

Airbnb no es una agencia inmobiliaria

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Airbnb Ireland ha declarado que Airbnb es un servicio de la sociedad de la información por lo que, en los términos previstos en la Directiva de comercio electrónico, los particulares pueden oponerse a medidas restrictivas de los Estados que no hayan sido notificadas previamente.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada el 19 de diciembre del 2019 en el asunto C-390/18 ha estimado, al resolver sobre una petición de cuestión prejudicial elevada por un tribunal francés, que la actividad desarrollada por Airbnb Ireland (perteneciente al grupo Airbnb) es un servicio de la sociedad de la información, lo que conlleva la imposibilidad de imponerle normas restrictivas como las propias de la profesión de agente inmobiliario sin haberlas sometido previamente al sistema de notificación previsto en el artículo 3 de la Directiva 2000/31.

Se trata de un pronunciamiento importante por cuanto contribuye a definir los criterios aplicables para que los nuevos servicios propios de la economía colaborativa que se prestan por internet puedan ser considerados «servicios de la sociedad de la información» y se vean beneficiados, por ello, de la aplicación de la normativa comunitaria que los regula, caracterizada por un alto nivel de integración europea y por una garantía reforzada de la libre circulación de servicios.

En nuestro Derecho, esta sentencia supone que Airbnb y demás plataformas similares quedan sujetas a la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, sin

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

que les resulten aplicables las restricciones establecidas en otras normas —como son, en particular, las relativas a los alojamientos turísticos—, salvo que dichas restricciones estén fundadas en alguna de las razones que prevé la Directiva de comercio electrónico y se haya cumplido con el deber de notificación previa. Ello podría tener incidencia en los contenciosos, surgidos o que puedan surgir, en relación con las normas aprobadas por algunas comunidades autónomas y ayuntamientos que imponen a estas plataformas obligaciones propias de las empresas gestoras de alquiler vacacional (por ejemplo, responder del adecuado estado de conservación, limpieza y prestación de los servicios), sin que se haya cumplido el mencionado requisito de notificación previa a la Comisión Europea. Todo ello, claro está, sin perjuicio de los deberes de información veraz que exige a estas plataformas la propia Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

La sentencia no afecta, en cambio, a las restricciones normativas aplicables directamente al alquiler turístico, por mucho que la existencia de plataformas como Airbnb haya contribuido a que este tipo de alojamiento prolifere. En relación con tales limitaciones, interesa señalar que se hallan pendientes de resolución por el tribunal las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18, *Calí Apartments* (cuya vista tuvo lugar el pasado 19 de noviembre), en las que se consulta sobre la interpretación del ámbito de aplicación de la directiva de servicios con respecto al alquiler reiterado de viviendas amuebladas a una clientela de corta estancia.

En la sentencia que nos ocupa, el caso que dio lugar al litigio principal era un procedimiento penal incoado en Francia a raíz de una denuncia contra Airbnb Ireland por ejercer una actividad de agente inmobiliario sin estar en posesión de una tarjeta profesional, infringiendo por ello la denominada *ley Hoguet* aplicable a las actividades del sector inmobiliario. El proceso penal se abrió a raíz de la denuncia presentada por la Asociación para la Defensa del Alojamiento y el Turismo Profesionales, que ejerció una acción civil por estimar que Airbnb Ireland no se limita a poner en contacto a arrendadores y arrendatarios, sino que ofrece servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en las transacciones inmobiliarias.

El tribunal remitente planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales cuyos contenidos y respuestas recibidas pasamos a exponer:

- 1) «¿Están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en el artículo 3 de la [Directiva 2000/31] las prestaciones realizadas en Francia por [...] Airbnb Ireland a través de una plataforma electrónica explotada desde Irlanda?»

Se trata de determinar si procede calificar de «servicio de la sociedad de la información», a efecto de la aplicación de esta directiva, el servicio prestado por Airbnb Ireland, que la sentencia define como «un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones, como una plantilla que define el contenido de su oferta, un servicio de fotografía, un seguro de

responsabilidad civil y una garantía de daños, una herramienta de estimación del precio del alquiler o servicios de pago relativos a las prestaciones de alojamiento».

Todas las partes estaban de acuerdo, como señala la sentencia, en que esta actividad de intermediación está comprendida en el concepto de 'servicio' del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la directiva de servicios (Directiva 2006/123), pero había que determinar si, por tratarse de un «servicio de la sociedad de la información», resultaban de aplicación prevalente la citada Directiva 2000/31, así como la Directiva 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Pues bien, la sentencia, siguiendo la opinión sustentada por las conclusiones del abogado general, manifiesta que sí debe considerarse la actividad prestada por Airbnb Ireland como un servicio de la sociedad de la información, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Que se cumplen los cuatro requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1.1a de la Directiva 2015/1535:

- Se trata de un servicio prestado «a distancia» (1) y «por vía electrónica» (2).

En relación con los dos aspectos del requisito anterior, la sentencia dice que, en la medida en que el arrendador y el arrendatario son puestos en contacto por medio de una plataforma electrónica, «en ningún momento del proceso contractual [...] las partes se ponen en contacto de una forma que no sea la intermediación de la plataforma electrónica».

- El servicio se presta «a cambio de una remuneración» (3), aun cuando en este caso la comisión percibida por otra sociedad del grupo Airbnb (Airbnb UK Payments SL) corra a cargo del arrendatario (que paga una comisión) y no del arrendador.
- El servicio se presta «a petición individual de un destinatario de servicio» (4), dado que «presupone tanto la publicación en línea de un anuncio por parte del arrendador como una petición individual del arrendatario interesado por dicho anuncio».

b) Pero, además de estos cuatro requisitos exigidos por la directiva, se cumple también la condición, requerida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de que no se trate de un servicio que pueda considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponda una calificación diferente, como sería, en este caso —según alegaba la asociación denunciante—, la actividad de intermediación en transacciones inmobiliarias. Ello es así por las siguientes razones:

- Airbnb Ireland no sólo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino que, más bien, se trata de proporcionar un instrumento que facilite

la conclusión de contratos en futuras transacciones, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica que se corresponden con los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración.

Esta presentación organizada del conjunto de las ofertas es, según la sentencia, el principal rasgo distintivo de esta plataforma y, junto con las herramientas de búsqueda, localización y comparación entre ellas que ofrece, conduce a calificar el servicio prestado, por su importancia, como «un servicio que no puede considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponde una calificación jurídica diferente, a saber, la prestación de alojamiento».

- En segundo lugar, el servicio prestado por Airbnb Ireland «en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles».

La sentencia precisa que el hecho de que Airbnb Ireland compita directamente con estos cauces mediante un servicio innovador no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento.

- Y, por último, no se ha acreditado que Airbnb Ireland «determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento».

Las razones expuestas llevan a la sentencia a concluir que el servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland no puede considerarse parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento, sin que esta conclusión se vea desvirtuada por las demás prestaciones que ofrece, que se consideran herramientas de carácter accesorio propias de las plataformas colaborativas, como las siguientes:

- el que se ofrezca a los arrendadores una plantilla que define el contenido de su oferta, un servicio de fotografía del inmueble que se arrienda y un sistema de evaluación por los arrendadores y los arrendatarios;
- el hecho de que sea una sociedad del grupo (Airbnb Payments UK SL) la que se encargue de recibir los pagos efectuados por los arrendatarios para transferirlos en un momento posterior a los arrendadores (como garantía de que el pago se va a efectuar), cuando, en particular, se utilizan modalidades de pago que no van acompañadas ni directa ni indirectamente de un control de los precios de las prestaciones de alojamiento;

- el hecho de que Airbnb Ireland ofrezca a los arrendadores una garantía por daños y, con carácter opcional, un seguro de responsabilidad civil.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorga así al servicio de intermediación de Airbnb una calificación distinta de la que dio a Uber en las sentencias *Asociación Profesional Elite Taxi* y *Uber France*.

Así lo reconoce la propia sentencia, que señala como elementos diferenciadores que explican las distintas conclusiones alcanzadas, además del hecho de que aquellos pronunciamientos se inscribían en el contexto específico del transporte urbano de pasajeros al que se aplica el artículo 58.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el que en las prestaciones accesorias ofrecidas por Airbnb Ireland «no es posible apreciar el nivel de control constatado por el Tribunal de Justicia en aquellas sentencias», puesto que, en particular, Airbnb Ireland no determina directa ni indirectamente el precio de los alojamientos y no selecciona a los arrendadores ni los alojamientos que éstos ofrecen en su plataforma.

- 2) La segunda cuestión prejudicial era la siguiente: «¿Cabe oponer a [...] Airbnb Ireland las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la [ley Hoguet]?»

Partiendo de la calificación de la actividad de Airbnb Ireland como servicio de la sociedad de la información, la sentencia procede a analizar si las normas que se le aplicaron en el litigio principal eran, como había alegado esta empresa, incompatibles con las directivas europeas aplicables a este tipo de servicios.

La sentencia comienza por recordar que, conforme a la Directiva 2000/31 aplicable a los servicios de la sociedad de la información, los Estados únicamente pueden adoptar medidas que restrinjan la libre circulación respecto de un determinado servicio si se cumplen dos condiciones acumulativas (art. 3, apdo. 4.º):

- a) la medida restrictiva debe ser necesaria para garantizar el orden público, la protección de la salud pública, la seguridad pública o la protección de los consumidores; debe ser tomada en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en detrimento de tales objetivos o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de ellos, y, por último, debe ser proporcionada a dichos objetivos;
- b) el Estado miembro interesado, antes de adoptar una medida de este tipo, debe, salvo en caso de urgencia debidamente justificada, haber notificado a la Comisión y al Estado miembro en cuyo territorio esté establecido el prestador de servicios de que se trate su intención de adoptar dichas medidas.

Pues bien, en el caso que dio origen a la cuestión prejudicial, la sentencia indica que Francia no notificó la ley Hoguet ni a la Comisión ni a Irlanda —como Estado miembro de establecimiento de Airbnb Ireland— y señala que el hecho de que la ley fuera anterior a la entrada en vigor de la directiva no justificaba esta omisión dado que la directiva no previó una excepción que autorizara a los Estados miembros a mantener medidas anteriores que pudieran limitar la libre prestación de servicios sin cumplir sus condiciones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que esta omisión del deber de notificación previa conlleva la imposibilidad de invocar la normativa contra los particulares, dado que no se trata de una mera exigencia de información, sino de una exigencia de carácter sustantivo. La sentencia aduce para ello las siguientes razones:

- La directiva impone esta obligación específica a los Estados en su artículo 3, apartado 4.
- Se trata de una obligación que «presenta un carácter suficientemente claro, preciso e incondicional, como para que se le reconozca un efecto directo y, por tanto, puede ser invocada directamente por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales».
- El objetivo de la directiva es garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros mediante un mecanismo de control de las medidas que puedan ser contrarias a ella.
- En este sentido, señala que, conforme al apartado 6 del artículo 3 de la directiva, «la Comisión, a la que corresponde examinar la compatibilidad de las medidas notificadas con el Derecho de la Unión en el más breve plazo, está obligada, en caso de que llegue a la conclusión de que las medidas propuestas son incompatibles con el Derecho de la Unión, a solicitar a dicho Estado miembro que se abstenga de tomar tales medidas o que ponga fin lo antes posible a las mismas». Y añade que, conforme a su jurisprudencia, «este procedimiento permite además a la Comisión evitar la creación o, al menos, el mantenimiento de obstáculos al comercio contrarios al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular, proponiendo modificaciones a las medidas nacionales de que se trate».

La sentencia precisa que esta imposibilidad del Estado de invocar la medida restrictiva no notificada contra los particulares se puede alegar no sólo con ocasión de un proceso penal, sino también en un litigio entre particulares (lo que, en el caso del litigio que es objeto del asunto principal, permite al particular invocar tal incumplimiento no sólo en el ámbito de las actuaciones penales dirigidas contra él, sino también en el de la pretensión indemnizatoria formulada por el particular personado en el procedimiento como actor civil).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde así a la segunda cuestión prejudicial declarando que «el artículo 3, apartado 4, letra b, segundo guion, de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que un particular puede oponerse a que se le apliquen, en el ámbito de un procedimiento penal en el que se ha ejercitado una acción

civil, medidas de un Estado miembro que restrinjan la libre circulación de un servicio de la sociedad de la información que presta desde otro Estado miembro, cuando dichas medidas no hayan sido notificadas con arreglo a dicha disposición».