

¿LA ACTIVIDAD DE AIRBNB ES EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS O SOLO ES UN INTERMEDIARIO EN LA TRANSACCIÓN INMOBILIARIA? HE AHÍ LA CUESTIÓN*

*A propósito de la Sentencia núm. 2/2022 de 7 enero del Tribunal Supremo (Sala de lo
Contencioso-Administrativo, Sección 3ª)*

Elena Trujillo Villamor
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 8 de febrero de 2022

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado la sentencia núm. 2/2022 que clarifica el régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y su responsabilidad, en particular, en el ámbito de las viviendas o alojamientos turísticos.

1. Antecedentes de hecho

La Directora General de Turismo de la Generalitat dictó una orden que tenía como destinatarios a Airbnb Ireland y a Airbnb Marketiung Services S.L.U. (en adelante, Airbnb) donde ordenaba suprimir de la página web todo el contenido relativo a la publicidad de las empresas y de los establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña, en el que no constase el número de inscripción en el Registro de Turismo de

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2021-COB-10465 financiado con cargo al Proyecto Convenio de colaboración entre la UCLM y el Ilustre Colegio Notarial De Castilla-La Mancha (17 enero 2014) (OBSV) con referencia CONV140025, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

Cataluña (RTC).

Airbnb interpuso recurso de alzada contra esta orden que fue desestimada por el Secretari d'Empresa i Competitivitat. Airbnb interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el cual fue también desestimado. Finalmente, la mercantil interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que ha dado origen a la sentencia analizada.

Los motivos alegados por Airbnb para que se anulase la orden inicial de la Directora General de Turismo de Cataluña eran los siguientes:

- Airbnb es una plataforma tecnológica cuya función es prestar servicios de la sociedad de información y cuya actuación es meramente técnica y neutra ante los datos de los usuarios que utilizan su plataforma. Por tanto, no tiene conocimiento efectivo sobre cuáles son los alojamientos turísticos de Cataluña que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley Catalana que obliga a la inscripción en el Registro de Cataluña (RTC). No podría ser por tanto responsable de acuerdo a los artículos 12, 13 y 14 de la 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), en adelante, Directiva 2000/31¹. También se infringirían los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI)².
- Asimismo, Airbnb alega que no puede ser considerada una empresa turística y no le es aplicable la ley sectorial pertinente sino la LSSI.
- Alega la parte recurrente, si Airbnb no tiene el conocimiento efectivo de que existe una infracción administrativa en algunas de sus viviendas publicitadas, la orden por la cual debe eliminar cualquier publicidad de los alojamientos en Cataluña que no tengan y muestren la inscripción en el registro (RTC) significaría obligar a Airbnb a supervisar los datos a través de la búsqueda activa de circunstancias que puedan indicar actividades ilícitas, lo que vulneraría el artículo 15 de la Directiva 2000/31³.
- Por último, alega que la obligación de los usuarios de inscribirse en el Registro de Turismo de Cataluña (RTC) y la posterior obligación de exhibir el número es una restricción que vulnera el artículo 9 de la Directiva 123/06/CE del Parlamento

¹ DOCE núm. 178, 17 de julio de 2000.

² BOE núm. 166, 12 de julio 2002.

³ «Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas».

Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior de servicios⁴, al no quedar justificada por una razón imperiosa de interés general ni ser proporcionada.

Los motivos que esgrimía el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia para entender conforme a derecho la orden de eliminar aquellos establecimientos o alojamientos de la publicidad de la mercantil que no tuvieran el número de registro eran los siguientes:

- Airbnb realiza un papel activo en el tratamiento de sus datos y no es meramente técnico, «el operador presta una asistencia consistente en optimizar la presentación de las ofertas de venta o en promover estas ofertas, cuando interviene en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en la selección de las palabras clave en el servicio de referenciación». Por tanto, no está exento de la responsabilidad del artículo 14 de la LSSI⁵. Fundamenta la sentencia este papel activo de la siguiente manera: «no se limita a una función neutra o pasiva de mero tratamiento técnico y automático de los datos facilitados por los clientes sino que alcanza un papel determinante, de forma que se constituye en el centro del negocio de alquiler de inmuebles o viviendas de vacaciones, ya que organiza la información bajo una forma que ella misma decide, lleva a cabo la publicidad en los términos que considera oportunos, gestiona las reservas y domina la operación desde el control del flujo económico, esto es, imponiendo su intermediación en el pago».
- Debe aplicarse la Ley catalana relativa a la exhibición del número de Registro Turístico de Cataluña (RTC), aunque no se trate de una empresa de alquileres turísticos, ya que opera en España y debe someterse a la normativa aplicable del Estado miembro donde está establecida la mercantil.

⁴ «1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

⁵ «Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos. No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión».

2. Cuestiones a aclarar

El Tribunal establece tres puntos a aclarar para poder dictaminar su fallo:

1. Dirimir la actividad de Airbnb, ¿es un prestador de servicios de la información o su actividad no se puede entender sin la actividad global a la que presta información? ¿Airbnb es un grupo empresarial que se dedica al sector del alquiler inmobiliario o por el contrario es una entidad prestadora de servicios de la sociedad de la información? ¿cuándo un prestador de servicios de la sociedad de información que almacena datos desempeña un papel activo o solo un papel técnico?
2. Cuestión de competencia territorial: ¿Airbnb está establecido en España?
3. ¿Debe someterse Airbnb a la normativa sectorial de los alquileres turísticos? ¿debía, por tanto, tener un conocimiento efectivo de la ilicitud?

2.1 Actividad de Airbnb

El Tribunal Supremo tiene especialmente en cuenta en su fundamentación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18), que resolvió una cuestión prejudicial presentada por un tribunal francés en relación con la naturaleza de los servicios prestados en Francia por Airbnb Ireland, que interviene como parte actora en este recurso y desarrolla servicios similares en España. Debido a la identidad de los supuestos impugnados, los pilares que apuntalaron el fallo del TJUE en este asunto son puestos de relevancia de forma reiterada en esta sentencia por parte del Tribunal Supremo.

La cuestión principal es enmarcar la actividad de la mercantil como un prestador de servicios de la información o como una empresa dedicada a la actividad de los alquileres inmobiliarios. Aunque Airbnb organice la información bajo la forma que considera y publicita la misma bajo sus propios criterios e incluso gestione las reservas dominando la operación económica, es decir que impone un pago por su propia intermediación, todas estas vicisitudes, conforme al asunto C- 390/18 no indican que Airbnb se haya integrado dentro del servicio de alquiler de viviendas, como sí lo hacía Uber en el servicio de transporte, sino que sigue manteniendo su actividad de intermediación en calidad de prestador de servicios de la información.

Esto es así debido a que Airbnb no ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de los servicios de alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación. Airbnb no se dedica a los servicios de alojamiento sino a crear una lista de alojamientos disponibles. No es un negocio de arrendamientos de vivienda sino un servicio de intermediación propio de la sociedad de información.

Evidentemente, esta cuestión no es baladí, sino que es la piedra angular para poder decidir sobre el régimen de responsabilidad de Airbnb y para delimitar bajo qué regulación opera su actividad.

Es cierto que Airbnb ofrece diversos servicios aparte del principal de su actividad, la cual es poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración. Estas prestaciones adicionales tales como una plantilla en la que se define el contenido de sus ofertas, opcional, un servicio de fotografía, también opcional, un seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños, e igualmente pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio del arrendamiento, en función de los precios medios del mercado de dicha plataforma tienen un carácter accesorio, dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo.

Entiende el TJUE en la cuestión C-390/18 que la actividad de Airbnb es completamente diferenciable de la propia transición inmobiliaria, ya que su actividad de establecer una lista estructurada de los alojamientos disponibles, en beneficio de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan este tipo de alojamiento no es algo absolutamente indispensable para hacer efectiva la acción de arrendar un inmueble, teniendo ambas partes (arrendador y arrendatario) otros cauces. Asimismo, entiende el Tribunal que Airbnb no limita ni determina el importe por el cual debe realizarse la transacción inmobiliaria. Los arrendadores son los que en último lugar fijan el precio para el alquiler.

Como conclusión, el TS reproduce los pronunciamos del TJUE en la cuestión C-390/18 y determina que Airbnb desarrolla un servicio de intermediación propio de la sociedad de información sin que pueda considerarse su actividad la de alquileres inmobiliarios.

2.2. Ámbito territorial

Otra de las cuestiones que se discuten en este pronunciamiento es el establecimiento territorial de Airbnb. Este punto es destacable poniendo de relieve el artículo 3.2 de la Directiva 2000/31: «Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado» y el artículo 7.1 de la LSSI: «La prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 y 8».

Para entender qué requisitos debe cumplir el prestador de servicios de la sociedad de información para considerar que está establecido en España hay que acudir al artículo 2.1 de la LSSI que establece: «Se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección».

El Tribunal Supremo acude nuevamente a la sentencia relativa al caso C-390/18 para solventar la cuestión sobre si Airbnb está establecida en España. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que Airbnb Ireland era un prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un Estado miembro distinto al que establecía las restricciones. Por ende, el TS dictamina que Airbnb está establecida en Irlanda, es decir, en otro Estado miembro que no es España y por tanto le debe ser de aplicación el artículo 3.2 de la Directiva 2000/31.

Sin embargo, el hecho de que no se encuentre establecido en España no significa que esté exento de cumplir con las disposiciones nacionales, tal y como establece el artículo 3.1 de la Directiva 2000/31⁶, además el artículo 3.4 de la misma Directiva establece que se pueden tomar medidas que excepciona el principio de libre prestación de servicios por razones de orden público, salud pública y otras entre las que se encuentra la protección de los consumidores. No obstante, estas medidas restrictivas deben cumplir con el procedimiento del artículo 3.4.b) de la Directiva 2000/31 y del artículo 8.4 de la LSSI⁷.

⁶ «Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado».

⁷ «Cuando un órgano competente acuerde, en ejercicio de las competencias que tenga legalmente atribuidas, y de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, establecer restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, dicho órgano deberá seguir el siguiente procedimiento:

- a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.
- b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo con la mayor brevedad y, en cualquier caso, como máximo, en el plazo de quince días desde su adopción. Así mismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

En el asunto concreto que trae causa de este litigio no se ha seguido dicho procedimiento, sino que solo ha habido una orden emitida por la Directora General de Turismo de Cataluña de carácter genérico sin notificación alguna de España a Irlanda, Estado miembro en cuyo territorio está establecido el prestador del servicio y a la Comisión Europea sobre la intención de adoptar la medida relativa a la obligación de exhibir el número de Registro.

2.3. Conocimiento efectivo de la ilicitud

La última cuestión a resolver es si Airbnb tenía conocimiento efectivo sobre la infracción administrativa en la que incurrían los alojamientos turísticos de Cataluña si no exhiben el número del RTC. El hecho de que Airbnb tuviese este conocimiento efectivo sería una excepción al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es decir, que en esa hipótesis sí se consideraría responsable a Airbnb de los datos almacenados. El Tribunal entiende que Airbnb no dispone de este conocimiento efectivo.

En aplicación de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña⁸ en su artículo 73.3 se establece «Todos los sujetos que realicen actividades turísticas deben inscribirse o deben ser inscritos, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y las disposiciones reglamentarias que la completen o la desarrollen, en el Registro de Turismo de Cataluña, que ha de contar, con esta finalidad, con las secciones y subsecciones determinadas por reglamento». De acuerdo a la fundamentación que ha seguido el Tribunal, Airbnb no desarrolla actividades turísticas por lo que no entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 73.3. Airbnb como prestadora de servicios de la sociedad de información no está bajo el régimen aplicable de la Ley de Turismo de Cataluña, sino que su régimen jurídico lo conforman la LSSI y la Directiva 2000/31.

Este hecho, hace entender que la obligación de inscribir los alojamientos turísticos en el RIT y exhibir el número en la publicidad de tales alojamientos turísticos, recae en las empresas turísticas, no obstante, Airbnb no es considerada empresa turística, sino que es una prestadora de servicios de la sociedad de la información. Estas circunstancias hacen concluir que no cabe entender que Airbnb tuviera el conocimiento efectivo de la ilicitud de que algunos de los alojamientos turísticos que se anuncian en su página estuvieran cometiendo una ilicitud.

Podría llegar a interpretarse que la orden de la Directora General de Turismo de Cataluña es suficiente para considerarse una declaración de ilicitud, que una vez

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas».

⁸ BOE núm. 169, 16 de julio de 2002.



conocida por Airbnb debe colaborar con la Administración. Así, el artículo 16 de la LSSI establece «Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento de la ilicitud cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución». Sin embargo, no es posible llegar a esta conclusión, ya que esta declaración de ilicitud y orden de retirada es genérica. Sería necesario que el establecimiento de una orden de retirada de anuncios, lo que sí cumpliría con el artículo 16 de la LSSI del conocimiento efectivo por parte del prestador de servicios de información.

A mayor abundamiento, la orden genérica que trae causa del litigio obligaría a Airbnb a inspeccionar el contenido de los anuncios para delimitar cuales son alquileres turísticos que deben cumplir con la obligación de la Ley de Turismo de Cataluña y esto sería contrario al artículo 15.1 de la Directiva 2000/31, en la cual se establece la prohibición de imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen. Esta función corresponde a la Administración competente. «Cuando en el ejercicio de sus funciones la Administración competente constata tales infracciones por los sujetos obligados, los titulares de los alojamientos o los anunciantes, podrá declararlo así y requerir al prestador de servicios la retirada del anuncio o que se impida el acceso al mismo».

3. Conclusiones

Finalmente, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y permitirá que Airbnb siga publicitando pisos turísticos ubicados en Cataluña que no cumplen con la normativa relativa al turismo que rige en esta comunidad autónoma, es decir, Airbnb podrá publicitar viviendas turísticas consideradas ilegales en Cataluña.

Esto conllevará que los pisos que no quieran inscribirse en el registro de pisos turísticos de Cataluña debido a las implicaciones que esto acarrea (llevar un control de las estancias para luego poder presentar el impuesto pertinente) podrán seguir siendo publicitados como pisos turísticos en una plataforma con un gran alcance como Airbnb sin cumplir con la normativa exigida en la comunidad.

Así lo ha decidido el Tribunal Supremo al concluir que la actividad de Airbnb es la de un intermediario como prestador de servicios de información que no se enmarca en la actividad del arrendamiento inmobiliario ya que no influye de una forma directa en la actividad de alquiler, no impone los precios, los servicios de la plataforma no son imprescindibles para el efectivo arrendamiento de la vivienda y la plataforma no controla efectivamente el mercado inmobiliario. Por tanto, no estará sujeto a la normativa sectorial, sino que le será de aplicación la normativa relativa al Comercio Electrónico. Asimismo,



exime a Airbnb de la obligación de inspeccionar el contenido que le proporcionan sus usuarios.

Por tanto, a la pregunta ¿Qué responsabilidad tiene Airbnb si algunas de sus viviendas ofertadas no cumplen con la normativa sectorial sobre turismo? La respuesta a la luz de esta reciente sentencia parece indicar que es ninguna. Quién debe vigilar que las ofertas cumplan con la normativa pertinente deberá ser la Administración competente y no se podrá trasladar esta obligación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información siempre y cuando sean meras intermediarias, es decir, no tengan un papel activo sino meramente técnico.

Unas semanas después de esta sentencia el Parlamento Europeo ha aprobado la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales), conocida por sus siglas en inglés como DSA⁹. Esta propuesta de Reglamento incide en los problemas relacionados con la responsabilidad del contenido mostrado en las plataformas digitales cuando no hay un conocimiento efectivo de la ilicitud. El principio sobre el que pivota esta propuesta es que aquello que es ilegal debe ser ilegal igualmente online.

No obstante, la propuesta no cambia sustancialmente el régimen de responsabilidades de estos intermediarios, sino que añade nuevas obligaciones de diligencia debida relativas al establecimiento de nuevos cauces o procedimientos para que se pueda informar y eliminar los contenidos ilícitos de una plataforma digital. Por lo que parece que seguirá vigente la no obligación de supervisar si los contenidos que se exhiban en la plataforma digital sean conforme a derecho.

⁹ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825>