

Economía sumergida e intrusismo al amparo del turismo colaborativo

El caso de los free tours

M^a Victoria Gutiérrez Duarte
Universidad Europea de Madrid

Aránzazu Roldán Martínez
Universidad Europea de Madrid

Sumario

-

La “economía colaborativa” ha hecho su entrada en el sector de las visitas turísticas guiadas. Las plataformas digitales ofertan y comercializan unas visitas guiadas, poniendo en conexión a los guías con los turistas. Lo que diferencia estas plataformas de otras que también se han desarrollado dentro de lo que se conoce como “turismo colaborativo”, transporte, alojamiento, experiencias gastronómicas en domicilios, etc., es que no existe un precio fijado previamente, sino que es el cliente quien decide si abona una “propina” o hace un “donativo”, así como su cuantía. Los conocidos como free tours (tours de precio libre o comúnmente denominados gratuitos) se ofertan a través de plataformas digitales, cuya naturaleza y papel es necesario analizar para determinar si la actividad que llevan a cabo los guías es realmente gratuita y se desarrolla dentro de un intercambio de experiencias (lo que sería el turismo colaborativo stricto sensu) o, si por el contrario, llevan a cabo una auténtica actividad económica que debería ajustarse a las normativa laboral y tributaria y para la que podría exigirse estar en posesión de una habilitación.

El presente trabajo, partiendo del análisis de la información publicada en diferentes páginas webs, analiza esta nueva forma de negocio, e identifica la naturaleza y los diferentes tipos de plataformas proponiendo una clasificación de estas en función de los servicios que ofertan. Realiza un estudio de la normativa reguladora de la actividad de guía en las diferentes Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) con el fin de analizar si existe intrusismo. Finalmente, analiza también si la prestación de estos servicios de guías turísticos cumple con las condiciones de habitualidad y retribución necesarios para considerarla actividad económica y, por ende, generar obligaciones laborales y fiscales.

Abstract

-

The collaborative economy has made its entry into the sector of guided tours. Internet platforms offer and market guided tours, connecting a service provider (tourist guide) and users (tourists). What differentiates these platforms from others such as transport or accommodation, is that there is no pre-set price, but it is the client who decides whether to pay a "tip" and the amount of it. This new form of business raises doubts as to whether, both the guides and the marketing companies, are obliged to respect the regional regulations on the exercise of the tourist guide profession and on whether behind these tips lies a new form of retribution that would have labor and fiscal implications. The present work, based on the analysis of the information published in different web pages, analyzes this new business form, and identifies the different types of platforms proposing a classification of them according to the services they offer. Depending on the fit of a platform in this classification, the labor regime of the tour guides will be analyzed, as well as the tax obligations.

Title: *Informal economy and intrusiveness under the protection of collaborative tourism? The case of free tours*

-

Palabras clave: “Economía colaborativa”, Leyes laborales y fiscales, Turismo, Propinas, *Free Tours*, Intrusismo, Competencia desleal

Keywords: *Sharing economy, Labor and tax laws, Tourism, Tips, Free Tours, Unqualified practice of a profession, Unfair competition*

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.04.

Índice

1. Introducción

2. El nuevo escenario de desarrollo de la actividad de guía de turismo: el turismo colaborativo

3. Tipos de plataformas colaborativas que ofertan free tours ¿colaboración o negocio?

4. ¿Existe intrusismo?

4.1. Punto de partida: la consideración de la actividad de guía de turismo como una profesión regulada

4.2. El marco legal de la actividad de guía turístico

4.3. La reserva de la actividad de guía turístico: la habilitación

a. La disparidad de regímenes entre los territorios autonómicos

b. Excepciones a la exigencia de habilitación

c. Derechos y obligaciones de los guías oficiales de turismo

5. Sobre la existencia de economía sumergida

6. Conclusiones

7. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional



1. Introducción*

El turismo es un sector estratégico en la economía española. Aporta de forma directa o indirectamente el 11,1% del PIB (datos obtenidos del informe “*Tourism Trends and Policies 2018*” de la OCDE¹). De hecho, es el país del mundo donde el turismo aporta más al PBI, lo que revela la importancia de este sector para nuestra economía.

Para no “acabar con la gallina de los huevos de oro”, desde distintas instancias se ha venido insistiendo en la necesidad de que el sector se profesionalice. Precisamente, la profesionalización es la nota que ha caracterizado tradicionalmente a los guías turísticos, al exigírseles una habilitación para ejercer. Desde hace algunos años, sin embargo, han proliferado empresas o particulares que ofrecen visitas guiadas gratuitas, conocidas por el término inglés *free tours*. Frente a las visitas guiadas tradicionales, el cliente no tiene obligación de pagar una contraprestación por el servicio, sino que es él quien decide si abona una “propina”, dependiendo de la valoración que le merezca el guía. Otro fenómeno que se ha extendido de forma creciente es el movimiento “*greeter*”², formado por guías voluntarios que no aceptan propinas, aunque solicitan “donativos” para su asociación³. Existe una figura intermedia que son las empresas que se presentan únicamente como intermediarias entre los proveedores del servicio *free tours* y los viajeros, pero no organizan tours propios. En los tres casos los servicios de visitas guiadas se apoyan en unas plataformas, que han pasado a desempeñar un papel tan esencial que se ha llegado a hablar de una nueva forma de turismo “bajo paraguas digital”. Estas plataformas utilizan potentes softwares de reservas *on line* que permiten con facilidad y rapidez transformar las visitas a una página web en visitas aseguradas y pagadas sin realizar ninguna actividad costosa de marketing⁴,

Este tipo de servicios, que dicen insertarse dentro de la “economía colaborativa”, y responder a las nuevas tendencias de “turismo sostenible y social”, plantea serias dudas desde el punto de vista jurídico. No en vano la llegada de los *free tours* a las distintas capitales españolas ha venido acompañada de una fuerte polémica, por las acusaciones de intrusismo y de competencia desleal que se han formulado desde las asociaciones de guías profesionales que denuncian que los guías carecen de la habilitación profesional y que no están dados de alta como autónomos ni pagan los impuestos correspondientes⁵.

* Autor de contacto: M^a Victoria Gutiérrez Duarte, vic.duarte@universidadeuropea.es.

¹ Disponible en: <https://www.thinktur.org/media/TENDENCIAS.pdf> (última consulta 6 de octubre de 2019).

² Según se explica en su página web, Madrid Greeters, es una Fundación registrada en la Cámara de Comercio, archivo número 273 649 69. Su objetivo es apoyar a los visitantes en la exploración de la ciudad. Lo hacen a través de paseos personalizados para particulares y grupos de hasta seis personas como máximo. Todos los *Greeters* siguen una política estricta de no aceptar propinas, sin embargo, se dice al turista que se sienta libre de donar tanto o tan poco como quiera para ayudar a mantener sus gastos administrativos. Disponible en <https://madrid.greeters.info/es/about-us/> (última consulta 7 de octubre de 2019).

³ Las Administraciones Públicas también han recurrido a programas de voluntariado que prestan servicios de visitas guiadas gratuitas, encontrando la oposición de los guías profesionales. *Vid.*, al respecto por ejemplo, “Los guías turísticos voluntarios se extienden por España, soliviantando a los guías oficiales”, Hosteltur, diario 5707, 19 de abril de 2010 (disponible en https://www.hosteltur.com/67788_guias-turisticos-voluntarios-se-extienden-espana-soliviantando-guias-oficiales.html).

⁴ Un ejemplo de estos software es FareHarbor empresa especializada en tours y actividades.

⁵ *Vid.*; “Free tours: las visitas guiadas por libre desatan la polémica”, Diario Sur, lunes 20 de agosto de 2018 (disponible en <https://www.diariosur.es/sociedad/free-tours-visitas-20180809103020-nt.html>); “Crece con el verano la polémica en Madrid con los Free Tours”, Telemadrid, programa Telenoticias 1 de 15 de julio de 2019 (disponible en <http://www.telemadrid.es/programas/telenoticias-1/Free-Tours-precio-economia-sumergida-2-2140305971--20190715031124.html>); “El intrusismo y los ‘free tours’ amenazan a los guías turísticos de Pontevedra”, Diario Faro de

Para determinar si realmente se está produciendo un intrusismo, es preciso aclarar si el ejercicio de la actividad de guía *free tour* exige disponer de una habilitación, lo que nos conduce a estudiar la normativa autonómica de turismo. Por otro lado, respecto de las acusaciones de competencia desleal, será preciso determinar si dichos guías y empresas están sometidas al cumplimiento de la legislación laboral y fiscal, lo que nos exige estudiar previamente si, pese a que el mero cobro de propinas parecería evidenciar que existe una actividad marginal de carácter benévolo, realmente estaría encubriendo una auténtica actividad económica.

El tema objeto de este estudio es sólo un botón de muestra de un problema mayor que aqueja al sector turístico en general: la competencia que están sufriendo las empresas y profesionales por parte de particulares que no cumplen la normativa. El problema es de tal gravedad e importancia que la eliminación del intrusismo y de la competencia desleal aparece enunciada como fin básico en algunas leyes autonómicas de turismo (Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia, Principado de Asturias, Región de Murcia, Extremadura, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana), que han puesto al servicio de su erradicación a la policía administrativa, mediante la intervención de la Inspección turística y la tipificación de estas conductas como faltas graves o muy graves (CASTEL GAYÁN, 2011, págs. 21-24). Interesa especialmente destacar que las leyes autonómicas más recientes son conscientes de que la proliferación de estas actividades ilegales está relacionada con el uso de nuevas tecnologías para la comercialización, a través de plataformas que se anuncian en diversas páginas web. Como botón de muestra sirvan las siguientes:

- La Ley 15/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunidad Valenciana, dedica su artículo 54 a la regulación de la actividad clandestina y la oferta ilegal, indicándose que “especialmente, se controlarán las actuaciones de esa índole que hagan uso de las nuevas tecnologías”⁶.

Vigo, 22 de febrero de 2019 (disponible en <https://www.farodevigo.es/portada-pontevedra/2019/02/22/intrusismo-free-tours-amenazan-guias/2056369.html>); “Los free tours y el intrusismo amenazan a los guías turísticos en Asturias”, Diario La Voz de Asturias 29 de agosto de 2018; “Ciudadanos denuncia los ‘free tour’ y el intrusismo laboral en el ámbito de los guías turísticos”(disponible en <http://cortes-castillayleon.ciudadanos-cs.org/2017/02/21/ciudadanos-denuncia-los-free-tour-y-el-intrusismo-laboral-en-el-ambito-de-los-guias-turisticos/>); “Piden frenar los Free Tours: Rebelión de los guías turísticos de Madrid contra el intrusismo”, 2 de septiembre de 2018, Preferente.com, disponible en <https://www.preferente.com/noticias-de-agencias-de-viajes/rebelion-de-los-guias-turisticos-de-madrid-contra-el-intrusismo-279869.html>; “Las asociaciones exigen que se regule esta actividad. ‘Free Tours, los Airbnb de las visitas turísticas, desafían al guía oficial’”, 18 de septiembre de 2018, https://www.hosteltur.com/108843_free-tours-los-airbnb-de-las-visitas-turisticas-desafian-al-guia-oficial.html; “Guerra entre guías turísticos en el centro de Madrid

La Asociación Profesional denuncia intrusismo por la proliferación de los ‘Free Tours’, 1 de septiembre de 2018, Diario El País, https://elpais.com/ccaa/2018/08/30/madrid/1535651307_488094.html; “La Asociación de Guías de Turismo afirma que hay publicidad engañosa en los ‘Free Tours’, El Diario.es Castilla-La Mancha, 30 de junio de 2017, https://www.eldiario.es/clm/Asociacion-Guias-Turismo-publicidad-enganosa_0_660034750.html; “Los guías turísticos oficiales se arman para frenar el auge de los «Free Tours»”, 17 de agosto de 2018, La Voz de Galicia, https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2018/08/24/guias-turisticos-oficiales-arman-frenar-auge-free-tours/0003_201808G24P26992.htm.

⁶ Precisamente la sanción que podría haberse impuesto en el verano de 2018 a una guía de Guruwalk tuvo su origen en una actividad inspectora encaminada a detectar la actividad clandestina y el intrusismo. En el verano de 2018 saltó a los periódicos la noticia de la incoación de expediente sancionador contra una guía de Guruwalk, al considerar que estaba cometiendo una infracción muy grave por carecer de habilitación. Desde el departamento de Turismo de la Generalitat Valenciana realizan un símil de este tipo de situaciones con las de los apartamentos ilegales puesto que se sigue el mismo protocolo. Su objetivo, señalan, no son los particulares, sino las grandes plataformas que por regla general operan en varias ciudades, aunque no es la primera vez que se apercibe a alguien. “Tenemos que hacer pedagogía para que se ofrezca la actividad tributando como todo el mundo y cumpliendo con la normativa. También hacer ver a los ciudadanos que contraten con servicios legales”, remarcan desde Turismo. Fuente: Diario ABC 24 de agosto de 2018 “Multas de hasta 600.000 euros por enseñar su pueblo a turistas sin título de guía”, disponible en <https://www.abc.es/espana/comunidad->

- La Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco establece que “La Administración turística de Euskadi vigilará en especial el intrusismo derivado del uso de las nuevas tecnologías” (art. 27.4).
- La Ley 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura ha supuesto un gran cambio cualitativo respecto de la anterior, ya que, por un lado, ha añadido al artículo 3 una letra ñ) que se plantea como uno de sus objetivos “La erradicación de la competencia desleal y la oferta ilegal y clandestina”⁷ y, por otro lado, ha incluido a las plataformas digitales que intervienen en el sector turístico, obligándolas a colaborar con la Administración turística regional en la erradicación de la competencia desleal y la oferta ilegal y clandestina⁸.

Las nuevas formas de actuación exigen un cambio en las formas de control de la legalidad turística, como lo comprobación de lo que se publicita a través de Internet, siendo ésta una medida que se ha incorporado en los planes de actuación de la inspección turística de algunas CC.AA., como Castilla y León⁹, Andalucía¹⁰ o Aragón¹¹.

Pero ¿podemos hablar de ilegalidad si aparentemente todo es gratuito? El término “colaborativo” que acompaña a esa nueva forma de economía y de hacer turismo, parece situarse en el extremo contrario al capitalismo. Sin embargo, podría estar utilizándose como un medio para eludir el cumplimiento de obligaciones administrativas, laborales y fiscales y obtener, así, una ventaja competitiva.

Consideramos necesario que este estudio empiece enmarcando la prestación de estos servicios de guía dentro de la llamada “economía colaborativa”. En segundo lugar, expondremos los tipos de plataformas que operan actualmente en este mercado y explicaremos cómo funcionan. En tercer lugar, realizaremos un análisis de la regulación de la actividad de guía turístico en las diferentes CC.AA. Finalmente, analizaremos las formas en las que se puede ejercer la actividad de guía, haciendo hincapié en los llamados popularmente *free tours* y sus formas de retribución en el mercado.

valenciana/abci-multas-hasta-600000-euros-ensenar-pueblo-turistas-sin-titulo-guia-201808240052_noticia.html (última consulta 10 de enero de 2019).

⁷ En el debate del dictamen elaborado por la Comisión de Economía, Infraestructuras, Turismo, Industria y Energía, todos los grupos parlamentarios destacaron este aspecto en que incide la nueva normativa para luchar contra el intrusismo. Por su parte, Elisa Cepeda, del Grupo Parlamentario Popular, incidió en la necesidad de luchar no solo contra la competencia desleal que suponen los alojamientos ilegales, sino también con la que ejercen guías e informadores turísticos que no disponen de la correspondiente acreditación oficial. Fuente: EFE 5 de julio de 2018 <https://www.hoy.es/extremadura/aprobada-modificacion-turismo-20180705111404-nt.html> (última consulta 9 de enero de 2019).

⁸ En este sentido, se incluye en el art. 52 bis.2 la obligación de que las empresas y entidades, turísticas o de cualquier otro tipo, que realicen la publicidad y/o comercialización de actividades y productos turísticos pongan en conocimiento de la Administración Turística competente las empresas cuyos productos o actividades se comercialicen y/o publiquen en las mismas sin hacer constar el correspondiente número de registro, e igualmente que retiren dicha publicidad cuando la Dirección General competente en materia de turismo se lo requiera.

⁹ Orden CYT/1436/2018, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Inspección Turística para 2019-2022.

¹⁰ Orden de 28 de diciembre de 2018, por la que se aprueba el Plan de Inspección Programada en materia de turismo para el año 2019.

¹¹ Orden VMV/514/2018, de 9 de marzo, por la que se aprueba el Plan de inspección programada en materia de turismo en Aragón para 2018.

2. El nuevo escenario de desarrollo de la actividad de guía de turismo: el turismo colaborativo

El turismo colaborativo es una manifestación de la llamada “economía colaborativa”, término que ha surgido en los últimos años para referirse a actividades en las que se produce un intercambio entre particulares de bienes o servicios donde la contraprestación es pactada entre las partes. La aparición de este nuevo concepto de economía no ha estado exenta de polémica. Después de unos primeros años de simpatía general hacia estos modelos, al identificarlos con los valores y principios de la filosofía colaborativa, últimamente la opinión pública está adoptando posiciones bastante más críticas (BELTRAN I CANGRÒS, 2018, pág. 13).

Un estudio realizado por la Comisión Europea en 2016, Eurobarómetro 438 “*The use of collaborative platforms*”, cifra la media de utilización de las plataformas en la Unión Europea en un 17%, mientras que en España estamos por encima de la media ya que un 19% de los encuestados las utiliza¹².

Un estudio realizado por la Escuela de Turismo OSTELEA¹³ afirma que los cinco sectores principales de “economía colaborativa” son los siguientes: 1) El turismo. 2) El transporte. 3) Las finanzas. 4) La intermediación laboral. 5) El entretenimiento. En el ámbito internacional, según este estudio, en 2015 hubo un aumento de los ingresos globales de estos sectores de 15.000 millones de euros. La previsión que realiza para 2025 supone un aumento aproximado de los ingresos de 335.000 millones de dólares, lo que representa un incremento de más del 2.000% para un periodo de 10 años (BELTRAN I CANGRÒS, 2018, pág. 12).

En los últimos años se han desarrollado en España multitud de actividades asociadas a la “economía colaborativa” en el sector turístico, lo que se explica por la nueva tendencia económica internacional en la que se prima el uso a la propiedad y, por otra parte, por el creciente acceso a internet de la población (FIGUEROLA PALOMO, 2016, pág. 105). Además de esto debemos señalar que estas nuevas actividades han surgido en un momento de grave crisis económica donde el turismo buscaba servicios baratos. Hasta el momento los subsectores del alojamiento y el transporte son los que han registrado mayor volumen de actividad. Sin embargo, en los últimos años el fenómeno se ha extendido también al sector de visitas guiadas. La razón que nos ha llevado a estudiar este tipo de actividad es comprobar si realmente podemos englobarlas en una especie de intercambio cultural entre personas, que surge de forma esporádica en el mercado, o si estamos ante una actividad económica.

¹² Disponible en https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S2112_438_ENG. (última consulta 10 de octubre de 2019).

¹³ La constatación de que en España este mercado está creciendo la podemos encontrar en un estudio realizado por la Escuela de Turismo OSTELEA “Plataformas de Economía Colaborativa: Una Mirada Global” (2018), donde revela que recientemente se han creado más de 300 *start ups* que se englobarían dentro de la economía colaborativa. Estas empresas operan en ámbitos tan distintos como el *carpooling* (compartir vehículos), el *carsharing* (sistema de uso de vehículo privado que consiste en que múltiples usuarios usan de forma individual una flota colectiva de vehículos), el alquiler de coches entre personas, el estacionamiento, los taxis o similares, el transporte ferroviario, el alquiler de bicicletas, el micromecenazgo o crowdfunding, el *crowdfunding* o compra de regalos en grupo, los bancos de tiempo e intercambios de conocimientos/servicios, el coworking, el alojamiento, la logística, el intercambio de ropa, la educación, la alimentación, etc. En el mismo informe afirman que en 2017 las plataformas de transporte colaborativo eran usadas por casi el 8% de la población y estiman el uso de las mismas para 2021 de casi el 11%. Si analizamos sus datos de facturación recogidos en el mismo informe, vemos que no ha dejado de aumentar: en 2016 éstas facturaban casi 311 millones de €, en 2017 incrementaron dicha facturación por encima de los 356 millones de € y las estimaciones para 2021 alcanzan casi los 500 millones de €, un incremento de casi el 30% respecto a los datos de 2017. El informe está disponible en <http://www.aept.org/ostealea-economia-colaborativa> (última consulta 10 de octubre de 2019).

Desde la Unión Europea existe una preocupación por regular la “economía colaborativa”. La Comisión Europea, en una de sus Comunicaciones, COM (2016) 356 final “Una Agenda europea para la “economía colaborativa”, explica que el término “economía colaborativa” hace referencia a modelos de negocio que se desarrollan a través de plataformas colaborativas creando así un mercado abierto para el uso de bienes y servicios, normalmente entre particulares. En la citada Comunicación, se explica que en la “economía colaborativa” intervienen tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias — pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (“pares”) o prestadores de servicios que actúen a título profesional (“prestadores de servicios profesionales”); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”).

En muchos casos, las empresas de “economía colaborativa” surgen en mercados donde ya existían los mismos negocios atendidos hasta ahora por prestadores de servicios convencionales, como es el caso de los distintos subsectores del turismo. Por esta razón la Comisión advierte a las autoridades nacionales que las nuevas plataformas colaborativas o prestadores de servicios deben estar sujetos a los mismos requisitos de acceso al mercado que los tradicionales, sin beneficiar un modelo de negocio en perjuicio del otro. Hace especial hincapié en que los nuevos operadores de la “economía colaborativa” están sujetos a las normativas fiscales. No obstante, también advierte que en este tipo de negocios se plantean problemas en cuanto al cumplimiento de las obligaciones fiscales. De esta forma reconoce que, en ocasiones, existen dificultades para identificar a los contribuyentes y los ingresos sujetos a los impuestos.

El propio Parlamento Europeo, en la Resolución, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la “economía colaborativa”, ha realizado una serie de recomendaciones a la Comisión Europea sobre aspectos que se deberían revisar. Así, afirma que es necesario diferenciar entre proveedores individuales (ciudadanos que prestan servicios ocasionalmente) y profesionales (que deben cumplir los principios de la UE y los nacionales), además de concretar los derechos del consumidor. Respecto de los profesionales, manifiesta que se deben proteger los derechos de los trabajadores en la “economía colaborativa” y asegurar unas condiciones de trabajo justas y una adecuada protección jurídica y social para todos ellos. Confirma que los profesionales de la “economía colaborativa” son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia (autónomos), según la forma en la que desarrollen la actividad. Hace especial referencia al aumento de los trabajadores en estos tipos de negocios y la importancia de supervisar el mercado de trabajo y las condiciones laborales de la “economía colaborativa” con objeto de luchar contra las prácticas ilegales. En cuanto a los aspectos fiscales, recalca que la “economía colaborativa” no debe utilizarse nunca como medio para eludir las obligaciones tributarias, por esa razón señala que es necesario que exista una colaboración entre las autoridades competentes y las plataformas colaborativas para conseguir el cumplimiento de las obligaciones fiscales y el pago de impuestos.

Así pues, la inserción de estas actividades dentro de la “economía colaborativa” o del turismo colaborativo no tiene influencia determinante en la calificación como profesionales o amateurs de los servicios prestados por los guías *free tours*. La respuesta dependerá de la existencia de una actividad que pueda calificarse como económica. En esta indagación nos ayudará conocer el papel que juegan las plataformas digitales.

3. Tipos de plataformas colaborativas que ofertan *free tours* ¿colaboración o negocio?

En este nuevo contexto económico y cultural, vinculado al desarrollo de las nuevas tecnologías, la crisis económica y las nuevas demandas del consumidor (en nuestro caso, el turista), particulares, pero también profesionales, que desean desarrollar tareas de visitas guiadas de todo tipo (tradicionales o experienciales) acuden a las plataformas digitales para ofrecer unos servicios que tratarán de diferenciarse de los demás. Los demandantes son nativos tecnológicos que buscan en internet y en las nuevas aplicaciones las distintas propuestas, y se dejarán influir en su elección, por los comentarios vertidos por otros turistas (NAVALÓN-GARCÍA y MÍNGUEZ GARCÍA, 2018, pág. 271). No hay que minusvalorar la importancia de otro dato: tras la liberalización del sector turístico por la Directiva de servicios, se han establecido en nuestro país empresas de visitas guiadas y profesionales turísticos habituados en muchos casos a contactar directamente con los turistas a través de dichas plataformas (NAVALÓN-GARCÍA y MÍNGUEZ GARCÍA, 2018, pág. 271).

Como advierte CRUZ VILLALÓN (2017, págs. 38-39) existe una notable dificultad para identificar el rol que en cada caso asume una plataforma digital en la prestación del servicio por parte del prestador (en nuestro caso, el guía). En primer lugar, la información que de sí mismas, de su naturaleza jurídica y de su forma de actuar proporcionan las plataformas es muy opaca. La deficiente información debe completarse con la procedente de blogs¹⁴ y páginas web gestionadas por particulares que se adhieren al programa de afiliados de aquellas plataformas y que muestran especial interés en explicar a sus lectores cómo funciona un *free tour* (a través de ellos hemos podido conocer, por ejemplo, que algunas plataformas cobran comisiones a los guías)¹⁵. En segundo lugar, como ocurre con servicios de otro tipo (transporte de viajeros, alojamiento, entrega de comida a domicilio, cuidadores...), la intervención de la plataforma puede ser muy diversa en función de los servicios que prestan. Aplicando al caso de las visitas guiadas, la clasificación de las plataformas establecida por CRUZ VILLALÓN (2017, págs. 39-40) podemos distinguir tres tipos:

1. Las que se limitan a poner en contacto a los turistas con los guías. Actuarían como un buscador o como una especie de agencia privada de colocación para autónomos.

¹⁴ Vid, por ejemplo, “¿Son los *Free Tour* para los viajeros responsables?”, blog de Mar Villalba, entrada el 27 de agosto de 2018, se afirma que “Las plataformas donde se anuncian los guías para estos servicios, Sí cobran una comisión a sus “guías” por lo que ya dejan de estar dentro de la economía colaborativa y pasan a ser una actividad económica con sus ganancias donde sus ‘trabajadores’ no tiene establecidos un sueldo”. Son muy interesantes los 20 comentarios que se hacen a continuación, donde explican su experiencia los turistas y los guías *Free Tours*. Disponible en <https://www.miruta.es/free-tour-visitas-guiadas-gratis/> (última consulta 17 de enero de 2018). Muy interesante también es la experiencia de Cristina Arnal Sáenz que cuenta en el artículo “Propinas, calor y turistas cabreados: ser guía de ‘free tour’ es una pesadilla”, 18 de julio de 2019. Disponible en <https://www.vice.com/es/article/a3xp5a/free-tour-turismo-precariedad-guias> (última consulta 7 de octubre de 2019). Ha abierto una página de Facebook e Instagram bajo el nombre de Poor Free Tour, donde guías *free tours* de toda Europa están contando también sus experiencias (https://en-gb.facebook.com/poorfreetour/posts/953265518383520/?tn_ =K-R, última consulta 23 de octubre de 2019).

¹⁵ Vid, por ejemplo, el programa de afiliación de Civitatis: Inicialmente ofrecen el 8% de comisión por cada venta, pero tienen una estructura de comisiones en función del importe de las ventas mensuales, según la cual es posible llegar hasta el 10%: - Hasta 1.000€: 8% de las ventas y 0,4€ por asistente a los *Free Tours*; - De 1.000 a 5.000€: 9% de las ventas y 0,45€ por asistente a los *Free Tours*; - Desde 5.000€: 10% de las ventas y 0,5€ por asistente a los *Free Tours*. Se explica que “El nivel de comisión se ajusta en función de las ventas del mes anterior. Es decir, si en marzo vendes 3.000€, en abril la comisión sería del 9%. No te asustes, el objetivo es factible, tenemos un ratio muy alto de conversión y es muy fácil ganar dinero con nosotros”. Disponible en <https://www.civitatis.com/es/afiliados/> (última consulta 17 de enero de 2019).

2. Las que actúan como intermediarias entre el guía y los turistas ofreciendo, además, otros servicios como la gestión de las reservas, la gestión de cobro, la comercialización de los servicios o la valoración del cliente (servicio de reputación *on line*). Las plataformas actuarían como grandes *Marketplace* donde concurrirían multitud de guías o empresas turísticas a ofrecer sus productos. En este caso, el cliente del guía sería directamente el turista, por lo que la retribución procedería de éste, aunque la plataforma, a través de un sistema de pago seguro, realizase el cobro, para su posterior entrega al guía, previo descuento de una comisión por los servicios prestados. Esta actividad de mera intermediación se rige por Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que el servicio que prestan se ajusta a la definición de “servicio de la sociedad de la información” que recoge el artículo 2 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico¹⁶, esto es, prestan servicios a cambio de una remuneración, o al menos, constituyen una actividad económica, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios (MONTERO PASCUAL, 2017, pág. 104)¹⁷. En este caso, están amparadas por el principio de libre prestación de servicios previsto en la Directiva.
3. Las que no se limitan a actuar como meras intermediarias, sino que, además, prestan el servicio subyacente en la medida en que no se limitan a intermediar entre oferta y demanda, sino que crean la oferta y controlan las condiciones de prestación de tales servicios¹⁸. En este caso, el servicio de intermediación, en combinación con otros servicios prestados por la plataforma, forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal está vinculado a un determinado sector de la actividad, en nuestro estudio sería el turismo. En consecuencia, no pueden ser calificadas de prestadoras de servicios de la sociedad de la información, estando excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31¹⁹.

Podemos distinguir dos formas de intervenir en el mercado: el servicio es prestado por guías contratados laboralmente por la plataforma²⁰, o bien, está externalizado a otras empresas de visitas guiadas o a trabajadores autónomos respecto de los cuales la plataforma asumiría el

¹⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. El artículo 2 se remite para definir los “servicios de la sociedad de la información” al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE - modificada por la Directiva 98/48/CE-

¹⁷ La STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011 (Asunto C-324/09-caso L’Oréal-) concluyó que la explotación de un mercado electrónico por parte del operador eBay, podía tener la consideración de “servicio de la sociedad de la información”, en la medida en que se prestan servicios a distancia a través de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y a cambio de una remuneración.

¹⁸ El TJUE atiende a estos dos criterios para determinar la naturaleza de los servicios prestados. En dos sentencias recaídas en relación con la plataforma UBER concluyó que no era una mera intermediaria sino que era responsable del servicio subyacente, en la medida en que ejerce sobre las empresas y profesionales una “influencia decisiva”, pues consta que establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos [SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15) y de 10 de abril de 2018 (Asunto C-320/16)]. En relación con la plataforma Airbnb, el Abogado General ha concluido recientemente que no es una inmobiliaria sino un prestador de servicios de la sociedad de la información, ya que, si bien ha creado la oferta, no ejerce control sobre las condiciones de prestación del servicio (Conclusiones del Abogado General, de 30 de abril de 2019 en el Asunto C-390/18).

¹⁹ Vid, SSTJUE sobre el caso Uber citadas en la nota anterior.

²⁰ Es el caso, por ejemplo, de Cuéntame Toledo, muy conocida por sus tours gratis, que exige que los guías tengan el carácter de oficiales y ofrece contratos indefinidos con sueldo fijo. Vid, en su página web “Trabaja con nosotros”, <https://www.cuentametoledo.com/blog/trabaja-de-gu%C3%ADa-tur%C3%ADstico-en-toledo> (última consulta 17 de enero de 2019).

papel de cliente (sería un caso de descentralización productiva). En este último caso, el guía se encargaría de proveer a la plataforma, que en realidad es una agencia de viajes o una empresa informativa turística de visitas guiadas, cobrando directamente de la plataforma, no del cliente. La atribución de la naturaleza laboral o mercantil a la relación que une al prestador de servicios con la plataforma depende de la concurrencia o no de las notas de dependencia y ajenidad que, conforme al artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, permiten calificar una relación como laboral. Cuando puedan identificarse unos poderes directivos empresariales por parte de la plataforma (manifestados en la potestad de organización del trabajo del guía y en el ejercicio de un poder disciplinario), la relación debería vertebrarse a través de un contrato laboral²¹. Si el guía trabajara en régimen de autoorganización, estaríamos en presencia de un trabajador que podría llegar a tener la condición de “trabajador autónomo dependiente” –TRADE- si percibiera de la plataforma, al menos, el 75% de sus ingresos.

Si bien algunas de estas plataformas que no pueden calificarse de meras intermediarias, informan de que sus guías son autónomos y cuentan con la correspondiente habilitación, un número importante de ellas pretende “eludir las mayores responsabilidades posibles, intentando huir a estos efectos no sólo de ser calificados como empleadores a efectos de la aplicación de la legislación laboral sino, incluso, a los efectos de huir de la condición de empresa cliente del presunto trabajador autónomo”²². Para ello resulta esencial presentar a dichos guías como personas que no realizan una actividad profesional, sino que se limitan a realizar un intercambio de experiencias totalmente gratuito o que buscan obtener un dinero extra de forma divertida. La misma terminología acuñada contribuye a crear esta confusión: no se habla de trabajadores sino de colaboradores, *partners*, *walkers*, *insiders*, gurús o asociados; no se habla de precios, sino de propinas o de donativos; no se exige profesionalidad, sino que se apela a la juventud, al talento, a la pasión por comunicar a los demás los detalles de una ciudad a la que se ama y se conoce, al deseo de intercambiar experiencias y a las ganas de conocer a personas de todos los países... Todo ello con el fin de mantener la idea de que esta actividad se desarrolla dentro de un turismo colaborativo, democrático, sostenible y participativo. En ocasiones, se llega a tener la sensación de que lo que se buscan no son guías, sino artistas callejeros, actividad que, por cierto, también se basa

²¹ Recientemente ha sido noticia que una comisión administrativa de la Seguridad Social belga ha concluido que una guía turística que trabajaba con Buendía Tours era falsa autónoma, una decisión que rechaza la empresa y que se puede recurrir en los tribunales. La comisión administrativa se ha basado en su estudio del caso en las pruebas presentadas por la denunciante (con pantallazos de conversaciones de Whatsapp, emails, facturas y otros documentos), sin recabar la versión de la empresa. Su valoración es que “el examen del dossier revela suficientes elementos que permiten concluir que la relación de trabajo ejecutada en los términos propuestos por Buendía Tours debe considerarse como una relación de trabajo asalariado”. Entre la información facilitada a la comisión figuran mensajes de la dirección de Buendía Tours en los que piden a los guías autónomos que cuando rechacen tours incluyan la razón por la que lo hacen, e incluso en los que avisan a los trabajadores de que, si se tienen que cerrar servicios debido a sus rechazos para guiar visitas, esas personas dejarán de trabajar con Buendía. La resolución de la comisión se hace eco de la denuncia de vigilancia de los guías a través de una webcam pública que permite observar la Grand Place de Bruselas, de donde parten los *Free Tours* de la compañía. El dictamen recoge un mensaje a modo de ejemplo, de los varios presentados en un anexo, en el que desde la dirección de Buendía se menciona a dos trabajadoras que no están situadas en un lugar determinado: “Poneros [sic] por favor como ya hemos dicho mil veces una a cada lado de hispano”. *Vid.*, la noticia publicada en Diario.es del 31 de octubre de 2018, disponible en:

https://www.eldiario.es/economia/expediente-autonoma-empresa-abusos-laborales_0_830817501.html. (última consulta 24 de octubre de 2019).

²² Se trata de una afirmación que hace CRUZ VILLALÓN (2017, pág. 39) en relación con las plataformas en general, pero que es aplicable también a las especializadas en ofrecer Tours.

en propinas²³. Quizá por la cercanía a la actividad de entretenimiento algunas empresas de visitas guiadas no hablan de “guías” sino de “monitores turísticos”²⁴

Siguiendo los mismos criterios de clasificación señalados por MUÑOZ BENITO, R. (2019, págs. 391-393) hemos analizado las webs más populares que actualmente ofertan este tipo de tours gratuitos, realizando la clasificación que aparece en la tabla adjunta. La información la hemos obtenido de la web oficial tratando de identificar el modelo de negocio, los servicios que prestan y si existe contraprestación por los servicios, tanto de intermediación como de guía. A cada plataforma se asigna un número que guarda relación con la clasificación de plataformas que hemos realizado anteriormente (1, 2, 3).

NOMBRE	ACTIVIDAD	TIPO	SERVICIOS	CONTRAPRESTACIÓN DE LA PLATAFORMA	RETRIBUCIÓN AL GUÍA
Plataforma “GURUWALK” propiedad de GURUWALK, S.L.	Puesta en contacto de turistas con empresas de visitas guiadas o guías de turismo No organiza ni ofrece tours propios	2	Publicita sólo <i>free tours</i> , pero al entrar en uno de los recorridos nos remite a la empresa de visitas guiadas que lo presta y ahí se ofertan otros tours de pago. Ofrece servicios de reserva Ofrece servicios de reputación <i>on line</i> .	Cobro al guía de una cantidad fija por turista al guía que presta el servicio ²⁵ .	El guía recibe una propina de los turistas.
App colaborativa FREE TOURING	Puesta en contacto de guías (profesionales y amateurs) con turistas.	2	Publicita <i>free tours</i> Ofrece servicios de reserva Ofrece servicios de reputación <i>on line</i> .	Cobro al guía una tarifa fija por cada <i>free tour</i> que crea un guía.	El guía recibe una propina de los turistas.

²³ También respecto de este sector algunas ciudades han iniciado su regularización. Por ejemplo, en 2012 el Ayuntamiento de Estepona reservó unos enclaves a estos “emprendedores” con la única condición de que estuvieran dados de alta en la Seguridad Social. Noticia disponible en:

<https://www.laopiniondemalaga.es/estepona/2012/05/23/estepona-crea-16-enclaves-artistas-callejeros-alta-seguridad-social/508171.html>.

²⁴ Vid, página web de Trip Tours en <https://triptoursmadrid.com/free-tours-madrid/> (última consulta 24 de octubre de 2019).

²⁵ En la propia página web de Guruwalk no se contesta con claridad a esta cuestión. A la pregunta de un candidato a ser guía ¿Tengo que pagar alguna comisión a GuruWalk? Se contesta “GuruWalk tiene dos planes para todos los guías de la plataforma, un plan *hobbie* por el cual no pagarás por los viajeros, pero estarás limitado a un número pequeño de *walkers* por día. Si quieres recibir muchas reservas el plan PRO es tu elección, pero solo está disponible para algunas ciudades por lo que si te interesa contáctanos, con este plan vas a poder vivir realmente de tu pasión”. Disponible en <https://www.guruwalk.com/es/trabajar-guia-turistico> (última consulta 19 octubre de 2019).

Página web CIVITATIS Propiedad de la Agencia de Viajes CIVITATIS TOURS, S.L. ²⁶	<p>Puesta en contacto de guías (profesionales y amateurs) y empresas de visitas guiadas con turistas.</p> <p>En Madrid presta directamente los servicios a través de sus guías (Civitatis Tours&Tickets).</p> <p>Ofrece servicios de recogida y traslado</p>	2 y 3	<p>Publicita <i>free tours</i> y visitas de pago</p> <p>Ofrece servicios de reserva (Los <i>free tours</i> están sujetos a un número máximo de turistas).</p> <p>Ofrece Plataforma de pago</p> <p>Ofrece Servicio de reputación <i>on line</i></p>	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los <i>free tours</i> cobra por persona a partir de un número definido en la web).	<p>El <i>free tour</i> cobra de los turistas</p> <p>En las visitas de pago, el guía cobra directamente de la plataforma.</p>
Asociación cultural CUENTAME TOLEDO	<p>Plataforma que ofrece tours turísticos.</p> <p>Presta dichos servicios de forma directa.</p>	3	<p>Ofrece <i>free tours</i> y tours de pago</p> <p>Reserva a través de la web de <i>free tours</i> y no gratuitos. (Los <i>free tours</i> están sujetos a un número máximo de turistas. A partir de 6 se cobrarán 5€ por persona).</p> <p>Plataforma de pago</p>	<p>En los <i>free tours</i> en grupo se cobra una tarifa fija</p> <p>En los tours de pago, cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los <i>free tours</i> cobra por persona a partir de un número definido en la web).</p>	<p>En los tours gratuitos, el guía cobra de los turistas.</p> <p>En los tours de pago cobra de la Asociación.</p>
MADRIDAPIE Propiedad de la Asociación cultural <i>Free tour</i> Madrid	<p>Plataforma que ofrece servicios de guías.</p> <p>Presta servicios de forma directa</p>	3	<p>Ofrece <i>free tours</i> y tours de pago (Los <i>free tours</i> están sujetos a un número máximo de turistas).</p> <p>Ofrece servicios de reserva</p> <p>Ofrece Plataforma de pago.</p> <p>Ofrece reputación <i>on line</i></p>	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, en el caso de que el <i>free tour</i> se realice en grupo. La tarifa se fija por Madridapie.	El guía de <i>free tour</i> cobra directamente del cliente.

²⁶ Hace un año la empresa ha añadido un canal presencial de atención al cliente con el que complementar su venta online (Civitatis Tours&Tickets).

Strawberry tours Compañía internacional de tours a pie	<p>Plataforma que pone en contacto a guías y empresas de visitas guiadas (con las que se asocian en determinadas ciudades) con turistas.</p> <p>Presta directamente los servicios, bien mediante guías locales o mediante empresas con las que se asocian</p>	2	Ofrece <i>free tours</i> y en algunas ciudades tours privados (Los <i>free tours</i> que exceden de 8 personas tienen que solicitar un tour privado).	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los <i>free tours</i> cobra por persona a partir de un número definido en la web).	El guía de <i>free tour</i> cobra directamente del turista las propinas. Se indica que una parte del importe que pagues de las propinas de los <i>free tours</i> se donan a una organización benéfica local. Se indica también que “Una parte de esa contribución es destinada para nuestros gastos de marketing y operacionales”.
Plataforma FREETOUR.com Propiedad de Freetourcom Limited (forma parte del grupo dublinés Viagio)	Puesta en contacto de turistas con guías y empresas de visitas guiadas	2	<p>Publicita <i>free tours</i> y tours de pago (a estas últimas las denomina “excursiones económicas”).</p> <p>Ofrece servicios de reserva</p> <p>Ofrece Plataforma de pago.</p> <p>Ofrece servicios de reputación <i>on line</i> Plataforma de pago.</p>	<p>En los tours gratuitos indican que promueven los tours mediante nuestros canales de marketing online a cambio de una tarifa de comercialización relativamente pequeña</p> <p>En los tours de pago, se cobra al turista de un 20% del precio del tour al realizar la reserva por la web.</p>	<p>En los tours gratuitos cobro de propinas de los clientes.</p> <p>En los tours de pago, se cobra al turista el 80% restante del precio al inicio del tour. (se indica en la plataforma que esas son las ganancias del guía)</p>
TRIPPER.ONE	Plataforma que pone en contacto a personas para realizar experiencias. Los anfitriones publican eventos a los que se unen turistas	1	Plataforma de contacto entre personas	<p>Uso gratuito para el turista.</p> <p>Cobro de tarifas por el uso de ciertas funciones de la plataforma.</p>	Los anfitriones establecen el pago que consideren. En principio no tiene ánimo de lucro.

SANDEMANS NEW EUROPE	Plataforma que ofrece <i>free tours</i> y de pago. Prestan las visitas de forma directa o a través de colaboradores (los <i>free tours</i> se prestan por guías autónomos asociados)	3	Ofrecen tours gratis y tours de pago (Los <i>free tours</i> están sujetos a un número máximo de turistas). Ofrecen servicio de reserva Ofrecen Plataforma de pago.	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los <i>free tours</i> cobra por persona a partir de un número definido en la web).	En los <i>free tours</i> el guía cobra directamente de los turistas
-------------------------	---	---	--	--	---

Fuente: MUÑOZ BENITO, R. (2019, págs. 391-393) y elaboración propia

Tras el análisis de las condiciones en las que operan estas plataformas podemos afirmar que la mayoría de ellas realizan una oferta muy estandarizada. La duración, que es considerable (en torno a las 2 horas), el tipo de recorrido, el número máximo de personas en el grupo, la política de cancelación, la invitación a reservar, suelen ser muy similares. Prácticamente, lo que las diferencia es el punto de partida y el color del paraguas o de la camiseta que sirve de referencia. En la mayoría de los casos el *free tour* se presenta como reclamo para captar clientes a los que posteriormente se ofrecen otros servicios no gratuitos (la oferta se hace directamente por los guías, o bien, al revisar la reserva del tour gratis aparece automáticamente información de otros tours de pago que pueden interesar para completar la visita). Además, los *free tour* se ofrecen bajo la condición de un número máximo de turistas (lo más habitual son 5 ó 6), de forma que, si el grupo supera dicha cifra, se cobra una tarifa fija por persona. En ese proceso de captación, la reserva de la plaza desempeña un papel crucial.

La conclusión a la que llegamos coincide con la manifestada por MUÑOZ BENITO (2019, pág. 393) cuando afirma que “el modelo gratuito o *free tour* es prácticamente la excepción, ya que en la mayoría de los casos existe una tarifa *Premium* para acceder a servicios más completos, con lo que la gratuidad sirve para captar usuarios para posteriormente ofrecerles previo pago un servicio más completo. Por otra parte, en la mayoría de los casos encontramos una tarifa, aunque no esté previamente fijada que, en muchas ocasiones, será inferior a los precios de mercado”. A la misma conclusión llegaron NAVALÓN-GARCÍA y MÍNGUEZ GARCÍA (2016, pág. 277) en su estudio sobre las plataformas de *free tours* que trabajan en Madrid, y LEAL LONDOÑO y MEDINA (2018, págs. 323-341) en su estudio centrado en la ciudad de Barcelona.

4. ¿Existe intrusismo?

4.1. Punto de partida: la consideración de la actividad de guía de turismo como una profesión regulada

La profesión de guía de turismo, en nuestro sistema jurídico, fue objeto de regulación desde fechas muy tempranas. Como explica MELGOSA ARCOS (págs. 2 y 3 del pdf.), ya en el artículo 2 del Real Decreto de 25 de abril de 1928, por el que se crea el Patronato Nacional de Turismo, se contemplaba entre sus funciones la de “llegar a la implantación de Escuelas de Turismo que faciliten personal titulado en el número que se estime preciso, con dominio de los idiomas extranjeros más extendidos y con la debida cultura artística para servir de guías aptos a los

turistas”. En una Orden de 21 de noviembre de 1929, se estableció una subdivisión de la profesión en categorías atendiendo al ámbito territorial y conocimientos lingüísticos, distinguiendo entre guías locales, insulares, provinciales, regionales y nacionales. En 1939, una Orden de 15 de diciembre reguló la actuación de los guías libres de turismo, clasificándolos en Intérpretes, Guías, Guías-Intérpretes y Correos. A partir de este momento distintas órdenes ministeriales regularon la profesión, siendo la última la Orden de 31 de enero de 1964, que aprobó el Reglamento para el ejercicio de actividades turístico-informativas privadas. La Orden establecía que, como regla general, el ejercicio de las actividades de guía y Guía-Intérprete no requería un título profesional específico, sino un nombramiento oficial que se obtenía tras superar determinados exámenes, mediante los que se demostraba la capacidad y conocimiento de los interesados, y que autorizaba el desempeño de aquellas actividades en zonas territoriales concretas y especificadas en el propio acto de nombramiento o habilitación; ello sin perjuicio de que, quienes estuvieran en posesión del título expedido por la Escuela Oficial de Turismo, se hallaren facultados para ejercer la actividad profesional de Guía-Intérprete de Turismo y pudieran obtener la correspondiente “tarjeta de identidad”, sin necesidad de cumplir otros requisitos. Este reglamento estuvo en vigor hasta su derogación expresa por la Orden de 1 de diciembre de 1995, que en su preámbulo se hizo eco de la nueva distribución de competencias derivada de la Constitución de 1978. Previamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/89, de 6 de julio, había calificado la habilitación como una “licencia” subsiguiente a la acreditación de ciertas aptitudes y conocimientos relacionados con la actividad turística, cuyo otorgamiento estaba directamente vinculado al interés público en la ordenación del turismo que corresponde tutelar a la Comunidad Autónoma ex. art. 148.1.18 de la Constitución. Indirectamente, suponía reconocer que la actividad de guía de turismo era una profesión regulada “no titulada”, ya que no se condicionaba a la obtención de determinados títulos académicos cuya competencia corresponde exclusivamente al Estado. A partir de este momento, todas las CC.AA. recogieron esta competencia en sus respectivos Estatutos de Autonomía y aprobaron sus respectivas leyes de turismo. Manteniendo la tradición intervencionista anterior, la normativa autonómica se caracterizó por exigir para ejercer en su territorio una previa habilitación administrativa, para lo cual se exigía superar una prueba de aptitud.

En pocos años la normativa turística autonómica tuvo que ser modificada como consecuencia de la incidencia de dos Directivas comunitarias que tienen por objetivo eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. La primera en el tiempo fue la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reconoce el derecho de los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la Unión Europea a la libre prestación de servicios profesionales en cualquier otro Estado, en el ámbito de las profesiones reguladas, entre las que se cuenta la de guía de turismo (se recoge como profesión “no titulada” en el Anexo VIII del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre). La Directiva define la “profesión regulada” como la actividad profesional para cuyo ejercicio se exige, en virtud de disposición legal, reglamentaria o administrativa estar en posesión de una cualificación profesional, definida ésta como la capacidad para el acceso a una determinada profesión o a su ejercicio, que ven acreditada oficialmente por un título de formación, por un certificado de competencia, por una experiencia profesional formalmente reconocida, o bien por el concurso de más de una de tales circunstancias (art. 5). La Directiva fue posteriormente modificada por la Directiva 2013/55/UE de 20 de noviembre de 2013, transpuesta a nuestro sistema por el RD 581/2017, de 9 de junio. La Directiva modificada estableció la obligación de los Estados miembros de evaluar la proporcionalidad de los requisitos que limitaban el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio y de comunicar a la Comisión los resultados de esa

evaluación, iniciando el “proceso de evaluación recíproca”. Dicho proceso implicaba que los Estados miembros debían realizar un análisis de toda su legislación relativa a las profesiones que estaban reguladas en su territorio²⁷. Según el art. 81 del RD el informe debe completar específicamente la valoración de la compatibilidad de los requisitos que limitan el acceso a la profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica, con la libertad de establecimiento y prestación de servicios. A estos efectos, la valoración de compatibilidad se ajustará al “test de proporcionalidad” y considerará especialmente: 1.º Que los requisitos no sean directa ni indirectamente discriminatorios por razón de nacionalidad o de lugar de residencia. 2.º Que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general. 3.º Que los requisitos sean adecuados para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

El concepto de “razón imperiosa de interés general” ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma amplia incluyendo entre otros y en lo que afecta a nuestro estudio: la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. A ello hay que añadir que el TJUE ha incluido también el objetivo de “garantizar la calidad de los trabajos”²⁸.

El segundo gran hito fue la aprobación de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior –conocida como “Directiva de servicios”, que, como señala MELGOSA ARCOS (pág. 1 del pdf.) supuso “el cambio de un régimen restrictivo y localista a otro abierto a todo el estado español y a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea”. En el considerando 33 se indica que dentro del concepto de “servicios” se incluye a los guías de turismo.

Una de las principales novedades fue la proscripción de supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización salvo cuando se reunieran las condiciones del “test de proporcionalidad”, esto es no discriminación, necesidad, sustitución y proporcionalidad, lo que exige analizar si el objetivo perseguido se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (art. 9.1).

El concepto de “razones imperiosas de interés general”, que justificaría la “necesidad” de la autorización, se define en el artículo 4 en la forma que acabamos de explicar anteriormente. El listado es abierto, no cerrado, por lo que la doctrina científica consideró que los Estados miembros podrían calificar el concepto de “calidad turística” como una razón imperiosa de interés general “y ello en función de la importancia que para la respectiva economía nacional

²⁷ El nuevo Reglamento derogó el RD 1837/2008 aunque mantuvo transitoriamente en vigor el Anexo VIII hasta que finalizasen los trabajos de revisión de los mismos por parte de la Comisión Interministerial. A fecha de hoy estos trabajos todavía no han terminado.

²⁸ La reciente STJUE de 4 de julio de 2019 (Asunto C-377/17) recuerda que “los objetivos de garantizar la calidad de los trabajos y la protección de los consumidores han sido reconocidos por el Tribunal de Justicia como razones imperiosas de interés general (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, EU:C:2000:527, apartado 38; de 8 de septiembre de 2010, Stoß y otros, C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, EU:C:2010:504, apartado 74, y de 15 de octubre de 2015, Grupo Itevelesa y otros, C-168/14, EU:C:2015:685, apartado 74)”.

tenga este sector económico” (CORRAL SASTRE, 2017, pág. 45). El problema en la actualidad reside en que, pese a que la Directiva recogió un listado abierto de “razones imperiosas de interés general” e, incluso en el considerando 40 establecía que el concepto podía ir evolucionando con el tiempo, lo cierto es que la Ley española de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, estableció un listado cerrado en el art. 3.11. Además, si bien inicialmente consideraba que concurría la necesidad de la autorización cuando había una razón imperiosa de interés general, posteriormente, y tras la modificación llevada a cabo por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado –LGUM–²⁹, el nuevo art. 5.b) contiene una redacción mucho más restringida limitada a “razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado”³⁰.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la normativa de reconocimiento de cualificaciones profesionales, en la regulación de la actividad de guía de turismo, prima sobre la reguladora del mercado interior tal y como establece el art. 3.1.d) de la Directiva 2006/123/CE³¹. Por lo tanto, los Estados mantiene el poder de calificar una profesión como regulada y de exigir una determinada cualificación profesional. Dicho lo cual, parece observarse una confluencia entre ambas Directivas y es que se aprecia en la Unión europea, también en materia de cualificaciones profesionales, una tendencia hacia un acceso más liberalizado al ejercicio de las profesiones reguladas. La Directiva (UE) 2018/958, de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones³², vuelve a insistir en que cuando el acceso a actividades por cuenta propia o ajena y su ejercicio estén supeditados al cumplimiento de determinados requisitos relacionados con cualificaciones profesionales específicas, establecidos de forma directa o indirecta por los Estados miembros, es necesario garantizar que dichos requisitos estén justificados por objetivos de interés público, como los que se consideran como tales en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a saber, orden público, seguridad y salud públicas, o por razones imperiosas de interés general, reconocidas como tales en la

²⁹ En el Anexo de la LGUM los términos autorización, licencia y habilitación son sinónimos. “f) Autorización, licencia o habilitación: cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio”. Además, las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización (artículo 17.1 in fine). Se entenderá que tienen carácter habilitante aquellos registros cuya inscripción es obligatoria para el acceso a la actividad.

³⁰ En opinión de CORRAL SASTRE (2017, pág. 45), partiendo de la base de que el turismo es competencia exclusiva de las CC.AA., una legislación estatal básica no puede impedir que las CC.AA. a través de una norma con rango de ley tengan en cuenta otras razones imperiosas de interés general. Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017, que ha insistido en el carácter cerrado de las causas incluidas en el art. 17.1. Aclara, sin embargo, que “si bien las CC.AA. han visto restringido el uso de determinados instrumentos de control administrativo previo como es la exigencia de autorizaciones, ello no les impide imponer –en ejercicio de sus competencias y en atención al desarrollo de políticas propias– requisitos materiales al acceso y al ejercicio de las actividades económicas dirigidos a la salvaguarda de aquellos objetivos legítimos que exceden de los enumerados en el artículo 17.1. Requisitos cuyo cumplimiento por los operadores económicos podrá ser controlado por la administración competente a través de otros mecanismos de intervención, previa o posterior, fuera de la autorización. Así, por ejemplo, las razones imperiosas de interés general justificarán la exigencia de mecanismos de intervención previos como son la presentación de declaraciones responsables o de comunicaciones previas, conforme prescriben los apartados segundo a cuarto del referido artículo 17 de la Ley 20/2013”.

³¹ El artículo 3, apartado 13, de la Ley 17/2009 introduce la definición de “profesión regulada”, entendiendo como tal “la actividad o conjunto de actividades profesionales, cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales”.

³² Sobre el test de proporcionalidad y su aplicación en un caso práctico, vid, CÓRDOBA AZCÁRATE, E., y MARTÍN VILLALBA, M.D., (2019), “La aplicación del test de proporcionalidad”, *Revista española de Educación Física y Deportes*, núm. 425, págs. 51-64.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cuando adopten nuevas regulaciones sobre profesiones o modifiquen las ya existentes, los Estados miembros deben comparar la medida nacional en cuestión con otras soluciones alternativas, menos restrictivas que permitan alcanzar el mismo objetivo imponiendo menos restricciones. La regulación por medio de actividades reservadas³³ y títulos profesionales protegidos³⁴ debe considerarse cuando las medidas estén encaminadas a prevenir un riesgo de perjuicio grave para los objetivos de interés público, como sería la salud pública. Estas tendencias necesariamente influirán en las próximas reformas de la normativa autonómica.

4.2. El marco legal de la actividad de guía turístico

Con posterioridad a la aprobación de la Ley 17/2009, y con el fin de adaptarla al nuevo marco normativo, se procedió a la modificación de la mayoría de las leyes y reglamentos autonómicos, con el fin de liberalizar el sector, eliminando las barreras de acceso a la prestación del servicio en los distintos territorios autonómicos no sólo para los guías procedentes de otros territorios de la Unión, como exigía la Directiva de servicios, sino también de los guías oficiales procedentes de las CC.AA. que se veían obligados a solicitar una habilitación en cada comunidad autónoma (MELGOSA ARCOS, pág. 10 del pdf.). El panorama jurídico actual es el siguiente:

- Andalucía: Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía y Decreto 8/2015, de 20 de enero, por el que se regula la actividad de guía de turismo³⁵.
- Aragón: Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón y Decreto 21/2015, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de guías de turismo.
- Canarias: Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias y Decreto 13/2010, de 11 de febrero, por el que se regula el acceso y ejercicio de la profesión de Guía de Turismo, modificado por Decreto 88/2012, de 15 de noviembre.
- Castilla y León: Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de turismo de Castilla y León y Decreto 5/2016, de 25 de febrero, regula el acceso y ejercicio y actividad de guía de turismo
- Comunidad Valenciana: Ley 15/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana y Decreto 62/1996, de 25 de marzo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el reglamento regulador de la profesión de guía de turismo, modificado por Decreto 10/2013, de 11 de enero para adaptarlo a la Directiva 2006/123/CEE.

³³ Se entiende por “actividades reservadas”: una modalidad de regulación de una profesión en la que el acceso a la actividad profesional o grupo de actividades profesionales está reservado, de forma directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a miembros de una profesión regulada con una cualificación profesional específica, incluidos los casos en los que la actividad se comparte con otras profesiones reguladas (art. 3).

³⁴ Se entiende por “título profesional protegido”: una modalidad de regulación de una profesión en la que el uso del título en una actividad profesional o grupo de actividades profesionales está sujeto, de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de una cualificación profesional específica y en la que el uso indebido de dicho título está sujeto a sanciones (art. 3).

³⁵ En la actualidad, existe un Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de guías de turismo de Andalucía, que establece una mayor exigencia en el nivel de idiomas. El primer borrador, de 22 de mayo de 2019 está disponible en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/19/05/PRIMER%20BORRADOR%2026-04.pdf (última consulta 2 de octubre de 2019).

- Extremadura: Ley 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura y Decreto 37/2015, de 17 de marzo, regula la actividad profesional de guía de turismo.
- Galicia: Ley 7/2011, de 27 de octubre, del Turismo de Galicia y Decreto 73/2015, de 7 de mayo, regula la profesión de guía de turismo.
- Islas Baleares: Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares y Decreto 20/2015, de 17 de abril, de principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de las Islas Baleares y de regulación y clasificación de las empresas y de los establecimientos turísticos.
- La Rioja: Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja y Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de turismo de La Rioja.
- Madrid: Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid y Decreto 18/2017, de 7 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de guías oficiales de turismo de la Comunidad de Madrid.
- Murcia: si bien el Decreto es de 1995 (Decreto 178/1995, por el que se regula la profesión de Guía de Turismo), la Ley 12/2013, de 20 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia. se modificó precisamente por Ley 11/2014, de 27 de noviembre para adaptarse a la normativa comunitaria.
- País Vasco: Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo. Está pendiente de desarrollo reglamentario lo relativo a los requisitos y procedimiento de habilitación de los guías de turismo³⁶.

Anteriores a dicha fecha son:

- Asturias: Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo y Decreto 59/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la profesión de guía de turismo.
- Cantabria: Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria y Decreto 32/1997, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de actividades turístico-informativas privadas, modificado por Decreto 51/2001, de 24 de julio.
- Castilla-La Mancha: Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha y Decreto 96/2006, de 17 de julio de 2006, de Ordenación de las Profesiones Turísticas en Castilla-La Mancha, modificado por Decreto 349/2008, de 9 de diciembre. Se encuentra en fase de aprobación un nuevo Decreto regulador de la actividad profesional de guía de turismo y de las empresas de información turística³⁷.

³⁶ Por Resolución de 1 de octubre de 2019, se acordó una consulta pública previa a la elaboración del decreto de habilitación de la actividad de guía de turismo en el interior de los elementos catalogados del patrimonio cultural vasco.

³⁷ En esta página se puede consultar el estado de tramitación del proyecto de Decreto, así como los documentos que lo configuran:

- Cataluña. Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña y Decreto 5/1998, de 7 de enero, sobre la actividad de guía de turismo. Hay que tener en cuenta que este reglamento es anterior a la Ley 13/2002 que adaptó la normativa a la Directiva 2006/123/CEE³⁸.

La reglamentación indicada está en continua evolución. De hecho, en la actualidad dos CC.AA., Castilla-La Mancha y Cataluña, han puesto en marcha el proceso de reforma de las normas reglamentarias, lo que ha provocado un intenso debate en torno al alcance y límites de las exigencias de liberalización del sector que derivan de las Directivas comunitarias.

4.3. La reserva de la actividad de guía turístico: la habilitación

a. La disparidad de regímenes entre los territorios autonómicos

En estos momentos, en todas las CC.AA., con la excepción de Madrid y La Rioja, se mantiene la exigencia de estar en posesión de una habilitación expedida por la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma. Algunas normas autonómicas se han preocupado de justificar, en sus Preámbulos o Exposiciones de Motivos, la necesidad y proporcionalidad del mantenimiento de la exigencia de la habilitación. Lo más habitual es apelar a las razones de imperiosa necesidad de interés general que definen la Directiva de servicios y la Ley de 2009: la defensa, protección y promoción del patrimonio cultural, artístico y natural, (Galicia, País Vasco, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía, islas Baleares), la necesidad de proteger los derechos de los consumidores (País Vasco, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía) o la lucha contra el fraude (Castilla y León). Desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado, se ha puesto en duda que la exigencia de dicha habilitación cumpla con el requisito de ser proporcionada³⁹. En el mismo sentido, desde la perspectiva de la Directiva de servicios, BERMEJO

<http://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasyempleo/actuaciones/proyecto-de-decreto-de-gu%C3%AD-de-turismo-y-empresas-de-informaci%C3%B3n-tur%C3%ADstica>.

(última consulta 1 de mayo de 2019).

³⁸ En 2018 se elaboró un proyecto de Decreto de guía de turismo. La Autoridad Catalana de la competencia emitió un informe previo disponible en:

http://accogencat.cat/web/content/80_accogencat/documents/arxiu/actuacions/20180831_IR_36_2018_guies_turisme-esp.pdf (última consulta 2 de octubre de 2019). El proyecto de Decreto se podía consultar en la página web (http://empresa.gencat.cat/web/.content/01_-_informacio_departamental/01_-_departament/07_-_normativa/normativa_tramit/projectes_decret/Projecte_activitat_guia_turisme/arxiu/20180815_PD_guia_de_turisme.pdf). Sin embargo, a fecha 7 de octubre de 2019 ya no se encuentra disponible. La Generalitat, por su parte, informa de que “La normativa europea obliga a una revisión de la normativa interna. Como consecuencia de esta adaptación, que debe llevar a trabajar bajo el sistema de calidad turística de los servicios, no se convocarán más pruebas para la habilitación de guías de turismo de Cataluña ni se tramitarán reconocimientos de habilitaciones de guías de turismo expedidas por otras administraciones públicas” (<https://canalempresa.gencat.cat/es/integraciodepartamentaltramit/tramit/PerTemes/Habilitacio-com-a-guia-de-turisme-de-Catalunya>, (última consulta 2 de octubre de 2019).

³⁹ En el Informe previo elaborado por la Autoridad catalana de la competencia sobre el proyecto de Decreto regulador de la profesión de guía de turismo, actualmente en fase de elaboración, se hace constar que: “Desde una óptica de competencia, el establecimiento de una habilitación para poder prestar los servicios de guía de turismo en determinados lugares y que, por lo tanto, comporta una reserva de actividad a favor de determinados profesionales, funciona como un régimen de autorización administrativa que restringe el acceso y el ejercicio de la actividad en el mercado a determinados profesionales”. Por lo tanto, como restricción a la competencia que es, la exigencia de habilitación debería ser necesaria, en el sentido de estar justificada en base a una razón imperiosa de interés general, y proporcional. La ACCO considera que, en este caso, no concurren los presupuestos que justifiquen el mantenimiento de la habilitación para prestar los servicios de guía de turismo en el interior de los monumentos declarados bien cultural de interés nacional y de los museos inscritos en el Registro de Museos de Catalunya. Tampoco la memoria general que acompaña el proyecto de Decreto especifica qué concreto interés general justificaría el establecimiento de este sistema de intervención administrativa

LATRE y ESCARTÍN ESCUDÉ (2017, pág. 507) defienden que “la mera obtención de la cualificación profesional exigida debería bastar para poder ejercer la actividad en todo el territorio estatal cuando se exija disponer de ella para el ejercicio de la actividad turística, sin necesidad de controles previos adicionales, tales como la inscripción en un registro, la colegiación o la obtención de una autorización. Los motivos de garantía de la capacitación de los guías en aras de la lucha contra el fraude y la consecución de los objetivos de calidad del servicio podrían calificarse como razones imperiosas de interés general, pero no resulta tan fácilmente justificable el hecho de que deba de prevalecer el citado régimen de control apriorístico mediante autorización frente a otros mecanismos ciertamente menos intervencionistas como podría ser, por ejemplo, el de comunicación previa.”

Se observa en las últimas leyes aprobadas una preocupación por que la legislación sea cada vez menos intervencionista y por adaptarla a una realidad caracterizada por la irrupción de las nuevas tecnologías y los gustos de los consumidores que se caracterizan, como explica el Preámbulo de la Ley de Turismo de la Región de Murcia, por ser “cada día más creadores de sus propios viajes, organizando sus rutas, comprando directamente a través de Internet y exigiendo variedad y calidad en los destinos elegidos”. Por estas razones “las empresas tendrán que ser capaces de innovar en producto, en sistemas de organización y en venta. Y la legislación autonómica no puede ser un impedimento para la creatividad empresarial y la búsqueda de los mejores nichos de inversión”⁴⁰.

Si en una primera etapa la liberalización consistió en reconocer el derecho a la libre prestación temporal de su actividad a los guías provenientes de terceros Estados miembros de la Unión y de otras CC.AA., en las leyes más recientes (Galicia, Aragón, Murcia, Islas Baleares y Andalucía) se aprecia una tendencia a flexibilizar el procedimiento para obtener la habilitación, pasándose de un sistema donde para obtener la acreditación era necesario superar una prueba de aptitud convocada por la consejería competente y consistente en la realización de unos exámenes sobre unas materias y temarios predeterminados (con el problema de que estas pruebas no se han estado convocando durante años), a un sistema donde lo que se valora es un elenco de titulaciones, credenciales de homologación y certificados, todos ellos oficiales y con validez en

basada en la obtención de una habilitación, más allá del hecho de que se encuentra previsto en el artículo 65 de la Ley 13/2002. Adicionalmente, tampoco se especifica en qué medida la obtención de una habilitación constituye el mecanismo más adecuado para velar “para que la visita pública a los bienes culturales de interés nacional se efectúe en condiciones adecuadas de conservación, conocimiento y difusión”. En este sentido, hay que recordar que ninguno de estos motivos constituye una razón imperiosa de interés general reconocida como tal por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que justifique el establecimiento de un régimen de autorización para esta actividad. Tampoco la prestación de unos servicios turísticos de calidad tiene esta calificación. De hecho, si este es el objetivo, plenamente respetable, perseguido por la habilitación, existen otras medidas menos restrictivas con un menor impacto entre los operadores que una reserva de actividad a favor de unos concretos profesionales, y que permitirían alcanzar tal objetivo; sería el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sello de calidad voluntario para aquellos guías de turismo que cumplieran determinados requisitos, la creación de premios destinados a los profesionales, etc. Por lo tanto, la ACCO considera injustificado el mantenimiento de la barrera de entrada en el mercado constituida por el régimen autorizatorio, basado en la obtención de una habilitación”. *Vid.* Informe IR 36/2018, elaborado por la Autoridad Catalana de Competencia sobre el Proyecto de Decreto sobre la actividad de guía de turismo, solicitado por el Departament d'Empresa i Coneixement, Fecha informe: 8 de agosto de 2018. Disponible en

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20180831_IR_36_2018_guies_turisme_esp.pdf (última consulta 15 de enero de 2019).

⁴⁰ El ánimo liberalizador que inspira a la ley, no le ha llevado al extremo de suprimir la exigencia de la habilitación para el ejercicio de la profesión de guía turístico, que continúa justificándose de forma muy genérica en que “resulta acorde con la libertad de prestación de servicios, en la medida en que se invoca una razón imperiosa de interés general, resulta proporcionada y no discriminatoria”.

todo el territorio nacional. La diferencia reside en la actualidad en si la habilitación se consigue o no de forma directa⁴¹.

Una vez obtenida la habilitación, los guías se inscribirán de oficio en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas o en el Registro de Guías de las distintas CCAA, debiendo comunicar a la Consejería, para su inscripción en el Registro correspondiente, el cese temporal o definitivo de la actividad⁴². En algunas CC.AA. el inicio de la actividad exige también realizar una comunicación previa (art. 11 Decreto Extremadura).

Interesa destacar que la falta de convocatorias para la realización de la prueba de aptitud para obtener la habilitación ha impedido en algunas CC.AA. durante muchos años ejercer a los profesionales como guías de turismo, lo que explica que muchos de ellos hayan encontrado una salida en las empresas de *free tours*⁴³. Una exigencia del colectivo es no sólo la convocatoria anual de dichas plazas, sino que la normativa autonómica opte por un proceso de habilitación directa.

b. Excepciones a la exigencia de habilitación

Las distintas normativas autonómicas suelen regular la figura del guía de turismo dentro del apartado dedicado a las “profesiones turísticas”. Dicha actividad será “profesional” en la medida en que se presten “de manera habitual y retribuida”, los servicios de asistencia, acompañamiento e información en materia cultural, artística, histórica y geográfica a los turistas, en sus visitas a museos y demás bienes integrantes del patrimonio cultural del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Salvo en Andalucía, no se define qué se entiende por “habitualidad”⁴⁴. En el Decreto andaluz se establece que “la habitualidad se presumirá respecto de quienes ofrezcan la prestación de este servicio a través de cualquier medio publicitario, o cuando se preste el servicio en dos o más ocasiones dentro del mismo año” (art. 2). En la misma línea, el proyecto de Decreto de Castilla-La Mancha establece que “se entenderá que existe habitualidad cuando se ofrezca la prestación de dichos servicios a través de cualquier medio publicitario” (art. 2.e).

⁴¹ En el caso de Cataluña en la Memoria del proyecto de nuevo Reglamento de Turismo, que no incluía ninguna regulación sustantiva de la actividad de guía de turismo, se reconocía que “actualmente, estamos inmersos en un proceso de liberalización de la actividad de guía de turismo que pasa por la eliminación de la reserva de la actividad en museos y monumentos de acuerdo con la Directiva de Servicios en el mercado interior”, pero seguía disponiendo que “mientras no se modifique el arte 65 de la LTC no se puede derogar el decreto 5/1998” y “(...) una vez modificado/derogado el art. 65 de la LTC se introducirá en el reglamento la nueva definición de guía de turismo, ya totalmente liberalizado”. El proyecto de Decreto de regulación de la profesión de guía de turismo, actualmente en fase de elaboración, continúa exigiendo la habilitación para ejercer en el interior de museos y monumentos, si bien se inclina por un procedimiento de habilitación directa.

⁴² En el Registro de Turismo de Andalucía (art. 18 Decreto de Andalucía); en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Asturias (art. 8 Decreto de Asturias); en el Registro de Guías Turísticas de Cantabria (art. 5 Decreto Cantabria); en el Registro de Turismo de Castilla y León (art. 11 Decreto Castilla y León); en el Registro de Turismo de Aragón (art. 7 Decreto); en el Registro de Turismo de Cataluña (Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña); en el Registro de empresas y actividades turísticas de Extremadura (art. 9 del Decreto); en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia (art. Art. 24 Decreto); en el Registro de Guías de Turismo que existe en cada una de las islas de las Islas Baleares (art. 141 del Reglamento), en el Registro de proveedores de servicios turísticos de la Rioja (art. 212 del Decreto); en Registro de empresas y actividades turísticas de Euskadi (art. 24 de la Ley).

⁴³ Castilla-La Mancha, por ejemplo, lleva más de 10 años sin realizar convocatorias, pese a que su propia ley les obligaba a hacerlo cada dos años. Vid, por ejemplo, el artículo “La falta de exámenes para guía turístico provoca el incremento de “guías pirata”, Cadena Ser, 23 de abril de 2017 (disponible en https://cadenaser.com/emisora/2017/04/23/ser_cuenca/1492952275_618200.html). Analizando las páginas web de las empresas de visitas guiadas que informan de que sus guías son oficiales, sorprende que gran número de ellos han obtenido la habilitación en otras CC.AA.

El concepto de “habitualidad” se utiliza para definir al comerciante individual en el artículo 1 del Código de comercio y al trabajador autónomo, en el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo.

Sin embargo, como regla general⁴⁵, no se considera actividad profesional sujeta a la habilitación administrativa:

- La prestación de servicios de información turística realizados en lugares distintos de los establecidos en cada normativa reglamentaria y que, generalmente, son los monumentos declarados bienes culturales de interés nacional, los Museos integrados en el Sistema de Museos de la CA; los Bienes inscritos en el Registro autonómico de Bienes de Interés Cultural; los Bienes inscritos en el Catálogo del Patrimonio Cultural de la CA; los conjuntos histórico-artísticos y demás lugares que por su relevancia histórica, cultural, geográfica o ecológica, figuren en el catálogo o registro correspondiente. Los Decretos de Asturias y de Cantabria incluyen también los espacios naturales protegidos. El Decreto de Castilla-La Mancha hace referencia expresa a los conjuntos históricos de las ciudades declaradas Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO.
- El acompañamiento y asistencia en ruta que no implique la prestación de servicios de información turística sobre dichos bienes.
- Los servicios prestados por personal al servicio de una administración pública o por profesionales de la enseñanza en actividades de acompañamiento institucional o formación del alumnado siempre que no perciban ninguna remuneración por este concepto.
- Los servicios realizados por los empleados de museos o monumentos histórico-artísticos que, en su interior, faciliten información a los visitantes sin percibir retribución por este concepto y sin que ofrezcan sus servicios mediante anuncio o publicidad.

En la comunidad autónoma de Madrid la adaptación a la Directiva 2006/123/CE trajo consigo la supresión de la exigencia de habilitación⁴⁶, de forma tal que se distinguen dos formas de ejercer la profesión:

- la de “guía de turismo” que está completamente liberalizada y cuyos servicios pueden prestarse por cualquier persona, guías procedentes de otras CC.AA. o de países de la Unión Europea, y
- la de “guía oficial de turismo” que se define como “la persona física que, habiendo superado las pruebas de acceso para la obtención de la credencial de guía oficial de turismo de la Comunidad de Madrid, presta de manera profesional, habitual y retribuida, los servicios de información, asistencia y acompañamiento en materia cultural, artística, histórica y geográfica, a quienes visitan los bienes integrantes del patrimonio histórico artístico, natural y medioambiental que se encuentran dentro de los límites geográficos de la Comunidad de

⁴⁵ La excepción es Extremadura, ya que ni en la ley ni en el Decreto se delimita el ámbito espacial de actuación de los guías de turismo. Únicamente se dice que “El ejercicio de la actividad profesional de guía de turismo en la Comunidad Autónoma de Extremadura estará atribuido exclusivamente a los profesionales que hayan obtenido la habilitación correspondiente de la Administración turística”.

⁴⁶ En 2009 la Comunidad de Madrid liberalizó el ejercicio de la actividad turístico-informativa a través de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña, que modificó la redacción de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, adaptando esta ley a la Directiva 2006/123/CE, creando la figura del guía oficial de turismo

Madrid” (artículo 2 Decreto)⁴⁷. Las personas que superen la correspondiente prueba oficial obtendrán una credencial que supone el reconocimiento oficial de la capacitación necesaria para ejercer la actividad de guía oficial de turismo de la Comunidad de Madrid mediante la prestación de un servicio de información turística “de calidad”. En definitiva, se trata de una especie de “sello de calidad, a la vez que dicha certificación permite acceder a “acciones de formación y perfeccionamiento profesionales, así como beneficiarse de las acciones de fomento y promoción llevadas a cabo por la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 5 del Decreto)⁴⁸. Por esa razón, no está sancionado el ejercicio de la profesión de guía turístico sin estar en posesión de la citada credencial⁴⁹.

En La Rioja la prestación de servicios de información, acompañamiento y asistencia a los turistas podrá ser ejercida libremente sin necesidad de habilitación administrativa. No obstante, sólo quien hubiera sido habilitado, mediante un proceso de habilitación directa, podrá utilizar la denominación y tener la consideración de “Guía de Turismo” o “Guía Oficial de Turismo”, denominación que podrá utilizarse indistintamente. Sin embargo, es actividad propia y exclusiva de los guías de turismo la consistente en proporcionar servicios de información y asistencia a los turistas en sus visitas a los bienes que, conforme a lo establecido en la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, tengan la consideración de: a) Bienes de interés cultural. b) Bienes culturales de interés regional. c) Museos de titularidad pública integrados en el Sistema de Museos de La Rioja (art. 194 Reglamento).

Algunas CCAA se han preocupado de indicar de forma expresa que no se precisa habilitación para desarrollar la actividad de información turística en vías o espacios públicos⁵⁰. Respecto de la posibilidad de realizar visitas guiadas con carácter gratuito, sin la preceptiva habilitación, dos normas autonómicas lo prevén de forma expresa, si bien, circunscribiéndola a ámbitos delimitados:

- En Extremadura, se excluye de la exigencia de habilitación a “los voluntarios que desarrollen su labor en entidades de voluntariado social debidamente acreditadas como tales” [art. 2.2.d del Decreto].

⁴⁷ El artículo 3 establece que “En virtud de la liberalización establecida en el artículo 20.bis.1 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, los guías de turismo, procedentes de otras Comunidades Autónomas o Estados Miembros de la Unión Europea, podrán ejercer libremente la actividad turístico-informativa en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, no podrán ostentar o utilizar la credencial de guías oficiales de turismo de la Comunidad de Madrid, salvo en el caso de que previamente hayan superado las pruebas de acceso a dicho colectivo”.

⁴⁸ Los derechos regulados en el art. 5 se reservan para los guías oficiales que han superado las pruebas de aptitud. “El reconocimiento de estos derechos no se aplica a los guías de turismo procedentes de otras Comunidades Autónomas o Estados Miembros de la Unión Europea”.

⁴⁹ Un portavoz regional comentaba que “*todos aquellos que superen el examen se convertirán en los ‘estrella Michelin’ de los guías turísticos de la región, pues quedará acreditada su calidad*”. Con este Decreto, se daba respuesta a las múltiples y constantes peticiones de regulación por parte de los guías de turismo, quienes consideraban que existía una situación de desregularización de la profesión, un claro intrusismo, además de un agravio comparativo, según precisaba el director general de Turismo, Carlos Chaguaceda. *Vid.*, noticia “Llegan los guías estrella Michelin”, Diario El Mundo, 2 de febrero de 2017, disponible en <https://www.elmundo.es/madrid/2017/02/02/5892242422601dec078b45b7.html> (última consulta 10 de enero de 2019). D. Gerardo Rappazzo Amura, representante de la Asociación de Guías de Turismo de Madrid (APIT), en su comparecencia ante la Asamblea de Madrid, el 18 de abril de 2016, a petición del Grupo Parlamentario Podemos Comunidad de Madrid, al objeto de informar sobre situación actual del sector y sus propuestas. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea) llega a decir que se ha producido una “uberización” de la profesión. Disponible en <http://www.asambleamadrid.es/DDSS%20Legislatura%20X/X-DS-190.pdf> (última consulta 15 de enero de 2018).

⁵⁰ La Ley de Turismo del País Vasco señala que “Las vías o espacios públicos de libre circulación son siempre espacios de libre prestación de servicios de guía de turismo” (art. 64). En el mismo sentido, art. 65 de la Ley de Turismo de Cataluña.

- En Aragón se admite la posibilidad de que se realicen los servicios de información define como “aquella persona que, sin mediar relación profesional alguna y sin cobrar ningún tipo de salario o retribución fija por su actividad, limita su actuación de información turística a municipios y entidades locales aragonesas cuyo censo sea inferior a quinientos habitantes, en cuyo ámbito territorial quedará exenta de la obligación de contar con la habilitación de Guía de turismo” [art. 2.b) del Decreto].

En relación con los *free tours*, el problema es que aparentemente no existiría una actividad habitual ni una “retribución”, por lo que no concurrirían dos requisitos esenciales para apreciar la profesionalidad y, en consecuencia, aplicar la normativa turística. En nuestra opinión, sin embargo, existen argumentos para defender dicha profesionalidad. En primer lugar, y precisamente para evitar la tacha de publicidad engañosa, las mismas plataformas que publicitan tours prestados por empresas o guías aclaran que *free* no significa “gratis” sino libre, lo que significa que el precio ni es fijado inicialmente ni por el proveedor del servicio, sino tras la finalización de la visita guiada y por los consumidores⁵¹. Así, pues, sí existe un precio⁵², pero su abono no puede ser exigido por el guía, quien se arriesga a prestar el servicio a pérdida, lo que podría llegar a calificarse como un acto de competencia desleal⁵³.

En segundo lugar, existen claros indicios de habitualidad, como el recurso a la publicidad o la identificación corporativa de las empresas y asociaciones. Incluso, algunos guías están dados de alta en la Seguridad Social como autónomos⁵⁴.

⁵¹ En 2018 tras recibir denuncias por publicidad desleal, la Autoridad de Estándares Publicitarios del Reino Unido (ASA) anunció medidas para luchar contra los *free tours* y sus “guías” que ofrecen visitas guiadas gratuitas. Al respecto, señala que “Tours can be described as “free” only if consumers are not required to make any payment to attend. Advertisers are permitted to invite or accept discretionary payments provided these are voluntary, and that this is clearly stated in the ad”. ASA indica, además, que la publicidad debe indicar también que el guía no se queda enteramente con el dinero de las propinas, en el caso de que tuviera que pagar alguna comisión al anunciante. Vid, <https://www.asa.org.uk/advice-online/free-walking-tours.html>.

⁵² Por ejemplo, en la página de Guruwalk se explica que “Un guruwalk es un tour de libre pago, es decir, es completamente gratis reservar, pero el ‘guru’ espera ser recompensado al final con la cantidad que tú quieras. Algunas personas dan 5€, otras dan 50 US\$, tu eliges el precio”. Vid, <https://www.guruwalk.com/es/walks/32675-carlos-iii-agua-va-piedras-y-un-motin> (última consulta, 24 octubre 2019). En Civitatis en el apartado “Precio” se indica “Tú pones el precio. Nuestros guías trabajan exclusivamente en base a las propinas de los asistentes. Al final del tour seréis vosotros los que pongáis el precio al servicio”. Disponible en <https://www.civitatis.com/es/madrid/visita-guiada-madrid/#precios> (última consulta 29 de octubre de 2014). En Madrizarte se indica “Nuestras rutas no son actividades gratuitas, pero tampoco están sujetas a un precio preestablecido. Eres tú quién decides lo que quieres pagar al finalizar el recorrido en función de tu grado de satisfacción”. En Histoaventura se dice “¿Cómo funciona una actividad ‘free’? Es un formato en el cual vosotros decidís el precio que merece la actividad. En vez de establecer nosotros de antemano 8€-10€, que es el coste habitual de las visitas de pago, dejamos que seáis vosotros los que valoréis qué importe nos merecemos en función de vuestro grado de satisfacción. Los guías somos trabajadores autónomos y nuestro único sueldo es el que vosotros nos dais al final del recorrido. Como si al final de mes preguntaseis a vuestro jefe: ¿cuánto valgo? y os diese lo que creyese conveniente.”. Disponible en <https://www.histoaventura.com/reservas> (última consulta 24 de octubre de 2019).

⁵³ Podría incurrir en un acto de competencia desleal siempre y cuando se cumplieran los requisitos del art. 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: “a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”.

⁵⁴ La Instrucción 1/2017, de 3 de abril, de la Dirección General de Turismo, Comercio y Artesanía sobre el régimen jurídico de *free tours* en materia de guías de turismo en Castilla-La Mancha, aprecia que sí existe dicha habitualidad: “pruebas como la publicidad, la identificación corporativa de las empresas y asociaciones, el alta en la Seguridad Social del Trabajador, el ejercicio de rutas establecidas que se venden con la denominación *free tours* para diferenciarlas de las de los guías de turismo, el tratamiento fiscal de esos servicios, etc., lleva a acumular un número notable de indicios racionales de que en muchas ocasiones detrás de esa denominación se pretende realizar un fraude de ley en esas actividades y comportamientos profesionales para evitar el cumplimiento de la legislación vigente”. Todo lo anterior

A modo de conclusión, las personas que ofertan *free tours* a través de plataformas a cambio de un precio, aunque sea fijado libremente por el consumidor final, prestan servicios a cambio de retribución y de forma habitual, por lo que resulta de aplicación la normativa turística. Ahora bien, cuestión distinta es que precisen habilitación para ello. Con independencia de que algunas CC.AA. han liberalizado totalmente el servicio, respecto del resto, de una visión integradora de los artículos que definen la figura del profesional guía turístico y las exclusiones de la exigencia de habilitación, se desprende que no es precisa ésta, y, por tanto, no se incurre en intrusismo, cuando, se realizan visitas guiadas de forma realmente gratuita, o cuando realizándose de forma habitual y retribuida no se desarrolla en los lugares reservados por la normativa autonómica a los guías turísticos oficiales⁵⁵, o cuando se realiza una mera labor de “acompañamiento” no de información turística.

c. Derechos y obligaciones de los guías oficiales de turismo

La habilitación implica el reconocimiento de unos derechos y unas obligaciones. Por su estrecha relación con el objeto de este estudio, nos interesa destacar los siguientes derechos que tienden a repetirse en las distintas normas autonómicas:

- Tendrán derecho a la retribución de sus servicios, de acuerdo con los precios que libremente establezcan⁵⁶.
- Podrán contratar libremente sus servicios con empresas, entidades y particulares, tanto en régimen profesional como laboral⁵⁷.

Los guías oficiales tienen las siguientes obligaciones:

- Informar a los usuarios, antes de la contratación del servicio, del precio que será aplicado y del detalle de las partidas de los conceptos que las integran⁵⁸. Hay que tener en cuenta que no existen unas tarifas mínimas de los servicios de guías de turismo establecidas por la normativa administrativa. Al respecto el art. 11 de la Ley 17/2009 prohíbe que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio se supedita a

lleva a dictar una Instrucción donde se indica que la actividad de *free tour* sólo puede ser llevada a cabo mediante guías que cuenten con la correspondiente habilitación legal. Instrucción disponible en:

<https://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasyempleo/legislacion/instrucci%C3%B3n-12017-de-3-de-abril-de-la-direcci%C3%B3n-general-de-turismo-comercio-y-artesan%C3%AD-sobre-el>. En Sandemans se indica que los *free tours* son prestados por guías locales autónomos asociados a Sandemans. “No tienes que hacer ningún tipo de pago al inicio del tour, sin embargo, las propinas serán bienvenidas por el guía al final del recorrido”. Disponible en:

<https://www.neweuropetours.eu/es/sandemans-tours/barcelona/tour-gratis-de-barcelona/> (última consulta 29 de octubre de 2019).

⁵⁵ Téngase en cuenta, que los sitios reservados no son únicamente el interior de los museos, sino que pueden incluirse también las vías públicas y las visitas desde el exterior de los edificios, si, por ejemplo, toda la ciudad, como sería el caso de Toledo, ha sido calificada como patrimonio histórico (sería el caso de las ciudades calificadas como patrimonio mundial de la humanidad).

⁵⁶ Aragón (art. 20 del Decreto); Extremadura (art.14 del Decreto); Madrid (art. 5 del Decreto); Asturias (art. 10 del Decreto); Islas Baleares (art. 146 del Decreto); Castilla-La Mancha (art. 3 del Decreto); La Rioja (art. 200 Reglamento).

⁵⁷ Aragón (art. 20 del Decreto); Extremadura (art.14 del Decreto); Castilla y León (art. 6 del Decreto); Islas Baleares (art. 146 del Decreto).

⁵⁸ Aragón (art. 21.e del Decreto); Extremadura (art. 15 del Decreto); Madrid (art.4 del Decreto); Castilla y León (art. 7 del Decreto); Cantabria (art. 8 del Decreto); Castilla-La Mancha (art. 4 del Decreto).

“restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas o limitaciones a los descuentos”, aunque nuevamente se indica que excepcionalmente sí podrían establecerse si la medida supera el test de proporcionalidad ⁵⁹.

- Expedir la correspondiente factura, salvo que se ejerza la actividad por cuenta ajena⁶⁰.
- Cumplir con las obligaciones empresariales, laborales y fiscales que se requieran para el ejercicio de la profesión. En el proyecto de Decreto de Castilla-La Mancha se indica expresamente que el guía de turismo tiene obligación de “cumplir con las obligaciones de alta en materia tributaria y de Seguridad Social” (art. 5 del Decreto) lo que puede responder al deseo de atender las reclamaciones de las asociaciones profesionales de guías de turismo que denuncian el intrusismo y competencia desleal que suponen los *free tours*⁶¹.
- Comunicar a la Dirección General competente en materia de turismo las altas, bajas y modificaciones en el ejercicio de la actividad profesional de guía, incluidas las temporales cuya duración sea superior a tres meses⁶².

⁵⁹ La reciente STJUE de 4 de julio de 2019 (Asunto C-377/17) anteriormente comentada, analizaba la normativa alemana que imponía tarifas mínimas y máximas a aparejadores y arquitectos en sus servicios de planificación, pero es aplicable a otros servicios profesionales. Considera que la imposición de tarifas mínimas puede contribuir a limitar el riesgo de que los prestadores de servicios practiquen una competencia basada en la oferta de prestaciones a la baja, que elimine a los operadores que ofrezcan prestaciones de calidad a través de una selección adversa, impidiendo que las prestaciones se ofrezcan a precios insuficientes para garantizar a largo plazo su calidad, especialmente, “en un contexto como el de un mercado que se caracterice por la presencia de un número extremadamente alto de prestadores (...) con el consiguiente riesgo del deterioro de la calidad de los servicios prestados” como podría ser, en la actualidad, el de los guías de turismo, sobre todo tras la entrada de las empresas de visitas guiadas y las plataformas que comercializan sus servicios. En el caso concreto, se desestimaron las pretensiones de la República Federal Alemana con base en que “la prestación de tales servicios no está reservada en Alemania a personas que ejerzan una actividad regulada, por lo que, en cualquier caso, no existe ninguna garantía de que quienes presten tales servicios (...) hayan demostrado su aptitud profesional para ello”, no estando sometidas “a un control impuesto por la normativa profesional o por los colegios profesionales, puesto que tales servicios pueden ser prestados por personas que no sean arquitectos o ingenieros y, por tanto, no estén sujetas a una normativa profesional”. En nuestro caso, sí estaríamos en presencia de una actividad regulada, por lo que, en aras a mantener la garantía de la calidad del servicio y la protección de los consumidores, las CC.AA. podrían fijar unas tarifas mínimas. Esta sentencia podría tener incidencia en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio cuyo art. 11 prohíbe todas las restricciones a la libertad de precios “tales como tarifas mínimas o máximas”.

⁶⁰ Aragón (art. 21.e del Decreto); Extremadura (art. 15 del Decreto); Comunidad Valenciana (art. 15 del Decreto); Asturias (art. 11 del Decreto); Andalucía (art. 21 del Decreto); Cantabria (art. 8 del Decreto); Castilla-La Mancha (art. 4 del Decreto); la Rioja (art. 200 del Decreto).

⁶¹ Aragón (art. 21 j del Decreto); Madrid (art. 4 del Decreto); Islas Baleares (art. 145 del Decreto).

⁶² Aragón (art. 21 k) del Decreto). En este sentido, tras la reforma introducida por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas urgentes del Estatuto del Trabajador Autónomo, el art. 46 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, permite a los autónomos darse hasta tres veces de alta y de baja en el mismo año y realizar el pago proporcional a la cuota desde la fecha de alta y sin contar la mensualidad completa. A partir de la cuarta alta la Seguridad Social contabilizará el mes completo.

⁶² El artículo 2 de la Ley vasca de Turismo define los Canales de oferta turística: “Las personas físicas o jurídicas que, con carácter exclusivo o no, comercialicen o promocionen, o mediante el enlace o alojamiento de contenidos, faciliten la perfección de contratos de reserva de alojamientos o prestación de servicios, para uso turístico. Entre otros, las agencias de viajes; las centrales de reserva; otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación a través de internet u otros sistemas de nuevas tecnologías de información y comunicación; así como la inserción de publicidad en medios de comunicación social, cualquiera que sea su tipología o soporte”.

El incumplimiento de estas obligaciones es sancionado por la disciplina turística⁶³. Hay que tener en cuenta, que en el caso de que los guías estén ligados por contrato de trabajo con las empresas de visitas guiadas, éstas son también responsables de las infracciones cometidas por los empleados⁶⁴.

5. Sobre la existencia de economía sumergida

En los epígrafes anteriores hemos concluido que, de forma muy generalizada, los *free tours* que se ofertan a través de las plataformas digitales se corresponden con una auténtica actividad profesional llevada a cabo por empresas de visitas guiadas o por guías que trabajan a cambio de un precio.

La primera consecuencia de esta afirmación es que sería preciso exigir que el guía entregara una factura o tique, que dejara constancia clara del pago realizado⁶⁵.

Desde el punto de vista tributario, las propinas recibidas tienen la consideración de rendimientos de una actividad económica que deben declararse en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), tal y como recoge la Dirección General de Tributos en multitud de Consultas.

Desde el punto de vista laboral, el tratamiento de las propinas será diferente en función de que el guía trabaje en régimen de independencia o, por el contrario, se encuentre sometido al poder de dirección de una empresa de visitas guiadas. En el primer caso, como realiza “de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo” sería un trabajador autónomo, ex. artículo 1 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, con la consiguiente obligación de darse de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA). Las propinas tendrían naturaleza de ingresos procedentes de los clientes, pero no repercutirían de forma directa en la cotización, ya que, en el RETA, la cotización no depende de los ingresos, sino que el trabajador elige entre una base mínima y una base máxima. Si el guía prestara servicios por cuenta de una empresa de visitas guiadas y sometida a su control, la relación debería calificarse como laboral. La empresa estaría obligada a abonar los salarios previstos en el convenio colectivo correspondiente a los que se añadirían, entendemos, las propinas aportadas por los clientes. La naturaleza jurídica de las propinas es la propia de una donación del cliente hacia los empleados por el servicio recibido, conforme a lo dispuesto en los arts. 618 y 619 del Código Civil, que no constituyen salario por no provenir del empresario, tal

⁶³ La Ley de Turismo de Castilla y León lo califica como actividad clandestina (art. 50); también el art. 9 Decreto de Cantabria; el art. 26 de la Ley de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha habla de intrusismo. La Ley de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana lo considera actividad clandestina.

⁶⁴ Por ejemplo, el art. 55.1 de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, establece que “serán responsables de las infracciones administrativas en materia turística a título de dolo, culpa o simple inobservancia”, los titulares de empresas “de las infracciones cometidas por cualquier persona dependiente de ellos, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que resulten procedentes”. Algunas leyes de turismo hacen responsables a las empresas de la falta de habilitación de su personal. Por ejemplo, el art. 109.4 de la Ley de Turismo de Galicia tipifica como falta leve “No poseer personal habilitado legalmente para el ejercicio de un puesto de trabajo, cuando así lo exigiera la normativa turística de aplicación.”

⁶⁵ Cuando el ejercicio de la profesión exige habilitación, la exigencia de entrega de la factura viene impuesta también por la normativa turística.

como ha establecido desde antiguo la Sala cuarta del Tribunal Supremo⁶⁶. En consecuencia, no se incluyen en las bases de cotización⁶⁷.

En la práctica, sin embargo, como consecuencia de que se niega el carácter profesional de tales servicios, en muchos casos los guías no están dados de alta en la Seguridad Social. Un problema añadido es la inexistencia de facturas, lo que dificulta el control real sobre los ingresos obtenidos en concepto de propinas.

En el caso de que no se cumplieran las normas laborales y fiscales, hay que tener en cuenta que podríamos encontrarnos ante el acto de competencia desleal regulado en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, consistente en “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes”. Sería preciso, sin embargo, probar que la ventaja obtenida es “significativa”, lo que ocurrirá si como consecuencia del ahorro de costes que deriva de la infracción de las normas laborales y fiscales, se obtiene un provecho objetivo, consistente, por ejemplo, en poder fijar unos precios inferiores en los tours de pago ofertados⁶⁸.

Si el dinero obtenido de las propinas no se declara, nos encontraríamos ante un supuesto más de economía sumergida que, paradójicamente, no se oculta, sino que se publicita a través de las plataformas digitales. Precisamente, este carácter público de la información debería facilitar el control por parte de las autoridades implicadas (Inspección de Turismo, Inspección de Hacienda e Inspección de Trabajo).

6. Conclusiones

Salvo algunos pocos casos, como el movimiento *greeter*, el fenómeno de los *free tours* no se enmarca dentro de lo que podría calificarse como “turismo colaborativo”, de mero intercambio de experiencias. Las visitas gratuitas son una estrategia de marketing que permite captar clientes para visitas de pago.

El guía no lleva a cabo una actividad altruista, benevolente o amateur, sino una auténtica actividad profesional. El término *free* no significa que la visita sea gratis, sino que el precio es fijado después de la visita por el propio cliente, quien, incluso es libre de no pagar nada. Bajo el nombre de propinas o donaciones, se esconden auténticas contraprestaciones por los servicios prestados que, sin embargo, no pueden ser exigidas por el guía que se ha situado a sí mismo al margen de la legalidad.

Conviene destacar que la aparición de las plataformas digitales, con sus servicios de gestión de reserva y de reputación *on line*, han potenciado extraordinariamente el fenómeno de los *free*

⁶⁶ SSTs de 17 de mayo de 1974, 1 de marzo de 1986 y, ya en unificación de doctrina, STS 2654/1991 de 23 de mayo de 1991.

⁶⁷ Cuando la propina se transmite de forma directa del cliente al trabajador, como es práctica habitual en los *free tours*, ni siquiera sería necesario incluirla en nómina, si bien, la exigencia de que el empresario retenga el IRPF lo hace aconsejable.

⁶⁸ Según ha interpretado el Tribunal Supremo, el artículo 15.1 protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de normas jurídicas, respecto de aquellos concurrentes que sí las respetan (STS 38/2011, de 16 de febrero de 2011 y 304/2017, de 17 de mayo de 2017).

tours. La reserva de la plaza es pieza esencial, ya que garantiza la captación del cliente que será derivado a otros *tours* de precio fijo. En este nuevo sistema de trabajo, son las opiniones de los clientes las que controlan la calidad del servicio y las que sirven de acicate para que el guía esté continuamente formándose. Sin embargo, el lado perverso de este control indirecto es que el trabajo del guía y su medio de vida, las propinas, dependan de una opinión subjetiva. El hecho real es que incluso los guías oficiales, ante las dificultades para desarrollar su actividad de forma libre, han terminado por acudir a las plataformas. Todo ello revela la existencia de un colectivo de personas especialmente vulnerable y dependiente de dichas plataformas. Resulta muy elocuente al respecto, el testimonio de uno de los guías entrevistados por Leal Londoño y Medina “la empresa no pierde nada y gana clientes (...), pero nosotros trabajamos por la propina (...)” (2018, pág. 338)⁶⁹.

El hecho de publicitarse en plataformas es un indicio de que la actividad que llevan a cabo es habitual. Concurriendo las notas de retribución y habitualidad la consecuencia no puede ser otra que la aplicación de la normativa autonómica reguladora de la actividad de guía de turismo. Ahora bien, guía *free tour* no está automáticamente ligado a intrusismo. En primer lugar, porque la actividad que llevan a cabo no siempre exige habilitación y en segundo lugar, porque, como se ha comprobado en este estudio, un importante número de dichos guías son oficiales.

Para controlar el posible intrusismo, resulta esencial la colaboración entre las consejerías con competencia turística y la policía local, así como con las plataformas de comercialización turística, de modo que exijan a las empresas de información turística y a los guías de turismo que se publicitan en sus plataformas el número de inscripción en el correspondiente Registro, cuando la normativa autonómica lo prevea, para controlar su legalidad, así como para suprimir aquellas que no publiquen su número de inscripción. Tanto para controlar el intrusismo como la economía sumergida, es preciso realizar inspecciones *on line* y las medidas establecidas anteriormente.

Para controlar la aplicación de la normativa administrativa, es esencial también la comunicación interadministrativa, como la que prevé el art. 52 ter de la ley de Extremadura cuando señala que “el órgano que gestione el Registro General de Empresas y Actividades Turísticas de Extremadura debe comunicar las inscripciones de los prestadores de servicios y actividades turísticas a las administraciones tributarias, a los ayuntamientos y al Registro de la Propiedad, para poder llevar un correcto control desde los puntos de vista urbanístico, territorial, medioambiental y tributario”.

Si no se estuviera tributando por los ingresos relativos a la actividad de los *free tours*, entrarían dentro de la economía sumergida. Sin embargo, la infracción de las normas laborales y fiscales no supone automáticamente que se cometan actos de competencia desleal. Sería necesario probar que con ello se prevalecen de una situación de ventaja significativa.

El hecho de que en muchas CC.AA. no se exija una licencia para poder ejercer la actividad de guía turístico dificulta el control de los ingresos obtenidos por los mismos. Creemos que la exigencia de licencias haría más fácil controlar la actividad y los ingresos de los guías.

⁶⁹ Muy elocuente también el testimonio de Cristina Arnal Sáenz en su blog, tras iniciar por cuenta propia, y al margen de las plataformas, un negocio de visitas guiadas en Bruselas: “No pagamos comisiones y no hay uniforme ni jerarquía. Pero de nuevo, no os voy a engañar, tampoco vienen demasiados turistas. Las grandes empresas y sus plataformas de reservas online actúan como una apisonadora que arrasa la Grand Place sin piedad alguna con sus hordas de cientos de reservas por *tours*, y eliminan cualquier posibilidad de competencia real”.

7. Bibliografía

AA.VV. (MONTERO PASCUAL, J. J. Dir) (2017). *La Regulación de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

AA.VV. (ALFONSO SÁNCHEZ, R.; VALERO TORRIJOS, J. Dir.) (2017). *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

ABRIL SELLARÉS, M. (2013). “Análisis del impacto de la transposición de la directiva Bolkestein en la profesión de los guías de turismo en España”. *Redmarka. Revista De Marketing Aplicado*, núm.1, disponible en <https://doi.org/10.17979/redma.2014.01.013.4867>

ÁLVAREZ CUESTA, H. (2017). *El futuro del Trabajo Vs. El trabajo del Futuro, Implicaciones laborales de la Industria 4.0*, Colex, La Coruña.

BELTRAN I CANGRÒS, A.; Leal L., M. P. (Dir.) (2018). *Plataformas de economía colaborativa: Una Mirada Global*, The OSTELEA School of Tourism and Hospitality.

BERMEJO LATRE, J. L. y Escartín Escudé, V., (2010). “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 12.

CASTEL GAYÁN, S., (2011). “Intrusismo y clandestinidad en el sector turístico: una aproximación jurídica”, *Revista andaluza de Derecho del Turismo*, núm.5.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Una agenda europea para la economía colaborativa”. COM (2016) 356 final. Bruselas 2/6/2016.

CÓRDOBA AZCÁRATE, E. y MARTÍN VILLALBA, M. D., (2019). “La aplicación del test de proporcionalidad”, *Revista española de Educación Física y Deportes*, núm. 425.

CORRAL SASTRE, A., (2017). *La liberalización del sector turístico ¿hacia un modelo de turismo sostenible?*, Reus.

CRUZ VILLALÓN, J. (2017). “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm.138.

EUROPEAN COMMISSION. “The use of collaborative platforms”. Flash Eurobarometer 438. March 2016.

FIGUEROLA PALOMO, M. (2016). “2014, el año de la explosión de la economía colaborativa. Causas y situación actual”. *La actividad turística española en 2014*. Madrid: Ed. Síntesis y AECIT. Págs. 101-109.

LEAL LONDOÑO, M. P. y MEDINA, F. X., (2018). “Turismo y economía colaborativa: el caso de los recorridos gratuitos a pie en Barcelona”, *Cuadernos de Turismo*, núm. 41.

LUCAS DURÁN, M., (2017). “Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*.

MELGOSA ARCOS, F. J., “La libre prestación del servicio de guía de turismo”, disponible en <https://deje.ua.es/es/derecho-administrativo/documentos/comunicaciones/la-libre-prestacion-del-servicio-de-guia-de-turismo.pdf>, (última consulta 2 de octubre de 2019).

MELGOSA ARCOS, F. J., (2011). “Directiva de Servicios y Turismo: aproximación a la incidencia de la Directiva de Servicios en el marco jurídico del turismo español”, *Noticias de la Unión Europea*.

MONTERO PASCUAL, J. J., (2017). *La Regulación de la Economía Colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MUÑOZ BENITO, R., (2019). “Turismo colaborativo, en especial la gastronomía y los guías colaborativos”, en AA.VV. (Gonsálbez Pequeño, H. dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Madrid, Wolters Kluwer.

NAVALÓN-GARCÍA, R. y MÍNGUEZ GARCÍA, M. C. (2016). “El desarrollo del fenómeno de los tours gratuitos (free tours) en los destinos culturales. El caso de la ciudad de Madrid”, en AA.VV. (Macià Blázquez-Salom, Miquel Mir Gual, Ivan Murray, Guillem X. Pons, coords.), *Turismo y crisis, turismo colaborativo y ecoturismo*.

PARLAMENTO EUROPEO (2016). “Informe sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa”, (2016/0000(INI)),

OECD (2018). “*Tourism Trends and Policies 2018*”.

RAMALLO MIÑÁN, E., (2015). “El guía turístico, diferencias y similitudes entre las Comunidades Autónomas”, *Cuadernos de Turismo*, núm. 35.

Resolución del Parlamento Europeo. “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” (2016/2003(INI)). 15/6/2017.

TODOLI SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VILALTA NICUESA, A.E. (2018). “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 765.