uber no necesita autorización municipal para funcionar y es legal aun cuando no tenga licencia de taxi ni ninguna otra (12).

Si se creara una licencia para los conductores de Uber y aplicaciones similares, estos deberían cumplir con la regulación, siempre y cuando esta no implique, en los hechos, una limitación excesiva de la actividad o una prohibición. Este punto será analizado más abajo en mayor profundidad.

Parecería inadecuado que a un conductor de Uber se le exija la obtención de una licencia de taxi. Ello, pues los servicios deben ser regulados por lo que son, no por lo que las autoridades del Poder Ejecutivo imaginan que deberían ser. Este es un error muy frecuente en el que caen las autoridades ante la innovación tecnológica, ya que usualmente pretenden aplicar al innovador (Airbnb, Netflix, Uber) una regulación creada y pensada para un sistema diferente y anterior (en nuestro caso, los taxis). Recurriendo a otros ejemplos para graficar la cuestión, ha dicho la doctrina:

"En otras palabras, los innovadores tecnológicos deben ser regulados de acuerdo a lo que son, no a lo que el regulador imagina que deberían ser —generalmente, el servicio anterior—. En efecto, el regulador puede intentar asimilar Netflix con la televisión radiodifundida, Skype con la telefonía tradicional, Mercado Libre con un centro comercial, Uber con los taxis y Airbnb con un hotel. Si lo hace, y aplica a los innovadores la regulación del operador preestablecido, se elimina al innovador perjudicándose así al consumidor" (13).

La sentencia destaca las siguientes diferencias entre el servicio prestado mediante aplicaciones móviles como Uber y el servicio de taxis:

"Puede observarse que el transporte público individual es un servicio de transporte de pasajeros a título oneroso abierto al público, utilizando autos de alquiler para la realización de viajes individuales (art. 4, VIII de la ley 12.587/2012). Dentro de ese concepto entran los taxis, cuya naturaleza implica que se utilicen vehículos particulares para realizar un servicio de utilidad pública" (14).

Otras diferencias entre uno y otro servicio que señala la sentencia son: i) que los conductores contratados mediante aplicaciones móviles no pueden levantar pasajeros en las calles (sistema conocido como bajada de bandera), que continúa siendo un mercado exclusivo para taxis; ii) que las autoridades otorgan a los taxis y no a los servicios privados de transporte, puntos específicos de embarque privilegiado, como aeropuertos y terminales, y espacios reservados para el estacionamiento en la vía pública, exenciones tributarias para adquirir la compra de vehículos y vías exclusivas de tránsito.

Agrega la sentencia que las diferencias señaladas son suficientes para tener por falso el argumento de que se estaría ante un escenario de competencia desleal si se admitiera el funcionamiento de los servicios de transporte privado mediante aplicaciones móviles, sin exigirles licencia municipal (15).

Otra diferencia que destaca la sentencia es la posibilidad que tiene el usuario de las apps de hacer un seguimiento del trayecto para impedir que el conductor elija innecesariamente un camino más largo o de conocer de antemano las calificaciones dadas por otros usuarios al conductor que lo buscará.

En cuanto a la naturaleza del servicio, el ministro Ricardo Lewandowski sostuvo que "Los llamados vehículos de aplicaciones móviles (Uber, Cabify, Pop, 99, entre otros) son conceptuados como transporte remunerado privado individual de pasajeros, que, según la norma aplicable, es un servicio remunerado de transporte de pasajeros, no abierto al público, para la realización de viajes individualizados o compartidos, solicitados exclusivamente por usuarios previamente registrados en las aplicaciones móviles u otras plataformas de comunicación en red" (16).

Similares consideraciones fueron hechas por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el 7° Circuito en un célebre caso de 2016 (17), en el que dicho tribunal rechazó las impugnaciones de las compañías de taxi de la ciudad de Chicago contra una ordenanza que permitía y regulaba el servicio de empresas de economía colaborativa para transporte individual. En dicha sentencia se afirmó que Uber ofrece un servicio sustancialmente distinto del que prestan los taxis y los remises. Entre varias diferencias, señala que Uber tiene un modelo de negocios y un servicio diferente, pues: i) funciona necesariamente a través de una aplicación para teléfonos inteligentes que requiere previa registración, ii) permite el almacenamiento de información de pago, iii) permite calcular el tiempo de cuánto tardará el viaje, iv) permite calificar a los conductores, v) permite requerir un viaje donde sea que uno se encuentre, sin necesidad de salir a la calle, vi) asume responsabilidad primaria por el monitoreo y selección de los choferes, y vii) en definitiva, presupone una "relación contractual" previa entre Uber y el chofer, por un lado, y Uber y el usuario, por otro.

La analogía de este servicio con el de los taxis, por ende y desde una óptica realista que atienda a las preferencias racionales y razonables de los consumidores, es inválida. Entonces, cuando no hay una norma que regule la cuestión, siguiendo el principio de progresividad, debe optarse por la interpretación que más margen de operatividad garantice a los derechos constitucionales involucrados, a saber: los derechos de los consumidores a elegir, los derechos de los conductores a comerciar libremente sin dañar derechos de terceros y los derechos de cualquier persona a intermediar lícitamente entre prestadores y consumidores de servicios. De lo contrario, interpretar extensivamente un régimen de licencias de taxi a servicios distintos implicaría interpretar restrictivamente derechos constitucionales. Más aún, con ello se expandirían los efectos económicos de dichos regímenes (que perjudican a los consumidores), los que, como se ha dicho, tienen por consecuencia "impedir el acceso de competidores al mercado y desviar la asignación de los factores de producción, disminuyendo las cantidades ofertadas del bien y haciendo que sus precios suban. Además, elimina la competencia, generando incentivos para no mejorar la satisfacción del consumidor y para mantener las barreras a la entrada.

II.3. La captura regulatoria y las barreras de entrada a los nuevos competidores

La sentencia brasileña que veníamos reseñando manifiesta que cuando la ley restringe los mercados de forma artificial, creando barreras de entrada a los nuevos competidores, lo que en realidad está haciendo es favorecer la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las ganancias (18).

La captura regulatoria ha sido definida como la manipulación del proceso de decisión colectiva, es decir, de actos normativos, en favor de determinados grupos de intereses, generalmente más organizados, y en detrimento de toda la sociedad (19).

Dice la sentencia que las normas restrictivas de la actividad de transporte individual son una forma de transferencia de recursos de los consumidores hacia los titulares de licencias de taxis, disminuyendo de ese modo las alternativas de aquellos (los consumidores) para favorecer a estos últimos (los titulares de licencias) (20). En esta línea, agrega el fallo que el Estado no puede impedir la entrada de nuevos agentes al mercado para preservar las ganancias de los agentes tradicionales, bajo riesgo de violación de los principios constitucionales de igualdad y de libre iniciativa (21).

Sostiene la sentencia:

"Cuando la ley restringe los mercados de forma artificial, aquella (la ley) en realidad está favoreciendo la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las ganancias. Este último factor ocurre por la fijación de tarifas manifiestamente superiores al precio de mercado, lo que se verifica por el hecho de que los nuevos competidores pudieron establecerse en el mercado de transporte individual con servicios de calidad y por precios inferiores o semejantes. Todo ello es consecuencia de la actividad de grupos de presión ante los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en todas las esferas de la Federación" (22).

Así, las ganancias se concentran en los titulares de las licencias de taxis, mientras que los costos son dispersados entre toda la sociedad. En casos así, que constituyen auténticas disfuncionalidades de las instituciones democráticas, dice el fallo que es deber del Poder Judicial intervenir para garantizar la plena efectividad de las libertades garantizadas por la Constitución.

El ministro Fux, por su parte, confía en el poder disciplinador que tiene el mercado. Recurriendo a la opinión de especialistas (23), dice que la exigencia de permisos y licencias para una determinada actividad constituye una "barrera de entrada" para los nuevos emprendedores.

Considerando que las empresas entrantes a una actividad son pequeñas y dado que cualquier falla en la calidad del producto o servicio ofrecidos sería casi inmediatamente detectada y penalizada por los usuarios y consumidores, no queda claro el motivo por el cual los emprendedores y sus empresas se topen con una barrera

de entrada. Además, sostiene el ministro, no existe evidencia alguna acerca de los beneficios sociales asociados con la limitación de ingreso a un determinado mercado (24), como mejores precios, menor polución, beneficios a la salud, etc. (25).

En virtud de las consideraciones precedentes, concluye la sentencia que la regulación analizada es inconstitucional, toda vez que los principios constitucionales de libre iniciativa, libertad profesional, de igualdad y de libre competencia impiden acciones legislativas y administrativas que privilegien los intereses de los agentes tradicionales del mercado (taxistas) en perjuicio de los nuevos emprendedores (las aplicaciones) y de los consumidores (26).

A dicho argumento, agrega, debe sumarse la prueba empírica de que los servicios de transporte mediante aplicaciones no disminuirían el mercado de actuación de los taxis. Adicionalmente, indica que según un estudio realizado por el Departamento de Estudios Económicos del Consejo Administrativo de Defensa Económica brasileño (CADE), se demostró que el surgimiento de la plataforma Uber significó, en realidad, una ampliación del mercado, lo cual se tradujo en la captación de consumidores que antes no utilizaban taxis para su movilidad (27).

II.4. Beneficios de los servicios de transporte mediante aplicaciones.

Según el fallo, la prohibición establecida por la norma municipal de Fortaleza se traduce en un alto costo social en términos de precio y calidad de los servicios al consumidor, oportunidades de trabajo, dinamismo de la economía, etc., sin ningún beneficio colectivo en contrapartida (28).

Se pregunta el fallo cuáles pudieron haber sido los motivos que motivaron el dictado de la norma que prohíbe el transporte privado mediante aplicaciones. Escribe entonces el ministro Fux que uno de esos motivos pudo haber sido la voluntad de ordenar el tránsito. Sin embargo, recurriendo a estudios elaborados por especialistas, afirma que existe evidencia empírica de que los servicios de ride-sharing (modalidad que tienen las apps para compartir viajes entre varios usuarios) que prestan las aplicaciones disminuyen significativamente el tránsito luego de entrar en funcionamiento en un área urbana (29).

En otro pasaje, la sentencia destaca más beneficios de las apps de transporte colaborativo por sobre los servicios tradicionales. Dice el fallo:

"Desafiando la clásica explicación para la habilitación de los taxis, las aplicaciones móviles de transporte de pasajeros consiguen garantizar, no solamente todo aquello que la regulación tradicional siempre prometió a los consumidores, sino también: i) permiten al usuario hacer un seguimiento del trayecto para impedir que el conductor elija innecesariamente un camino más largo; ii) impiden la adulteración de taxímetros; iii) permiten que los conductores califiquen a los usuarios; iv) permiten que los usuarios puedan conocer las calificaciones dadas por otros usuarios; v) brindan un seguro a los pasajeros; y vi) permiten compartir viajes entre diferentes usuarios, abaratando el servicio y tornando más eficiente el sistema de transporte en su conjunto" (30).

II.5. La constitucionalidad de las restricciones

Sostiene la sentencia que, bajo pena de tornar estéril la libertad, las eventuales restricciones a los derechos deben: i) tener como fundamento un parámetro constitucionalmente legítimo; ii) adecuarse al test de proporcionalidad (31).

Señala el fallo que, bajo la luz del sistema de frenos y contrapesos establecidos en la Constitución brasileña, es competencia del Poder Judicial invalidar actos normativos que establezcan restricciones desproporcionadas a la libre iniciativa y a la libertad profesional. En línea con ello, sostuvo la sentencia que es una característica esencial del sistema constitucional la protección prima facie de las libertades, quedando la restricción gubernamental reservada para situaciones excepcionalísimas y debidamente justificadas (32).

A la luz de dichas premisas, el STF debió resolver si la norma municipal impugnada configuraba una limitación proporcional a las libertades o derechos constitucionales de libre iniciativa y de profesión. Así, el tribunal decidió por unanimidad declarar la inconstitucionalidad de la prohibición, aclarando que correspondía otorgarle carácter erga omnes a fin de prevenir regulaciones similares que pudieran surgir en el futuro.

En su voto, el ministro relator Luis Fux sostuvo que "La norma restrictiva de la actividad de transporte individual consiste en una forma odiosa de transferencia de recursos de los consumidores para los titulares de licencias (de taxis), disminuyendo las opciones de elección de aquellos para favorecer a éstos últimos (...).

"Es evidente que el objetivo perseguido por el regulador en el presente caso es inconstitucional, toda vez que los principios constitucionales de libre iniciativa (arts. 1º, IV, y 170), de libertad profesional (art. 5º, XIII), de igualdad (art. 5º, caput) y de amplia competencia (art. 173, párr. 4º) impiden acciones legislativas y administrativas que preserven los intereses de los agentes tradicionales del mercado en detrimento de los

agentes entrantes y de los consumidores (...).

"Bajo el prisma de análisis de proporcionalidad, la norma que prohíbe el 'uso de carros particulares registrados o no en aplicaciones móviles, para el transporte remunerado individual de personas', no es necesaria ni adecuada para reducir costos de transacción o asimetrías de información en el mercado de consumo. Por el contrario, la referida prohibición impone un alto costo social en términos de precio y calidad de servicios al consumidor, oportunidades de trabajo, dinamismo de la economía, etc., sin ningún beneficio colectivo como contrapartida (...).

"Conf. ha quedado ampliamente demostrado en el presente voto, la disposición gravísima de prohibición de las actividades de las plataformas de economía compartida en el sector del transporte urbano no se justifica por razón legítima alguna. La Constitución brasileña no admite, bajo pena de franca violación de derechos fundamentales, medidas restrictivas de la libertad desprovistas de bases racionales" [\(33\)](#).

III. El fallo de San Pablo [\(34\)](#)

III.1. El caso

El caso llegó a conocimiento del STF en virtud de un recurso extraordinario promovido en contra de la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, que había declarado la inconstitucionalidad de una norma municipal de la ciudad capital del Estado, también denominada San Pablo (ley municipal 16.279/2015), que había prohibido el transporte individual a través de plataformas electrónicas.

La norma que fue declarada inconstitucional decía:

"Queda prohibido en el ámbito de la ciudad de San Pablo, el transporte de personas a título oneroso en vehículos particulares contratados a través de aplicaciones móviles".

La sentencia consideró que las normas que prohíben o restringen de forma desproporcionada el transporte individual de pasajeros son inconstitucionales porque: i) no existe ninguna regla o principio constitucional que prescriba la exclusividad del modelo de taxi dentro del mercado de transporte individual de pasajeros; ii) es contrario al régimen de libre iniciativa y de libre competencia la creación de reservas de mercado en favor de actores económicos ya establecidos (taxis), con el propósito de reducir el impacto generado por la innovación en el sector (Uber y aplicaciones similares); iii) la posibilidad de intervención del Estado para preservar la competencia y proteger al consumidor no puede afectar o eliminar la libre iniciativa, al punto de afectar sus elementos esenciales. También indicó la sentencia que en un régimen constitucional fundado en la libre iniciativa, el legislador no tiene amplia discrecionalidad para suprimir espacios relevantes de iniciativa privada.

Otro punto relevante son los efectos generales erga omnes que expresamente los jueces le otorgan al caso. En consecuencia, el fallo resulta aplicable a regulaciones similares que puedan dictarse en el futuro.

La doctrina del fallo se resume en el siguiente pasaje:

"1. La prohibición o restricción de la actividad de transporte privado individual por conductores registrados en aplicaciones móviles es inconstitucional, por violación de los principios de libre iniciativa y libre competencia; y 2. En el ejercicio de sus atribuciones en la reglamentación y fiscalización del transporte individual de pasajeros, los municipios y el Gobierno Federal no pueden contradecir los parámetros fijados por el legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)" [\(35\)](#).

III.2. El servicio está regulado por las normas de fondo

La sentencia resulta de interés a la práctica en la Argentina pues aborda un aspecto que se presenta de forma idéntica en la CABA: el transporte prestado mediante aplicaciones es un contrato entre particulares autorizado y regulado por el derecho de fondo. En San Pablo lo regula el art. 730 del Cód. Civil; en la CABA lo hace, según la doctrina unánime [\(36\)](#) y la jurisprudencia [\(37\)](#), el art. 1280 del Cód. Civ. y Com.

El fallo dispone que un uber no es un "taxi sin habilitación", sino que es un servicio diferente al taxi y al remis y que está regulado por el derecho de fondo. Continúa el fallo:

"Hasta el surgimiento de los intermediarios digitales, los agentes preestablecidos en el mercado -los taxistas- no manifestaban resistencia alguna al transporte privado de pasajeros, regulado por el art. 730 del Cód. Civil [Nota: se refiere a autos particulares que efectuaban traslados a título oneroso, de manera ocasional]. La razón radicaba en la inexistencia de amenazas concretas sobre el monopolio 'de hecho' del sector. La creación de un instrumento que posibilitó la efectiva conexión de los interesados en prestar el servicio privado con aquellos que deseaban contratarlo [Nota: Uber y otras aplicaciones similares] afectó la dominación ejercida por los taxistas. La innovación tecnológica y el consecuente fin de la actuación casi exclusiva de los taxistas no alteran, empero, la naturaleza de las contrataciones. La oferta de servicio de transporte por conductores particulares era y continuó siendo una actividad privada. Esta naturaleza fue reafirmada por el legislador al incluir en la Ley

Nacional de Movilidad Urbana (ley 12.587/2011) la referencia al 'transporte remunerado individual' (art. 4º, inciso X)" (38).

III.3. Beneficios adicionales de los servicios de transporte mediante apps

Se suele oír en los debates públicos sobre la existencia y regulación de las apps de transporte, que los servicios como Uber y similares serían inferiores a los servicios tradicionales como taxis y remises, por el hecho de que aquellos no están fuertemente regulados en aspectos tales como precio, calidad de los vehículos, condiciones de prestación del servicio, etc., como sí lo están los taxis.

La sentencia precisa que la situación es, en realidad, la inversa: los servicios tradicionales, al no haber tenido competencia de ningún tipo durante mucho tiempo, se tornaron ineficientes, caros, incómodos y riesgosos, en comparación con las nuevas tendencias nacidas bajo la innovación tecnológica. Esto guarda íntima relación con el poder disciplinador del mercado y la libre competencia para corregir las fallas existentes. Dice el fallo:

"Observo que, antes de la llegada de las aplicaciones que se valen de las nuevas tecnologías —Uber, Cabify y 99—, el servicio de taxi disfrutaba de un monopolio de hecho en el mercado del transporte individual de pasajeros. Y esa circunstancia generó persistentes fallas de mercado por falta de competencia. Los monopolios, de una manera general, en cualquier área, producen ineficiencia y, muy frecuentemente, corrupción. Esto se refleja en un precio alto, en mala calidad de los vehículos y en mala actitud de los conductores (...). Con la llegada de la competencia de conductores registrados en aplicaciones móviles [Nota: se refiere al desembarco de Uber], la verdad es que el servicio de taxi sufrió modificaciones significativas 'para mejor' (39). (...) Por lo tanto, la convivencia de regímenes de regulación distintos en el mercado de transporte individual de pasajeros tuvo un impacto positivo en la calidad de los servicios, inclusive en los servicios del mercado preexistente (taxis)".

Este párrafo entonces afirma: a) que el monopolio del taxi hizo que el servicio sea malo y caro, lo que implica que por más normas que indiquen que el auto debe estar en buenas condiciones y que el chofer debe ser amable y diligente, la existencia del monopolio hacía que dichas normas no se cumplieran, esto es, que los autos no estaban en condiciones y que los choferes no eran ni amables ni diligentes, b) que los nuevos servicios basados en apps, mejoraron la calidad de los autos y del trato del chofer, c) y esto último generó que los taxistas, ahora sí enfrentados con competencia, mejoren sus automóviles y traten con diligencia a sus pasajeros. Se trata de una sintética y clara descripción de cómo la competencia genera una mejora de la calidad de los servicios brindados en un sector, no solo del servicio que ingresa al mercado sino también del que presta el actor preestablecido. Todo esto en beneficio del consumidor y de la sociedad como un todo.

Por otra parte, destaca el fallo que, a partir del desembarco de Uber, muchos usuarios lograron acceder a lugares a los que antes no podían acceder con los taxis (dada la falta de competencia, muchos taxistas se negaban a entrar a determinados barrios carenciados) y que muchas personas utilizan Uber para llegar o salir de una estación de tren o subte o una parada de ómnibus, lo cual revela que estos servicios vinieron a atender una demanda que se encontraba reprimida (40).

También afirma el potencial de estos servicios para disminuir la cantidad de vehículos en circulación y la mejoría que acarrea en el tránsito de las ciudades, con la consiguiente reducción en las emisiones de dióxido de carbono (41).

III.4. Los límites del poder regulatorio y del poder de policía

El fallo dedica extensos párrafos a hablar de los límites en los que debe desenvolverse la atribución municipal de regular el transporte dentro de sus territorios y de ejercer el poder de policía. En tal sentido, arriba a dos conclusiones:

"Primera: es inconstitucional la prohibición de la actividad de transporte individual a título oneroso por conductores registrados en aplicaciones móviles (como Uber y similares). Por lo tanto, a la luz de esa premisa, la ley paulista 16.279/2015, que prohíbe esta actividad económica, es inconstitucional por violar los principios de libre iniciativa y libre competencia.

"Segunda: es igualmente inconstitucional la sanción de una regulación y un ejercicio del poder de policía que, en la práctica, tornen inviable la actividad. Por lo tanto, las atribuciones municipales de regular y ejercer el poder de policía sobre esta actividad [Nota: se refiere al transporte privado] no puede ser ejercida de modo tal que, de manera subrepticia o implícita, prohíba, en la práctica, la prestación del servicio (de Uber y aplicaciones similares)" (42).

Es decir que no solo es inconstitucional una prohibición expresa de este tipo de servicios, sino también lo es una prohibición implícita, que sea consecuencia de la aplicación de normas excesivamente restrictivas.

En caso de que los actos normativos impusieran restricciones a los servicios prestados mediante las nuevas

tecnologías, dichas restricciones tienen que ser coherentes con el sistema constitucional de libre iniciativa.

Se suele suponer que el servicio tradicional (taxi) es el único modelo de transporte individual de pasajeros que existe, cuando, en realidad, lo deseable es que en un sistema de libre competencia la situación sea la inversa. Sostiene el fallo en este punto:

"La legislación infraconstitucional no puede, entonces, excluir a la libre iniciativa, salvo que exista una norma constitucional específica que otorgue fundamentos válidos para la imposición de una restricción. Y aquí se encuentra el primer fundamento para la inconstitucionalidad de normas que prohíban o restrinjan excesivamente el transporte individual de pasajeros mediante aplicaciones móviles: no hay regla ni principio constitucional que prescriba un modelo específico de transporte individual de pasajeros [NOTA: se refiere a los taxis]. La sanción de leyes o actos normativos prohibitivos, sobre la base de una inexistente exclusividad del modelo de los taxis, no guarda coherencia con el régimen constitucional de libre iniciativa.

"[L]a garantía individual de iniciar y continuar una actividad económica impone un deber correlativo al Estado de abstenerse de imponer restricciones desproporcionadas que prevengan a los agentes de actuar y competir" (43).

IV. Conclusiones

Las sentencias reseñadas son ricas en análisis económicos y sociales sobre el fenómeno de las apps de intermediación digital de servicios de transporte.

Sus análisis jurídicos son también sustanciosos, especialmente el vinculado con la legalidad del servicio, cuando afirman la prevalencia, precedencia y plena aplicabilidad de las normas de fondo, particularmente el Cód. Civil, a la que puede sumarse, si existen, la aplicación de las normas sectoriales de transporte.

En esta misma línea, numerosos fallos dictados por el fuero penal, contravencional y de faltas de la CABA han resuelto que el tipo de transporte contratado a través de plataforma Uber se encuentra permitido por el Cód. Civ. y Com. Asimismo, esta jurisprudencia de CABA sostiene que la falta de regulación sectorial sobre el servicio de plataformas a nivel municipal no puede traducirse en una prohibición de esa actividad, ni puede autorizar a aplicar en forma analógica la regulación prevista para taxis y remises, ya que entre aquel (el servicio que se presta a través plataformas) y los taxis y remises, existen diferencias sustanciales (44).

No obstante, a pesar de la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia (45), las autoridades políticas de la CABA insisten públicamente con la postura de la ilegalidad del servicio "por no contar con habilitación municipal".

(A) Abogado. Coautor junto con Guillermo Cabanellas de las Cuevas (h.) de las obras Derecho de la distribución comercial Editorial La Ley, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia (3ª ed.) y Derecho de la competencia desleal (en esta última obra, también junto a Pablo Palazzi y Andrés Sánchez Herrero.

(1) UE, dict. del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI (2014/C/177/01).

(2) La Corte Sup. Mendoza rechazó un pedido de suspensión de la ley, como así también lo hizo el Tribunal de Gestión Judicial Asociada N° 4. Ver 1ª CCiv., 28/10/2019, "Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza - APROTAM c. Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ amparo. 13-04464442-2 (012054-401545)", expte. 401.545; acumulada con "Sáez, Fernando c. Gobierno de la Provincia de Mendoza, p/ amparo", expte. 400.899.

(3) TSJ CABA, 18/06/2018, "NN (Uber) s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de apelación por clausura/bloqueo de página web en todo el país en autos: NN (UBER) y otros s/ infr. Art. (s). 83, 73 y 74 Cód. Civil", expte. 14483/17. Ver CARDOZO GARCÍA, P. A., "Bloqueo de sitios web y aplicaciones móviles por jueces locales. Una violación al federalismo y a la libertad de expresión en internet: el caso 'Uber'", LA LEY, 2018-F, 21; AR/DOC/2305/2018, y VARGAS DE BREZ, P., "La cautelar contra la contravención de Uber: una contravención al sistema interamericano de libertad de expresión - Comentario al fallo 'Incidente de apelación de clausura preventiva art. 29 LPC en autos UBER SRL s/infr. 83 CC'", eDial, 11/05/2016.

(4) CS, 14/08/2018, "Recurso de hecho deducido por el Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal en la causa Uber y otros s/ incidente de recurso extraordinario", AR/JUR/41968/2018. La Corte Suprema ratificó la desestimación de una denuncia interpuesta por el Sindicato de Peones de Taxi, quien acusó a Uber de cometer diversos delitos (v.gr., competencia desleal, entorpecimiento del tránsito, asociación ilícita, desobediencia, instigación a cometer delitos, etc.). El Máximo Tribunal confirmó lo resuelto por la Justicia Penal Nacional que, en primera instancia y con posterior confirmación de la Cámara de Apelaciones y la Cámara de Casación Penal, afirmó que la actividad de Uber es "claramente lícita". El juez de primera instancia había sostenido, entre otras consideraciones, que "todo parece girar en derredor de la disconformidad de los denunciantes con la aparición de un competidor comercial".

- (5) La justicia penal federal desestimó una denuncia por lavado de dinero, estafa y evasión en contra de Uber, JCrim. y Corr. Fed. N° 4, 19/03/2018, "Uber Argentina SRL y otros s/defraudación contra la administración pública, defraudación por administración fraudulenta, negociaciones incompatibles (art. 265), obtención fraudulenta de beneficios fiscales, estafa y infracción art. 303. Denunciante: Fundación por la Paz y el Cambio Climático y otro" (expte. CPF 8627/2016).
- (6) JPenal, Contravencional y de Faltas (JPCF) N° 28, 08/05/2020, "Faccio, Marcelo R. sobre 6.1.47 - Requisitos de los vehículos de transporte de pasajeros" (causa 2224/2020-0); JPCF N° 28, 15/05/2020, "Gutiérrez Aguilar, Raelzo José sobre 6.1.47 - Requisitos de los vehículos de transporte de pasajeros" (causa 904/2020-0); JPCF CABA N° 9, 12/03/2020, "Sanz, Norman sobre 6.1.47 - requisitos de los vehículos de transporte de pasajeros", CAU 42612/2019-0; JPCF N° 7, 28/11/2018, "Bellini, Marco A. sobre 6.1.49 bis - Prestación de servicio público de taxis sin habilitación" (CAU 27617/2018-0); JPCF N° 14, 27/11/2018, "Corrales, Jonathan F. sobre 6.1.4 - Categoría de licencia para conducir" (CAU 26217/2018-0); JPCF N° 7, 28/11/2018, "Gimeno, Jacinto A. sobre 6.1.53 - Estacionamiento medido" (CAU 25862/2018-0); JPCF N° 7, 25/06/2019, "Yovino, Augusto sobre 6.1.49 - Requisitos de los vehículos de transporte de carga y de pasajeros" (CAU 3107/2019-0).
- (7) JNPenal Econ. N° 8 "Uber Argentina SRL y otros s/ infracción ley 24.769", n. 1859/2017.
- (8) Fallo plenario del STF de Brasil, 08/05/2019, "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal", BR/JUR/1/2019.
- (9) Fallo plenario del STF de Brasil, 09/05/2019, "Recurso extraordinário 1.054.1110 San Pablo", BR/JUR/2/2019.
- (10) Fallo plenario del STF de Brasil, 08/05/2019, "Arguição...", cit.
- (11) La traducción nos pertenece en todos los casos.
- (12) Sobre las diferencias entre los servicios de taxi y de plataformas electrónicas, es interesante lo dicho por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay: "Si bien es cierto que el decreto impugnado introduce una regulación de la actividad de estos últimos permisionarios que presenta una serie de diferencia respecto al régimen jurídico de la actividad prestada por los taximetristas, tales diferencias de tratamiento tienen su fundamento en la diferencias de hecho, reales, existentes entre una y otra actividad, tanto por las modalidades en que estas pueden ser contratadas, como por el diferente régimen tributario que están sometidas (...) las diferencias de hecho entre ambas categorías de permisionarios consisten, básicamente, en que el servicio de plataforma solo se contrate a través de un teléfono celular con acceso a internet, mediante una aplicación informática, mientras que el servicio de taxi se contrata de modo mucho más amplio, a través de teléfonos fijos o celulares de todo tipo, por medio de una central de radio llamado, o parando en la calle un taxi que no lleva pasaje. En efecto, el servicio prestado por los vehículos permisionarios (sic) de las plataformas electrónicas, solo puede ser contratado por quienes tengan teléfonos celulares inteligentes (de última generación) y que poseen además, medios de pago electrónicos, lo cual no es necesario en el caso de la contratación de la actividad de los taxis (...) En otras palabras, el mercado en el que actúan uno y otro no es exactamente igual, resultando claramente más amplio el mercado en el que actúan los taxistas (...). Las referidas diferencias, relativas a los modos de contratación del servicio, al mercado en que actúan, y el régimen tributario al que están sometidos, justifican racionalmente que se haya otorgado los permisionarios de los vehículos contratados mediante plataformas electrónicas un tratamiento jurídico que, en algunos aspectos resulta diferente al conferido los permisionarios de taxi. En otros términos, lo que ha hecho el decreto atacado es tratar en forma desigual a los desiguales, y eso no supone vulnerar el principio de igualdad" (sent. 1449, del 23/12/2019).
- (13) RODRÍGUEZ, Enrique G., "El rol de la regulación ante la innovación tecnológica", LA LEY, Supl. Esp.: #LegalTech: El derecho ante la tecnología, nov./2018.
- (14) Voto del ministro Ricardo Lewandowski.
- (15) Voto del ministro Luiz Fux.
- (16) Ibid. Voto del ministro Ricardo Lewandowski.
- (17) Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el 7° Circuito, Nos. 16-2009, -2077, & -2980, "Illinois Transportation Trade Association, et al., v. City of Chicago and Dan Burgess, et al.", 07/10/2016. Ver al respecto SEREBRINSKY, D., "El caso 'Uber' en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección", LA LEY, 2017-A, 117.
- (18) Voto del ministro Luiz Fux.
- (19) BÓ, Ernesto Dal, "Regulatory capture: a review", Oxford Review of Economic Policy, vol. 22, n° 2, 2006, ps. 203-225, cit. en el voto del ministro Luiz Fux.
- (20) Voto del ministro Luiz Fux.
- (21) Ibid.
- (22) Ibid.
- (23) SHLEIFER, Andre, "Understanding Regulation", European Financial Management, Vol. 11, N° 4, 2005, p.

444, citado en el voto del ministro Luiz Fux.

(24) POSNER, Richard A., "The Social Costs Of Monopoly and Regulation", *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828, cit. en el voto del ministro Luiz Fux.

(25) DJANKON, Simeon — LA PORTA, Rafael — LOPEZ-DE-SILANES, Florencio, "The Regulation of Entry", *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, The MIT Press, Cambridge, 2012, p. 270, cit. en el voto del ministro Luiz Fux.

(26) Voto del ministro Luiz Fux.

(27) Ibid.

(28) Ibid.

(29) LI, Ziru — HONG, Yili — ZHANG, Zhongju, "Do Ride-Sharing Services Affect Congestion? An Empirical Study of Uber Entry", 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2838043>, cit. en el voto del ministro Luiz Fux.

(30) Voto del ministro Luiz Fux.

(31) Ibid.

(32) Ibid.

(33) Ibid.; el destacado nos pertenece.

(34) Fallo plenario del STF de Brasil, 09/05/2019, "Recurso extraordinário...", cit.

(35) Ibid.

(36) Ver, entre otros, SEREBRINSKY, D., ob. cit., p. 117; A. BIANCHI, <https://www.cronista.com/columnistas/UBER-un-clasico-juridico-en-medio-de-una-revolucion-tecnologica-20160413-0044.html>; LONIGRO, F.,

<https://www.perfil.com/noticias/columnistas/popularmente-demandado-oficialmente-resistido.phtml>; TOLLER, F., <https://www.telam.com.ar/notas/201702/178551-argentina-esta-intoxicada-de-reglamentarismo.html>;

MAQUEDA, S., <https://www.infobae.com/opinion/2017/12/21/impuestos-a-la-economia-digital-y-la-constitucion-nacional/>;

RODRÍGUEZ, E. G., ob. cit.; KEINIGER, W. C. — AGUILERA, E. A. — OSMAN MORENO, J. P., "Ingresos brutos. Tributación de las plataformas 'online' a la luz del principio de territorialidad", *DT Errepar*, t. XXXVIII, 28/11/2017; VÁZQUEZ, J. M., "Las nuevas tecnologías y su tributación en el impuesto a la renta: análisis a partir de la acción 1 del informe BEPS", *IMP*, 2017-1, 18.

(37) Con la solitaria y sorprendente excepción del JCont. Adm. y Trib. CABA N° 15, a cargo del Dr. Trionfetti, en "Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal y otros c. GCBA y otros s/ otras demandas contra la autoridad administrativa", AR/JUR/43000/2020.

(38) Voto del ministro Luís Roberto Barroso.

(39) Esta mejora en el servicio de taxis fue incluso reconocida en un documento emitido por la Secretaría de Acompañamiento Económico del Ministerio de Hacienda de Brasil, en la nota téc. 06013/2016.

(40) Voto del ministro Luís Roberto Barroso.

(41) Ibid. El ministro cita en apoyo de sus afirmaciones un estudio elaborado por el MIT (Massachusetts Institute of Technology), el cual brinda evidencia empírica de lo manifestado en el fallo: <http://www.pnas.org/content/pnas/early/2017/01/01/1611675114.full.pdf>.

(42) Ibid.

(43) Ibid.; el destacado nos pertenecen.

(44) En la ciudad de Córdoba se presenta una situación similar a la de la CABA. Existe una ordenanza municipal (ord. 12.859) que regula en forma taxativa determinadas modalidades de transporte (auto taxi, auto taxi para personas con discapacidad, auto remís, auto remís para personas con discapacidad y auto de alquiler de lujo). Sin embargo, producido el desembarco de Uber en la ciudad, la Municipalidad de Córdoba argumentó que se trataba de un servicio ilegal ya que no cumplía con las previsiones de la mencionada Ordenanza, que, insistimos, regula solo los servicios de taxi y remís, entre otros, pero no regula el transporte contratado mediante aplicaciones móviles. Lo curioso del caso es que el texto original de la Ordenanza sí contenía un artículo que, en forma casi idéntica a las leyes prohibitivas de Fortaleza y San Pablo, prohibía el transporte contratado mediante apps (Art. 5°.- Se prohíbe el transporte remunerado u oneroso de personas en vehículos particulares registrados a través de software de aplicación móvil (App), sitio web o medios tecnológicos similares, que tengan por objeto conectar directa o indirectamente a los pasajeros con los conductores"). Sin embargo, dicho artículo fue eliminado del texto que finalmente se sancionó. Creemos que, de haber sido sancionado dicho artículo, sería inconstitucional. Los fallos analizados en este trabajo brindan sobrados argumentos que podrían haber resultado aplicables. Pero lo importante aquí es que se había proyectado regular -prohibir, en realidad- el transporte contratado mediante apps, y los legisladores decidieron no hacerlo. Incluso, luego del lanzamiento de Uber en Córdoba, la ord. 12.859 fue modificada en dos oportunidades (mediante ords. 12.940 y 13.007). En ambas oportunidades los legisladores decidieron nuevamente no regular la cuestión. Insistimos: la falta de regulación

no se puede traducir en una prohibición (cfr. art. 19 CN) ni puede autorizar a aplicar la regulación pensada para servicios preexistentes (taxis y remises), que, por si lo anterior fuera poco, son sustancialmente diferentes.
(45) Con la insólita excepción mencionada en la nota 37 de este trabajo.