

# La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa

Margarita Jiménez Horwitz  
Profesora Titular de Derecho civil

La plataforma Airbnb plantea cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes. La intermediación en línea está exenta de responsabilidad respecto a las actividades que realizan los usuarios de la plataforma cuando se relacionan o contratan entre sí. Más aún, cuando un huésped realiza una reserva contrata directamente con el anfitrión. No obstante, Airbnb realiza algunos servicios auxiliares que están relacionados con el contrato de alojamiento turístico. Esto crea dudas sobre si está implicada de forma principal en este contrato [plataforma activa] y responde de las vicisitudes del mismo. Por otra parte, Airbnb actúa como comerciante y la intermediación en línea no puede ser la excusa para dejar de cumplir las normas de la UE en materia de protección de los consumidores.

Palabras claves: intermediación en línea, contrato de alojamiento turístico, servicios auxiliares, responsabilidades, plataforma activa, comerciante, protección de los consumidores.

The Airbnb platform raises issues related to the implementation of existing legal frameworks. Online intermediation is exempt from liability with respect to the activities conducted by users of the platform when they enter into a relationship or contract with each other, even more so, when the guest signs a reservation contract directly with the host. However, Airbnb provides some ancillary services that are related to the tourist accommodation contract. This raises questions about whether it is principally involved in the contract (active platform) and liable for its vicissitudes. Additionally, Airbnb acts as a trader, and online intermediation cannot be an excuse for failure to comply with EU consumer protection rules.

Keywords: online intermediation, tourist accommodation contract, ancillary services, liabilities, active platform, trader, consumer protection

## ***I. Planteamiento general***

### ***1. Los distintos ámbitos de actuación de la plataforma Airbnb: incertidumbre jurídica***

La plataforma Airbnb es muy popular en el sector de los alojamientos turísticos. Ha ganado cuotas de mercado muy importantes y sigue creciendo, especialmente en el ámbito de la UE<sup>1</sup>. El éxito se explica en gran medida porque la plataforma ofrece soporte técnico y una estructura de actuación en línea que facilita la relación entre los anfitriones y los huéspedes y la contratación del alojamiento turístico.

Con un procedimiento muy sencillo, los usuarios se pueden registrar como miembros de la plataforma —los que ofrecen alojamiento, como anfitriones, y los que buscan alojamiento, como huéspedes—. De esta manera, los usuarios han suscrito un contrato con Airbnb que tiene por objeto el uso de la plataforma —para el acceso y utilización de la web y los servicios asociados— que permite muchas posibilidades de actuación: los anfitriones anuncian los alojamientos y los huéspedes realizan las reservas en línea a través de la plataforma. Más aún, antes de contratar el alojamiento, se puede conocer la reputación de la otra parte contratante consultando las *reviews*. También el pago del alojamiento se realiza cómodamente mediante los distintos sistemas de pago que facilita la aplicación. Si surgen problemas entre los anfitriones y los huéspedes, Airbnb ofrece soluciones jurídicas para remediar el conflicto. Existe una "Garantía Airbnb para anfitriones", que consiste en un programa de protección de la propiedad mediante un seguro que cubre la pérdida o daños causados por el vandalismo en la propiedad y también por robo. Todos estos aspectos ilustran a la perfección las actividades que permite la plataforma Airbnb para facilitar el contrato de alojamiento o para solucionar los problemas que surgen del contrato.

---

<sup>1</sup> El análisis de crecimiento económico de las plataformas colaborativas que operan en el ámbito de la UE puede consultarse en las estimaciones de PwC Consulting en el marco de un estudio contratado por la Comisión Europea.

Sin embargo, el contrato de alojamiento solo media entre el anfitrión y el huésped. Es decir, cuando un huésped realiza una reserva, contrata directamente con el anfitrión. El contrato típico con el sello propio de Airbnb ocurre *inter pares* —P2P (*peer-to-peer*)— : el anfitrión es un particular que ofrece su propia vivienda de forma ocasional a otro particular a cambio de un precio moderado, y casi siempre más barato que el precio que se paga en los hoteles. En este sentido, se habla propiamente de economía colaborativa para hacer referencia a una nueva forma de hacer turismo que ocurre al margen por completo del negocio que ofrecen los establecimientos hoteleros.

Continuando con este planteamiento, hay que acentuar el acto de compartir, cooperar o colaborar, mientras que las motivaciones económicas serán secundarias o a pequeña escala, sin apenas importancia, como una ayuda para incrementar un poco los ingresos de los particulares. Estos fueron seguramente los inicios de Airbnb. No obstante, este sector de la economía colaborativa ha evolucionado bastante y actualmente es posible distinguir otros comportamientos que son más profesionales —*quasi* profesionales o completamente profesionales— en los que prevalece el ánimo de lucro. Por una parte, muchos particulares están ofreciendo habitualmente su vivienda para el alojamiento turístico de tal manera que se convierte en el negocio principal para ganarse la vida<sup>2</sup>. En otro orden de actuaciones, los profesionales del sector de los establecimientos hoteleros se registran cada vez con más frecuencia como anfitriones en la plataforma Airbnb para obtener las ventajas comerciales de actuar en línea sin necesidad de gestionar un sitio web independiente<sup>3</sup>. Desde otro punto de vista, las actividades que realizan los anfitriones son cada vez más profesionales porque, además del alojamiento, en ocasiones ofrecen otros servicios complementarios, como limpieza de habitaciones o desayunos, y actividades de uno o varios días, acceso a eventos o visitas turísticas. En este sentido, podemos considerar que se establece un contrato complejo de servicios turísticos.

Obsérvese al respecto que el modelo clásico de negocio en el sector turístico ocurre a dos bandas entre las partes contratantes: el anfitrión y el huésped. En otro caso,

---

<sup>2</sup> La legislación europea no establece cuándo un particular se convierte en prestador de servicios profesionales. Pero, evidentemente, conforme se va incrementando la regularidad con la que se realiza el servicio y el nivel de los ingresos generados, los particulares se van aproximando a los umbrales de actuación que son propios de los profesionales, mereciendo por lo mismo esta consideración y debiendo estar sujetos a los requisitos de la correspondiente licencia profesional.

<sup>3</sup> En relación con la evolución del concepto de la economía colaborativa y la tendencia hacia la profesionalización de los servicios, COM (2016) 356, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones: *Una agenda para la economía colaborativa*, p. 10.

en relación con los viajes combinados, cabe considerar la responsabilidad contractual de las agencias de viaje, que, según la normas de derecho, son sujetos activos de la contratación y asumen la responsabilidad de la venta de este tipo de servicios combinados, también en relación con el alojamiento en los hoteles y los servicios complementarios<sup>4</sup>. No obstante, modernamente, en la economía colaborativa ocurre otra cosa. Aparece en escena Airbnb, que actúa como intermediario técnico que facilita una plataforma en línea para que los usuarios puedan relacionarse y contratar entre sí. Sin embargo, no interviene directamente en las actividades que realizan los usuarios. Se queda en el límite: cerca, pero fuera del contrato de servicios turísticos. En otro orden de cosas, Airbnb realiza algunas actividades que son auxiliares de los servicios turísticos, aunque no interviene en lo principal. Gestiona el pago del alojamiento, pero el precio lo fija el anfitrión. Ofrece orientación jurídica cuando surgen problemas relacionados con los servicios turísticos, pero, a pesar de ello, las responsabilidades se deciden exclusivamente entre el anfitrión y el huésped. Desde el punto de vista económico ocurre algo parecido. El pago que obtiene Airbnb es solo un tanto por ciento del precio de los servicios turísticos a modo de una comisión en contrapartida por el uso de su aplicación, y no cobra nada por los servicios turísticos.

Estas circunstancias son muy peculiares porque lindan con muchos criterios de responsabilidad y hay que poner mucho cuidado en distinguir el ámbito propio de Airbnb: de qué responde y con qué fundamento. En resumidas cuentas, estamos ante un nuevo modelo de negocio que, a la par que crea nuevas oportunidades de actuación para los particulares y los emprendedores, crea incertidumbre sobre la situación jurídica de Airbnb.

En realidad, este planteamiento se repite en todos los mercados económicos que utilizan servicios de intermediación en línea para facilitar los contratos entre los usuarios de la plataforma. Más concretamente, lo que hemos considerado una situación de incertidumbre se refiere a las dificultades que se presentan hoy día para encontrar una correcta delimitación jurídica del fenómeno y solucionar los problemas centrales que plantea<sup>5</sup>. El concepto de intermediación en línea es nuevo para el derecho y plantea a

---

<sup>4</sup> Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

<sup>5</sup> Así, Busch; Dannemann y Schulte-Nölke (2016). "Ein neues Vertrags-und Verbraucherrecht für Online Plattformen im digitalen Binnenmarkt", *MMR*, p. 787; Katz, V. (2015). "Regulating the sharing economy", *Barkeley Technology Law Journal*, vol. 30, p. 1067 y ss.; y también, con especial referencia a Airbnb en el sector de los alojamientos

menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes. No se sabe muy bien qué normas deben aplicarse y, por ello, tampoco están claramente delimitadas las obligaciones y las responsabilidades que deben asumir las plataformas en línea. Además, en determinadas circunstancias, se hacen menos claros los contornos jurídicos porque las plataformas en línea traspasan los límites de la intermediación técnica y se implican en las actividades que realizan los usuarios de la plataforma, lo que puede crear todavía más dudas jurídicas.

En este estudio se va a seguir la línea crítica que ya se ha abierto. El objeto central será delimitar la situación jurídica de Airbnb.

## **2. Marco jurídico de referencia**

Como es usual que ocurra, no es fácil ordenar lo nuevo en los moldes tradicionales de las normas legales que ya existen. Se hace lo que se puede para delimitar jurídicamente las actividades que realizan las plataformas en línea. Por vía de la interpretación, se va estirando el significado de las normas que están en vigor para que quepan los servicios de intermediación en línea o para establecer conexiones jurídicas con las actividades que realizan los usuarios de la plataforma, acuñando, incluso, conceptos nuevos que se anexan a las normas para aportar de una manera más rigurosa el significado que se necesita.

En estas tareas de interpretación están trabajando los juristas a nivel internacional, porque, tratándose de plataformas que ofrecen servicios en línea, hay que tener en cuenta la globalización de las actuaciones económicas y, de igual manera, de los planteamientos jurídicos. No obstante, este estudio va a considerar básicamente el punto de vista de los juristas europeos, que han actuado con mucho dinamismo y con el empuje que da una estructura de trabajo en común, y, aunque la tarea no es fácil y, desde luego, es un momento todavía de evolución jurídica, ya se pueden distinguir algunas líneas de interpretación bastantes definidas sobre la manera de aplicar la legislación de la UE a las plataformas en línea.

---

turísticos, Miller, S. R. (2016). "First principles for regulating the sharing economy", *Harvard Journal on Legislation*, vol. 53, p. 147 y ss.

En particular, este estudio va a considerar dos puntos de vista principales.

Como punto de partida, el primer bloque temático se centrará en las normas de derecho que justifican la exención de responsabilidad de las plataformas en línea en distintos ámbitos jurídicos. Por una parte, considerando su condición de proveedor de plataforma, Airbnb no responde de los contenidos ilícitos que los usuarios almacenan en la plataforma (Directiva 2000/31/CE del comercio electrónico)<sup>6</sup>. Y, con otro planteamiento muy parecido, como la plataforma no contrata directamente el alojamiento o los servicios turísticos, tampoco responde por incumplimiento: si el anfitrión no cumple con las prestaciones comprometidas o el huésped ocasiona daños en la vivienda del anfitrión, Airbnb no asume ninguna responsabilidad por tales cuestiones. Este aspecto no está regulado expresamente por ninguna norma de derecho comunitario, aunque, evidentemente, se deduce de las bases más elementales del derecho general de las obligaciones y contratos —principio de relatividad de los contratos—. Se comprueba así en las legislaciones nacionales de los Estados miembros que regulan las normas pertinentes sobre responsabilidad contractual con fundamento en este principio<sup>7</sup>.

Obsérvese al respecto que esta estructura jurídica se construye sobre la base de la idea de intermediación técnica que ha sido aprehendida primeramente del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del comercio electrónico. De forma rigurosa, la exención de responsabilidad se refiere a los prestadores de servicios de la sociedad de la información respecto de los contenidos ilícitos que almacenan los usuarios. Pero no debe extrañar que los juristas europeos, con un criterio de inercia jurídica, hayan generalizado esta idea, de tal manera que la exención de responsabilidad de las plataformas en línea se repite intuitivamente en otros ámbitos jurídicos. Y obsérvese también que, paradójicamente, el marco jurídico se ha construido desde lo particular a lo general: una norma muy especial se convierte en la referencia común para decidir la situación jurídica de las plataformas en línea.

Estos planteamientos jurídicos tienen, además, la simplicidad sistemática del derecho ordenado, que distingue la responsabilidad de cada cual en su respectivo ámbito de actuación. Se consideran compartimentos estancos entre la actividad de soporte técnico

---

<sup>6</sup> COM (2016) 356, 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*, apartado 2.2, p. 8.

<sup>7</sup> COM (2016) 356, 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*, apartado 2.2, p. 8.

en internet que ofrece la plataforma y la actividad económica o social que realizan los usuarios cuando contratan o se relacionan entre sí, y de la misma manera se demarcan las respectivas responsabilidades: si se producen daños en el ámbito de actuación de los usuarios, hay que considerar el cierre de fronteras de la responsabilidad de la plataforma en línea que, formalmente, ha permanecido al otro lado de la delimitación jurídica.

Al considerar estos planteamientos, pudiera dar la impresión de que las plataformas en línea tuviesen una situación privilegiada en la economía colaborativa, como si la actividad de proveedor de plataforma no diese apenas problemas jurídicos y el nivel de responsabilidad fuese muy poco, estrictamente en relación con el servicio de soporte técnico en internet y nada en relación con las actividades que realizan los usuarios. No obstante, desde un punto de vista más analítico, han sido muy importantes las prerrogativas de interpretación del TJUE, que ha considerado que, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser “activa” y responde al mismo nivel que los usuarios porque, en realidad, está implicada con ellos en el mismo plano de actividad o incluso, en algunos casos, está por encima de ellos, controlando y mandando lo que tienen que hacer.

Por otra parte, este enfoque jurídico sobre las exenciones de responsabilidad de las plataformas en línea no es absoluto porque el orden legal, al lado de las exenciones, establece obligaciones legales que hay que cumplir para mantener la zona franca de responsabilidad. Asimismo, las instituciones europeas han incentivado que las plataformas en línea adopten medidas proactivas para controlar los contenidos ilícitos que son actuaciones voluntarias, es decir, que se realizan de buena fe, pero, finalmente, desembocan en aquellas obligaciones legales que hay que cumplir para evitar la responsabilidad por culpa.

En segundo lugar, en el otro bloque temático centraremos el tema en las normas de la UE en materia de protección de los consumidores. Desde este punto de vista, las plataformas en línea tienen obligaciones características para proteger los intereses de los usuarios que confían en este medio para actuar. Es decir, Airbnb tiene que aportar una estructura técnica muy bien organizada para que los usuarios que se adscriben a la plataforma puedan estar seguros de que van a obtener una información transparente —Directiva Comercio electrónico— y un trato de buena fe en las condiciones generales de la contratación —Directiva sobre control de cláusulas abusivas—. Tampoco debe

extrañar que los juristas europeos hayan desarrollado este enfoque jurídico en relación con las plataformas en línea<sup>8</sup>. Sencillamente, se ha considerado una conexión jurídica básica entre la condición de comerciante y el concepto de consumidor. De esta manera, las normas de protección de los consumidores se aplican también normalmente a cualquier plataforma colaborativa que reúna las condiciones para ser considerada un comerciante que participa en prácticas comerciales respecto a los usuarios, que son consumidores<sup>9</sup>.

Recientemente, la plataforma Airbnb, en el marco de trabajo de la Red de Cooperación para la Protección del Consumidor —Consumer Protection Cooperation (CPC)<sup>10</sup>—, ha recibido una llamada de atención sobre el incumplimiento de las normas de protección de los consumidores. Particularmente, la comisaria Věra Jourová ha declarado: «cada vez son más los consumidores que reservan su alojamiento de vacaciones en línea y este sector ha ofrecido numerosas nuevas oportunidades a los turistas. Sin embargo, su popularidad no puede servir de excusa para no cumplir con la normativa de protección de los consumidores de la UE. Los consumidores deben poder comprender fácilmente por qué y cuánto han de pagar por los servicios contratados y contar con unas normas justas, por ejemplo, en caso de anulación del alojamiento por el propietario. Espero que Airbnb dé curso a este asunto con celeridad, aplicando soluciones adecuadas»<sup>11</sup>. Este enfoque refleja también muy bien la problemática actual sobre las plataformas en línea, porque unas cuestiones conducen a otras y el conflicto se hace cada vez más complejo. Existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises de delimitación jurídica para eludir responsabilidades. En particular, Airbnb ha utilizado el concepto de

---

<sup>8</sup> COM (2016) 320, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos*, apartado 5.2.1, p. 132.

<sup>9</sup> COM (2016) 356, 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*, apartado 2.3, p. 10.

<sup>10</sup> *Common position of national authorities within the CPC Network concerning the commercial practices and the terms of service of Airbnb Ireland*.

<sup>11</sup> Comisión Europea, comunicado de prensa, Bruselas, 16 de julio de 2018.



intermediación en línea para eludir las responsabilidades que tiene como *comerciante* en materia de protección de los consumidores.

Hasta aquí el planteamiento general sobre la materia que se va a desarrollar a continuación en los epígrafes correspondientes. Quizás me he extendido demasiado por vía de una introducción, pero he considerado conveniente plantear una visión de conjunto sobre las cuestiones principales que van a marcar después la estructura y el desarrollo de este estudio.

Para finalizar, una última puntualización. Las consideraciones jurídicas que hemos realizado hasta ahora tienen como fundamento la perspectiva del derecho actual. Pues bien, para la reflexión sobre esta materia, también son importantes las perspectivas de futuro. En este contexto, hay iniciativas de todo tipo. Cabe mencionar algunas leyes que, a nivel del derecho nacional, han abordado aspectos puntuales de la problemática actual de las plataformas digitales<sup>12</sup>. Otras referencias son meras guías o protocolos de actuación de las instituciones de consumo<sup>13</sup>. Y el Gobierno alemán ha publicado un documento —*Weissbuch digitale Plattformen*— preparatorio de una iniciativa legislativa en el futuro<sup>14</sup>.

Todo ello es importante para la delimitación del orden jurídico de las plataformas en línea, aunque, seguramente, estos objetivos se quedan pequeños en el ámbito de la UE y parece necesario, o al menos conveniente, resolver los problemas con normas de derecho comunitario para armonizar las reglas jurídicas.

En este sentido se está avanzando poco a poco. Una comunicación de la Comisión Europea ha analizado los retos y las oportunidades de las plataformas digitales y, al mismo tiempo, los problemas jurídicos que hay que remediar a modo de documento preparatorio de los cambios legislativos que están por venir en la UE<sup>15</sup>. Otra

---

<sup>12</sup> En Francia, dos modificaciones del Código Francés de Consumo —mediante Ley n° 2015-990 (Ley Macron) y Ley n° 2016-1312— han regulado algunos aspectos particulares de las plataformas en línea. En Italia hay una propuesta de ley que aborda la problemática de las plataformas digitales en la economía colaborativa: Propuesta de Ley n°3564 “*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione*” (27 enero 2016).

<sup>13</sup> Danish Consumer Ombudsman, *Guidelines on publication of user reviews*, 1 de mayo de 2015 <https://www.consumerombudsman.dk/media/49717/guidelines.pdf>.

<sup>14</sup> Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. *White paper on Digital Platforms of the Economic Affairs Ministry*. Marzo 2017: <http://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/white-paper.html>.

<sup>15</sup> COM (2016) 288, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*.

comunicación de la Comisión refuerza este planteamiento con motivo de una agenda europea para la economía colaborativa<sup>16</sup>. Cabe mencionar el trabajo académico realizado por Research Group on the Law of Digital Services<sup>17</sup>, proponiendo un *draft* o modelo a seguir para una propuesta de directiva sobre las plataformas que realizan servicios de intermediación en línea, distinguiendo muy bien, con criterios jurídicos muy precisos, entre el supuesto de mera intermediación y la participación principal de la plataforma en el contrato que realizan entre sí los usuarios de la plataforma<sup>18</sup>. La Comisión Europea ha propuesto mecanismos más eficaces y medidas proactivas para luchar contra los contenidos ilícitos<sup>19</sup>. En el ámbito de los derechos de autor, la propuesta de directiva sobre propiedad intelectual establece la obligación legal de controlar los contenidos ilícitos con medidas tecnológicas<sup>20</sup>. Todavía más importante, recientemente, ha habido una propuesta de reglamento que tiene por objeto fomentar la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea<sup>21</sup>.

Claramente, hay movimiento en muchos ámbitos de actuación para incentivar cambios legislativos de gran calado. En el presente estudio se van a considerar todas estas perspectivas jurídicas a modo de anuncio de los cambios que se avecinan, y también vamos a considerar la referencia de los cambios para interpretar, con un criterio de realidad social, las normas que, por ahora, han de aplicarse.

---

<sup>16</sup> COM (2016) 356, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones: *Una agenda europea para la economía colaborativa*.

<sup>17</sup> Se trata de un grupo de trabajo organizado a nivel académico por la Universidad de Osnabrück (Germany) y la Jagiellonian University Krakow (Polonia). Han participado en la organización y desarrollo del proyecto de trabajo: Christoph Busch (Osnabrück), Gerhard Dannemann (Berlín), Hans Schulte-Nölke (Osnabrück/Nijmegen), Aneta Wiewiorowska-Domagalska (Osnabrück), Fryderyk Zoll (Krakow/Osnabrück). El proyecto ha sido cofinanciado por el Polish National Research Centre (Narodowe Centrum Nauki), No DEC-2012/04/A/ HS5/00709.

<sup>18</sup> EuCML (2016). “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer Market Law*, p. 164.

<sup>19</sup> COM (2017) 555, Comunicación de la Comisión: *Lucha contra los contenidos ilícitos en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea* y Recomendaciones (UE)2018/34 de la Comisión sobre las medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea

<sup>20</sup> COM (2016) 593, Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital, artículo 13, final.

<sup>21</sup> COM (2018) 238, Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, final.

## II. Responsabilidades de Airbnb respecto de las actividades que realizan los usuarios de la plataforma

### 1. El enfoque realista

A continuación, en este epígrafe, se va a analizar con más detenimiento la situación jurídica de Airbnb en relación con la idea de intermediación técnica. Este análisis se va a desdoblar, a su vez, en los dos ámbitos jurídicos que ya se han distinguido anteriormente en la introducción: por una parte, con fundamento en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Comercio Electrónico, no responde de los contenidos ilícitos que los usuarios almacenan en la plataforma, y por otra parte, con base en el principio de relatividad de los contratos, no responde del incumplimiento del contrato que realizan entre sí los usuarios de la plataforma. Ambos planteamientos jurídicos están basados en la misma idea de intermediación técnica como característica de actuación de las plataformas en línea. Sin embargo, cada ámbito tiene sus propias particularidades de régimen jurídico, y por ello tiene sentido una distinción temática para analizar la situación jurídica de Airbnb.

Lo que sí puede observarse, como también hemos advertido con anterioridad, es que, en los dos ámbitos jurídicos, ha ocurrido un desarrollo jurisprudencial muy importante sobre la forma de entender la situación jurídica de las plataformas en línea. El TJUE ha desarrollado el criterio analítico que, indagando bajo la primera apariencia de intermediación técnica, descubre que, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser *activa* y tiene responsabilidad directa respecto a las actividades que realizan los usuarios con fundamento en el control que ejerce sobre ellos. La regla que se establece es muy sencilla: a más control, más responsabilidad.

En este estudio se va a considerar de forma principal esta línea jurisprudencial, que, al fin y al cabo, significa un punto de vista realista para distinguir las responsabilidades que deben asumir las plataformas en línea. Y, para verificar lo que en realidad hace Airbnb, se va a considerar la referencia del contrato de condiciones generales que suscriben los usuarios cuando se inscriben como miembros de la plataforma —términos de servicio Airbnb—. En particular, en relación con el momento en que se está realizando este estudio, se va a considerar la versión actualizada en lengua española

de los términos de servicio publicada en la web Airbnb en fecha 16 abril de 2018. Se va a repasar el contrato en su conjunto, interpretando sistemáticamente todas las cláusulas, unas en relación con las otras.

Basta un repaso rápido para verificar que por doquier aparecen cláusulas de exoneración de responsabilidades muy explícitas que dejan claro que Airbnb es solo una intermediaria técnica que no tiene que ver, en ningún aspecto, con los daños ocasionados por los usuarios de la plataforma cuando interactúan entre sí o respecto a terceros. Sin embargo, valorando estas cláusulas en conexión con otras, se descubre que Airbnb realiza algunos servicios que están relacionados con las actuaciones que realizan los usuarios de la plataforma. Lo que hay que valorar es si las actividades que realiza Airbnb son meramente auxiliares de las actividades principales que realizan los usuarios y, por lo mismo, sigue prevaleciendo el punto de vista de intermediación técnica, o, por el contrario, significan una posición de *control* que justifica la responsabilidad directa de Airbnb en los ámbitos de actuación de los usuarios.

En relación con la Directiva 2000/31/CE, se va a incidir especialmente en el análisis de algunos aspectos de régimen jurídico que condicionan de manera importante la exención de responsabilidad al respecto de los contenidos ilícitos. Las plataformas en línea tienen que retirar o bloquear los contenidos ilícitos si los conocen y, además, con prontitud. En este contexto, deben actuar con la diligencia tendencialmente exigible según las recomendaciones de la Comisión Europea. En el presente estudio se va a comprobar qué ocurre con Airbnb también en este aspecto, analizando sus términos de servicio y valorando en qué medida los protocolos de actuación cumplen estas recomendaciones. Asimismo, en la misma línea analítica, se van a analizar las medidas proactivas que implementa Airbnb voluntariamente.

## **2. Airbnb, como prestador de servicios de alojamiento de datos, no responde de los contenidos ilícitos que los usuarios almacenan en la plataforma**

### *2.1. Presupuesto de la exención de responsabilidad: actividad meramente técnica y automática de almacenamiento de datos*

Airbnb opera como un mercado en línea que permite que los usuarios que se han registrado como miembros de la plataforma puedan relacionarse entre ellos con muchas

posibilidades de actuación. De esta manera, la plataforma Airbnb pone a disposición de los anfitriones y los huéspedes los medios técnicos para que puedan crear, subir, publicar, enviar o recibir a través de la aplicación contenidos como textos, fotos, audios o vídeos. Con este enfoque, Airbnb actúa como un prestador de servicios de la sociedad de la información: es decir, simplemente *almacena* los datos que gestionan los usuarios de la plataforma, que son los que, en verdad, controlan los contenidos.

Por una parte, los anfitriones publican anuncios en la plataforma, y cada cual decide qué contenidos va a publicar y también las actualizaciones de la información.

Al crear un Anuncio a través de la Plataforma, el anfitrión debe (i) proporcionar información completa y exacta acerca de su Servicio de Anfitrión (como la descripción del anuncio, la ubicación y la disponibilidad de fechas), (ii) revelar cualquier deficiencia, restricción (como reglas de la casa) y requisitos que puedan ser relevantes (como una edad mínima, aptitudes o requisitos de forma física para una Experiencia) y (iii) proporcionar cualquier otra información pertinente que Airbnb solicite. (Términos de servicio, 7.1.1)

Además, Airbnb advierte claramente que el anfitrión «es responsable de mantener actualizada en todo momento la información de su anuncio (incluida la disponibilidad de fechas)» (Términos de servicio, 7.1.1).

Así mismo, las *reviews* reflejan la opinión y las valoraciones realizadas por los usuarios de la plataforma.

Dentro de un plazo limitado desde la finalización de una reserva, los Huéspedes y los Anfitriones pueden dejar una evaluación pública (“Evaluación”) y enviar una valoración en número de estrellas (“Valoración”) el uno del otro. Las Valoraciones y las Evaluaciones reflejan las opiniones de Miembros a título individual y no la opinión de Airbnb. Airbnb no verifica la exactitud de las Valoraciones y las Evaluaciones, que podrían así ser incorrectos o engañosos. (Términos de servicio, 10.1)

Esta delimitación básica nos sitúa en el ámbito problemático de las posibles actuaciones ilícitas que los usuarios de la plataforma pueden realizar aprovechando el soporte técnico que facilita Airbnb para el alojamiento de los datos. Por ejemplo, difundir información discriminatoria en los anuncios o expresiones difamatorias en las *reviews*, o incluso, en algunos casos, disponer ilícitamente de contenidos protegidos por los derechos de autor, como fotografías, vídeos y otras imágenes. La presencia en línea de contenidos

ilícitos puede tener consecuencias graves para los titulares de los derechos afectados, que, posiblemente, van a reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Al respecto, Airbnb tiene un marco jurídico muy favorable. Como formalmente solo aporta soporte técnico de almacenamiento de datos y no controla el contenido de los anuncios o las *reviews*, hay que presuponer que, en principio, tampoco conoce la información ilícita. Por ello, en estas circunstancias, puede alegar la exención de responsabilidad del artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico.

Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible<sup>22</sup>.

Desde esta perspectiva, es característica la cláusula de exoneración de responsabilidad de Airbnb en los términos de servicio. Se puede decir que Airbnb barre todas las responsabilidades de los contenidos ilícitos hacia los usuarios de la plataforma:

Usted es el responsable en exclusiva de todo Contenido del Miembro que ponga a disposición en o a través de la Plataforma de Airbnb. En consecuencia, usted declara y garantiza que: (i) es el propietario único y exclusivo de todo Contenido del Miembro que ponga a disposición en o a través de la Plataforma de Airbnb o que tiene todos los derechos, licencias, consentimientos y descargos de responsabilidad necesarios para conceder a Airbnb los derechos en y sobre dicho Contenido del Miembro, según se contempla en los presentes Términos; y (ii) ni el Contenido del Miembro ni su publicación, subida, difusión, envío o transmisión del Contenido del Miembro ni el uso por parte de Airbnb del Contenido del Miembro (o de cualquier parte del mismo) violará, supondrá una apropiación indebida ni infringirá los derechos de patente, derechos de autor, la marca comercial, el secreto comercial, los derechos morales u otros derechos privados o de propiedad intelectual de un tercero, ni los derechos de privacidad o de protección de la personalidad de terceros, ni dará como resultado el

---

<sup>22</sup> En el derecho español se realizó la transposición de la norma de referencia y, además, se desarrollaron los términos de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico estableciendo las limitaciones de responsabilidad respecto a los prestadores de hipervínculos y motores de búsqueda (artículos 13-17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

incumplimiento de ninguna ley o normativa aplicables. (Términos de servicio, 5.7)

La Jurisprudencia del TJUE refuerza los planteamientos anteriores estableciendo referencias de interpretación más precisas. En el asunto C-324/09 L'Oreal/eBay, el criterio judicial considera que, con fundamento en el artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, la responsabilidad del prestador de los servicios de alojamiento de datos debe valorarse en las circunstancias del caso concreto. Si no interviene en la gestión de los datos que almacenan los usuarios —y, por lo mismo, solo da soporte técnico y no tiene conocimiento de la información—, está exento de responsabilidad. En estas circunstancias, los contenidos ilícitos son responsabilidad exclusiva de los usuarios de la plataforma. En otro caso, si ha desempeñado un papel activo en la gestión de los datos, responde y debe asumir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La exención de responsabilidad del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE debe interpretarse en el sentido de que se aplica al operador de un mercado electrónico cuando este no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados. Este operador desempeña tal papel cuando presta una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas. En el supuesto de que el operador del mercado electrónico no haya desempeñado un papel activo en el sentido descrito en el anterior apartado y, en consecuencia, a su prestación del servicio le resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, ese operador no podrá, no obstante, en un asunto que puede concluir con una condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios, acogerse a la exención de responsabilidad prevista en esa disposición cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14. (Asunto C-324/09-L'Oreal/eBay, STJUE 12 de julio de 2011, apartados 123 y 124)

A mayor abundamiento, el criterio judicial concreta los siguientes aspectos: el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no impide que ese proveedor se base en esta exención de responsabilidad (STJU L'Oreal/eBay, apartado 115). Por otro lado, desempeña un papel activo, lo cual le impide invocar esa excepción, en particular cuando presta una

asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas (STJU L'Oreal/eBay, apartado 116).

Las mismas referencias se encuentran en los asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, Louis Vuitton, relativos a la venta por Google (AdWords) de palabras claves que contenían marcas registradas: «Para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referencia podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena».

Estos criterios de interpretación confirman que Airbnb está exenta de la responsabilidad de la información que almacenan los usuarios en la plataforma. Pero ahora podemos explicar lo mismo que antes con las referencias más concretas de la jurisprudencia. De esta manera, podemos decir que, respecto a los anuncios y las *reviews*, como solo realiza la función de alojamiento de datos, su comportamiento es *meramente técnico, automático y pasivo* y, por lo mismo, no responde de los contenidos ilícitos.

## *2.2. Obligación de retirar los contenidos ilícitos: la diligencia tendencialmente exigible*

No obstante, a continuación del primer criterio sobre la exención de responsabilidad de Airbnb, hay que considerar el otro aspecto de régimen jurídico que regula la norma. Si, en determinadas circunstancias, por ejemplo, mediante notificaciones de los usuarios de la plataforma o de terceros, o incluso mediante requerimiento de la autoridad policial o judicial, Airbnb tiene conocimiento de la información ilícita, debe retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. La norma es muy categórica al respecto, y dice explícitamente que el prestador del servicio de la sociedad de la información deberá actuar «con prontitud, en cuanto tenga conocimiento de la información ilícita» ( Directiva 2000/31/UE, artículo 14.1b).

Obsérvese que las medidas concretas que se deben adoptar para retirar o bloquear los contenidos ilícitos no están determinadas ni en la Directiva del Comercio Electrónico



ni en las normas de transposición<sup>23</sup>. De esta manera, rige la autorregulación. Los sujetos obligados a adoptar estas medidas deberán gestionar y decidir ellos mismos qué van a hacer al respecto. No obstante, rige un modelo de diligencia profesional que exige un alto nivel de actuación.

En este contexto hay que considerar los planteamientos recientes de la Comisión Europea subrayando la necesidad de que los prestadores de servicios de alojamientos de datos intensifiquen sus esfuerzos de autorregulación para combatir con medidas más eficaces los contenidos ilícitos en internet. Al respecto, hubo una primera comunicación<sup>24</sup> que posteriormente fue desarrollada mediante recomendaciones<sup>25</sup>. Estas iniciativas han marcado el nivel de la diligencia tendencialmente exigible. En realidad, la Comisión Europea propone un plan de actuación contra los contenidos ilícitos que sea proporcional y adecuado en relación con todos los intereses que están en juego. En este sentido, las plataformas en línea deben actuar considerando, a la vez, dos puntos de vista: mejorando los recursos tecnológicos para retirar con más eficacia los contenidos ilícitos con el objetivo de reforzar la protección de los derechos que están en juego y estableciendo un doble sistema de notificaciones y contraindicaciones para cumplir las garantías de procedimiento adecuadas para proteger los intereses de los usuarios de la plataforma, sobre todo para que puedan defenderse si la retirada de contenidos es arbitraria, es decir, sin suficientes indicios de ilicitud.

También, desde el punto de vista de la transparencia, las plataformas en línea deben hacer constar, de forma clara, comprensible y suficientemente detallada, la información sobre la retirada o el bloqueo de los contenidos ilícitos. Particularmente, entre otras, cabe señalar las siguientes recomendaciones: los proveedores de servicios de alojamiento de datos deben facilitar la posibilidad de que los usuarios, o incluso terceros, presenten denuncias que sean precisas y debidamente fundamentadas. De este modo, el prestador del servicio de alojamiento de datos que reciba una de ellas podrá tomar una

---

<sup>23</sup> En el momento en que se adoptó la Directiva 2000/31/UE, se decidió que esta no debía regular los procedimientos para identificación y retirada de los contenidos ilícitos. En su lugar, el artículo 16 en relación con el considerando 40 establecen la autorregulación en este ámbito. Las normas de transposición de la directiva en el derecho español tienen el mismo enfoque. Puede consultarse al respecto el COM (2003) 702, Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, final, p. 16.

<sup>24</sup> COM (2017) 555, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Lucha contra los contenidos ilícitos en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea.*

<sup>25</sup> Recomendaciones UE 2018/34 de la Comisión de 1 marzo de 2018 sobre las medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.

decisión con conocimiento de causa sobre la retirada o el bloqueo de los contenidos ilícitos. Además, es conveniente facilitar las denuncias, permitiendo su presentación por correo electrónico. Por otra parte, cuando se decida la retirada o el bloqueo de contenidos ilícitos, el proveedor del contenido deberá ser informado de ello sin demora indebida, y deberá recibir explicaciones sobre las razones concretas que han justificado esta medida, así como de la posibilidad de impugnar esta decisión mediante la presentación de una contranotificación, facilitando también la posibilidad de que se presente por medios electrónicos.

Todas estas medidas, aunque recomendadas, están todavía en el ámbito de los deberes de actuación con criterios de autorregulación. En cualquier caso, las plataformas en línea deben tomar buena nota de todo ello, porque cabe esperar que las pautas de actuación de la Comisión Europea determinen también un criterio judicial favorable hacia la responsabilidad por culpa. Es decir, para evitar la culpa, hay que prever las medidas de diligencia que tendencialmente se recomiendan. Desde otra perspectiva, hay que considerar las medidas de actuación previstas legalmente en ámbitos particulares, como las normas de protección de los derechos de propiedad intelectual que prevén, entre otras, medidas coercitivas adecuadas para los casos de infracción de la propiedad intelectual, incluidas medidas cautelares.

En este contexto, debemos analizar la política de actuación de Airbnb para combatir los contenidos ilícitos. Para ello vamos a considerar las referencias del contrato que subscriben los usuarios cuando se registran como miembros de la plataforma. Se puede comprobar que establece posibilidades de actuación de Airbnb muy amplias: «podrá, sin aviso previo, retirar o desactivar el acceso a cualquier Contenido del Miembro que considere que incumple los presentes Términos o las vigentes Políticas o Normas de Airbnb, o que de algún modo pudiere ser dañino u ofensivo para Airbnb, sus Miembros, terceros o bienes materiales» (Términos de servicio, 5.8). Lo mismo ocurre en relación con la política de protección de la propiedad intelectual ante las reclamaciones o notificaciones por infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas a través de su página web. En este supuesto, Airbnb podrá actuar «adoptando las medidas que considere oportunas a su exclusiva discreción, incluyendo la retirada del material cuestionado de la página web» (Términos de servicio: política de propiedad intelectual).

Sin embargo, por otra parte, esta versión de los términos de servicio no considera el punto de vista de los usuarios, quienes, frente a la retirada de los contenidos ilícitos, no tienen siquiera reconocido expresamente el derecho a recibir explicaciones y tampoco la posibilidad de oponerse. Evidentemente, este planteamiento está muy lejos de los criterios de la Comisión Europea, que, como se ha señalado anteriormente, propone un plan de actuación contra los contenidos ilícitos proporcional y adecuado en relación con todos los intereses que están en juego.

Evidentemente, Airbnb deberá corregir su política de actuación para seguir las líneas de actuación que ha marcado la Comisión Europea. Deberá hacer cambios en los términos de servicio, incorporando cláusulas que reconozcan que Airbnb se compromete a notificar al usuario afectado la retirada o el bloqueo de los contenidos ilícitos, explicándole las razones que han justificado esta medida para que este pueda apelar esta decisión con argumentos coherentes. Además, Airbnb debería establecer en sus términos de servicio un procedimiento de reclamaciones como, por ejemplo, un protocolo de atención al cliente. Estos cambios en su política de actuación significarían una protección más efectiva para el usuario mediante la posibilidad de una contranotificación proporcional a las razones de la notificación.

Por otra parte, cabe considerar que estos cambios son necesarios desde el punto de vista de las normas de la UE sobre control de cláusulas abusivas y, en este aspecto, Airbnb sencillamente debería seguir las indicaciones de la posición común de las autoridades europeas en materia de consumo en el marco de trabajo *Consumer Protection Cooperation (CPC)*<sup>26</sup>. Este planteamiento será analizado con más detenimiento en otro epígrafe, pero interesa explicar en este momento que las cláusulas de los términos de servicio que otorgan un poder ilimitado a Airbnb para retirar los contenidos ilícitos, sin considerar a la par el derecho de los usuarios de oponerse a ello con las suficientes garantías de procedimiento, son cláusulas abusivas, dado que ocasionan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes en perjuicio del consumidor: todo para Airbnb y nada para los usuarios.

En fin, la verdad es que tanto la política de control de contenidos ilícitos como la política de control de cláusulas abusivas convergen en los mismos planteamientos y se

---

<sup>26</sup> Análisis sobre los términos de servicio Airbnb, en particular, sobre el análisis de las facultades de Airbnb de eliminar o bloquear contenidos, punto 5, *Common position of national authorities within the CPC Network concerning the commercial practices and the terms of service of Airbnb Ireland*, pp. 8-9.

pueden considerar una modificación de la política de actuación de Airbnb doblemente justificada. Es muy probable que Airbnb realice estos cambios próximamente, ya que existen muchas razones para ello.

### *2.3. Medidas proactivas de control de los contenidos ilícitos*

Aunque los proveedores de servicios de alojamiento de datos tienen la obligación de retirar los contenidos ilícitos cuando los conocen, no tienen la obligación legal de realizar un control de búsqueda de los mismos.

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, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14. (Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico, artículo 15, apartado 1)

De todas maneras, Airbnb tiene un plan voluntario de actuación para supervisar o detectar los contenidos ilícitos:

Airbnb no tiene obligación de supervisar el acceso o utilización de la Plataforma de Airbnb por parte de ningún Miembro ni de revisar, desactivar el acceso ni modificar ningún Contenido del Miembro, pero sí tiene derecho a obrar de tal manera con el fin de (i) operar, proteger y mejorar la Plataforma de Airbnb (incluido, sin limitación, con fines de prevención de fraudes, de evaluación de riesgos, de investigación y de servicio al cliente); (ii) asegurarse del cumplimiento por parte de los Miembros de los presentes Términos; (iii) cumplir la legislación vigente o una orden o requerimiento judicial o emitido por las fuerzas del orden y demás agencias administrativas u órganos gubernamentales; (iv) responder a Contenido del Miembro que determine ser dañino u ofensivo; o (v) conforme a lo que se disponga de otro modo en los presentes Términos. Los Miembros aceptan cooperar y asistir a Airbnb de buena fe, así como proporcionarle información y adoptar medidas que Airbnb pueda solicitar dentro de lo razonable con respecto a cualquier investigación que este o uno de sus representantes emprenda en relación con la utilización o el abuso de la Plataforma de Airbnb. (Términos de servicio, 14.2)

Las actuaciones voluntarias para supervisar los contenidos ilícitos deben interpretarse como medidas realizadas de buena fe —sin obligación legal—. La Comisión

Europea ha incentivado desde hace ya tiempo este tipo de medidas<sup>27</sup>, aclarando que la valoración de las mismas debe ser favorable para no coartar este tipo de actuaciones. Así pues, hay que interpretar que «las medidas voluntarias no deben significar automáticamente que la plataforma ya no pueda seguir beneficiándose de la exención de responsabilidad de los intermediarios prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE<sup>28</sup>».

Recientemente, la Comisión Europea ha subrayado de nuevo la conveniencia de las medidas proactivas. En particular, para que el control de los contenidos ilícitos sea más eficaz, se recomienda el empleo de medios automatizados y tecnológicos como medidas de detección automática y filtrado. Incluso se recomienda el uso de algún tipo de algoritmo de emparejamiento basado en diferentes tecnologías, desde el simple filtrado de metadatos a las funciones *hash* y la huella digital<sup>29</sup>. De igual manera, la Comisión Europea vuelve a insistir sobre el alcance de estas medidas que no conllevan que un prestador de servicios de alojamiento de datos que las haya adoptado pierda automáticamente el beneficio de la exención de responsabilidad del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico<sup>30</sup>.

El punto de vista de la Comisión Europea conecta con un planteamiento sobre las actuaciones de buena fe que promueve el derecho. Es decir, el proveedor de servicios de alojamiento de datos que actúa voluntariamente solo está comportándose como un buen samaritano que, sin obligación legal, colabora en un ámbito conflictivo desinteresadamente, por razones de interés general o por razones de orden público o como se quiera calificar esta perspectiva jurídica. Sin embargo, esta actuación no tiene nada que ver con una participación directa en la gestión o control de los contenidos ilícitos en

---

<sup>27</sup> COM (2016) 288, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Restos y oportunidades para Europa*; y COM (2017) 228, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la estrategia para el mercado único digital. Un mercado único digital conectado para todos*.

<sup>28</sup> COM (2016) 356, 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*, apartado 2.2, p. 9.

<sup>29</sup> COM (2017) 555, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Lucha contra los contenidos ilícitos en línea. Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea*, apartado 3.3.2, p. 14.

<sup>30</sup> COM (2017) 555, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Lucha contra los contenidos ilícitos en línea. Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea*, apartado 3.3.1, y Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, considerando 26.

propio interés para sacar provecho o beneficio y, por lo mismo, Airbnb sigue beneficiándose de la exención de responsabilidad del artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE.

No obstante, esta estructura jurídica nos sitúa otra vez, finalmente, en el ámbito de las obligaciones legales, porque el prestador de servicios de alojamiento de datos que actúe de forma proactiva y descubra el contenido ilícito, tiene ya conocimiento y deberá proceder «con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible» (Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico, artículo 14.1b).

En resumidas cuentas, Airbnb está implicada también en estos aspectos de régimen jurídico y corresponde el mismo planteamiento. La política de control y supervisión de contenidos ilícitos que Airbnb realiza voluntariamente —y que la Comisión Europea recomienda que realice todavía con más eficacia— son medidas proactivas en el sentido expuesto y, por ello, está exenta de responsabilidad en relación con los contenidos ilícitos, siempre, claro está, que, enseguida que tenga conocimiento de los contenidos ilícitos, proceda con la diligencia exigible en este ámbito de actuación.

Y todavía más. Se avecina un cambio legislativo muy importante. El artículo 13 de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital establece que los proveedores de servicios de la sociedad de la información están obligados a vigilar los contenidos protegidos por los derechos de autor y deben adoptar el uso de técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos<sup>31</sup>. Esto significa un cambio de tornas: de las medidas voluntarias de actuación se pasa a la obligación legal de vigilar los contenidos ilícitos. Hay que esperar a ver qué ocurre finalmente con esta Propuesta de Directiva, pero, si llegara a aprobarse y el orden legal que hemos explicado entrara en vigor, afectaría de forma muy importante a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, que pasarían a ser sujetos activos directamente implicados en el control de los contenidos sobre derechos de autor que los usuarios cargan en la plataforma. Esto significaría mucho más trabajo y mucha más responsabilidad para Airbnb.

---

<sup>31</sup> COM (2106) 593, Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital.

### **3. Airbnb no responde de las vicisitudes del contrato que vincula a los usuarios de la plataforma**

#### *3.1. Principio de relatividad de los contratos*

Cuando un huésped realiza una reserva de alojamiento, contrata directamente con el anfitrión. De la misma manera, si el huésped, además del alojamiento, contrata otro tipo de servicios como eventos o experiencias (servicios de anfitrión), el contrato de alojamiento o de servicios turísticos solo media entre el anfitrión y el huésped. Este planteamiento está muy bien subrayado en el contrato de condiciones generales que suscriben los usuarios cuando contratan el uso de la plataforma. Es decir, Airbnb quiere dejar muy claro que no interviene en las actividades que realizan los usuarios de la plataforma cuando se relacionan o contratan entre sí. De esta modo, pretende permanecer al otro lado de la delimitación jurídica, como simple intermediario que solo facilita soporte técnico en línea.

En calidad de proveedor de la Plataforma de Airbnb, Airbnb no posee, crea, vende, revende, suministra, controla, gestiona, ofrece, entrega ni presta ningún Anuncio ni Servicio de Anfitrión ni constituye un organizador o minorista de viajes combinados, de conformidad con la Directiva (UE) 2015/2302. Los Anfitriones son responsables en exclusiva de sus Anuncios y Servicios de Anfitrión. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos. Airbnb no es ni pasará a ser una parte ni un participante en ninguna relación contractual entre Miembros, ni tampoco constituye un agente inmobiliario ni de seguros. Airbnb no actúa como agente en capacidad alguna para ningún Miembro, excepto conforme a lo dispuesto en los Términos de Pago. (Términos de servicio, 1.2)

Si decide utilizar la Plataforma de Airbnb como Anfitrión o Coanfitrión (conforme a lo definido a continuación), su relación con Airbnb se limitará a la de contratista independiente tercero y no la de un empleado, agente, cointegrante en una empresa conjunta o socio de Airbnb por motivo alguno. Además, usted actuará exclusivamente en su propio nombre e interés, y no en nombre ni en el interés de Airbnb. Airbnb no dirigirá ni controlará, ni se considerará que dirija o controle, las acciones que usted realice ni su comportamiento en el marco de los presentes Términos, incluso en lo que respecta a su prestación de los Servicios de Anfitrión. Usted reconoce y acepta que puede, a su exclusivo criterio, anunciar Servicios de Anfitrión o emprender cualquier otra actividad comercial o laboral. (Términos de servicio, 1.4)

Siguiendo este planteamiento, con fundamento en las normas más elementales del derecho general de las obligaciones y contratos, habría que decir que, como Airbnb no es parte del contrato que *formalmente* solo vincula al anfitrión y al huésped, tampoco responde del incumplimiento de las prestaciones comprometidas en dicho contrato — principio de relatividad de los contratos—.

Esta circunstancia se refleja claramente en los términos de servicio: por doquier encontramos cláusulas de exoneración de responsabilidad de todo tipo, en todos los ámbitos de actuación de los usuarios y respecto a todo tipo de daños.

En la medida en que lo permita la ley vigente, usted acepta eximir, defender (según el criterio de Airbnb), indemnizar y descargar de responsabilidad a Airbnb y a sus filiales y subsidiarias, incluida, sin limitación, Airbnb Payments, así como a sus responsables, directivos, empleados y agentes, contra y frente cualesquiera reclamaciones, responsabilidades, indemnizaciones por daños y perjuicios, pérdidas y gastos, incluido, sin limitación, los gastos razonables de asesoría jurídica y contable, que se desprendan de, o estén de algún modo relacionados con: (iii) la interacción por su parte con cualquier Miembro, su estancia en un Alojamiento, su participación en una Experiencia, Evento y demás Servicios de Anfitrión, su participación en el Servicio de Pago en Grupo, incluido, sin limitación, cualesquiera lesiones, pérdidas o indemnizaciones por daños y perjuicios (ya sean sanciones sin finalidad resarcitoria, por daños directos, fortuitos, emergentes o de otro tipo) de cualquier índole que surjan en relación con, o como resultado de, dicha interacción, estancia, participación o disfrute, (iv) el Cobro y Transferencia de Impuestos sobre el Alojamiento por parte de Airbnb o (v) la infracción por su parte de cualesquiera leyes, normativas o derechos de terceros. La obligación de indemnización de acuerdo con este Apartado 18, solo se aplica si y en la medida que las reclamaciones, responsabilidades, daños, pérdidas y gastos hayan sido causados por el incumplimiento culpable de una obligación contractual. (Términos de servicio, 18)

Las referencias anteriores dejan entrever muy bien que Airbnb pretende eludir responsabilidades. Primero facilita cortésmente la relación entre los usuarios de la plataforma, pero, a la hora de la verdad, cuando hay que hacer frente a los problemas jurídicos, no quiere tener nada que ver con las actuaciones de los usuarios.

### *3.2. Actividades de Airbnb relacionadas con el contrato*



No obstante, debemos profundizar un poco para averiguar si Airbnb permanece ajena por completo a las actividades de los usuarios o, por el contrario, realmente ocurre otra cosa<sup>32</sup>.

Para desarrollar este planteamiento, hay que considerar determinadas actividades de Airbnb que están relacionadas con el contrato que vincula a los usuarios de la plataforma. En este sentido, Airbnb Payments gestiona el pago del precio del alojamiento o de los servicios turísticos. La cuestión que se plantea es si por ello Airbnb interviene de forma decisiva en la realización del contrato que media entre los usuarios, pasando a estar implicada directamente en las vicisitudes del mismo, o, por el contrario, realiza una actividad simplemente auxiliar, sin entidad para considerar otra cosa distinta que no sea mera colaboración.

A este respecto, son muy importantes las referencias de interpretación del TJUE en el asunto C-434/15, caso Uber España. El criterio judicial decide que, pese a la apariencia de mera intermediación, Uber actúa como transportista porque realmente ejercer un control relevante de la organización y realización del servicio de transporte.

37. No obstante, es preciso poner de manifiesto que un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano.

38. En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

---

<sup>32</sup> La misma pregunta se generaliza en el ámbito de las plataformas digitales que, en una primera apariencia, se presentan como meras intermediarias —que son o dicen serlo—, aunque, en realidad, en las circunstancias del caso concreto, debajo de esta apariencia se puede descubrir otra cosa, porque la plataforma controla realmente el contrato que han realizado entre sí los usuarios de la plataforma —contrato subyacente—. Como criterio general, si la plataforma controla el contrato subyacente también debe responder de las vicisitudes de este contrato. (Katz, V. (2015). “Regulating the Sharing Economy”, *Berkeley Technology Law Journal*, 1067, p. 1103). Más concretamente, cabe considerar la estructura característica de la responsabilidad por hecho ajeno. Si, en el caso concreto, la plataforma en línea controla la ejecución del contrato subyacente de tal manera que el prestador del contrato subyacente es un auxiliar o dependiente que solo ejecuta materialmente el contrato bajo la dirección de la plataforma, cabría considerar la responsabilidad por hecho ajeno del empresario por la actuación de sus dependientes. A mayor abundamiento, cabe considerar dos criterios particulares para decidir la responsabilidad de la plataforma en las circunstancias del caso concreto: en primer lugar, si la plataforma ejerce un control efectivo sobre la actividad que realiza el prestador del servicio subyacente de tal manera que puede corregir y organizar sus actuaciones. El segundo criterio es considerar si la plataforma se sirve en realidad del contrato subyacente para externalizar indirectamente sus actividades subcontratando el trabajo. (Lichtman, D. y Posner, E. (2006). “Holding Internet Service Providers Accountable”, *Supreme Court Economic Review*, 14, pp. 221-226).

39. A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte, y por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, 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 estos.

40. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a, de la Directiva 2000/31, sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d, de la Directiva 2006/123.

(Asunto C-434/15, Uber España, STJUE 20 de diciembre de 2017, apartados 37-40)

Los mismos criterios, y por las mismas razones, se aplicaron en el asunto C-320/16, Uber Francia, STJUE 20 abril 2018, para decidir que Uber era transportista habida cuenta que «ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, en particular estableciendo el precio máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que, en su caso, podía entrañar la exclusión de estos» (Asunto C-320/16, STJUE 20 abril 2018, apartado 21).

La jurisprudencia del TJUE en los asuntos citados establece los criterios de referencia para establecer, caso por caso, si una plataforma digital, además de un servicio de la sociedad de la información, realiza un control relevante del contrato subyacente que, formalmente, han contratado entre sí los usuarios de la plataforma, como, por ejemplo, ocurre con Uber en relación con el servicio de transporte. El nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el contrato subyacente determina como razón general la

implicación principal o directa en las vicisitudes de dicho contrato. Cuanto más influye la plataforma en la gestión y organización, más evidente resulta el control que ejerce.

Las referencias de interpretación del TJUE han sido desarrolladas en el marco de trabajo de la Comisión Europea<sup>33</sup>. Considerando conjuntamente todas estas referencias, pueden señalarse las siguientes líneas de interpretación para concretar la idea de control en distintas circunstancias:

a) La plataforma fija el precio de la prestación del servicio. Conviene aclarar al respecto que el mero hecho de que la plataforma recomiende una cantidad mientras que el prestador del servicio tiene la libertad para concretar el precio final no indica un control relevante sobre el contrato.

b) La plataforma elige y selecciona los prestadores del servicio o establece los términos y condiciones que determinan la ejecución de la prestación del servicio dando, por ejemplo, instrucciones detalladas de cómo hay que actuar<sup>34</sup>. De la misma manera hay que entender la idea de control si la plataforma fija el horario de prestación de los servicios o verifica la calidad del servicio.

c) La plataforma posee los activos principales para prestar el servicio<sup>35</sup>.

Por otra parte, se ha desarrollado un trabajo académico por un grupo de juristas europeos (Research Group on the Law of Digital Services) que aborda los puntos esenciales para una propuesta de directiva sobre las plataformas que actúan como intermediarias en línea<sup>36</sup>. Respecto al criterio para decidir la vinculación de las plataformas en línea con el contrato subyacente que media entre los usuarios, la propuesta académica opta por un criterio subjetivo relacionado con las expectativas del consumidor «si razonablemente puede considerar que la plataforma ejerce una influencia dominante

---

<sup>33</sup> COM (2016) 356, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: *Una agenda europea para la economía colaborativa*, p. 7.

<sup>34</sup> En este aspecto, la plataforma tendría el control del contrato y el prestador que ejecuta materialmente el servicio sería un auxiliar en el cumplimiento de la prestación comprometida. Esta caracterización abre fácilmente el camino hacia la responsabilidad contractual de la plataforma en línea.

<sup>35</sup> COM (2016) 356, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: *Una agenda europea para la economía colaborativa*, p. 7.

<sup>36</sup> EuCML (2016). “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer Market Law*.

sobre el prestador del servicio<sup>37</sup>». No obstante, para concretar este criterio subjetivo, la propuesta académica recurre a las mismas referencias del TJUE que hemos señalado anteriormente<sup>38</sup>. Lo que se define primeramente con un criterio subjetivo, vuelve después a los precedentes objetivos de la jurisprudencia.

Retomando el punto inicial del planteamiento sobre Airbnb Payments, y considerando todas las referencias anteriores, la valoración se inclina todavía hacia la exención de responsabilidad. Es decir, el caso de Airbnb no es como el caso Uber. La actividad de gestión de pagos no significa una intervención principal en el contrato que han realizado el anfitrión y el huésped. Airbnb no decide ningún aspecto esencial del contrato, solo gestiona el pago del precio que ha fijado previamente el anfitrión. Meramente constituye una actividad auxiliar<sup>39</sup>. Por ello, tampoco hay una justificación suficiente para extender la responsabilidad a Airbnb en relación con las vicisitudes del mismo. Hay que considerar linealmente el principio de relatividad de los contratos: los efectos del contrato se deciden entre las partes contratantes.

En un sentido parecido hay que considerar la colaboración que realiza Airbnb en relación con el cumplimiento de las normas administrativas que regulan los requisitos para ejercer actividades en el sector turístico. Estas normas se pueden referir, incluso, a los requisitos que deben cumplir los particulares para ejercer este tipo de actividades. Si Airbnb elimina de las listas de la plataforma las referencias de aquellos anfitriones que no cumplen los requisitos legales para ejercer actividades turísticas, simplemente está ejerciendo un control extracontractual, por razones de interés general. Así como debe actuar de buena fe adoptando medidas para combatir los contenidos ilícitos, de igual manera debe ayudar a respetar el cumplimiento de las normas administrativas del sector turístico. Este planteamiento no tiene nada que ver con un control sobre la forma de organizar el alojamiento o los servicios turísticos. Airbnb ni manda ni controla estos aspectos. Es decir, esta medida de barrido de listas tiene una justificación especial que no roza los aspectos netos de la lógica del contrato. Insisto, se trata de un control extracontractual y, por lo mismo, Airbnb sigue estando *fuera del contrato*.

---

<sup>37</sup> EuCML (2016). “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer Market Law*, capítulo V, artículo 18.1, p. 164.

<sup>38</sup> EuCML (2016). “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer Market Law*, capítulo V, artículo 18.2, p. 164.

<sup>39</sup> COM (2016) 356, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: *Una agenda europea para la economía colaborativa*, p. 7.

### III. Responsabilidades de Airbnb en su condición de *comerciante*

#### 1. La exigencia de cumplir las normas de la UE en materia de consumo

La Red de Cooperación para la protección del Consumidor —Consumer Protection Cooperation (CPC)—, con fundamento en la Directiva 2006/2004/CE y bajo la coordinación de la Autoridad de Consumo de Noruega (Forbrukertilsyne), ha desarrollado hace poco tiempo un marco de trabajo para examinar las políticas de actuación de Airbnb<sup>40</sup>. La finalidad de esta acción ha sido la protección de los consumidores en el ámbito de la UE, con la atención puesta en las prácticas comerciales de Airbnb Ireland y, asimismo, en el contrato de condiciones generales que suscriben los usuarios que residen en la UE (términos de servicio de Airbnb Ireland)<sup>41</sup>. Al respecto, se han analizado las versiones del contrato en los distintos idiomas de la UE publicadas hasta la fecha de los trabajos (términos de servicio: versión actualizada 16 abril 2018). Esta acción se realizó bajo los auspicios de la Comisión Europea.

Los trabajos desarrollados en el marco CPC concluyeron en junio de 2018 con una posición común de las autoridades nacionales de consumo<sup>42</sup>, valorando negativamente las actuaciones de Airbnb por varias razones. Por una parte, Airbnb no cumple como *comerciante*, es decir, no actúa con la diligencia profesional exigible en el ámbito de la economía colaborativa. La plataforma no es transparente y por ello equivoca el comportamiento económico de los consumidores (Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales)<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> El Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores en la UE (2006/2004/EC) establece un marco de trabajo conjunto —red de cooperación— de las autoridades nacionales competentes para el control de aplicación de la legislación UE —Consumer Protection Cooperation (CPC)—. Una autoridad nacional de un país de la UE puede solicitar ayuda de sus homólogos en otro país de la UE para poner fin a una infracción transfronteriza de la legislación de protección de los consumidores de la UE. Sobre la base de este marco legal, la CPC ha realizado una posición común en relación con las prácticas comerciales y los términos del servicio de Airbnb Ireland bajo la coordinación de la autoridad de Consumo Noruega (Forbrukertilsyne). Actualmente, está en vigor el Reglamento 2017/2394/UE sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento 2006/2004/CE con efectos a partir del 17 de enero 2020. El nuevo Reglamento 2017/2394 será de aplicación a partir del 17 enero 2020.

<sup>41</sup> La entidad con la que el usuario suscribe el contrato de acceso y utilización de la plataforma Airbnb viene determinada por su país de residencia. Si el usuario reside en la UE, estará contratando con Airbnb Ireland y el contenido del contrato será los términos de servicio de Airbnb Ireland.

<sup>42</sup> *Common position of national authorities within the CPC Network concerning the commercial practices and the terms of service of Airbnb Ireland.*

<sup>43</sup> Obsérvese que la lógica de protección de los consumidores se ha basado tradicionalmente en la estructura clásica del contrato. Se ha tratado de proteger a la parte débil de la contratación en relación con la otra parte contratante, que era

Aún más, ha habido una larga lista de cláusulas de los términos de servicio que han sido consideradas abusivas. Es decir, la posición CPC ha constatado que algunas cláusulas ocasionan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor. En otros casos, las cláusulas no están redactadas de forma clara y comprensible, a fin de que los consumidores sean informados de forma inequívoca e inteligible sobre sus derechos (Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas).

En el paso siguiente, en julio de 2018, las autoridades competentes en materia de consumo de la UE instaron a Airbnb Ireland a corregir sus planteamientos jurídicos conforme a derecho. La Comisión Europea respaldó esta posición. Hubo, incluso, unas declaraciones muy significativas por parte de Věra Jourová, comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, de las que ya hemos dejado constancia en la introducción de este estudio<sup>44</sup>.

En resumidas cuentas, no es oro todo lo que reluce en la plataforma Airbnb. Basta con levantar un poco la primera capa de recursos tecnológicos para descubrir algunos comportamientos irregulares en su política de actuación que ocasionan serios perjuicios a los usuarios de la plataforma. Sin embargo, el marco jurídico de la UE ha permitido actuar contra Airbnb con un entramado muy complejo de obligaciones profesionales muy bien delimitadas, conceptos y recursos jurídicos. Precisamente, la posición CPC ha puesto a funcionar todo esto y ha podido actuar con la seguridad que otorga el respaldo de una estructura jurídica muy bien armada, instando seriamente a Airbnb a corregir sus políticas de actuación conforme a derecho. Con la presión ejercida por todo este entramado jurídico, Airbnb se ha comprometido a ello<sup>45</sup>. Sencillamente, sabe que, si no realiza estos cambios por propia iniciativa, hay acciones y recursos legales preparados para obligarla a hacerlo.

---

un profesional o empresario. En este sentido, los remedios de protección son típicamente medidas contractuales. Desde otro punto de vista, el ámbito de protección de los consumidores se extiende un poco más, y alcanza a los comerciantes que actúan en el mercado y pueden influir en el comportamiento económico de los consumidores. En este sentido, la protección se realiza principalmente con medidas preventivas y la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>44</sup> Comisión Europea, comunicado de prensa, Bruselas, 16 de julio de 2018.

<sup>46</sup> Comisión Europea, comunicado de prensa, 20 septiembre 2018.

## **1.1. Requisitos de transparencia de los precios y otras prácticas comerciales desleales**

Este epígrafe tiene por objeto analizar las actividades que realiza Airbnb en relación con la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales. Al respecto, Airbnb debe ser considerada un *comerciante* (Directiva 2005/29/CE, artículo 2, letra b) que debe actuar con la diligencia exigible (Directiva 2005/29/CE, artículo 5, apartado 2) acorde con su ámbito de actividad (Directiva 2005/29/CE, artículo 2, letra h) para no inducir a error a los usuarios/consumidores que utilizan la plataforma. En este contexto, hay que considerar el concepto de consumidor en tanto persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión (Directiva 2005/29/CE artículo 2, letra a). Más concretamente, estamos considerando las actuaciones de Airbnb como comerciante en relación con los usuarios de la plataforma —anfitriones y huéspedes—, que son particulares.

Los Servicios de la Comisión Europea han analizado el alcance y el significado de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, concretando su significado en cuanto a las plataformas digitales<sup>46</sup>. Aplicando particularmente estas referencias, cabe señalar que Airbnb «está actuando con fines relacionados con su empresa cuando, por ejemplo, cobra una comisión sobre las operaciones entre proveedores y usuarios o presta servicios adicionales de pago». Los Servicios de la Comisión han establecido, además, varias líneas o criterios de interpretación para concretar la diligencia profesional exigible a las plataformas digitales que deberán adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

a) Permitir que los comerciantes terceros pertinentes indiquen claramente que actúan, en relación con los usuarios de la plataforma, como comerciantes.

b) Indicar claramente a todos los usuarios de la plataforma que solo se beneficiarán de la protección con arreglo a las normas de la UE sobre consumidores y comercialización en sus relaciones con los proveedores que sean comerciantes.

---

<sup>46</sup> SWD (2016) 163, Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión-Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, final.

c) Diseñar una estructura de web de modo que permita a los terceros comerciantes presentar información a los usuarios de la plataforma en cumplimiento de la legislación de la UE sobre comercialización y consumidores<sup>47</sup>.

En realidad, con este planteamiento se le está diciendo a Airbnb que, en su condición de proveedor de plataforma, es un comerciante que debe tomar medidas adecuadas que, sin llegar a una obligación general de supervisar o realizar investigaciones (Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, artículo 15, apartado 1), garanticen a los miembros que usan la plataforma la protección como consumidores conforme a las normas de la UE. Hay que precisar también que los deberes de diligencia que, en su condición de comerciantes, debe realizar Airbnb son distintos, aunque complementarios, del régimen de actuaciones de retirada y bloqueo de contenidos ilícitos en virtud de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. En particular, Airbnb está sujeta como *comerciante* a los requisitos de transparencia que establecen el artículo 6 (apartado 1, letra f) y el artículo 7 (apartados 1 y 2) de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales.

Estas líneas de interpretación se reflejan también claramente en la posición CPC que, con base en las mismas referencias que ya hemos señalado, ha criticado las actuaciones de Airbnb en dos cuestiones principales:

Por una parte, la presentación inicial del precio no coincide con el precio final cuando se realizan otros criterios de búsqueda. Al respecto se ha argumentado que Airbnb no es transparente porque presenta de forma engañosa un aspecto sustancial que puede influir de manera decisiva en el comportamiento de los consumidores (Directiva 2005/29/CE, artículo 7, apartado 4, letra c).

Por otro lado, la presentación de los anfitriones no distingue entre los particulares que ofrecen su propia vivienda y los profesionales que ofrecen establecimientos hoteleros. La posición CPC ha considerado que esta forma de hacer es contraria a las normas de protección de los consumidores porque induce a engaño a los huéspedes, que no pueden distinguir la verdadera condición de los anfitriones para decidir la reserva con uno de ellos con suficiente información al respecto (Directiva 2005/29/CE, artículo 6, apartado 1f, y artículo 7, apartados 1, 2 y 4b). De esta manera, los profesionales pueden omitir

---

<sup>47</sup> SWD (2016) 163, Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión-Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, final, p. 137.



fraudulentamente esta información. Obsérvese que la distinción entre particulares y profesionales puede influir de manera esencial en la decisión sobre la contratación del alojamiento porque tiene implicaciones para la cuestión de si el huésped cuenta con el amparo de las normas de protección de los consumidores que solo rigen si el anfitrión es un profesional. Desde otro punto de vista, muchos usuarios están buscando casas privadas para mantener una relación más personal con el anfitrión, y no quieren contratar un alojamiento gestionado profesionalmente. Teniendo en cuenta estos aspectos, esta información debe considerarse en el ámbito de los requisitos de transparencia exigidos legalmente (Directiva 2005/29/CE, artículos 6.1 y 7.1).

Por todo ello, para incentivar el cumplimiento de las normas de transparencia, las autoridades de consumo en el marco de trabajo CPC han instado a Airbnb a realizar los cambios necesarios en la organización de la plataforma para que los consumidores/usuarios puedan conocer sin engaño la información sobre los precios y la condición de los anfitriones.

En este contexto, Airbnb se ha comprometido a efectuar los cambios necesarios en la organización de la plataforma para ofrecer claramente, desde el principio de la búsqueda de alojamiento, el precio total de las reservas, que comprenda también los cargos adicionales, como los suplementos de limpieza o mantenimiento. Y, en los casos en los que no sea posible calcular el precio final con antelación, se ha comprometido a informar claramente al consumidor de que se pueden aplicar pagos adicionales<sup>48</sup>. Además, Airbnb se ha comprometido a indicar claramente si el anfitrión que ofrece alojamiento es un particular o un profesional. Esperemos que Airbnb proceda al respecto con prontitud, incorporando finalmente estos cambios en todas las versiones de su sitio web correspondientes a las lenguas de la UE.

## ***1.2. Cláusulas abusivas en los términos de servicio de Airbnb Ireland***

La entidad con la que el usuario suscribe el contrato de acceso y utilización de la plataforma Airbnb viene determinada por su país de residencia. Si el usuario reside en la UE, estará contratando con Airbnb Ireland y el contenido del contrato serán los términos

---

<sup>48</sup> Comisión Europea, comunicado de prensa, Bruselas, 20 de septiembre de 2018.

de servicio de Airbnb Ireland. A este respecto, hay que considerar un contrato de condiciones generales impuesto por Airbnb a todos los usuarios —anfitriones o huéspedes— que se registran en la plataforma. En el momento de realizar este estudio, se ha considerado la versión de los términos de servicio actualizada y publicada en fecha 16 de abril 2018.

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas se aplica a este tipo de contrato de condiciones generales cuando lo suscribe un consumidor. Hay que considerar el concepto de consumidor en cuanto persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad (Directiva 93/13/CEE, artículo 2, letra b). Más concretamente, estamos considerando a los usuarios de la plataforma que son particulares y suscriben el contrato de condiciones generales impuesto por Airbnb.

En este contexto, corresponde un control de validez del contenido del contrato con fundamento en dicha directiva. Las cláusulas del contrato que, pese a las exigencias de la buena fe, «causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» deberán considerarse cláusulas abusivas que no vinculan al consumidor (Directiva 93/13/CEE, artículo 3). Asimismo, no vinculan al consumidor las cláusulas que no estén redactadas de forma clara y comprensible (Directiva 93/13/CEE, artículo 5). Por otra parte, hay que considerar la ilicitud de las cláusulas que excluyen o limitan directa o indirectamente los derechos del consumidor establecidos por la Directiva 2011/83/UE, es decir, la renuncia a las normas imperativas de ratio proteccionista no vincula al consumidor (Directiva 2011/83/UE, artículo 25).

La posición CPC se ha basado en todas estas referencias para hacer la lista de cláusulas de los términos de servicio de Airbnb Ireland contrarias a derecho.

En algunas cláusulas, Airbnb se otorga a sí misma la facultad extraordinaria de modificar unilateralmente el contenido del contrato que los usuarios suscriben para el acceso y uso de la plataforma. De esta manera, puede modificar el precio de las tarifas de servicio con un criterio discrecional sin bases objetivas de referencia que conozcan o puedan conocer los usuarios de la plataforma en el momento de contratar<sup>49</sup>. Del mismo

---

<sup>49</sup> «Airbnb se reserva el derecho a cambiar las tarifas de servicio en cualquier momento, y cursaremos la notificación correspondiente a los miembros respecto a cualquier cambio de tarifa antes de que entren en vigor» (Términos de servicios, 6.2).

modo, puede decidir unilateralmente los efectos del contrato que *razonablemente* subsistían después de su terminación<sup>50</sup>.

Otras cláusulas van todavía más allá, otorgando a Airbnb el papel de juez para decidir las responsabilidades que pueden surgir entre los anfitriones y los huéspedes cuando se relacionan entre sí con motivo del alojamiento y otros servicios turísticos, privando de esta manera a los consumidores del derecho a un procedimiento con todas las garantías procesales en materia de prueba y cálculo de las indemnizaciones<sup>51</sup>. También es abusiva la cláusula que da por supuesto, en perjuicio de los consumidores, una jurisdicción distinta a la que establece el derecho comunitario (que es la del país de residencia del consumidor)<sup>52</sup>. Y así muchas más cláusulas que significan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes en perjuicio de los consumidores, o que, en otros casos, limitan los derechos de los consumidores legalmente reconocidos. Por otra parte, han sido consideradas ilícitas las cláusulas que no son claras o comprensibles, dado que la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas exige que los consumidores sean informados de forma inequívoca e inteligible sobre los derechos del contrato.

En fin, para un conocimiento más completo sobre todo ello, puede consultarse el texto publicado sobre la posición de las autoridades de consumo en el marco de trabajo CPC, que particulariza y analiza con detenimiento todos los aspectos contrarios a derecho de los términos de servicio de Airbnb<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> «En caso de que usted o nosotros rescindamos el presente Contrato, seguirán vigentes las cláusulas de los presentes Términos que, dentro de lo razonable, deban perdurar con posterioridad a la extinción del Contrato» (Términos de servicio, 15.8, y términos de pago del servicio, 20.8).

<sup>51</sup> «Si un Anfitrión reclama o demuestra que usted, en calidad de Huésped, ha dañado un Alojamiento o algún bien material personal o de otro tipo en el Alojamiento ("Reclamación por Daños y Perjuicios"), el Anfitrión puede intentar obtener el pago por su parte a través del Centro de Resoluciones. Si un Anfitrión transmite a Airbnb una Reclamación por Daños y Perjuicios, usted tendrá la oportunidad de contestar a la misma. Si accede a pagar al Anfitrión, o Airbnb determina a su exclusivo criterio que usted es responsable de la Reclamación por Daños y Perjuicios, Airbnb Payments le cobrará las cantidades correspondientes y/o las deducirá de la Fianza (si procede) para paliar la Reclamación por Daños y Perjuicios con arreglo a los Términos de Pago. Airbnb también se reserva el derecho a cobrarle el pago de otro modo y a hacer uso de cualesquiera recursos que Airbnb tenga a su disposición a este respecto en situaciones en las que usted sea responsable de una Reclamación por Daños y Perjuicios, incluido, sin limitación, en relación con solicitudes de pago que los Anfitriones realicen en virtud de la Garantía del Anfitrión de Airbnb» (Términos de servicio, 11.2).

<sup>52</sup> «El usuario acepta someterse a la competencia no exclusiva de los juzgados irlandeses o acepta someterse a la jurisdicción no exclusiva de los juzgados ingleses» (Términos de servicio, 21.3, y términos de pago del servicio, 21.3).

<sup>53</sup> *Common position of national authorities within the CPC Network concerning the commercial practices and the terms of service of Airbnb Ireland.*

Todo este entramado jurídico de normas y acciones de la legislación de la UE en materia de protección de los consumidores ha ejercido una presión muy importante sobre la plataforma Airbnb, que se ha comprometido a efectuar los cambios necesarios en los términos de servicio con el fin de ajustarlos conforme a derecho. En concreto, se ha comprometido a tres aspectos esenciales de régimen jurídico:

a) Los consumidores podrán hacer uso de todos los recursos jurídicos de que disponen, en particular del derecho de interponer una demanda contra el anfitrión en caso de perjuicios personales u otros daños.

b) Los consumidores podrán incoar procedimientos contra Airbnb ante los tribunales de su país de residencia.

c) Los consumidores deberán ser informados cuando Airbnb decida poner fin a un acuerdo o eliminar contenido, y estos tendrán el derecho a interponer un recurso o, en su caso, a solicitar una indemnización.

## *2. Perspectivas de futuro: Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas.*

Todo el entramado jurídico que se ha puesto en movimiento mediante la posición CPC contra Airbnb ha sido posible enarbolando las normas de la UE en materia de protección de los consumidores. Por ello, la protección solo ha alcanzado a los usuarios de la plataforma Airbnb que son particulares —B2C (*business to consumer*)—.

Sin embargo, las prácticas irregulares de Airbnb afectan de la misma manera, o de una manera muy parecida, a los usuarios de la plataforma que son profesionales y se han registrados como anfitriones para promocionar el negocio de servicios turísticos que regentan, aprovechando de esta manera las posibilidades de actuación en línea que permite la plataforma sin necesidad de costear una página web independiente. En este contexto profesional, la falta de transparencia de la plataforma en cuanto a la presentación del precio del alojamiento puede socavar la confianza de los huéspedes en perjuicio de las expectativas de negocio de los anfitriones, que, seguramente, pierden clientela. Por otra parte, Airbnb tiene la sartén por el mango y cede el soporte técnico para actuar en línea a cambio de imponer las condiciones generales de la contratación que deben

suscribir los usuarios que se registran en la plataforma. Esta imposición también ocurre respecto de los profesionales cuando se registran en Airbnb, que deben suscribir un contrato de uso de la plataforma —el mismo que suscriben los anfitriones que son particulares— que está lleno de las cláusulas abusivas que permiten que Airbnb decida unilateralmente cambios inexplicables de las condiciones del contrato sin preaviso o, incluso, la terminación de contrato. Es decir, se repiten los mismos problemas que hemos analizado anteriormente en el marco de trabajo de la posición CPC, o muy parecidos. Sin embargo, en el ámbito de los profesionales no se pueden hacer valer las normas de ratio proteccionista de los consumidores.

Esta carencia legal es muy problemática. Actualmente, muchas empresas dependen de los servicios de intermediación en línea para la venta de sus productos o servicios. Por ello, muchas plataformas en línea están incurriendo en ciertas prácticas comerciales potencialmente nocivas y desleales para las empresas, especialmente para aquellas pequeñas o medianas, que con frecuencia disponen de posibilidades muy limitadas para defender sus intereses. También estos profesionales se encuentran en una situación de inferioridad jurídica y de dependencia respecto de la imposición de las plataformas en línea. A este respecto, tiene mucha importancia una iniciativa legislativa muy reciente (2018) sobre la Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea<sup>54</sup>. Es decir, mediante esta iniciativa legislativa, las normas de protección de los consumidores se desdoblaron, con las correspondientes matizaciones, en el ámbito de las relaciones entre empresas —B2B (*business to business*)—. En resumidas cuentas, la Propuesta establece un sistema jurídico muy organizado —normas, categorías, conceptos, acciones y recursos— para proteger a las empresas frente a los comportamientos irregulares de las plataformas en línea<sup>55</sup>. En este contexto, el concepto de empresa debe ser entendido en un sentido amplio, incluyendo a los profesionales que contratan los servicios de una plataforma en línea<sup>56</sup>. La ratio proteccionista es la misma en unos y otros.

---

<sup>54</sup> COM (2018) 238, Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, final.

<sup>55</sup> COM (2018) 238, Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, final.

<sup>56</sup> «Empresa: toda persona física o jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión». COM (2018) 238, Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, final.

Más concretamente, analizando los considerandos de la Propuesta de Reglamento, se pueden comprender muy bien los aspectos más relevantes de esta iniciativa del legislador europeo. En particular, cabe destacar los siguientes aspectos de régimen jurídico.

Se trata de proteger a las empresas en los contratos donde no hay negociación, porque es el ámbito propicio para la imposición de cláusulas abusivas y contrarias a derecho:

A fin de proteger a las empresas de manera efectiva cuando proceda, este Reglamento ha de aplicarse cuando las partes de una relación contractual no hayan negociado individualmente las condiciones de tal relación, con independencia de su nombre o forma. (Considerando 12)

Para garantizar la previsibilidad de las relaciones comerciales, las condiciones del contrato deben estar redactadas de forma clara, inequívoca y fácil de entender incluso para el usuario medio:

No se considerará que las condiciones se hayan redactado de manera clara e inequívoca si resultan vagas, son poco específicas o les falta precisión sobre aspectos comerciales pertinentes, motivo por el que no se proporciona a las empresas un nivel razonable de previsibilidad en relación con los aspectos fundamentales de la relación contractual. (Considerando 13)

Para garantizar la transparencia de las condiciones generales deben estar a disposición de las empresas:

Los proveedores de servicios de intermediación en línea deben asegurarse también de que las condiciones se encuentran fácilmente disponibles en todas las etapas de la relación contractual, incluso para las empresas prospectivas en la fase precontractual. Asimismo, han de garantizar que se notifica a las empresas todo cambio que se realice a dichas condiciones, en un plazo fijo de notificación que sea razonable y proporcional de acuerdo con las circunstancias específicas y que sea, como mínimo, de quince días. El periodo de notificación no se debe aplicar en los casos y en la medida en que la empresa interesada renuncie a él de manera inequívoca, o en los casos y en la medida en que se necesite aplicar la modificación sin considerar el periodo de notificación por una obligación jurídica correspondiente al proveedor de servicios con arreglo al derecho de la UE o nacional. (Considerando 14)

Para proteger a las empresas, debe considerarse el efecto no vinculante de las cláusulas abusivas. Se trata de una nulidad parcial y con efecto *ex nunc*:

Un tribunal competente debe poder disponer que las condiciones que no cumplan la normativa no son vinculantes para la empresa interesada, con efecto *ex nunc*. Sin embargo, tales conclusiones del tribunal solo deben afectar a las disposiciones específicas de las condiciones que no cumplan la normativa. Las otras disposiciones seguirán siendo válidas y aplicables en la medida en que se pueden disociar de las disposiciones que no respeten la normativa. (Considerando 15)

Para proteger a las empresas, la terminación del contrato debe ocurrir con preaviso y, además, debe haber una declaración de motivos que justifique la resolución y la posibilidad de oponerse a la decisión sobre la terminación del contrato:

Un proveedor de servicios de intermediación en línea puede contar con motivos legítimos para decidir suspender o finalizar la prestación de sus servicios, de forma completa o parcial, a una empresa específica, incluyendo el excluir los bienes o los servicios individuales de una empresa determinada o el suprimir efectivamente resultados de búsqueda. No obstante, dado que tales decisiones pueden afectar de manera significativa a los intereses de la empresa correspondiente, deben comunicársele de manera apropiada las razones en que se basan aquellas. La declaración de motivos debe permitir a las empresas determinar si existe la posibilidad de recurrir la decisión, de modo que se fortalezca su capacidad de solicitar una reparación efectiva cuando sea necesario. (Considerando 16)

Las empresas tienen derecho a reclamar sus intereses mediante recursos adecuados y efectivos:

Los proveedores de intermediación en línea deben facilitar un sistema interno de tramitación de reclamaciones. Este sistema debe tener por objetivo asegurar que el proveedor de servicios de intermediación en línea y la empresa pertinente puedan resolver de manera bilateral una proporción significativa de las reclamaciones. Asimismo, al garantizar que los proveedores de servicios de intermediación en línea publiquen información sobre el funcionamiento y la efectividad de su sistema interno de tramitación de reclamaciones, se ayudará a las empresas a entender los tipos de problemas que pueden surgir en el marco de la prestación de diferentes servicios de intermediación en línea, así como la posibilidad de alcanzar una resolución bilateral rápida y efectiva (Considerando 22).

Estos considerandos sobre equidad y transparencia que hemos señalado son a modo de ejemplo para explicar el sentido general de la propuesta del legislador, porque

el plan de actuación que se desarrolla en ellos es mucho más amplio. Además, obsérvese que los considerandos son solo una delimitación previa del orden legal que después se desarrolla en las normas de la Propuesta de Reglamento mediante una regulación muy técnica y exhaustiva.

Todo ello, conjuntamente valorado, permite comprender que la Propuesta de Reglamento significa un paso adelante muy importante para ordenar el comportamiento de las plataformas en línea. Aun así, se establece una política de continuidad porque muchas de las soluciones jurídicas que han sido propuestas para proteger a las empresas ya estaban en las normas de protección de los consumidores.

Por ahora, este planteamiento proteccionista de las empresas es solo una perspectiva de futuro, pero Airbnb debería ir tomando buena nota de todo ello para ir preparándose para los cambios que se avecinan y que exigen lealtad comercial en todos los frentes. De todas maneras, como consecuencia de posición CPC, la plataforma Airbnb va a tener que realizar cambios de gran calado en sus políticas de actuación que, finalmente, implicarán una mejora de la plataforma para el bien de todos los usuarios. No obstante, esto significa una protección marginal de las empresas y los profesionales con los sobrantes de la protección de los consumidores y, como hemos dicho, lo que quiere la Propuesta de Reglamento para ellos es algo más definitivo: una regulación propia y distinta.