

ALOJAMIENTO EN VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Yosua Martínez Rodríguez

4.º curso del Grado en Derecho

Curso académico 2016/2017

Universidade da Coruña

Tutor: Prof. Dr. Fernando Cachafeiro García

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. COMPETENCIA DESLEAL.....	5
2.1. Antecedentes.....	5
2.1.1. Infracción de normas generales.....	6
2.1.2. Infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial.....	6
2.2. La plataforma <i>RentACasa</i>	7
2.3. Los arrendadores.....	11
2.3.1. Aplicación de la Ley de Competencia Desleal a Juan.....	11
2.3.2. Infracción de la normativa de arrendamientos urbanos.....	11
2.3.3. Infracción de la normativa de salubridad.....	12
2.4. Conclusiones.....	13
3. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	14
3.1. Antecedentes.....	14
3.2. Medios de impugnación.....	15
3.2.1. En vía administrativa.....	15
3.2.1.1. Vía administrativa general.....	15
3.2.1.2. Vía administrativa en defensa de la unidad de mercado.....	16
3.2.2. En vía contencioso-administrativa.....	17
3.2.2.1. Vía contenciosa general.....	17
3.2.2.2. Vía contenciosa en protección de la competencia.....	18
3.2.2.3. Vía contenciosa en defensa de la unidad de mercado.....	19
3.3. Fundamentos de la impugnación.....	19
3.3.1. Restricciones temporales.....	19
3.3.2. Restricciones de superficie.....	20
3.4. Conclusiones.....	20
3.4.1. Conclusiones procedimentales.....	20
3.4.2. Conclusiones sustantivas.....	21
4. MARCAS.....	21
4.1. Antecedentes.....	21
4.2. Conflicto de marcas.....	21
4.2.1. Renombre de «RentACarro».....	21
4.2.2. Similitud entre «RentACasa» y «RentACarro».....	22
4.2.3. Aprovechamiento indebido del renombre por «RentACasa».....	23
4.2.4. Uso sin justa causa.....	23
4.3. Conclusiones.....	23
5. PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	24
5.1. Antecedentes.....	24
5.2. Relaciones de consumo.....	24
5.2.1. Concepto de consumidor y usuario.....	24
5.2.1.1. Alejandro y Alfonso como consumidores y usuarios.....	25
5.2.2. Concepto de empresario.....	25
5.2.2.1. <i>RentACasa</i> como empresario.....	25
5.2.2.2. Arrendadores-hospedadores como empresarios.....	26
5.3. Régimen de responsabilidades.....	26
5.3.1. La plataforma <i>RentACasa</i>	26
5.3.1.1. Naturaleza del contrato.....	26
5.3.1.2. Responsabilidad.....	28
5.3.2. Los arrendadores-hospedadores.....	29
5.3.2.1. Naturaleza del contrato.....	29
5.3.2.2. Responsabilidad.....	30
5.3.2.2.1. Características del piso.....	30

5.3.2.2.2. Servicio de piscina.....	31
5.4. Conclusiones.....	31
5.4.1. Relación con <i>RentACasa</i>	31
5.4.2. Relación con los arrendadores-hospedadores.....	32
6. ASPECTOS LABORALES.....	32
6.1. Antecedentes.....	32
6.2. Consideración de los arrendadores como trabajadores autónomos.....	32
6.2.1. Actividad económica o profesional.....	32
6.2.2. Ánimo de lucro.....	33
6.2.3. Trabajo personal y directo.....	33
6.2.4. Por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona.....	34
6.2.5. Habitualidad.....	34
6.3. Conclusiones.....	34
7. ASPECTOS TRIBUTARIOS.....	35
7.1. Antecedentes.....	35
7.2. Prueba en los procedimientos tributarios.....	35
7.3. Repercusiones tributarias del arrendamiento de viviendas de uso turístico.....	36
7.3.1. Impuesto sobre Sociedades.....	37
7.3.1.1. Actividad de la plataforma <i>RentACasa</i>	37
7.3.2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.....	38
7.3.2.1. Actividad de los arrendadores.....	39
7.3.3. Impuesto sobre el Valor Añadido.....	39
7.3.3.1. Actividad de la plataforma <i>RentACasa</i>	40
7.3.3.2. Actividad de los arrendadores.....	42
7.4. Conclusiones.....	42
7.4.1. Licitud de los medios de prueba.....	43
7.4.2. Actividad de la plataforma <i>RentACasa</i>	43
7.4.3. Actividad de los arrendadores.....	44
8. CONCLUSIONES GENERALES.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	48
REPERTORIO NORMATIVO.....	49
REPERTORIO JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES.....	50

ABREVIATURAS

Art(s).	Artículo(s)
AP	Audiencia Provincial
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CE	Constitución Española
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DGT	Dirección General de Tributos
DOG	<i>Diario Oficial de Galicia</i>
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DSSI	Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información
ETA	Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo
IRPF	Impuesto sobre las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JCA	Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
JM	Juzgado de lo Mercantil
FD	Fundamento(s) de derecho
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
Párr.	Párrafo(s)
RMC	Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre Marca Comunitaria
S	Sentencia(s)
TCT	Tribunal Central del Trabajo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
VUT	Vivienda(s) de uso turístico

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, pretendemos analizar las cuestiones jurídicas acerca del alquiler de viviendas de uso turístico (VUT). Para ello, partimos del siguiente supuesto de hecho:

Juan, albañil desempleado, hereda un piso a mediados de febrero de 2017 y decide arrendarlo a través de una plataforma digital llamada *RentACasa*, gestionada por la sociedad Rent, S. A. Dicha sociedad es, a su vez, titular de la marca denominativa española «RentACasa» (registrada el 4 julio de 2016).

Después de anunciar su vivienda en esa plataforma, Juan recibe la oferta de Alejandro y Alfonso, con los que acuerda que arrendarán el apartamento por tres días y por un precio de diez euros cada noche, y que pagarán la mitad del importe al ocupar la casa y la otra mitad al abandonarla.

Al entrar en el piso, la pareja se da cuenta de que no reúne las características que especifica el anuncio. Ante tal situación, contactan con Juan para pedirle explicaciones. Este les responde de forma maleducada y recriminándoles que confiaran en el anuncio. Por todo ello, Alejandro y Alfonso abandonan la vivienda de Juan y se ponen en contacto con *RentACasa* para transmitirle su malestar y pedirle que haga algo al respecto.

Por su cuenta, Alejandro lee los comentarios de otros usuarios de la plataforma, visita páginas web de asociaciones hoteleras y descubre que acusan a *RentACasa* de competencia desleal por carecer de las licencias exigidas por las Administraciones. También aseguran que los pisos que se anuncian en ella no tienen las condiciones de salubridad necesarias. Una asociación invoca un supuesto decreto de la Xunta de Galicia de 2016 que impediría alquilar los apartamentos publicitados en *RentACasa* por períodos inferiores a quince días y en temporada alta, o si no tienen una superficie determinada.

Con todo, los problemas de Juan y *RentACasa* no se acaban. De un lado, la Inspección de Trabajo investiga los pisos promocionados en la plataforma –entre ellos, el de Juan– y considera que Juan es un trabajador autónomo. Asimismo, encuentra material que revelaría el incumplimiento de obligaciones fiscales relacionadas con el arrendamiento de la vivienda.

De otro lado, Rent, S. A. es requerida por una empresa portuguesa que tiene registrada, desde el 16 de junio de 2004, la marca comunitaria «RentACarro», que goza de renombre en Portugal, aunque no se ha utilizado fuera de ese país.

El eje central del caso es el arrendamiento de VUT, la manifestación más importante de la economía colaborativa, junto con el alquiler de vehículos con conductor y la prestación de servicios de transporte por carretera. Por consiguiente, el alquiler de VUT se enmarca en el modelo económico cooperativo, que cuenta con tres actores: uno, los consumidores o demandantes, que solicitan que se les preste un servicio; dos, los oferentes o prestadores, que ofrecen esos servicios, y, tres, las plataformas virtuales, que emparejan oferta y demanda y que reciben una comisión por cada operación facilitada¹. A lo largo de este trabajo, analizaremos las implicaciones de esos tres actores en el arrendamiento de VUT.

Resulta conveniente que demos un concepto de VUT. En primer lugar, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) conceptualiza las VUT como «viviendas cedidas por su propietario, directa o indirectamente, a terceros, a cambio de una contraprestación, para una estancia temporal²». En segundo lugar, la doctrina define las VUT como las viviendas destinadas al alojamiento colaborativo, en otras palabras, a «compartir una propiedad y facilitar su acceso a la misma a otros usuarios, ya sea de manera gratuita o bien mediante el pago por su uso, [...] ya sea con o sin intermediarios³». En tercer y último lugar, la normativa aplicable en el ámbito espacial del supuesto, concluye que «[s]on viviendas de uso turístico as cedidas a terceiras persoas, de xeito reiterado e a cambio de contraprestación económica, para unha estancia de curta duración, amobladas e equipadas en condicións de inmediata dispoñibilidade e coas

¹ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 22.

² CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa*, informe, marzo de 2016, p. 73.

³ GUILLÉN NAVARRO, N. A. e ÍÑIGUEZ BERROZPE, T.: «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto P2P», *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 14, n.º 3, 2016, p. 755.

características previstas neste decreto⁴». En conclusión, toda caracterización de una VUT debe tener tres elementos: primero, ser una vivienda residencial; segundo, estar cedida a un tercero por períodos de tiempo cortos, y, tercero, tener un destino vacacional.

La importancia del tema del alquiler de VUT, a pesar de no ser un fenómeno completamente nuevo, reside en dos motivos: por un lado, se apunta a que representa el 25 % del total de la oferta de alojamiento turístico⁵. Por otro, ha surgido una gran litigiosidad en torno a esta actividad, como consecuencia de la ausencia de regulaciones hasta hace poco tiempo, la existencia de figuras afines en la normativa y la dificultad para calificar las relaciones jurídicas triangulares alrededor de la vivienda.

Así las cosas, abordaremos toda esa problemática, principalmente, desde la perspectiva de la incipiente normativa sobre la materia y de la escasa jurisprudencia, nacional y comunitaria, recaída al interpretarla y aplicarla. Al mismo tiempo, integraremos las fuentes anteriores con las aportaciones de la doctrina y de las instituciones que han atendido el asunto del alojamiento participativo y, en concreto, de las VUT.

Para lograr ese fin, estructuraremos el trabajo, en derredor de los cinco aspectos del alquiler de VUT que más controversia han suscitado, de la siguiente forma: en el epígrafe 2, analizaremos la posible comisión de actos de competencia desleal a los que hace mención la cuestión 1. Dedicaremos el epígrafe 3 a la cuestión 2, es decir, a la defensa de la competencia en relación con un «supuesto» decreto de la Xunta de Galicia de 2016, un decreto ficticio distinto del mencionado arriba y que introducimos *ex profeso* en el caso para ejemplificar la regulación de esta actividad. En el epígrafe 4, estudiaremos el conflicto de marcas entre Rent, S. A. y la empresa portuguesa suscitado en la cuestión 3. Destinaremos el epígrafe 5 a la protección de los consumidores y usuarios a la que puedan acogerse Alejandro y Alfonso en la cuestión 5. En los epígrafes 6 y 7, nos referiremos a los aspectos laborales y tributarios del arrendamiento de VUT por los que nos preguntan las cuestiones 6 y 7, respectivamente.

No hemos mencionado la cuestión 4 en el párrafo anterior intencionadamente, debido a su transversalidad. La naturaleza del contrato de alquiler del apartamento de Juan incide tanto en la calificación de la actividad ejercida por la plataforma digital como en la de la relación entre Juan y la pareja. Por eso, la examinaremos al resolver las cuestiones 1 y 5 en los epígrafes 2 y 5.

2. COMPETENCIA DESLEAL

2.1. Antecedentes

En este epígrafe, abordaremos si la plataforma digital *RentACasa* y los arrendadores que se anuncian en ella pueden estar incurriendo en actos de competencia desleal. Se imputa a la plataforma la prestación de un servicio de alojamiento turístico sin la correspondiente licencia y a los arrendadores el incumplimiento de las condiciones de salubridad exigidas y de la normativa de arrendamientos urbanos.

A la vista de las acusaciones, podemos afirmar que *RentACasa* y los arrendadores podrían incurrir en algún acto de competencia desleal tipificado en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁶. Este art. contempla la competencia desleal por «violación de normas» y está integrado, esencialmente, por dos⁷ ilícitos que se basan en el incumplimiento o defraudación de normas: la infracción de leyes generales por la que se obtiene y aprovecha una ventaja competitiva significativa (art. 15.1) y la contravención de normas concurrenciales (art. 15.2). La finalidad de este art. no es garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, sino perseguir los efectos perjudiciales para el mercado, en particular sobre la posición de igualdad ante la ley en la que deben encontrarse los operadores económicos,

⁴ Artículo (art.) 5.1 del Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que se establece a ordenación dos apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia (*Diario Oficial de Galicia [DOG]* n.º 29, de 10 de febrero de 2017). Al amparo de su disposición final segunda, este decreto no entra en vigor hasta el 10 de mayo de 2017.

⁵ CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa*, op. cit., p. 74.

⁶ *Boletín Oficial del Estado (BOE)* n.º 10, de 11 de enero de 1991. LCD.

⁷ El art. 15.3 de la LCD contempla un tercer ilícito consistente en la violación de normas sobre contratación de extranjeros.

derivados de la infracción por estos de normas⁸. Ese objetivo queda particularmente claro en la Sentencia (S) de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona 793/2000⁹:

Trata ese precepto, en sus dos párrafos, de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia, y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de ventaja logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere, se causa una desventaja a quienes cumplen la *par conditio concurrentium*, ya porque los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el propio mercado.

Debemos interpretar cualquiera de los ilícitos incluidos en este art. 15 de forma restrictiva, de manera que solo podremos apreciarlos en los casos en los que haya quedado claramente acreditada la infracción de las leyes denunciadas y en los que esa infracción sea un modo de obtener una ventaja competitiva¹⁰.

2.1.1. Infracción de normas generales

El ilícito del art. 15.1 exige la concurrencia de tres elementos: la infracción de leyes, la obtención de una ventaja competitiva significativa y la prevalencia de dicha ventaja. En cuanto a la infracción de leyes, debemos entender el término «leyes» en sentido amplio como normas jurídicas que reúnan las características de coercibilidad, generalidad e imperatividad¹¹, de modo que se incluyan las leyes ordinarias y orgánicas, los decretos leyes y legislativos, las normas administrativas y las de autoridades como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, comunitarias, estatales, autonómicas o locales¹². En lo concerniente a la obtención de una ventaja significativa, debido a que la infracción de la norma no genera *per se* una conducta desleal, la vulneración debe proporcionar causalmente una ventaja competitiva, consistente en mejorar la posición de mercado respecto a los competidores para desarrollar su actividad en términos más atractivos para los clientes¹³, que sea significativa, en otras palabras, de magnitud apreciable y que obligue a los competidores a reducir sus márgenes o a realizar cualquier clase de esfuerzo para revertir la ventaja adquirida por el infractor¹⁴—la jurisprudencia ponderará si la concreta infracción suministra una ventaja competitiva significativa—. Y, en lo tocante a la prevalencia de dicha ventaja, el infractor debe explotar esa ventaja obteniendo «provecho efectivo del ahorro de costes que por razones legales ha de satisfacer [...] y desviación acreditada de la clientela de los competidores a su favor¹⁵».

2.1.2. Infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial

El injusto del art. 15.2 solo tiene un elemento: la infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial. Esa infracción constituye por sí misma un acto de competencia desleal porque el legislador ha presumido —se trata de una presunción *iuris tantum* poderosa— que la simple conculcación de una norma concurrencial otorga una ventaja competitiva al infractor, pues permite realizar una actividad de otro modo vedada para él o poner en práctica actuaciones que le estarían prohibidas, de la que se prevalece por el hecho en sí de desarrollar la actividad que le está proscrita infringiendo la norma. Por lo que respecta a qué debe entenderse por «norma concurrencial», la delimitación de este concepto no es pacífica. Desde un punto de vista formal, hemos de entender que las normas concurrenciales deben poseer las mismas características y adoptar las mismas formas que las leyes en art. 15.1. Desde una perspectiva material, las normas concurrenciales tienen que tener «“por objeto” la regulación de la actividad mercantil. Y ese “objeto” debemos entenderlo como directo y no reflejo o indirecto¹⁶»; esto es, deben modelar de forma directa la estructura del mercado (por ejemplo, creando monopolios, disponiendo concesiones administrativas o estableciendo sistemas de licencias) y las estrategias y conductas concurrenciales de los agentes del mercado

⁸ MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 432.

⁹ Fundamento de derecho (FD) 5.º de la SAP de Barcelona 793/2000, de 26 de enero [AC 2000\688].

¹⁰ CASCÓN CARBAJO, F.: «Violación de normas», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 413 y 414.

¹¹ MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 435.

¹² V. claramente en el FD 1.º de la SAP de Tarragona 862/2006, de 16 de mayo [AC 2007\231]. Para las normas no incluidas en ese precepto, v. la S del Tribunal Supremo (TS) 271/2000, de 13 de marzo [RJ 2000\1207].

¹³ EMPARANZA SOBEJANO, A.: «Violación de normas», MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 261.

¹⁴ MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 440.

¹⁵ FD 1.º de la STS 512/2005, de 24 de junio [RJ 2005\4927].

¹⁶ FD 3.º de la STS 593/2000, de 16 de junio [RJ 2000\5288].

(verbigracia, restringiendo los medios de difusión de la publicidad, limitando las prácticas promocionales, o fijando, directa o indirectamente, los precios)¹⁷. En conclusión, podemos aseverar que una norma concurrencial es aquella que «afecta directamente al modo en que los operadores de [un] sector regulado ejercen su actividad¹⁸».

2.2. La plataforma *RentACasa*

Dado que se imputa a la plataforma *RentACasa* la prestación el servicio de alojamiento turístico sin la licencia exigida por la Administración, la norma que eventualmente estaría infringiendo es el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016, en particular la que obliga a obtener una licencia para prestar ese servicio. Así las cosas, resulta conveniente que analicemos si esa norma es una norma concurrencial.

Las normas que exigen la tenencia de una licencia para ejercitar una actividad económica son normas que regulan el acceso a un sector económico. El ejercicio de la actividad económica sin obtener la autorización pertinente supone una infracción de esas normas. Por consiguiente, estas normas constituyen barreras de entrada a un determinado mercado. Conforme al concepto de norma concurrencial que dimos en el apartado anterior, estas normas modelan la estructura del mercado, debido a que determinan quién puede competir en él; disponen las condiciones en las que los competidores inician la actividad porque la obtención de una licencia supone un gasto al que todos los concurrentes deberán hacer frente, y establecen cómo los operadores van a ordenar su actividad para recuperar esa inversión y promocionar sus servicios.

Esta idea de que las normas que exigen la tenencia de licencia son normas concurrenciales también ha sido acogida por la jurisprudencia. En efecto, al analizar casos en los que se prestaba un servicio careciendo de la concesión administrativa –otra forma de control administrativo, como las licencias–, el TS han dicho que «la concesión [...] instala a un empresario en el mercado. [...] *La conculcación [...], como ocurre en el supuesto de la concesión administrativa, es al mismo tiempo [...] infracción de una disposición que impide en general el ejercicio de una determinada actividad económica, ya que se ha instalado, a través de la concesión, un orden competitivo directa y absolutamente vinculante para todo actor en el mercado afectado*¹⁹». Más claramente, en un supuesto en el que se ejercitaba la actividad económica de mantenimiento extintores sin licencia, la AP de Valencia dictaminó que «por lo que se refiere a las empresas mantenedoras de sistemas de extinción de incendios, la Orden [...] *viene a regular directamente la actividad concurrencial en el mercado de dichas empresas, [...] de este modo la referida norma establece las condiciones en que ha de concurrir en el mercado, no pudiéndose desplegar las labores de mantenimiento sobre extintores que no sean los de la marca autorizada, circunstancia ésta que entra de lleno en el ámbito del artículo 15.2 de la LCD*²⁰». Así pues, no nos cabe ninguna duda de que, en el caso que nos ocupa, la licencia que exige el decreto de la Xunta de 2016 es una norma concurrencial, pues establece las «reglas de juego» del mercado del alojamiento turístico.

Después de determinar que la norma eventualmente infringida por *RentACasa* es una norma concurrencial, el examen de si la plataforma ha cometido un acto de competencia desleal del art. 15.2 de la LCD requiere que estudiemos cuál es la actividad que verdaderamente desarrolla *RentACasa*, pues, si no presta el servicio turístico, no estará obligada a obtener la licencia y, por tanto, no cometerá un acto de competencia desleal del art. 15.2 de la LCD. En el caso de esta plataforma –como en el de las demás–, no está claro que preste los servicios turísticos –o los del mercado considerado–. Ello es así, puesto que se duda acerca de si las plataformas colaborativas prestan un servicio de intermediación entre oferentes y demandantes.

Para abordar esa cuestión, antes debemos conceptualizar las plataformas en línea. La Comisión Europea las define como «empresas que operan en mercados bilaterales o multilaterales, que utilizan internet para hacer posibles interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos, pero

¹⁷ MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 438.

¹⁸ EMPARANZA SOBEJANO, A.: «Violación de normas», op. cit., p. 263.

¹⁹ FD 2.º de la STS 1348/2006, de 29 de diciembre [RJ 2007\1714]. Las cursivas son nuestras.

²⁰ FD 2.º de la SAP de Valencia 551/2005, de 21 de diciembre [JUR 2006\106517]. Las cursivas son nuestras.

interdependientes, de forma que se genere valor para al menos uno de los grupos²¹». Por analogía con las plataformas de *crowdfunding*, el art. 46.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial²² delimita las plataformas digitales de intermediación financiera así: «Son plataformas de financiación participativa las empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores». Así las cosas, ambas definiciones parecen llevarnos a concluir que la actividad, en este caso, de *RentACasa* es la intermediación en el sector turístico.

Si nos adentramos en los argumentos que sostienen la hipótesis de que las plataformas digitales prestan el servicio del mercado del que se trate, las conclusiones del abogado general de la Unión Europea²³ son tajantes al considerar que *Uber* presta un servicio de transporte de personas por carretera. Esos argumentos, extensibles en principio a todas las plataformas colaborativas, son estos:

- a) A los oferentes se les abona un importe que supera el reembolso de los gastos ocasionados (párrafo [párr.] 42).
- b) La plataforma hace más que intermediar entre la oferta y la demanda. La plataforma crea la oferta, regula sus características esenciales y organiza su funcionamiento (párr. 43).
- c) La plataforma permite a quienes quieran ejercer una actividad conectarse a su aplicación a través de un contrato de uso de la *app*. El oferente realizará la actividad de acuerdo a los requisitos de la plataforma, que son variados y se refieren al acceso a la actividad, a su desarrollo y al comportamiento de los oferentes (párr. 44).
- d) A pesar de que la actividad puede ser complementaria, en la mayoría de los casos constituye el *modus vivendi* de los oferentes (párr. 47).
- e) La plataforma adapta su oferta a la variación de la demanda y controla a los oferentes indicándoles en qué lugares y momentos tendrán más demanda y, por ello, tarifas más ventajosas (párr. 47).
- f) La plataforma ejerce un control sobre la calidad de los servicios por medio de la funcionalidad de la evaluación (párr. 48).
- g) La plataforma determina el precio *orientativo* del servicio mediante sistemas de geolocalización y algoritmos que se ajustan a las circunstancias.
- h) Es independiente, a estos efectos, que la plataforma no sea propietaria de los medios de producción (párr. 55). A este respecto, la Comisión Europea sostiene, en contrario de lo que afirma el abogado general, que la titularidad de los medios de producción es un indicio poderoso de que la actividad va más allá de la intermediación y, *a sensu contrario*, que su no titularidad es un síntoma de mera intermediación²⁴. Este sentido, la jurisprudencia social española considera que, si el bien a través del que se presta el servicio es titularidad del prestador y tiene la importancia económica suficiente, en ese caso el titular del bien es un trabajador autónomo que presta el servicio directamente²⁵.
- i) Los particulares prestan el servicio, bien por la plataforma, bien en su nombre (párr. 53), y, en cualquier caso, en el marco de la plataforma (párr. 56).

Aproximándonos a la teoría de que las plataformas virtuales prestan un servicio de intermediación, la doctrina española empieza a orientarse a decantarse por considerar que las plataformas emplean *apps* para buscar la oferta que mejor se adapte a la demanda, con lo que se simplifica la negociación y la

²¹ COMISIÓN EUROPEA: *Public consultation on the regulatory environment for the platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, consulta pública, finalizada el 29 de abril de 2015, p. 5.

²² BOE n.º 101, de 28 de abril de 2015.

²³ Conclusiones del abogado general de la Unión Europea [ECLI:EU:C:2017:364] en el asunto *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S. L.* [asunto C-434/15].

²⁴ COMISIÓN EUROPEA: *Una agenda europea para la economía colaborativa*, Comunicación, COM (2016) 356 final, de 2 de junio de 2016, pp. 6 y 7.

²⁵ STS de 18 de octubre de 2006 [TOL1.006.714], que aplica el criterio de la relevancia económica para determinar cuándo un transportista propietario de su vehículo es trabajador autónomo.

contratación²⁶. La jurisprudencia española, en casos similares a este –*caso Airbnb*²⁷ y *caso BlablaCar*²⁸– ha estimado que el objeto de estas plataformas es prestar un servicio de intermediación en línea aduciendo las siguientes razones:

- a) La plataforma cobra un porcentaje por cada operación que facilita (FD 3.º de la S del *caso Airbnb*).
- b) Las condiciones de uso del servicio de la plataforma «invitan» a sus usuarios a conocer y cumplir la legislación de su lugar en torno a la prestación de servicios (FD 3.º de la S del *caso Airbnb*).
- c) Los titulares de los bienes fijan los precios, gestionan las reservas y concretan las especificaciones de uso de sus bienes (FD 3.º de la S del *caso Airbnb*).
- d) La plataforma no media utilizando conocimientos profesionales ni reserva cupos ni capta clientes ni ofrece ningún tipo de valor añadido (párr. 3 del FD 4.º de la S del *caso Airbnb*).
- e) La plataforma puede establecer unos requisitos para poder acceder a ella y, en definitiva, para poder prestar los servicios con su intermediación, pero estas condiciones no son obligatorias (párr. 8 del FD 4.º de la S del *caso BlablaCar*).
- f) Los particulares oferentes no prestan el servicio ni en nombre de la plataforma ni bajo relación laboral (párr. 8 del FD 4.º de la S del *caso BlablaCar*).
- g) La plataforma controla el alta de los usuarios, sus datos, su perfil y su valoración por los demandantes a los efectos de lograr las mejores mediaciones y vigilar quién usa servicio (párr. 12 y 13 del FD 4.º de la S del *caso BlablaCar*).
- h) Los oferentes determinan los precios que perciben, partiendo de los indicativos proporcionados por la plataforma, que incluyen los gastos económicos directos e indirectos (párr. 14 del FD 4.º de la S del *caso BlablaCar*). Asimismo, la plataforma expulsa a los oferentes que quieran lucrarse con estos servicios (párr. 15 del FD 4.º de la S del *caso BlablaCar*).
- i) La gestión del pago al oferente y la indemnización en caso de pérdida de un servicio forman parte de la mediación y su objetivo es facilitar al máximo la contratación y dar seguridad al oferente (párr. 17 y 18 del FD 4.º de la S del *caso BlablaCar*).

Tras haber visto cuáles son los argumentos en los que se apoyan ambas tesis, debemos aplicar sus criterios al caso que nos ocupa para determinar si la plataforma *RentACasa* presta un servicio de alojamiento turístico u otro de intermediación. En primer lugar, a respecto del precio, el abogado general señala que el importe percibido por los oferentes es superior a los gastos ocasionados (argumento a)) y parece que en sus conclusiones se refiere en exclusiva a gastos, como el combustible o el precio de los peajes, que son directos y cuantificados. Ahora bien, conviene no olvidarnos de que además de esos gastos hay otros que son indirectos y que precisan una valoración, como el desgaste de los bienes (argumento h) de la jurisprudencia española). Juan pretendía cobrar treinta euros por una estancia de tres noches y, aun desconociendo el precio de los suministros de esos días (gastos directos), el valor de la zona en la que se ubica el inmueble, el de las condiciones en las que se encuentra y el de la privacidad –de abrir su domicilio a dos desconocidos– (gastos indirectos), todo parece indicar que el precio que iba a cobrar no es mayor que los gastos en los que se incurre.

Las conclusiones del abogado general y la jurisprudencia española afirman que el precio cobrado por los oferentes parte del coste indicativo del servicio que determina la plataforma (argumentos g) y h), respectivamente). En este caso, el precio original era el marcado por Juan en el anuncio –no sabemos si con indicación de *RentACasa* o no– y el definitivo el pactado entre Juan y la pareja. Todo ello nos lleva a concluir que Juan, como arrendador, tiene el control final sobre el precio de los servicios prestados.

En segundo lugar, en cuanto al control sobre la oferta por parte de la plataforma, el abogado general señala que las plataformas crean la oferta y la adaptan a las circunstancias al indicarles a los oferentes los mejores lugares y momentos (argumentos b) y e), respectivamente). En nuestro supuesto, Juan ya tenía la intención de arrendar su piso (en el caso se nos dice que lo haría «bien a una familia, bien a un grupo de

²⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: «El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa», MONTERO PASCUAL, J. J. (Dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 129 y 130.

²⁷ S del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo [JCA] n.º 11 de Barcelona 309/2016, de 29 de noviembre [TOL5.956.773].

²⁸ S del Juzgado de lo Mercantil [JM] n.º 2 de Madrid 30/2017, de 2 de febrero [TOL5.951.476].

estudiantes») y solo recurrió a *RentACasa* como un instrumento para dar mayor visibilidad a su apartamento por consejo de su cuñado, de forma que *RentACasa* no ha creado la oferta, sino que simplemente la ha canalizado. De igual manera, Juan publicita su vivienda donde quiere, cuando quiere y por el precio que quiere. Así, coincidimos con el argumento c) de la jurisprudencia española y podemos concluir que Juan tiene el dominio sobre la oferta de su apartamento, al concretar el precio y el tipo de uso y al gestionar la reserva.

En tercer lugar, en lo concerniente a la forma de prestar el servicio, se ha señalado que esta establece unos requisitos para poder acceder a su aplicación y, en definitiva, para poder prestar el servicio (argumento c) del abogado general). En el caso que nos ocupa, *RentACasa* no ha exigido a Juan ningún requisito para poder acceder a la página ni ninguna condición propia o del piso para poder prestar el servicio. Las condiciones mínimas de salubridad a las que se hace referencia en el relato de los hechos son las fijadas por el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016. Por consiguiente, sin que entremos a valorar la obligatoriedad de los requisitos (argumento e) de la jurisprudencia española) ni el contenido de las condiciones de uso de la *app* (argumento b) de la jurisprudencia española), todo parece indicarnos que Juan anuncia y arrienda su vivienda sin ninguna limitación por parte de *RentACasa*.

En cuarto lugar, en lo tocante a la relación entre Juan y *RentACasa*, se ha indicado que la actividad que se presta a través de las plataformas constituye el *modus vivendi* de los oferentes (argumento d) de las conclusiones del abogado general) y, por ello, el servicios es prestado en realidad por la plataforma a través de los oferentes, que actúan en su nombre o, al menos, en su marco (argumento i) de las conclusiones del abogado general). Juan es un albañil desempleado y, dado que desconocemos si percibe el subsidio por desempleo, las rentas que obtiene con este arrendamiento son sus únicos ingresos, de modo que podríamos decir que sí constituye su *modus vivendi*. Ahora bien, no podemos afirmar que ello sea síntoma de dependencia respecto a la plataforma, toda vez que Alejandro y Alfonso saben que quien les alquila el piso es Juan, aun por medio de la plataforma, y que es él quien les presta el servicio. Así pues, es Juan el que presta el servicio y los usuarios así lo perciben.

En sexto lugar, respecto a la calidad de los servicios prestados, tanto las conclusiones del abogado general como la jurisprudencia española (argumentos f) y g), respectivamente) reconocen que las plataformas articulan una funcionalidad de evaluación y que, a través de ella, controlan la calidad de los servicios. En el supuesto que nos ocupa, se ve claramente que sí existe ese sistema de valoración, puesto que la pareja acude a *RentACasa* para quejarse del mal trato recibido por parte de Juan y Alejandro lee los comentarios de otros arrendatarios. Ese sistema de evaluación sirve, directamente, para controlar quién usa la *app* para anunciarse y para que *RentACasa* pueda ofrecer un buen servicio de intermediación expulsando a aquellos arrendadores que han usado sus servicios incorrectamente. Indirectamente, va estableciéndose un estándar de calidad en el servicio, pero no podemos decir que eso sirva para justificar que es *RentACasa* la que presta el servicio a través de los oferentes.

En séptimo y último lugar, respecto de la titularidad de los inmuebles arrendados, el abogado general considera que es una cuestión independiente a la prestación de servicios (argumento h)), mientras que la Comisión Europea y la jurisprudencia española (argumento c)) consideran que es indicio relevante a la hora de determinar quién presta el servicio. En nuestro caso, es también evidente que Juan alquila su piso, que ha recibido por herencia. A diferencia de lo que ocurre con un vehículo de la clase turismo –supuesto del asunto *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S. L.*–, un inmueble es un medio de producción de suficiente entidad y relevancia económica como para convertir su explotación en el elemento definidor de la finalidad del contrato de arrendamiento y como para considerar que, si Juan es quien ordena la prestación del servicio en torno a su apartamento, es Juan quien está prestando el servicio y no *RentACasa*.

Debido a que no se cumplen los criterios que el abogado general de la Unión Europea ha marcado como definidores para que una plataforma de economía colaborativa preste el servicio del mercado del que se trata, tenemos que considerar que *RentACasa* solo intermedia en la contratación entre Juan y la pareja. La consecuencia de esta conclusión es que *RentACasa* no está obligada a obtener la licencia a la que se refiere el Decreto de la Xunta de Galicia; que, por ello, no ha incumplido la norma del Decreto que la exige, y que, por tanto, no incurre en el acto de competencia desleal del art. 15.2 de la LCD.

2.3. Los arrendadores

2.3.1. Aplicación de la Ley de Competencia Desleal a Juan

Como presupuesto del examen de si Juan ha cometido algún acto de competencia desleal, se encuentra tratar si la LCD puede aplicársele en tanto que particular. En cuanto a esto, el art. 3.1 de la LCD deja claro que su ámbito subjetivo comprende a todos los operadores económicos, sean empresarios o profesionales, sean personas físicas o jurídicas no empresarias. La jurisprudencia ha reiterado que se aplica a cualquier agente económico que acuda al mercado a ofrecer bienes y servicios y que «haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización²⁹». En conclusión, la LCD es plenamente aplicable a Juan, a pesar de que sea un particular.

2.3.2. Infracción de la normativa de arrendamientos urbanos

A respecto de la infracción de la normativa de arrendamientos urbanos, esta no es concurrencial, por lo que Juan podría incurrir en un acto de competencia desleal del art. 15.1 de la LCD. Antes de la reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos³⁰ de 2013, su art. 3.2 regulaba los «arrendamientos por temporada» y, en consecuencia, legitimaba el arrendamiento de VUT. Ahora bien, dicha reforma excluyó esa clase de arrendamientos de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda y el art. 5.e) de la LAU remite su regulación a la normativa sectorial. Esa normativa sectorial es, al amparo del art. 148.1.18.^a de la Constitución Española³¹, la dictada por las comunidades³². A través de ella, las comunidades autónomas se limitan a declarar la jurisdicción de esta actividad desde la perspectiva del derecho público y, en consecuencia, a establecer las condiciones de desarrollo de esas prácticas. Por consiguiente, no entran a analizar la licitud jurídico-privada del negocio que sustenta esa actividad económica.

Ante el vacío normativo dejado por la derogación de los arrendamientos por temporada y por la no reglamentación de la cesión del uso de partes de la vivienda ni de la cesión para pernoctaciones por tiempo inferior al determinado en la LAU, la jurisprudencia ha resuelto esta cuestión. Por citar una resolución dictada en pleno *boom* de las VUT, la S del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Catalunya 37/2016, de 19 de mayo [RJ 2016\3653]³³ dispone los criterios (FD 4.º) conforme a los que juzgar lícito o ilícito un arrendamiento de VUT. Esos criterios son:

- a) El alquiler de una VUT no puede estar excluido por los estatutos de la comunidad de propietarios del inmueble. No basta que lo esté en las normas de régimen interno.
- b) El arrendamiento de VUT debe estar previsto por la normativa urbanística³⁴, del suelo o sectorial, o, al menos, no excluido expresamente por esta.
- c) Esta actividad no puede contravenir la normativa general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas. La S considera que no la contraviene si no está incluida en su lista de actividades insanas y que es un indicio de que no es una actividad molesta si está prevista en su normativa sectorial.
- d) Esta práctica no ha de ser contraria a la normal convivencia ni suponer un peligro para el edificio. El TSJ de Catalunya presume que, *per se*, no es una actividad nociva para el edificio y que enervar esta

²⁹ FD 3.º de la STS 963/2000, de 18 de octubre [RJ 2000\8809]. Esto implica la desmercantilización y la desprofesionalización del ámbito subjetivo de la LCD, que ya no solo se aplica a los empresarios y a los supuestos del art. 326.2.º y 3.º del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio (*Gaceta* n.º 289, de 16 de octubre de 1885. CCom).

³⁰ BOE n.º 282, de 25 de noviembre de 1994. LAU.

³¹ BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978. CE.

³² V., por ejemplo, el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* n.º 28, de 11 de febrero de 2016) o el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Catalunya (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 6268, de 5 de diciembre de 2012).

³³ V., asimismo y entre otras, las STS 728/2011, de 24 de junio [RJ 2012\431], y 846/2010, de 30 de diciembre [RJ 2010\1794]. Sobre esta S, v. también GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª DEL C.: «El alquiler para uso turístico de una vivienda en régimen de propiedad horizontal no es una actividad prohibida» [en línea], *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2016.

³⁴ La legitimad de esta actividad en la normativa urbanística se contempla en, verbigracia, la STS 2318/2016, de 27 de octubre [LaLey 156146/2016].

presunción requiere una prueba contundente y notoria de un perjuicio que vaya más allá de la mera incomodidad.

Examinando el alquiler del piso de Juan a la luz de esos razonamientos, en primer término, debido a que en el relato fáctico no se mencionan los estatutos de la comunidad de propietarios en la que ubica la vivienda de Juan, tenemos que deducir que no existiría impedimento alguno para esa práctica.

En segundo término, la normativa sectorial vigente en el caso –el decreto de la Xunta de Galicia de 2016– contempla y regula este tipo de arrendamientos –establece, por ejemplo, como hemos visto, la necesidad de licencia y las condiciones de higiene–.

En tercer término, la normativa general sobre actividades insalubres no contempla, entre su lista de actividades nocivas, el alquiler de viviendas residenciales con fines vacacionales. Esta normativa viene representada por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas³⁵, conjuntamente con la normativa gallega general de medioambiente³⁶, por aplicación de la disposición derogatoria única de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera³⁷ y en tanto se ha derogado y no se ha vuelto a aprobar ninguna lista autonómica de actividades reprochables. Asimismo, también podríamos justificar que se cumple este requisito por el hecho de que la normativa sectorial contempla este tipo de actividades.

En cuarto y último término, el supuesto no nos refiere que haya existido ningún malestar, en el edificio en el que se encuentra el apartamento de Juan, motivado por el uso extrahotelero que está dándole a su inmueble, de forma que tampoco existiría obstáculo para el arrendamiento de VUT por este aspecto.

Así pues, puesto que el alquiler del piso de Juan ha cumplido con esas condiciones jurisprudenciales, debemos aseverar que es legítima, desde una perspectiva jurídico-privada, la cesión de VUT en el caso que nos ocupa, de manera que no se da el presupuesto de violación de normas necesario para que Juan cometa un acto de competencia desleal del art. 15.1 de la LCD.

2.3.3. Infracción de la normativa de salubridad

La norma que eventualmente habría infringido Juan es la que establece las condiciones de salubridad de las VUT. Para determinar si ha cometido un acto de competencia desleal del art. 15 de la LCD, hemos de establecer si esa norma es concurrencial o no. Siguiendo a MASSAGUER³⁸, esta norma se incluiría en el tipo de las que regulan mediata o inmediatamente la prestación de servicios, junto con las normas técnicas, medioambientales, etc. Estas normas son susceptibles de provocar costes, por lo que su infracción, al reducirlos, podría generar una ventaja competitiva. Ahora bien, estas normas no modelan el mercado ni la forma en la que los competidores concurren a él, sino que meramente determinan cómo se presta un servicio. Así las cosas, esas normas de salubridad del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 no son normas concurrenciales, ya que no tienen por objeto la actividad mercantil en el sentido del art. 15.2 de la LCD. En suma, al no ser normas concurrenciales, Juan solo podría ser autor de un acto de competencia desleal del art. 15.1.

Sabiendo que la norma sobre salubridad es una norma no concurrencial, tenemos que determinar si verdaderamente la ha infringido y si esa infracción es constitutiva de un acto de competencia desleal. De acuerdo con el relato de los hechos, el estado en el que estaba la casa de Juan es el siguiente: «... el piso no es exterior ni luminoso, sino que únicamente tiene una ventana que da a un patio interior pobremente iluminado, y que le faltan algunos electrodomésticos y los que tiene son antiguos». Habida cuenta de que en el caso no se nos expone cuál es contenido de esa norma sobre salubridad³⁹, no podemos determinar si

³⁵ BOE n.º 292, de 7 de diciembre de 1961.

³⁶ V. art. 13 de la Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de Protección Ambiental de Galicia (DOG n.º 29, de 10 de febrero de 1995) y capítulo II Lei 9/2013, do 19 de decembro, do Emprendemento e da Competitividade de Galicia.

³⁷ BOE n.º 275, de 16 de noviembre de 2007.

³⁸ MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 444.

³⁹ Podríamos tomar analógicamente el contenido del art. 14 del Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que establece a ordenación dos apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia (DOG n.º 29, del 10 de febrero de 2017), pero este precepto no estaba en vigor en el momento de los hechos.

verdaderamente la ha infringido. Por remisión, podríamos considerar infringido el contenido del art. 65 de la Lei 7/2011, do 27 de outubro de, do Turismo de Galicia⁴⁰, que, respecto a la figura afín de las viviendas turísticas, dispone que estas cuentan «con un número de plazas no superior a diez y que disponen, por estructura y servicios, de las instalaciones y mobiliario adecuado para su utilización inmediata, así como para la conservación, elaboración y consumo de alimentos dentro del establecimiento». Este otro caso podríamos entender cumplido el requisito de la inmediata utilización, al disponer de los elementos indispensables para la vida, pero no estamos en condiciones de valorar si Juan ha infringido el resto del precepto.

Ahora bien, el examen de la deslealtad del comportamiento de Juan no termina ahí, pues, como expusimos arriba, lo determinante de la infracción de una norma no concurrencial es que genere al infractor y este aproveche una ventaja competitiva significativa. Asumiendo que Juan sí ha infringido la norma sobre salubridad, debemos estudiar si ha obtenido y aprovechado una ventaja significativa. Por lo que compete a la obtención de una ventaja competitiva, es claro que Juan la ha obtenido. Puede presentar en el mercado su vivienda a un precio inferior y, por ende, de una forma más atractiva a cómo ofrecen las viviendas sus competidores porque no ha incurrido en el coste que supone adecuar su apartamento a la normativa. Por lo que concierne a si esta es significativa, ya hemos dicho arriba que una ventaja de este tipo debe provocar una desviación «en masa» de la clientela a favor del infractor o que sus competidores lleven a cabo un esfuerzo adicional para contrarrestar el efecto. En el caso, dada la conformación del mercado –multitud de oferentes particulares que ofrecen sus viviendas por medio de muchos canales–, Juan representa una ínfima parte de la oferta total, de modo que, aunque haya obtenido una ventaja, esta no puede ser significativa porque no ha tenido una incidencia tal que haya alterado el normal funcionamiento del mercado. Y, por lo que respecta al aprovechamiento de la ventaja obtenida, también es verdad que Juan sí se ha prevalido de ella, pues le ha permitido promocionar su vivienda a un precio inferior e, incluso, rebajar el precio final por el que la alquila, manteniendo la posibilidad de obtener beneficios.

En suma, si asumimos que Juan ha infringido el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 en el precepto de las condiciones de salubridad, no incurriría en un acto de competencia desleal del art. 15.1 de la LCD, ya que no se dan todos los elementos del tipo. Aunque sí haya obtenido una ventaja y sí se haya aprovechado de ella del modo que hemos descrito, no podemos aseverar que sea una ventaja competitiva significativa sobre sus competidores, en cuanto no ha habido una alteración del normal comportamiento de oferentes y consumidores.

2.4. Conclusiones

Después de haber expuesto el análisis de las cuestiones alrededor de la competencia desleal, estamos en disposición de señalar cuáles son los resultados de este epígrafe. Así, primero, la norma que exige la obtención de licencia del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 para acceder a la actividad de alojamiento turístico son normas concurrenciales a efectos del art. 15.2 de la LCD. Ello es así, dado que determina una prohibición general para el ejercicio de una actividad económica y dispone el modelo y el orden del mercado.

Segundo, la plataforma *RentACasa* no puede cometer el acto de competencia desleal del art. 15.2 de la LCD porque no presta el servicio de alojamiento turístico y, por tanto, no se le aplica esa norma. No lo presta, debido a que se limita a poner en contacto a Juan con la pareja, sin ejercer el control ni sobre el acceso a la prestación del servicio ni sobre el precio ni sobre la forma en la que se ejerce la actividad ni sobre los medios de producción.

Tercero, el alquiler de VUT por parte de Juan es una actividad permitida tanto desde el punto de vista jurídico-público como jurídico-privado. En los estatutos de la comunidad de propietarios en la que se encuentra el apartamento de Juan no se prohíbe este uso de la vivienda; la normativa considerada –el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016– permite expresamente el destino vacacional de las viviendas residenciales; este tipo de arrendamientos no es una actividad insalubre, y no es, *per se* ni en el caso, perjudicial para el edificio.

⁴⁰ DOG n.º 216, 11 de noviembre de 2011.

Cuarto y último, el precepto del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 que exige unas condiciones mínimas de salubridad es una norma no concurrencial porque solo regula cómo debe prestarse el servicio. Así las cosas, Juan solo podría incurrir en el tipo del art. 15.1 de la LCD. No incurre en él, pues, a pesar de haber obtenido una ventaja y haberse aprovechado de ella, dicha ventaja no posee la entidad suficiente para poder alterar el funcionamiento del mercado.

3. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

3.1. Antecedentes

En este epígrafe, abordaremos la impugnación de las normas del decreto de la Xunta de Galicia de 2016 que eventualmente restringen la competencia. Nos acercaremos a cuáles son los medios de impugnación, a quiénes pueden valerse de ellos y a cuál sería el resultado de denunciar los preceptos que impiden alquilar una VUT por períodos inferiores a una quincena y en temporada alta, o si no tienen una superficie determinada.

Dado que el decreto de la Xunta de Galicia de 2016 es una norma reglamentaria, debemos comenzar conceptualizando los reglamentos. En el ámbito espacial del caso, el art. 38.1 de la Lei 16/2010, do 17 de decembro, de Organización e Funcionamento da Administración Xeral e do Sector Público de Galicia⁴¹ los define como disposiciones generales de rango inferior a la ley dictadas por los órganos competentes para ello. El art. 128.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴² completa esta noción afirmando que no podrán vulnerar la CE ni las leyes ni otras normas de rango superior, ni regular materias reservadas a la ley, ni tipificar delitos ni infracciones administrativas, ni establecer sanciones ni cargas patrimoniales o personales. La doctrina y la jurisprudencia asumen ese concepto y recalcan su origen ejecutivo⁴³, su obligatoriedad⁴⁴ y su generalidad⁴⁵.

Debido a que el contenido de las normas del decreto de la Xunta de Galicia de 2016 es la ordenación de la actividad económica de alojamiento turístico a través de VUT, esta debe garantizar la libertad de empresa, la libre competencia y la libertad de establecimiento (art. 38 de la CE). Por ello, hemos de hacer mención a los principios de regulación económica eficiente conforme a los que la Administración debe intervenir en los mercados y a los cuales se analiza toda intervención administrativa. Una intervención adecuada a esos principios, de acuerdo con doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴⁶, solo está justificada cuando se compruebe la existencia de fallos de mercado –poder de mercado; externalidades, positivas o negativas, no asumidas por el sistema de precios; problemas de información; bienes públicos, y mercados incompletos–. Esos principios de regulación económica eficiente son los siguientes⁴⁷:

- a) Principio de necesidad. La intervención tendrá que presentar un nexo causal con el fallo de mercado o basarse en una razón de imperioso interés general. Por eso, la norma tiene que hacer explícitos sus objetivos.
- b) Principio de proporcionalidad y mínima distorsión competitiva. La intervención administrativa debe ser el único medio posible para poder lograr el funcionamiento competitivo del mercado; en otras palabras, no puede existir un mecanismo alternativo que permita alcanzar el mismo fin imponiendo una menor distorsión al funcionamiento del mercado.
- c) Principio de no discriminación. La intervención debe afectar por igual a todos los agentes económicos.
- d) Principio de eficacia. La norma mediante la que se encauza la intervención administrativa debe tener la capacidad para lograr sus objetivos.
- e) Principio de transparencia. Los procesos normativos deben ser públicamente conocidos.

⁴¹ DOG n.º 251, de 31 de diciembre de 2010.

⁴² BOE n.º 236, de 2 de octubre de 2015. LPAC.

⁴³ PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 128.

⁴⁴ FD 3.º de la STS de 26 de junio de 2005 [TOL 675.212].

⁴⁵ FD 2.º de la STS de 15 de septiembre de 2005 [TOL 716.043].

⁴⁶ Párr. 38 de la STJUE en el asunto *Comisión c. Bélgica*, de 19 de diciembre de 2012 [TOL3.297.658], o párr. 33 de la STJUE en el asunto *Arblade y otros*, de 23 de noviembre de 1999 [TOL104.953].

⁴⁷ Para todos los principios, Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de julio de 2008 [JUR 2008\392672].

- f) Principio de predecibilidad. El marco normativo de la intervención de la Administración en los mercados debe ser estable.

Así pues, una norma restrictiva de la competencia es aquella que no reasigna los recursos «en favor de los operadores o las técnicas más eficientes, de tal manera que esta eficiencia productiva se traslade al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad⁴⁸». En suma, un precepto que pone obstáculos a la libre prestación de servicios, que asigna ineficientemente los recursos y que reduce el bienestar de los consumidores.

Asimismo, a la vista de que la jurisprudencia, a la hora de enjuiciar normas como la del caso que nos ocupa, no muestra un claro deslinde entre los argumentos en favor de la libre competencia y los motivos en defensa de la unidad de mercado y los aplica conjuntamente, es menester que enunciemos los principios de garantía de la unidad de mercado que deben respetar las normas. Estos principios están contenidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado⁴⁹ y son:

- a) Principio de necesidad (art. 5). Cuando se establezca alguna limitación al acceso a una actividad económica, esta deberá fundamentarse en una razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio⁵⁰ (orden público, seguridad pública, salud pública...).
- b) Principio de no discriminación (art. 3). Todos los operadores económicos tienen los mismos derechos con independencia del lugar en el que se establezcan.
- c) Principio de cooperación y confianza mutua (art. 4). La aplicación uniforme de los principios exige una actuación coordinada de las autoridades competentes.
- d) Principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional (art.6). Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional.
- e) Principio de simplificación de cargas (art. 7). Deben evitarse el exceso regulatorio y las duplicidades normativas.
- f) Principio de transparencia (art. 8). La actuación de las autoridades competentes ha de ser transparente y sus actos han de ser accesibles al público.

3.2. Medios de impugnación

3.2.1. En vía administrativa

Puesto que el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 es una disposición administrativa general, debemos examinar, de una forma un tanto abstracta, los medios de impugnación ante la propia Administración. Hemos de tener en cuenta que el art. 112.3.I de la LPAC afirma que no cabrá recurso en vía administrativa contra los reglamentos. Dentro de estos modos de impugnación, distinguiremos dos clases: la vía administrativa general y la vía administrativa en defensa de la unidad de mercado.

3.2.1.1. Vía administrativa general

La vía administrativa general tiene, a su vez, dos manifestaciones: la revisión de oficio y el recurso indirecto contra un reglamento. A respecto de la revisión de oficio, está prevista en el art. 106.2 de la LPAC, que establece que, sin plazo, de oficio y previo dictamen favorable del consejo consultivo del que se trate, la Administración podrá declarar la nulidad de sus disposiciones generales cuando vulneren la CE, las leyes u otros reglamentos de rango superior, cuando regulen materias reservadas a la ley o cuando establezcan medidas retroactivas restrictivas de derechos o sancionadoras (art. 47.2 de la LPAC). Según el Consejo de Estado⁵¹, es un cauce excepcional que permite que la Administración deje sin efecto sus actos sin acudir a un órgano jurisdiccional, de forma que solo podrá acudir a él cuando el vicio jurídico comporte indubitadamente la nulidad de pleno derecho. La participación de los administrados en el procedimiento de

⁴⁸ Exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007).

⁴⁹ BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013. LGUM.

⁵⁰ BOE n.º 283, de 24 de noviembre de 2009.

⁵¹ Dictamen del Consejo de Estado 1249/2015, de 28 de enero de 2016 [accesible en www.boe.es].

revisión de los reglamentos es muy limitada, ya que este solo puede iniciarse de oficio por la Administración que dictó la disposición, a pesar de que los particulares pueden petitionarle la revisión⁵² -sin que ello suponga el ejercicio de la acción de nulidad ni dé derecho a acudir a la vía contencioso-administrativa- o instarla mediante la denuncia del art. 62 de la LPAC⁵³. Si, después de recabar el dictamen preceptivo y favorable, la Administración dicta una resolución positiva, declarará la nulidad de la disposición general, con efectos *ex tunc* que no afectarán a los actos dictados en aplicación del reglamento declarado nulo.

En cuanto al recurso indirecto contra un reglamento, consiste en recurrir un acto administrativo, dictado al amparo de una disposición general, sobre la base de que esta es nula. Está contemplado expresamente en el art. 112.3.II de la LPAC, el cual establece que dicho acto se recurrirá ante el órgano que dictó esa disposición general. Se trata de un supuesto excepcional de recurso ordinario de alzada, pacíficamente admitido por la jurisprudencia⁵⁴. Si el órgano que dictó el reglamento halla fundado el recurso contra el acto porque la disposición es nula, declarará nulo el acto administrativo y abrirá el procedimiento de revisión de oficio de dicho reglamento visto en el párr. anterior⁵⁵.

Aplicando todo lo dicho al caso que nos ocupa, primero, cabría impugnar el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 a través de la revisión de oficio, a instancia del órgano que lo dictó –sin olvidarnos de la posibilidad de los administrados de petitionar esta revisión o de denunciarla *ex art.* 62 de la LPAC–. Este órgano, merced al art. 38.2 de la citada Lei 16/2010, es el Consello da Xunta, dado que sus disposiciones reglamentarias son las únicas que pueden adoptar la forma de decretos. De los motivos del art. 47.2 de la LPAC, el Consello da Xunta debería acogerse al de vulneración de la CE, debido a que los preceptos ya mencionados de este decreto parecen establecer barreras de acceso que limitarían la libertad de competencia y violarían el art. 38 de la CE. Asimismo, tal y como dispone el art. 106.2 de la LPAC, el Consello da Xunta de Galicia deberá recabar el dictamen previo, preceptivo y vinculante –solo en caso negativo– de su consejo consultivo, que no es otro que el Consello Consultivo de Galicia⁵⁶.

Segundo y último, si se dictara un acto administrativo en aplicación de este Decreto, también podría impugnarse por medio del recurso indirecto. Los afectados por el acto administrativo, los que ostenten un interés legítimo e, incluso, las organizaciones en las que se integran (v. art. 4 de la LPAC) podrán recurrir dicho acto amparándose en que la disposición es nula por restringir la libertad de empresa en los mismos términos que en el párr. anterior. Este recurso del que hablamos habría de interponerse ante el órgano que dictó el reglamento que se considera nulo, el cual será el Consello da Xunta al amparo de lo visto arriba. Por consiguiente, si, tras examinar el recurso contra ese acto, el Consello da Xunta considera que se ha restringido la libre competencia, declarará su nulidad y abrirá el procedimiento de revisión de oficio, que se desarrollará conforme a lo descrito en el párr. precedente.

3.2.1.2. Vía administrativa en defensa de la unidad de mercado

La vía administrativa en defensa de la unidad de mercado viene representada por los procedimientos de los arts. 26 y 28 de la LGUM. Esta norma es un instrumento poderoso que permite a los operadores económicos informar y recurrir, por sí o por medio de la CNMC, los actos, actuaciones, disposiciones generales, inactividades y vías de hecho de las Administraciones que atentan contra la unidad de mercado por limitar la libertad de establecimiento. En lo concerniente al procedimiento del art. 26, supone una vía alternativa a los recursos administrativos generales, contra los actos antedichos, sobre la base exclusiva de la vulneración de la libertad de acceso al mercado, por parte de los operadores económicos o las organizaciones en las que se agrupan, ante la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado. Su solución, sea por silencio negativo, sea por resolución expresa, pone fin a la vía administrativa, de manera que, si el

⁵² STS de 13 de octubre de 2004 [TOL 507.304].

⁵³ CARBONELL PORRAS, E.: «Revisión de actos administrativos en vía administrativa», GAMERO CASADO, E. (Dir.). *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, 2017, Valencia, p. 2328.

⁵⁴ V., por ejemplo, la STS de 28 de mayo de 2010 [TOL 1.872.596].

⁵⁵ Esta solución, no prevista expresamente en el texto final de la LPAC, sí lo estaba en su anteproyecto. AA. VV.: *Lei 39/2015 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2017, pp. 586 y 587.

⁵⁶ Art. 1.I de la Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia (*DOG* 80, de 28 de abril de 2014).

recurrente no está satisfecho con el resultado, lo pondrá en conocimiento de la CNMC para que interponga recurso contencioso-administrativo. En lo tocante al procedimiento del art. 28, se trata de un mecanismo adicional en el que están legitimados los operadores económicos, los consumidores y usuarios y las organizaciones que los representan, ante la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado, para informarla de cualquier barrera u obstáculo a la unidad de mercado y para que esta resuelva dando una solución a esa posible barrera.

Trasladando eso al presente caso, igualmente podría denunciarse este Decreto acogiéndose a los procedimientos administrativos de la LGUM. Para poder utilizar el del art. 26, sería necesario que el recurrente se viera afectado, bien por el propio decreto de la Xunta de Galicia de 2016, bien por alguna actuación administrativa que tuviera fundamento en él. Así pues, en este caso Juan, en calidad de operador del podría acudir –con exclusión de los otros procedimientos a instancia de los administrados que cupieran en estos casos– a la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado y hacer saber que se ha infringido su libertad de establecimiento en el mercado a causa del contenido de este decreto. De querer acogerse al supuesto del art. 28, bastaría con que cualquier interviniente en el mercado, cualquiera que fuese su condición, acudiese a la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado y la informara de que este decreto podría estar violentando el art. 38 de la CE.

3.2.2. En vía contencioso-administrativa

Ya que el decreto de la Xunta de Galicia de 2016 es una norma con rango inferior a la ley, tenemos que estudiar, como en la vía administrativa, las posibilidades de impugnarlo ante órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este caso, debemos diferenciar tres tipos: la vía contenciosa general, la vía contenciosa en protección de la competencia y la vía contenciosa en defensa de la unidad de mercado.

3.2.2.1. Vía contenciosa general

Al igual que ocurría en la vía administrativa general, en la contenciosa general también encontramos dos expresiones: el recurso directo del art. 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁵⁷ y el recurso indirecto del art. 26.1 de la LJCA. El recurso directo constituye un examen abstracto de la legalidad del reglamento. Se interpondrá en el plazo de dos meses desde que se publique la norma en el periódico oficial del que se trate (art. 46.1), con la pretensión de que sea declarada antijurídica y se anule (art. 31.1) y por parte de las personas legitimadas según su art. 19.

Respecto al recurso indirecto del art. 26.1 de la LJCA, este supone un análisis de la disposición general motivado por un caso concreto en que se impugna un acto que la aplica, aduciendo que dicha disposición no es adecuada a derecho. Este recurso contra el acto que aplica el reglamento sobre la base de que este es ilegítimo es admisible aun cuando no se hubiera recurrido directamente el reglamento o se hubiera recurrido y se hubiera desestimado el recurso (art. 26.2). El recurso contra el acto deberá interponerse en el plazo de dos o seis meses, según sea expreso o presunto (art. 46.1), con la petición, entre otras, de que se declare la antijuridicidad del acto y se anule (art. 31.1 y 2), por las personas legitimadas en el art. 19. Una vez se ha recurrido el acto, es necesario que se dicte una sentencia firme que estime las pretensiones del recurrente y cuya *ratio decidendi* sea la ilegalidad del reglamento en el que se apoya el acto (art. 27.1). Dictada la sentencia, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de iniciar el procedimiento de la cuestión de ilegalidad, a no ser que sea el competente para conocer de la impugnación directa de la disposición general de la que se trate, en cuyo caso resolverá sobre la licitud del reglamento en la propia sentencia que por la que anula el acto administrativo (arts. 27 y 123 a 126).

Trayendo lo anterior a nuestro supuesto, no sería posible impugnar el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 a través de un recurso contencioso-administrativo general del art. 25.1 de la LJCA. La norma fue dictada y publicada en 2016 y los hechos ocurren en marzo de 2017, de forma que es evidente que ha transcurrido el plazo de dos meses que exige el art. 46.1 de la LJCA.

⁵⁷ BOE n.º 167, de 14 de julio de 1998. LJCA.

De dictarse un acto administrativo en aplicación del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016, los destinatarios del acto, las personas que gozasen de un interés legítimo –en este caso, lo tendrían tanto Juan como Alejandro y Alfonso, debido a que el arrendamiento se vería afectado por ese acto– y las demás personas las que se refiere el art. 19 de la LJCA deberían recurrirlo, en el plazo de dos meses desde su notificación o publicación, alegando que el reglamento vulnera el art. 38 de la CE al limitar la libre competencia y la libertad de establecimiento. Lo harán ante el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, siempre que el acto proceda del Consello da Xunta y no corresponda a otro órgano (arts. 8.2 *in fine* y 10.1.a) de la LJCA), o ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, siempre y cuando no haya sido dictado por el Consello da Xunta ni se den determinados supuestos del art. 8.2 de la LJCA. El órgano ante el que se interponga el recurso contra el acto, después de dictar una sentencia estimatoria firme cuya *ratio decidendi* sea la antijuridicidad del decreto de la Xunta de Galicia de 2016, deberá iniciar el procedimiento de cuestión de ilegalidad. Así, en el caso de que el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso contra el acto fuera el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, este ya sería competente para conocer del recurso contra el reglamento y decidirá sobre su ilegalidad en la misma sentencia en la que declara la nulidad del acto (art. 10.1.b) en conexión con el art. 27.2 de la LJCA). Si, por el contrario, fuesen competentes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, deberían elevar la cuestión de ilegalidad al Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (arts. 27.1 y 123.1 de la LJCA).

3.2.2.2. Vía contenciosa en protección de la competencia

La vía contenciosa en protección de la competencia no difiere de la general en aspectos procesales, sino en que el motivo es la garantía de la competencia de los mercados y en que solo pueden acudir a ella las autoridades en materia de competencia, estatal y autonómicas. Por lo que respecta a la estatal, la CNMC está facultada para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos y disposiciones generales de los que se deriven obstáculos para el mantenimiento efectivo de la competencia (art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁵⁸). Por su parte, habida cuenta del ámbito territorial en el que suceden los hechos, la Comisión Galega da Competencia también está autorizada para recurrir los actos y disposiciones generales autonómicos y locales de Galicia en los mismos términos que la CNMC (art. 26.k) del Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos⁵⁹). Ahora bien, debemos advertir que este instrumento de promoción de la competencia es «un último recurso ante situaciones de especial gravedad⁶⁰» y en las que hay «posibilidad de que en el futuro se generen situaciones similares⁶¹», basado en los principios de necesidad y proporcionalidad.

En este caso, la CNMC o la Comisión Galega da Competencia –por medio de su Presidencia, según el art. 30.f) del Decreto 118/2016– no podrán impugnar directamente el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 porque ha transcurrido el plazo de dos meses para ello (arts. 5.4 de la Ley 3/2013 y 26.k) del Decreto 118/2016 en relación con los arts. 25.1 y 46.1 de la LJCA). Consecuentemente, deberían acudir a la impugnación indirecta junto con cuestión de ilegalidad en iguales términos a los del apartado anterior. Ahora bien, puesto que se trataría de un litigio entre Administraciones, la CNMC y la Comisión Galega da Competencia tienen la posibilidad de requerir a la Xunta de Galicia para que inicie el procedimiento de revisión de oficio y declare la nulidad de su decreto (art. 44 de la LJCA). La interposición de este requerimiento suspendería el curso de los plazos de los que disponen, conforme al art. 46.1 de la LJCA, las autoridades en materia de competencia para recurrir.

3.2.2.3. Vía contenciosa en defensa de la unidad de mercado

La vía contenciosa en defensa de la unidad de mercado está recogida en el art. 27 de la LGUM. Este art. recoge un novedoso recurso contencioso-administrativo contra los actos, actuaciones, disposiciones generales, inactividades o vías de hecho que atenten contra la unidad de mercado y restrinjan la libertad de establecimiento. Esta tipo se diferencia de los dos anteriores en que solo está legitimada para interponerlo la

⁵⁸ BOE n.º 134, de 5 de junio de 2013.

⁵⁹ DOG n.º 160, de 25 de agosto de 2013.

⁶⁰ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/legitimacion-activa> (última consulta, 30 de mayo de 2017).

⁶¹ CNMC: *Memoria de actividades de la CNC 2012-2013*, memoria, p. 68.

CNMC, de oficio o a instancia de los operadores económicos, y en que presenta un procedimiento *ad hoc*, regulado en el capítulo IV del título V de la LJCA (arts. 127 *bis* a 127 *quater*). Las características más reseñables de este procedimiento especial son que la CNMC dispone de dos meses para su interposición, variando el *dies a quo* según lo interponga de oficio o a instancia de los operadores económicos, que la administración recurrida debe remitir el expediente administrativo en plazo de cinco días –transcurrido el cual sin haber entregado el expediente, se seguirá con el curso de las actuaciones– y que la CNMC podrá solicitar sin prestar caución alguna –y se le concederá de manera automática– la suspensión de la actuación y cualesquiera medidas cautelares que aseguren la efectividad de la sentencia.

En este supuesto, tal y como ocurría en el caso de la vía contenciosa en protección de la competencia, poniendo en relación los arts. 27.1 de la LGUM y 127 *bis*.1, 46.1 y 25.1 de la LJCA, la CNMC no podría recurrir directamente el reglamento por haber transcurrido más de dos meses desde la publicación de la norma. En cambio, la CNMC sí podría acudir al recurso indirecto contra el reglamento junto con la cuestión de ilegalidad, en idénticos términos a la vía en protección de la competencia (art. 27.1 de la LGUM en relación con los arts. 127 *bis*.1, 46.1, segundo inciso, y 25.1, segundo inciso, de la LJCA). En el recurso que podría interponer la CNMC, podría solicitar –y se le concedería automáticamente– la suspensión del acto y del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016 como medidas cautelares en garantía de la sentencia posterior.

3.3. Fundamentos de la impugnación

Partiendo de la idea de que la prestación de servicios en libre competencia exige que no haya obstáculos a la concurrencia y habiendo expuesto cuáles son los medios de impugnación admisibles, debemos analizar cuáles serían, en una eventual impugnación, los argumentos acerca de las restricciones temporales y de superficie impuestas por el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016.

3.3.1. Restricciones temporales

A respecto de las limitaciones temporales, la CNMC⁶² ha declarado que son ilegales en atención a los siguientes motivos:

- a) No responden a ningún fallo de mercado.
- b) Son discriminatorias, dado que solo se aplican a los arrendadores de VUT, mientras que otras formas de alojamiento turístico –incluso las próximas a las VUT –se libran de las restricciones.
- c) Son perjudiciales para los consumidores y usuarios, debido a que limitan la oferta de alojamientos al expulsar a oferentes, a que provocan un aumento de los precios a igual calidad y a que los oferentes establecidos no tienen ningún incentivo para mejorar sus propuestas.

Por su parte, la jurisprudencia⁶³, al estudiar otras normas similares ha concluido que este tipo de restricciones no obedece a ninguna razón de imperioso interés general (orden, salud o seguridad). Así, estudiando razones de protección de los consumidores y usuarios y de lucha contra la opacidad fiscal, ha declarado, en cuanto a la lucha contra la opacidad fiscal, que «se encuentra totalmente desconectada de esa finalidad⁶⁴» y, en lo concerniente a la protección de los consumidores y usuarios, que la protección de esa limitación «no se vincula con los usuarios del servicio turístico, sino con la de los demás vecinos del inmueble [...], tal finalidad [...] se contempla en otros preceptos de la norma [...] de *seguridad, urbanismo, accesibilidad, sanidad y medioambiente*⁶⁵».

En nuestro caso, respecto a la prohibición de alquilar por menos de quince días o en temporada alta, nos parece una medida asimétrica, puesto que exige esa obligación a las VUT, pero la normativa turística de Galicia no la exige a los demás alojamientos afines a estas⁶⁶. Asimismo, de entre los fines más característicos de este tipo de disposiciones, esta norma no respondería –reiteramos que desconocemos los objetivos de este Decreto– a la protección de los usuarios, ya que en ese Decreto de la Xunta protegen mejor

⁶² CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa*, op. cit., pp. 90 y 91.

⁶³ STSJ de Madrid 292/2016, de 31 de mayo [LaLey 58266/2016].

⁶⁴ FD 1.º de la STSJ de Madrid 292/2016.

⁶⁵ FD 1.º de la STSJ de Madrid 292/2016.

⁶⁶ V. la Lei do Turismo de Galicia.

ese objetivo las normas de salubridad analizadas en el epígrafe anterior. Perjudican a los consumidores, que se verían abocados a tener que elegir un turismo tradicional de precio más elevado para satisfacer sus necesidades de estancias breves. Así las cosas, existirían fundamentos para impugnar estas restricciones.

3.3.2. Restricciones de superficie

En lo concerniente a las condiciones de superficie de las VUT, la CNMC⁶⁷ se ha pronunciado en el sentido de que no responden a una regulación económica eficiente por estas razones:

- a) No responden a ningún fallo de mercado.
- b) Ya no responden a la necesidad de garantizar la correcta información de los consumidores.
- c) Suponen una carga burocrática que añade costes administrativos, de acceso y ejercicio, innecesarios.
- d) Son perjudiciales para los consumidores y usuarios, pues limitan la oferta al provocar el abandono del mercado de nuevos oferentes e impiden que los precios bajen.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, el FD 5.º de la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017 [LaLey 25573/2017] ha sentado que «no puede apreciarse que la exigencia de un estándar mínimo de calidad a un producto que debe ser calificado como turístico coarte la libertad de empresa [...] sin que esto sea una barrera efectiva al libre ejercicio de la actividad».

En nuestro supuesto, por lo que respecta a estas limitaciones, coincidimos con la CNMC en que impediría que muchos propietarios obtuvieran rendimiento de sus bienes infrautilizados, pero consideramos que esa conclusión de la CNMC está indicada para medidas como, por ejemplo, el tipo de perchas, de electrodomésticos, etc. y que, si el objetivo es proporcionar un servicio turístico alternativo, se requieren unas medidas de cabida que permitan accesibilidad y una apertura al mayor número de consumidores posibles. Por consiguiente, acogiendo el fallo de la STSJ de Canarias, afirmamos que es una medida lícita que responde a un fin general, aunque no sea explícito, y que no habría base para impugnarlas.

3.4. Conclusiones

3.4.1. Conclusiones procedimentales

Después de haber analizado los medios de impugnación del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016, podemos extraer las siguientes conclusiones: primera, en la vía administrativa, con carácter abstracto, cabría acudir a los tres medios analizados –revisión de oficio, recurso indirecto contra reglamentos y procedimientos en defensa de la unidad de mercado–, si bien, habría que estar a que el Consello da Xunta decidiera iniciar el procedimiento de revisión y a que los particulares y operadores económicos recurrieran los actos en aplicación de ese decreto para abrir el recurso indirecto y el procedimiento en defensa de la unidad de mercado.

Segunda y última, en la vía contenciosa, los legitimados por el art. 19 de la LJCA, la CNMC y la Comisión Galega da Competencia en protección de la competencia, y la CNMC en defensa de la unidad de mercado podrían denunciar este Decreto por medio del recurso contra un acto y la posterior cuestión de ilegalidad del reglamento en el que se funda ese acto –en los tres casos, supeditados a que haya un acto de aplicación de este Decreto–.

3.4.2. Conclusiones sustantivas

Acerca de la fundamentación impugnación de las normas de ese decreto que imponen restricciones, en cuanto a las que limitan temporalmente el arriendo de VUT, existiría base para su recurso porque restringen la libertad de empresa sin responder a fallos de mercado, sin justificar su necesidad y sin responder a ningún interés general imperioso. En cambio, por lo que toca a las que limitan las VUT por razón de su superficie, no existiría apoyatura para la impugnación, pues responden al objetivo de favorecer a los consumidores, a pesar de que no se haga explícito en el caso, y mejorarían la competencia y la experiencia del turismo cooperativo.

⁶⁷ CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa*, op. cit., pp. 98-102.

4. MARCAS

4.1. Antecedentes

En este epígrafe, analizaremos la relación entre las marcas nacionales y las de la Unión Europea, en especial cuando estas son renombradas, a través del conflicto surgido entre Rent, S. A., titular de la marca denominativa española «RentACasa» (registrada el 4 de julio de 2016), y la empresa portuguesa propietaria de la marca denominativa comunitaria «RentACarro» (registrada el 16 de junio de 2004).

El eje de este epígrafe son las marcas comunitarias, las cuales, *mutatis mutandis*, tienen un régimen muy parecido al de las nacionales. Están reguladas por el Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la Marca Comunitaria⁶⁸. En segundo lugar, la susceptibilidad de representación gráfica (art. 4), que constituye un requisito esencial para que la marca pueda ser registrada conforme a las disposiciones del RMC. Entre las diferencias entre una marca comunitaria y una nacional, habida cuenta de que su funcionamiento es muy similar, se encuentra que la comunitaria es solicitada ante y otorgada por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea y sus efectos, como hemos indicado arriba, se extienden a todos los territorios que configuran la Unión Europea, mientras que la española es solicitada ante y concedida por la Oficina Española de Patentes y Marcas y sus efectos se restringen al territorio nacional.

El art. 8.5 del RMC regula las marcas notorias y renombradas. Este art. protege las marcas anteriores de otras posteriores similares o idénticas cuando estas se utilicen en productos no similares, siempre y cuando la marca anterior goce de renombre, que se vería perjudicado por la utilización sin causa justa de la marca posterior. Así, vendría a protegerse no solo la función publicitaria de la marca o como indicación del origen de un producto, sino la inversión realizada para crear una imagen en torno a la marca y al producto que le confiera un valor económico⁶⁹. Del tenor literal del art. 8.5 del RMC se desprende que deben cumplirse cuatro condiciones, de carácter acumulativo, por lo que el incumplimiento de cualquiera de ellas será suficiente para que no pueda aplicarse el art. 8.5 del RMC⁷⁰. Estas condiciones son las siguientes: la marca anterior debe gozar de renombre en el territorio de referencia; debe existir identidad o similitud entre la marca posterior y la anterior; el uso de la marca posterior debe permitir un aprovechamiento indebido del renombre de la marca anterior, y el uso de la marca posterior debe hacerse sin justa causa.

4.2. Conflicto de marcas

Para analizar cuál sería la solución a un eventual litigio entre Rent, S. A. y la empresa portuguesa respecto a la legitimidad del uso de de la marca «RentACasa» por parte de la sociedad española, explicaremos cada uno de los requisitos de las marcas renombradas a los que nos referimos en el subepígrafe anterior y su cumplimiento o incumplimiento por parte de la marca «RentACarro» de la empresa portuguesa.

4.2.1. Renombre de «RentACarro»

A respecto del renombre, en el caso se nos dice que la marca «RentACarro» «goza de renombre en Portugal» y que fue registrada el 16 de junio de 2004 –casi trece años registrada–, de forma que el estudio del renombre girará fundamentalmente alrededor del factor geográfico y también del factor tiempo.

La naturaleza y alcance del renombre no están definidos en el RMC. El TJUE ha dicho que «implica un cierto grado de conocimiento de la marca anterior entre el público⁷¹». Es un requisito de conocimiento en cuanto al que no es posible fijar *a priori* un umbral de reconocimiento mínimo general, a partir del que deba presuponerse que goza de renombre⁷², pero que debe consistir en que la marca sea conocida por una parte importante del público interesado, en el territorio de referencia, por los productos y servicios amparados por ella⁷³. Debido a que el TJUE no ha establecido una proporción mínima de público que deba conocer la marca, ha afirmado que debe tenerse en cuenta cualquier otro factor que sea relevante en el caso, a saber:

⁶⁸ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) n.º 78, de 24 de marzo de 2009. RMC.

⁶⁹ STJUE asunto *L'Oréal y otros*, de 18 de junio de 2009 [ECLI:EU:C:2009:378].

⁷⁰ V., por ejemplo, el párr. 41 de la STJUE asunto *BOTOCYL*, de 16 de diciembre de 2010 [TOL2.136.322].

⁷¹ Párr. 23 de la STJUE asunto *General Motors*, de 14 de septiembre de 1999 [TOL105.048].

⁷² Cfr. la STJUE asunto *DORMA*, de 16 de noviembre de 2011.

⁷³ Párr. 34 de la STJUE asunto *Spa-Finders*, de 25 de mayo de 2005 [TOL4.626.476].

cuota de mercado, intensidad, extensión geográfica, duración de uso y magnitud de inversiones realizadas⁷⁴. En lo concerniente al público interesado, este será un público general o un público especializado –incluso profesional– dependiendo del tipo de producto del que se trate, incluyendo los potenciales compradores y los que solo entran en contacto con la marca de manera indirecta⁷⁵. El territorio de referencia, puesto que se trata de una marca comunitaria, debería corresponder al de la Unión Europea, si bien el TJUE ha declarado que basta con el renombre en todo el territorio de un Estado miembro⁷⁶, aunque deban tenerse en cuenta la dimensión geográfica afectada y la población total que reside en ella.

Dado que la empresa portuguesa titular de esta marca se dedica al alquiler de vehículos, podemos considerar que su público destinatario es un público general. Ello es así, de un lado, debido a que la necesidad de transporte que satisface la empresa portuguesa es una necesidad general y, de otro lado, porque la jurisprudencia del TJUE considera que los productos de consumo general o masivo siempre implican un público general y que los productos específicos también tienen un margen de público general⁷⁷. Puesto que la jurisprudencia no ha permitido establecer una proporción del público destinatario que permita presumir que el renombre de una marca, para determinar en este caso si existe renombre hemos de tener en cuenta los factores de extensión geográfica y duración del uso –no podemos referirnos a los demás al no haber datos en el caso para ello–. En cuanto a la extensión geográfica –el elemento verdaderamente importante de este renombre–, esta tiene que abarcar el territorio de referencia, que, en el caso de una marca comunitaria, habría de ser toda la Unión Europea, si bien la STJUE asunto *PAGO* ha reconocido que basta con que el conocimiento se circunscriba a un solo Estado miembro, de forma que tendríamos que considerar que este requisito está cubierto en nuestro caso, pues «RentACarro» es conocida en todo Portugal –un país medio en el conjunto de la Unión Europea–. En lo concerniente a la duración del uso de la marca, no la conocemos, sino que solo se nos da cuenta del tiempo de registro –casi trece años en el momento de los hechos–, el cual solo sirve de indicio de la duración del uso –el tiempo de registro y el de uso no tienen por qué coincidir–. Así que, aplicando la doctrina del TJUE, al gozar de renombre en un Estado de la Unión Europea y ser este el elemento relevante para enjuiciar el renombre en este caso, podemos decir «RentACarro» goza de verdadero renombre.

4.2.2. Similitud entre «RentACasa» y «RentACarro»

La identidad o similitud entre la marca posterior y la marca anterior se examinará refiriéndose a los elementos de similitud conceptual, fonética, gráfica y visual⁷⁸. Asimismo, se aplicará el principio de la percepción de la marca como un todo, según el que los consumidores no tienen la oportunidad de comparar directamente las marcas, por lo que basan su confianza en la imagen imperfecta de ambas que tienen en su memoria⁷⁹. El grado de similitud que exige este art. 8.5 del RMC no es aquel que pueda crear riesgo de confusión, sino que sea suficiente para que el público perciba vínculo entre las marcas⁸⁰, lo cual nos lleva a concluir que lo que en realidad exige este art. 8.5 del RMC es que exista un vínculo o confusión entre ambas marcas similares. Para que apreciemos –caso a caso– si el público vincula, pese a que no confunda, las dos marcas, la STJUE asunto *Inter Corporation* (párr. 42) ha enumerado una serie de factores que tenemos que tener en cuenta: el grado similitud entre las marcas –a mayor similitud, mayor vínculo–, el grado de similitud entre los productos, la intensidad del renombre de la marca anterior, el grado de carácter distintivo de la marca anterior y la existencia de riesgo de asociación –entendido este como «un vínculo suficientemente estrecho como para que el público que percibe en ellos una marca idéntica o similar pueda atribuirles un origen común⁸¹»–.

A respecto de la similitud entre «RentACasa» y «RentACarro», nos resulta claro que son similares, ya que la forma en la que se escriben es muy parecida –las letras «R, A y C» son mayúsculas, las tres palabras se escriben sin dejar espacio entre ellas, utilizan el anglicismo «rent» para referirse al alquiler...–, a

⁷⁴ Párr. 25 y 41 de la STJUE asunto *General Motors*.

⁷⁵ V., por ejemplo, la STJUE asunto *NASDAQ*, de 10 de mayo de 2017, o asunto *Royal Shakespeare*, de 6 de julio de 2012.

⁷⁶ Párr. 29 y 30 de la STJUE asunto *PAGO*, de 6 de octubre de 2009 [TOL2.164.830].

⁷⁷ STJUE asunto *BOTOCYL*.

⁷⁸ V. la STJUE asunto *TiMi Kinderjoghurt*, de 24 de marzo de 2011.

⁷⁹ V. la STJUE asunto *Viagura*, de 25 de enero de 2012.

⁸⁰ Párr. 57, 58 y 66 de la STJUE asunto *Intel Corporation*, de 27 de noviembre de 2008 [TOL2.163.156].

⁸¹ STJUE asunto *Canon*, de 29 de septiembre de 1998 [TOL103.564].

simple vista podría parecer la misma marca y la pronunciación es prácticamente igual. Por razón de que la mera similitud no basta, en lo que respecta al vínculo entre ambos signos, ya hemos visto que las dos marcas tienen un gran grado de similitud, los productos ofertados son similares al relacionarse con el alquiler de bienes –Rent, S. A., a través de *RentACasa*, la intermediación en el alquiler de VUT; la empresa portuguesa, alquiler de vehículos– y existe un riesgo de asociación alto porque la configuración de los signos puede hacer pensar en que proceden de un mismo propietario.

4.2.3. Aprovechamiento indebido del renombre por «RentACasa»

El TJUE no ha precisado en mayor detalle en qué consiste el aprovechamiento indebido del renombre de la marca anterior. La STJUE asunto *General Motors* (párr. 23) se ha limitado a afirmar que «solo en el supuesto de que la marca sea conocida suficientemente, el público, confrontado con la marca posterior, podrá, en su caso, [...] establecer una asociación entre ambas y, como consecuencia de ello, podrá resultar perjudicada la marca anterior». Podemos aseverar que el aprovechamiento indebido tiene dos manifestaciones: el aprovechamiento indebido *stricto sensu* y el beneficio indebido. El aprovechamiento indebido en sentido estricto consiste en que el uso de la marca posterior incida desfavorablemente en la anterior disminuyendo su atractivo, y el beneficio indebido, en que el uso de marca posterior se apropiaría del poder de atracción y prestigio de la marca anterior (párr. 41 y 49 de la STJUE asunto *L'Oréal y otros*). De la casuística jurisprudencial se han extraído varios criterios para valorar que sí ha habido aprovechamiento indebido: el elevado grado del renombre de la marca anterior (párr. 44 de la STJUE asunto *L'Oréal y otros*), la elevada similitud de similitud entre las marcas (STJUE asunto *Royal Shakespeare*), la afinidad entre los mercados de los productos y servicios y la explotación de la marca fuera de su sector natural (STJUE asunto *Twitter*, de 16 de marzo de 2012).

La similitud entre las marcas, de la afinidad entre los productos y del renombre de la marca «RentACarro» son indicios de que ha habido aprovechamiento indebido. Adicionalmente, habida cuenta de la problemática surgida alrededor de la plataforma *RentACasa*, el descrédito asociado a la marca «RentACasa» puede trasladarse a la marca de la empresa portuguesa por la asociación o vínculo entre ambos signos –como vimos en el párr. anterior–. Por eso, entendemos acreditado también el requisito del aprovechamiento indebido en su vertiente de *stricto sensu*.

4.2.4. Uso sin justa causa

Respecto de la ausencia de justa causa, se presumirá que no existe justa causa⁸². Así, se ha establecido que es posible que concluyamos que existe justa causa cuando el titular de la marca posterior demuestra que no puede exigírsele que no use la marca (por ser, verbigracia, genérica) o cuando tenga un derecho específico a utilizar la marca para sus productos. De todo ello podemos concluir que el mero uso del signo no es suficiente y lo que deberá demostrarse es la existencia de una razón válida que justifique dicho uso.

Por lo que concierne a la justa causa, como en el caso no se hace explícita ninguna justificación de por qué Rent, S. A. emplea su signo, tenemos que acoger la presunción de que carece de justa causa para emplearla.

4.3. Conclusiones

Una vez analizadas las cuestiones relativas al conflicto de marcas, podemos exponer los resultados de este epígrafe. La marca comunitaria «RentACarro» cumple todos los requisitos del art. 8.5 del RMC para tener la consideración de marca comunitaria renombrada y para que, en el conflicto de marcas suscitado en el caso que nos ocupa y ante un eventual litigio, la empresa portuguesa tenga derecho a exigir a Rent, S. A. que se abstenga de utilizar la marca «RentACasa» y pueda excluir el uso de la marca «RentACasa».

Así pues, primero, la marca comunitaria «RentACarro» goza de renombre a efectos del art. 8.5 del RMC, dado que es conocida por el público general en el territorio de referencia y tiene duración de uso acreditada. Segundo, existe vínculo entre las marcas «RentACarro» y «RentACasa», debido a que su gran

⁸² Párr. 76 de la STJUE asunto *Beatle*, de 29 de marzo de 2012 [TOL2.254.053].

similitud fonética y gráfica puede causar riesgo de asociación. Tercero, puesto que existe esa gran similitud entre las marcas y ese riesgo de asociación, el descrédito de la empresa Rent, S. A. constituye un aprovechamiento indebido en sentido estricto del renombre de «RentACarro». Cuarto, ya que no se conocen las razones que lega Rent, S. A. para el uso de una marca tan similar a «RentACarro», por aplicación de la presunción de ausencia de justa causa, decimos que no la tiene.

5. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

5.1. Antecedentes

En el presente epígrafe, pretendemos abordar si Alejandro y Alfonso merecen la consideración de consumidores y usuarios en sus relaciones con la plataforma *RentACasa* y con Juan, de forma que podamos determinar cuál es la protección a la que tienen derecho ante la situación en la que se encuentran al llegar a un piso que no cumple las condiciones anunciadas y al recibir un mal trato por parte de Juan. Para ello, debemos estudiar las nociones de consumidor y empresario a los efectos de la normativa sobre consumidores y la calificación de los contratos celebrados entre las tres partes de este caso.

5.2. Relaciones de consumo

5.2.1. Concepto de consumidor y usuario

Acerca del concepto de consumidor y usuario⁸³ –entendidos como términos sinónimos–, el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁸⁴ afirma que son consumidores y usuarios las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional y las personas jurídicas o entidades sin personalidad que lo hacen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno al de su actividad empresarial. Así, un consumidor o usuario puede ser una persona física o jurídica, con independencia de la naturaleza de la relación que tenga con el empresario –contractual o extracontractual–, de la de los bienes –muebles o inmuebles– o servicios que adquiera y del carácter –privado o público– de quien le proporciona dichos bienes o servicios⁸⁵. Los consumidores y usuarios se caracterizan por ser destinatarios finales de esos bienes o servicios, en otras palabras, por no integrarlos en ningún proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros⁸⁶; ello quiere decir que destinarán los bienes o servicios a fines privados –satisfacer las necesidades personales y familiares⁸⁷–. Asimismo, se considera que el consumidor medio es aquel que está «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁸⁸».

5.2.1.1. Alejandro y Alfonso como consumidores y usuarios

Siguiendo la definición que da el art. 3 de la LGDCU, Alejandro y Alfonso son personas físicas que acuden al mercado sin ningún propósito empresarial o profesional –en el caso no se nos habla siquiera de cuáles son sus ocupaciones–, sino que acceden a él buscando alojamiento turístico. Iban a ser destinatarios finales de ese alojamiento, dado que iban a satisfacer su necesidad vacacional y en ningún caso iban a reintegrar el servicio en un nuevo proceso económico –los hechos recogen que pretendían «hacer una escapada a A Coruña»–. Así pues, en principio, parece que la pareja sí puede ser considerada como

⁸³ En este trabajo no entraremos en la discusión, en relación con el ámbito espacial donde ocurren los hechos, sobre la aplicación de la Lei 2/2012, do 28 de marzo, Galega de Protección Xeral das Persoas Consumidoras e Usuarias (*DOG* n.º 69, del 11 de abril de 2012). A respecto de la delimitación competencial, v. las S del Tribunal Constitucional 71/1982, de 28 de abril, y 15/1989, de 26 de enero, en las que se señala que la norma cuya finalidad es la defensa de los consumidores está integrada en una rama jurídica concreta, atribuida al Estado o a las comunidades autónomas, de forma que no basta con que la comunidad autónoma haya asumido las competencias en materia de protección de los consumidores y usuarios y que los hechos transcurran en su ámbito territorial, sino que es necesario que examinemos si la disciplina en la que se pretende defender a los consumidores es competencia estatal o autonómica, para determinar si se aplica la norma estatal o autonómica.

⁸⁴ *BOE* n.º 287, de 30 de noviembre de 2007. LGDCU.

⁸⁵ GARCÍA VICENTE, J. R.: «La contratación con consumidores», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1640.

⁸⁶ Por ejemplo, el párr. 3 del FD 2.º de la STS 406/2012, de 18 de junio [RJ 2012\8857] y el art. 1.2 de LGDCU de 1984.

⁸⁷ En ese sentido, verbigracia, la STJUE asunto *Johann Gruber contra Bay Wa AG* de 20 de enero de 2005.

⁸⁸ Párr. 31 de la STJUE asunto *Gut Springenheide* de 18 de julio de 1998 [TOL103.647], reiterada en muchas otras.

consumidora o usuaria. Ahora bien, la relación de consumo consta de dos partes –empresario y consumidor– y ambas deben gozar de las características de la LGDCU.

5.2.2. Concepto de empresario

Conectada con la definición de consumidor y usuario, está la de empresario a los efectos de la LGDCU. El art. 4 asevera que es empresario toda persona, privada o pública, que actúa, por sí o a través de otro, con un propósito comercial o profesional. De esta forma, el empresario puede ser una persona física o jurídica, privada o pública, independientemente de cuáles sean los bienes o servicios que proporcione. La idea de empresario de la LGDCU se aproxima a la de operador económico, es decir, a la de la persona que interviene en cualquiera de las fases de producción, transformación y comercialización de bienes o servicios y que organiza elementos personales, materiales o inmateriales para producir esos bienes o servicios⁸⁹. Para la LGDCU, todo empresario tiene que cumplir dos requisitos legales: el ánimo de lucro y la actuación con un propósito comercial, de forma que la relación con el consumidor se dé en el marco de su giro y tráfico – se descarta que sea empresario si actúa al margen de lo que sea su actividad habitual, dado que carecerá de esa posición preeminente sobre el consumidor⁹⁰–.

Esta noción de empresario hay que ponerla en relación con la que contiene el art. 1.1.º del CCom, según la que será comerciante –empresario– toda persona que, teniendo capacidad legal, se dedique al comercio –actividad empresarial– de forma habitual. Este precepto ha sido interpretado muchas veces por nuestra jurisprudencia en el sentido de que «la condición de comerciante o empresario requiere “no sólo el dato real de la actividad profesional, con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica que, no exigido en el art. 1 del Código de Comercio, consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial”⁹¹». En otras palabras, ser empresario consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre, concepto que no puede reconducirse a la mera habitualidad, sino que exige hacer del comercio la profesión.

5.2.2.1. RentACasa como empresario

RentACasa, es una plataforma gestionada por la sociedad Rent, S. A., de forma que será Rent, S. A. la persona jurídica que presta los servicios a través de dicha plataforma. Rent, S. A. es una persona jurídica que actúa en el mercado con un propósito empresarial, debido a que interviene prestando el servicio intermediación. Para ello, es evidente que organiza elementos materiales e inmateriales –gestiona y opera la plataforma– con los que intermedia en el sector turístico. Asimismo, está actuando dentro del objeto social porque en el caso no se nos dice que tenga ningún otro objeto, de lo que deducimos que el de intermediación es el habitual de la sociedad. Igualmente, podemos presumir que persigue la obtención de lucro, pues, a pesar de que en el supuesto no se nos indique que cobra por intermediar, este es el funcionamiento general de estas plataformas; en cualquier caso, sin presuponer que ese sea el funcionamiento en estos hechos, recordamos que la letra a) del anexo de la LSSI considera que existe lucro cuando la actividad ejercida a través de nuevas tecnologías constituye la práctica económica del prestador de los servicios, extremo que se deduce del tenor de los hechos. Asimismo, el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁹² establece que las sociedades de capital –una S. A. como esta es una sociedad de capital–, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, es decir, será empresaria por forma sin más requisitos (cfr. el art. 1.2.º del CCom). En consecuencia, *RentACasa* –Rent, S. A. a través de ella– tiene la consideración de empresario a efectos de la LGDCU y, consecuentemente, su relación con Alejandro y Alfonso es una relación de consumo.

5.2.2.2. Arrendadores-hospedadores como empresarios

⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Artículo 4. Concepto de empresario», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 71.

⁹⁰ *Ib.*, p. 74.

⁹¹ FD 2.º de la STS de 17 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9514]. Las cursivas son nuestras.

⁹² BOE n.º 161, de 3 de julio de 2010.

La cuestión de si Juan es un empresario a los efectos del derecho de consumo tiene más interés que en el caso de *RentACasa*, puesto que es un particular. Es evidente que Juan no acude al mercado en calidad de consumidor, ya que no demanda ningún bien ni servicio, sino que lo hace en calidad de oferente de un piso mediante una plataforma en línea, pero esto no supone necesariamente que sea un empresario. Aplicando los requisitos del art. 4 de la LGDCU y de la jurisprudencia civil vistos arriba, a pesar de que Juan no se limite a poner a disposición de los inquilinos su piso, sino que lleva a cabo una actividad adicional de ordenación de factores productivos, consistente en adecuar su vivienda a los estándares de calidad de las VUT que exige el Decreto de la Xunta de Galicia de 2016; aunque se considere que esta es una actividad habitual en el sentido de que le reporta sus únicos ingresos actuales –ya expusimos que no sabemos si percibe el subsidio por desempleo– y de que es la única actividad que viene desarrollando, y, pese a que tenga ánimo de lucro, pues ese alquiler le reporta beneficios económicos, no podemos considerar que actúe en el mercado persiguiendo un propósito comercial. Ello es así, ya que no existe reiteración de actos –ha sido un solo alquiler y el mismo día que publicitó el piso–, puesto que no hay exteriorización ni actos por los que Juan se presente como empresario ni que hagan presumir que los –no se da ninguno de los supuestos del art. 3 del CCom– y porque no ha convertido el arrendamiento de su apartamento en calidad de VUT en su actividad profesional –el caso nos dice que «[d]ado que no encuentra trabajo como albañil, decide sacarle partido a ese piso y obtener unos ingresos»–, sino que simplemente es una fuente de ingresos provisional en tanto no encuentra trabajo de albañil, que es su profesión. Por todo ello, Juan no puede ser calificado como empresario a los efectos de la LGDCU ni, por ende, su relación con Alejandro y Alfonso como sujeta al ordenamiento sobre consumo.

5.3. Régimen de responsabilidades

Para determinar si *RentACasa* y Juan son responsables por los hechos ocurridos al entrar la pareja en el apartamento de Juan, debemos analizar primero si la actividad encaja en dentro de los contratos antedichos y después si el régimen de esos contratos prevé algún tipo de responsabilidad por esos hechos.

5.3.1. La plataforma *RentACasa*

5.3.1.1. Naturaleza del contrato

La doctrina⁹³ suele referirse al contrato suscrito entre las plataformas en línea y sus usuarios como un contrato de *mediación electrónica*, resaltando que presta un servicio de mediación a través de tecnologías de la sociedad de la información. Este contrato se enmarca dentro de los servicios de la sociedad de la información, definidos en el art. 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información⁹⁴ de la siguiente manera: «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». La definición contenida en la letra a) del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁹⁵ incide en los elementos centrales de la definición de la DSSI: prestación a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Por «prestación a título oneroso», se entiende que la plataforma, como prestadora del servicio, percibe una remuneración por parte del destinatario, si bien el párr. segundo de la letra a) del anexo de la LSSI también considera que es oneroso el servicio cuando constituya la actividad económica del prestador, a pesar de que no sea retribuido por el destinatario –cabe que se financie a través de, por ejemplo, la publicidad–. «A distancia» implica que las partes no estén presentes simultáneamente (art. 1.1.b).i) de la DSSI), teniendo en cuenta las exclusiones que hace la letra a) del anexo de la LSSI. La «vía electrónica» supone que el servicio se presta mediante equipos de almacenamiento y tratamiento de datos –ordenadores, *smatphones*, etc.– (art. 1.1.b).ii) de la DSSI). Y «a petición individual de un destinatario» significa que el destinatario de los servicios los peticione individualmente (art. 1.1.b).iii) de la DSSI), lo que supone que él mismo seleccione los contenidos,

⁹³ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: «El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa», *op. cit.*, pp. 129 y 130.

⁹⁴ DOUE n.º 241, de 17 de septiembre de 2015. DSSI.

⁹⁵ BOE n.º 166, de 12 de julio de 2002. LSSI.

específicamente diseñados para él, a los que accede⁹⁶. Esta idea de que las plataformas prestan un servicio de la sociedad de la información fue acogida, en un supuesto de intermediación mediante un *marketplace*, la STJUE asunto *L'Oréal c. eBay*⁹⁷ en los siguientes términos: «un servicio en Internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos tiene, en principio, la consideración de un servicio [...] del concepto de “servicios de la sociedad de la información” se desprende que se encuentran comprendidos en la misma los servicios prestados a distancia a través de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y, normalmente, a cambio de una remuneración. Resulta evidente que la explotación de un mercado electrónico puede reunir todos estos elementos».

Las obligaciones comunes que una plataforma tiene, en calidad de prestadora servicios de la sociedad de la información, respecto a sus usuarios –el objeto de este epígrafe son las relaciones entre una plataforma y un usuario– encontramos, primero, la obligación de información general, que consiste en poner a disposición de sus usuarios, por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, los datos de identificación del prestador de servicios (art. 10 de la LSSI). Segundo, la obligación de información precontractual, por la que tiene que informar a los usuarios de los trámites de la contratación, de la accesibilidad a la eventual formalización del contrato, de los medios para la corrección de los errores en la introducción de datos y de la(s) lengua(s) de celebración del contrato (art. 27 de la LSSI). Tercero y último, la obligación de información posterior a la celebración del contrato, consistente en confirmar la recepción de la aceptación de los usuarios (art. 28 de la LSSI).

Además de ser un servicio de la sociedad de la información, la prestación de la plataforma es una mediación o corretaje⁹⁸. Ya hemos visto que las plataformas emplean *apps* para buscar la oferta que mejor se adapte a la demanda. Las plataformas están poniendo en contacto a las partes –oferentes y demandantes–, interesadas en la celebración de un contrato, y facilitando con actos materiales –búsqueda de la oferta y la demanda más ventajosas y emparejamiento automático– la contratación de unos servicios –contrato subyacente–. Así pues, el deber principal de toda plataforma colaborativa sería «la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, que permita la obtención de un resultado consistente en la celebración de un contrato entre aquellos⁹⁹». Por consiguiente, la plataforma se obliga, principalmente, a realizar esos actos materiales para poner en contacto a los futuras partes del contrato subyacente, se alcance o no el resultado¹⁰⁰ –una obligación de medios– y, secundariamente, al cumplimiento de los deberes de buena fe, diligencia y lealtad –por analogía con los comisionistas y los agentes mercantiles– e imparcialidad –no podrá intervenir en las diferencias entre las partes a las que aproxima¹⁰¹–.

Hemos de analizar si *RentACasa* y la pareja han suscrito un contrato de mediación electrónica. A respecto de si presta un servicio de la sociedad de la información, ha de ser un servicio remunerado u oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. En cuanto a la onerosidad, la práctica habitual de estas plataformas consiste en que cobren a sus usuarios una cantidad por localizar la oferta y la demanda más ventajosas, si bien, en este caso, no podemos asegurar que haya sido así, dado que el relato de los hechos no indica que Alejandro y Alfonso hubiesen pagado a *RentACasa*, por lo que hemos de acudir al párr. segundo de la letra a) del anexo de la LSSI, el cual considera que es oneroso si constituye la actividad económica del prestador, quedando este extremo demostrado, debido a que, en el supuesto, se nos indica que la plataforma se dedica a esta actividad. En lo concerniente a la distancia entre prestador y destinatario, nos es evidente que la pareja y los gestores de la plataforma no estaban presentes simultáneamente. En lo tocante a la vía electrónica, Alejandro y Alfonso utilizaron algún equipo informático

⁹⁶ STJUE asunto *Mediakabel BV c. Commissaritaat voor de Media*, de 5 de junio de 2005 [ECLI:EU:C:2005:348].

⁹⁷ Párr. 109 de la STJUE asunto *L'Oréal c. eBay*, de 12 de julio de 2011 [TOL2.155.786]. Las cursivas son nuestras.

⁹⁸ Esta idea, como ya hemos adelantado, no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pues el art. 51.3 de la Ley 5/2015 circunscribe la obligación de las plataformas de financiación participativa a la recepción, selección y publicación de proyectos de *crowdfunding* y a la apertura de un canal de comunicación entre promotores e inversores, con el fin de facilitar la consecución de dichos proyectos.

⁹⁹ Párr. 1 del FD 2.º de la SAP de Madrid de 8 de abril de 2000 [JUR 2000\194509], con cita, entre otras, de las STS de 4 de julio de 1994 y de 22 de diciembre de 1992.

¹⁰⁰ CREMADES GARCÍA, P.: *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 180.

¹⁰¹ MILLÁN GARRIDO, A.: «Introducción al estudio del corretaje», *Revista General del Derecho*, n.º 510, 1987, p. 722.

que les permitiera acceder a la plataforma y después ponerse en contacto vía *email* con Juan. Y, por lo que respecta a la petición individual, la pareja publicó su demanda en la plataforma, la cual, cuando se publicó una oferta que fuera compatible, las emparejó, teniendo la pareja la decisión última de acceder al contenido recomendado por *RentACasa*¹⁰². Por todo ello, teniendo presente lo expresado por el TJUE en el asunto *L'Oréal c. eBay*, podemos concluir que *RentACasa* presta un servicio de la sociedad de la información.

Por lo que toca a si ofrece un servicio de mediación, la propia STJUE asunto *L'Oréal c. eBay* reconocía, en ese caso –y es extrapolable–, que la plataforma ponía en contacto a compradores y vendedores. En este caso, *RentACasa* pone en contacto a arrendadores y arrendatarios con el fin de facilitar la concertación de un alojamiento turístico. En nuestro caso, el hecho de que, a las pocas horas de publicada la oferta, Alejandro y Alfonso se pusieran en contacto con Juan indica que la pareja no ha tenido que ir buscando entre las múltiples ofertas de la plataforma, sino que la propia *RentACasa* ha casado su demanda con la oferta de Juan de una forma casi automática, lo cual constituye un acto material que busca el acercamiento de las partes e incardina su actuación en una especie del contrato de mediación¹⁰³.

5.3.1.2. Responsabilidad

Analizada la cuestión de la naturaleza del contrato celebrado entre *RentACasa* y la pareja y habida cuenta de que concluimos que era un contrato de consumo, ahora estudiaremos la eventual responsabilidad de la plataforma, según los regímenes de la LGDCU, la LSSI y las exigencias del contrato de corretaje, ante los hechos acaecidos el día que Alejandro y Alfonso entraron al piso de Juan. Dentro de los contratos de consumo, tenemos que aplicarle el sistema de los celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, pues la propia naturaleza del servicio de intermediación electrónica como servicio de la sociedad de la información implica las características del art. 92 de la LGDCU: ausencia de presencia física simultánea de los contratantes –la pareja y los gestores de la plataforma no estaban físicamente juntos en el momento de la celebración del contrato– y celebración del contrato a través de técnicas de comunicación a distancia, entendiéndose esto circunscrito a la concurrencia de la oferta y la aceptación¹⁰⁴ –Alejandro y Alfonso han utilizado un mecanismo con acceso a internet para contratar con *RentACasa*–.

Entrando en el análisis de la eventual responsabilidad de *RentACasa* por los hechos ocurridos el día que Alejandro y Alfonso entraron en el apartamento de Juan, los regímenes de la LSSI y del contrato de mediación se circunscriben a la prestación de servicios de intermediación electrónica entre *RentACasa*, por lo que no permiten resolver el problema de la responsabilidad de la plataforma en torno al contrato subyacente. En cambio, en el régimen de la LGDCU aparece la responsabilidad solidaria por incumplimiento o cumplimiento deficiente de la obligación subyacente *ex art.* 113. La interpretación doctrinal¹⁰⁵ recaída sobre este art. –la jurisprudencia apenas lo ha aplicado y, cuando lo ha hecho, ha sido para inaplicarlo¹⁰⁶– lo ciñe a los casos de mandato, comisión y agencia en los que los mandatarios, comisionistas y agente concluyen el contrato por cuenta de su principal, pero lo hacen en nombre propio. En nuestro caso, *RentACasa* no actúa como mandatario, comisionista o agente de Juan, debido a que este no le encargó la conclusión del contrato por el que prestaría los servicios turísticos, sino que, al acceder a la plataforma, suscribió, como Alejandro y Alfonso, un contrato de intermediación electrónica, en cuya virtud *RentACasa* se comprometía a facilitarle una demanda ajustada a su oferta. Por todo ello, puesto que no podemos aplicar el art. 113 de la LGDCU, concluimos que a *RentACasa* no corresponde ninguna responsabilidad sobre los hechos ocurridos en el apartamento de Juan y que su actuación se limita a búsqueda y selección de ofertas ventajosas.

5.3.2. Los arrendadores-hospedadores

5.3.2.1. Naturaleza del contrato

¹⁰² STJUE asunto *Mediakabel BV c. Commissaritaat voor de Media*, de 5 de junio de 2005 [ECLI:EU:C:2005:348].

¹⁰³ V. la jurisprudencia indicada en el apartado 5.1.2.

¹⁰⁴ SAP de Madrid 146/2005, de 1 de marzo [JUR 2005\84465].

¹⁰⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: «Artículo 113. Responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera del establecimiento», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1644-1648.

¹⁰⁶ V. las SAP de Asturias 2/2005, de 4 de enero, y de Valencia 165/2004, de 30 de marzo.

La relación entre el oferente y el demandante del piso constituye el contrato subyacente y está intermediada por la plataforma. El problema alrededor de este contrato es su calificación. Podemos pensar que es un mero arrendamiento, pero también que implica algo más. Las exigencias de la regulación administrativa y la polémica en torno a las VUT nos dejan entrever que esos alquileres suponen algo más que un simple arrendamiento de bienes. En este contexto, surge la figura del contrato de hospedaje, un contrato *sui generis* y con función económica propia, aun cuando comparte características con otros – arrendamiento de cosas y servicios...–, e *intuitu personae*¹⁰⁷, conceptualizado como «un contrato consensual, por virtud del que una persona se obliga a prestar a otra alojamiento –suministrándole también o no alimentación– mediante un precio¹⁰⁸». La jurisprudencia nos recuerda que es un contrato complejo y de tracto sucesivo en el que se combinan «arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito (para los efectos que introducen)¹⁰⁹». Asimismo, se distinguen dos clases de hospedaje: *simple*, en el que solo se proporciona el alojamiento, y *complejo*, en el que también se prestan otros servicios. Por lo que respecta a los servicios¹¹⁰ que puede prestar el hospedador –arrendador en régimen de hospedaje–, estos comprenden los esenciales –aseo, descanso, intimidad...– y los accesorios –lavandería, plancha, radio, televisión, piscina, etc.–. En cuanto a la naturaleza, civil o mercantil, de este contrato, una temprana STS afirmó que «no cabe en nuestro derecho positivo, declarar *a priori*, si el contrato de hospedaje debe reputarse de acto mercantil, con la consiguiente calificación de comerciante al hospedero o fondista¹¹¹», de forma que habremos de estar a si ese contrato se integra dentro de una actividad empresarial. Este contrato, atípico en nuestro derecho, se rige por lo pactado entre las partes y, en ausencia de pacto, por las normas expresamente previstas en nuestro ordenamiento para algunos aspectos de este contrato (arts. 1783, 1784, 1922 y 1967.4 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil¹¹²) y por las normas generales de los contratos del CC y el CCom.

Debemos discernir si podemos calificar el contrato suscrito con la pareja como un contrato de hospedaje. El anuncio que Juan publicó en la plataforma describe su apartamento como un piso cuya superficie alcanza los cien metros cuadrados y cuyos electrodomésticos tienen una antigüedad inferior a diez años, que es exterior y luminoso y que se encuentra a una distancia del centro equivalente a cinco. Asimismo, Juan afirma que el arrendamiento del piso conlleva el uso de la piscina comunitaria del edificio en el que se integra. A partir del texto del anuncio, podemos deducir que Juan se obliga a ceder el uso de su piso a los arrendatarios-huéspedes y a prestarles una serie de servicios –utilización de los electrodomésticos y acceso a la piscina–. Como vemos, la cesión del uso de la vivienda no constituye el núcleo del contrato, dado que Alejandro y Alfonso no pretenden solo arrendar un piso, sino que buscan un alquiler complementado con unos servicios.

Así pues, la causa del contrato es satisfacer una necesidad vacacional. Este interés no se satisface con el mero arriendo del inmueble, sino que solo se complace si se suma la prestación continuada de los servicios adicionales¹¹³. La causa entendida así impide la posibilidad de calificar este contrato como un mero arrendamiento urbano¹¹⁴, más aún si tenemos en cuenta que el art. 5.e) de la LAU excluye expresamente los arrendamientos con esta finalidad de su ámbito objetivo. La prestación de servicios podría considerarse incluida dentro del arrendamiento del bien, habida cuenta de que, si el piso está amueblado y el uso de la piscina comunitaria corresponde a los usuarios de las viviendas del edificio, el arrendador-hospedador no estaría aportando nada adicional. Ahora bien, incluso en este supuesto, podríamos seguir hablando de contrato de hospedaje, debido a que el arrendador-hospedador estaría comprometido a cumplir la obligación principal de alojar al arrendatario-huésped en un inmueble con unos servicios determinados y a mantenerlo

¹⁰⁷ V. STS de 8 de junio de 1992 y SAP de Jaén de 15 de noviembre de 1990.

¹⁰⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Reus, Madrid, 1986, p. 705.

¹⁰⁹ Párr. 1 del FD 1.º de la STS 623/1995, de 20 de junio [RJ 1995\4932].

¹¹⁰ ZUDDAS, G. *et al.*: *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Giuffrè, Milán, 1994, p. 14.

¹¹¹ STS 100/1936, de 13 de marzo [TOL5.024.626].

¹¹² *Gaceta de Madrid* n.º 206, de 25 julio de 1889. CC

¹¹³ CASTAÑOS CASTRO, P.: «Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, n.º 6, 2014, p. 73.

¹¹⁴ SAP de Madrid 115/2003 de 18 febrero [JUR 2003\175006].

en el goce y disfrute de ese inmueble¹¹⁵. Estos servicios podrían hacernos pensar que el contrato suscrito entre las partes no fuera uno de hospedaje, sino otro de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, pero esta idea habría que descartarla porque, de un lado, los servicios son prestados por el propio Juan y con la reclamación de su presencia –acceso a la piscina–, no externalizados¹¹⁶, y, de otro lado, no se nos dice en el caso que haya concertado este tipo de estancias por más de un año¹¹⁷. Por todo lo anterior, podemos concluir que el contrato celebrado entre Juan y la pareja es un contrato de hospedaje.

5.3.2.2. Responsabilidad

Después de determinar que la naturaleza del contrato entre Juan y la pareja es la de un contrato de hospedaje y de haber expuesto más arriba que no es un contrato de consumo, las responsabilidades por lo ocurrido cuando Alejandro y Alfonso iban a iniciar su estancia se dilucidarán conforme al régimen de ese contrato de hospedaje. Cuando Alejandro y Alfonso llegaron al piso de Juan comprobaron que sí que medía cien metros cuadrados, que no era exterior ni luminoso, que no tenía todos los electrodomésticos –los que tenía eran de más antigüedad de lo que decía el anuncio– y que Juan no les había proporcionado las llaves de la piscina. Asimismo, Juan les contestó, de malos modos, que no iba a hacerse responsable de esas discordancias entre el anuncio y la realidad.

5.3.2.2.1. Características del piso

Las características del inmueble que se proporciona son distintas de las contratadas. Es un posible supuesto de responsabilidad contractual (arts. 1101 a 1111 del CC). A este respecto, los tribunales¹¹⁸ consideran que, si ha visitado el lugar en el que va a hospedarse, al huésped debe proporcionársele esa estancia u otra de similares características; si no se ha visitado, un alojamiento con las características exigibles al tipo de establecimiento del que se trate, y, si el huésped se alberga en una habitación distinta de la reservada, está prestando su consentimiento al cambio y exonera al hospedador de responsabilidad.

En este caso, Alejandro y Alfonso no han visitado el apartamento de Juan, pero sí han visto fotografías de él y habían pactado unas condiciones con Juan –las del anuncio–, de forma que este estaba obligado a alojar a la pareja en el piso con esas condiciones, siguiendo vigente tal obligación al haberse negado Alejandro y Alfonso a pernoctar en esa vivienda que no tenía las condiciones adecuadas. Además, de los comentarios que Juan hizo a la pareja cuando esta lo llamó por teléfono, se colige que Juan sabía perfectamente que el piso no tenía las condiciones que decía en el anuncio y que estaba mintiendo. Por todo ello, podemos decir que Juan incurre en responsabilidad contractual dolosa –sabía que no era cierto lo que promocionaba y engañó a la pareja con el anuncio y las fotografías– y debe indemnizar los daños y perjuicios ocasionado a la pareja –dinero ya entregado más valor del realojo– (art. 1101 del CC).

Ante esta situación, Alejandro y Alfonso tienen, por un lado, la facultad de desistir del contrato de hospedaje por su naturaleza *intuitu personae*¹¹⁹, con la devolución de las cantidades ya pagadas –quince euros–, y, por otro lado, la facultad de resolver el contrato *ex art.* 1124 del CC por incumplimiento de las obligaciones de Juan más el resarcimiento de daños (art. 1124 del CC en conexión el art. 1101 del CC).

5.3.2.2.2. Servicio de piscina

El anuncio publicado por Juan en *RentACasa* afirmaba que el alquiler del piso daba derecho a utilizar la piscina comunitaria del edificio. Es otro posible supuesto de prestaciones contenidas en el contrato que no se han cumplido, es decir, de responsabilidad contractual (arts. 1101 a 1111 del CC). La jurisprudencia¹²⁰,

¹¹⁵ MUNAR BERNAT, P. A.: «Hospedaje», MUNAR BERNAT, P. A (Coord.), *Derecho Privado del Turismo*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 167 y 168.

¹¹⁶ CASTAÑOS CASTRO, P.: «Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje», *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁷ Art. 2 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de Contratos de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turístico, de Adquisición de Productos Vacacionales de Larga Duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE n.º 162, de 7 de julio de 2012).

¹¹⁸ SAP de Madrid 476/2004, de 8 septiembre [JUR 2005\43327].

¹¹⁹ FD 1.º de la SAP de Badajoz 18/1999, de 19 enero [AC 1999\10].

¹²⁰ FD 2.º de la SAP de Málaga 596/2000, de 23 octubre [JUR 2001\25537], y FD 3.º de la SAP de Málaga 596/2000, de 26 septiembre [AC 2001\1163].

en supuestos de servicio de aparcamiento discutido –incluso utilizado por terceros ajenos al contrato de hospedaje, como el caso de esta piscina–, ha determinado que, si el servicio fue promocionado, existe la obligación de prestarlo o, en su caso, de facilitarlo.

En nuestro caso, Juan había indicado que el arrendamiento daba derecho a usar la piscina comunitaria, pero no les facilitó el acceso a ella a Alejandro y Alfonso –extremo reconocido por Juan en la llamada telefónica–. Así pues, Juan ofreció un servicio que después no prestó, a sabiendas de que no iba a prestarlo, lo que implica que incurra en responsabilidad contractual dolosa y deba indemnizar a la pareja los daños y perjuicios causados (art. 1101 del CC).

Como en la cuestión de las características del piso, Alejandro y Alfonso también tienen derecho a desistir del contrato, con devolución de las cantidades pagadas, o a resolverlo por incumplimiento de Juan, más el resarcimiento de los daños (arts. 1124 y 1101 del CC).

5.4. Conclusiones

Tras haber analizado las cuestiones relativas a la protección que ameritan Alejandro y Alfonso en sus distintas relaciones contractuales, podemos extraer las siguientes conclusiones.

5.4.1. Relación con la plataforma

En primer lugar, esta relación es una relación de consumo, dado que Alejandro y Alfonso son consumidores, por ser particulares sin propósito comercial que destinan el servicio a fines privados, y debido a que Rent, S. A. –sociedad que gestiona la plataforma– es empresaria, al tener forma mercantil y prestar servicios en el mercado con habitualidad y ánimo de lucro.

En segundo lugar, el contrato entre la pareja y *RentACasa* es un contrato de mediación electrónica porque es prestado a través de tecnologías de la sociedad de la información y tiene como causa el acercamiento de futuros contratantes. Por consiguiente, se rige por la DSSI, la LSSI, el régimen del contrato de mediación y, por ser una relación de consumo, por la LGDCU.

En tercer y último lugar, *RentACasa* no tiene responsabilidad alguna al respecto de los sucesos ocurridos en la casa de Juan, pues su actividad se limita a intermediar y no influye en el contrato subyacente.

5.4.2. Relación con los arrendadores-hospedadores

En primer término, esta es una relación entre particulares que no puede someterse al derecho de consumo, puesto que Juan no tiene la consideración de empresario a los efectos de la LGDCU al no reunir el requisito de profesionalidad necesario para serlo.

En segundo término, el contrato suscrito entre la pareja y Juan es un contrato de hospedaje, ya que combina el arrendamiento de inmuebles –piso– con la prestación de servicios –electrodomésticos y piscina– para satisfacer una necesidad vacacional, excluida del mero arrendamiento (art. 5 de la LAU). Por tanto, se ordena por los pactos entre las partes, las normas *ad hoc* del CC y por las reglas generales de contratos del CC.

En tercer y último término, Juan es responsable por incumplimiento contractual por no haber puesto a disposición de Alejandro y Alfonso un piso con características distintas a las convenidas y por no haber prestado el servicio de piscina al que se había comprometido. Por ello, debe indemnizar a la pareja los daños.

6. ASPECTOS LABORALES

6.1. Antecedentes

En este epígrafe pretendemos examinar la institución jurídico-laboral en la que se integran los prestadores de servicios de la economía colaborativa, a raíz de la investigación llevada a cabo por la

Inspección de Trabajo contra Juan, en la que lo considera trabajador autónomo¹²¹. A este respecto, la prestación de servicios en el marco de la economía colaborativa recibe el nombre *crowdwork* y consiste en descentralizar una tarea, tradicionalmente realizada por un trabajador dependiente, hacia un indefinido que no depende de la plataforma, en forma de llamamiento a múltiples personas –oferentes–¹²².

Partiendo de la calificación llevada a cabo por la Inspección de Trabajo, el art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo¹²³ considera que son trabajadores autónomos «las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena» –un concepto como este se contempla en el art. 305 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹²⁴–.

6.2. Consideración de los arrendadores como trabajadores autónomos

Al igual que hicimos en el epígrafe sobre marcas, para determinar si Juan es o no trabajador autónomo, iremos exponiendo cada una de las condiciones de la definición y explicando si Juan las cumple o no.

6.2.1. Actividad económica o profesional

El art. 1 del ETA no conceptualiza en qué consiste una actividad económica o profesional –conceptos sinónimos a estos efectos–. A lo largo del trabajo nos hemos ido refiriendo a esta noción al hablar de actividad empresarial o comercial. CAVAS MARTÍNEZ entiende que una actividad económica a los efectos del ETA consiste en la producción de bienes o servicios para el mercado¹²⁵, en otras palabras, cualquier actividad de transformación o producción de bienes o servicios. Así, quedarían excluidas actividades como las benevolentes o recreativas, las dirigidas a la formación del individuo y, en general, las que no impliquen esa ordenación de medios productivos, sin que la percepción de ingresos o la conservación y explotación de patrimonio puedan incluirse aquí¹²⁶. En el ámbito concreto del alquiler de viviendas residenciales con fines extrahoteleros, la STSJ de Castilla y León de 22 de enero de 2001 entiende que no podemos considerarlo un mero arrendamiento de bienes, puesto que «*es el actor [arrendador-hospedador] quien ha de concertar los alojamientos, enseñarles si hay demanda y recibir a los clientes. Es decir nos encontramos mucho más cerca de un negocio hostelero que de un arrendamiento de vivienda*»¹²⁷.

Así pues, en el caso que nos ocupa, podemos concluir que Juan realiza una actividad económica estos efectos, pues ordena medios de producción –adecúa su vivienda a los criterios del Decreto de la Xunta de Galicia de 2016– y concierta el alojamiento con Alejandro y Alfonso, los recibe y, en definitiva, gestiona la actividad de hospedaje.

6.2.2. Ánimo de lucro

El ánimo de lucro vendría ser el filtro que discriminaría entre actividades a efectos del ETA y actividades filantrópicas porque las primeras se prestan en el mercado a cambio de una remuneración¹²⁸ –en

¹²¹ Esta solución no es extraña a los ordenamientos europeos. V. las S del London Employment Tribunal asunto *Aslam Farrar and Others v. Uber*, de 28 de octubre de 2016 [case 2202551/2015], y del Tribunale Ordinario di Milano de 2 de julio 2015 [asuntos 35445/2015 y 36491/2015].

¹²² TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, op. cit., p. 81.

¹²³ BOE n.º 166, de 12 de julio de 2007. ETA.

¹²⁴ BOE n.º 261, 31 de octubre de 2015.

¹²⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Artículo 23. El derecho a la Seguridad Social», SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAGARDOY Y BENGOCHEA, J. A. (Dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 413.

¹²⁶ V. la S del Tribunal Central del Trabajo (TCT) de 27 de enero de 1977, en la que se establece que la explotación de derecho patrimonial no es una actividad económica.

¹²⁷ FD 3.º de la STSJ de Castilla y León de 22 de enero de 2001 [AS 2001\1552]. Las cursivas son nuestras.

¹²⁸ SARGADOY Y BENGOCHEA, J. A. y GIL Y GIL, J. L.: «Artículo 1. Supuestos incluidos», SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAGARDOY Y BENGOCHEA, J. A. (Dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 36.

dinero o en especie—. Ello quiere decir que se prestan los servicios a cambio de unos ingresos¹²⁹. En el campo de la economía colaborativa, la doctrina¹³⁰ entiende que no habrá ánimo de lucro si solo pretenden compensarse los gastos que habitualmente soportan los particulares que no negocian en el mercado, es decir, cualquier gasto de mantenimiento por el uso ordinario del bien –incluida la depreciación—. Y, en el arrendamiento de VUT, la STSJ de Castilla y León ya citada asevera que, «[e]n el caso que nos ocupa, la existencia de la actividad lucrativa no puede negarse, pues se produce el alquiler de habitaciones por un importe que evidentemente supone una importante retribución» (FD 3.º; las cursivas son nuestras).

Así las cosas, en el presente caso, Juan alquila su vivienda a Alejandro y Alfonso por un precio total de treinta euros y, aun desconociendo el precio de los suministros de esos días, el valor de la zona en la que se ubica el inmueble, el de las condiciones en las que se encuentra y el de la privacidad –de abrir su domicilio a dos desconocidos–, todo parece indicar que este último gasto no entra dentro de los que habitualmente deba soportar un particular, con lo que se daría por cumplido el requisito de lucro en economía colaborativa. En todo caso, entendiendo como hace la doctrina laboralista y la jurisprudencia social en materia de VUT, la percepción de un precio por el alquiler implica que Juan ejercita una actividad con ánimo de lucro.

6.2.3. Trabajo personal y directo

Para que una persona pueda ser considerada trabajador autónomo es necesario que aporte esfuerzo a la actividad productiva y participe activamente en su desarrollo¹³¹. Este concepto ha sido interpretado de forma muy laxa hasta el punto de que han quedado incluidas en él operaciones de gestión y «operaciones de organización y racionalización [...] en el proceso productivo¹³²», con independencia de que se perciba efectivamente por la buena o mala marcha del negocio (FD 3.º de la STSJ de Castilla y León referida).

Poniendo en conjunción esta interpretación con la de la STSJ de Castilla y León ya mencionada, es evidente que Juan lleva a cabo una actividad personal y directa, debido a que gestiona el proceso productivo al colgar el anuncio y las fotos en la plataforma y al contestar a los correos de la pareja, y dado que acondiciona el piso, concreta las reservas y recibe a los clientes.

6.2.4. Por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona

Este requisito implica que la persona que se pretenda trabajadora autónoma no tenga concertado ningún contrato de trabajo con un empleador. Esto quiere decir que falte la nota de ajenidad que exige el art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹³³, o sea, *a sensu contrario*, que no haya cesión anticipada de la utilidad del trabajo, que se asuman los riesgos de la actividad económica y que se realice la prestación para satisfacer necesidades personales¹³⁴, lo cual supone que recaigan sobre esa persona los resultados económicos de la actividad y que no reciba órdenes de nadie.

En el presente supuesto, aparte de que no se nos refiera ningún contrato laboral, es evidente que Juan arrienda su vivienda para satisfacer sus necesidades personales de sustento –dinero con el que satisfacer sus necesidades–, que asume los riesgos de la actividad económica –asume los gastos, la posible falta de clientela...– y que en él repercuten las utilidades y beneficios del negocio, de forma que entendemos cumplido este requisito.

6.2.5. Habitualidad

¹²⁹ BALLESTEROS PASTOR, I.: «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», *Revista de trabajo y de Seguridad Social*, n.º 17, 1995, p. 84.

¹³⁰ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, op. cit., p. 88.

¹³¹ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Madrid, 2005, p. 57. V. también SARGADOY Y BENGOCHEA, J. A. y GIL Y GIL, J. L.: «Artículo 1. Supuestos incluidos», op. cit., p. 57.

¹³² STCT de 6 de marzo de 1982 [RTCT 1982\1407].

¹³³ BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015.

¹³⁴ MERCADER UGUINA, J. y PUEBLA PINILLA, A. DE LA: «Artículo 1. Supuestos incluidos», *El estatuto del trabajador autónomo*, Comares, Granada, 2009, p. 55.

Por lo que respecta a los prestadores de servicios en la economía colaborativa y, por ende, en el arrendamiento de VUT, el criterio de la habitualidad es el más importante, pues las plataformas facilitan la realización multitud de operaciones negociales y alteran la cuantificación en días, semanas y meses de la dedicación para ser considerado autónomo¹³⁵. La habitualidad no exige que se realice la actividad a jornada completa ni todos los días laborables del año, sino con la dedicación propia de la actividad de la que se trate¹³⁶. En este sentido, el TS ha interpretado que la habitualidad puede consistir en que la actividad reporte los ingresos principales¹³⁷ –la doctrina considera muy adecuada a las prestaciones de servicios intermediadas por plataformas en línea esta interpretación por la seguridad jurídica que reporta al permitir considerar como meros particulares a los que solo pretendan complementar ingresos¹³⁸– y en que sea la actividad principal. Ello viene refrendado por la STSJ de Castilla y León antedicha, en la que se asegura que el arriendo «*implica la realización de una actividad permanente por parte del actor*» (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, en este caso, debido a que el arrendamiento de VUT es la única actividad que ejercita Juan y a que es la que le reporta los únicos ingresos que percibe actualmente, debemos entender cubierto el requisito de que exista actualidad en el ejercicio de la actividad, y todo ello aunque en sede de protección de consumidores y usuarios no se considerase que reuniera los requisitos necesarios para ser empresario a esos efectos.

6.3. Conclusiones

Después de haber estudiado el concepto de trabajador autónomo en relación Juan, podemos inferir que el resultado de la Inspección de Trabajo será la consideración de Juan como trabajador autónomo, dado que se cumplen todos los requisitos del art. 1.1 del ETA al realizar una actividad económica –ordenar el alquiler de su vivienda con fines vacacionales–, con ánimo de lucro –a cambio de una remuneración–, personal y directa –participa activamente en la prestación del servicio–, sin dirección de ninguna persona y de forma habitual –es su única actividad y fuente de ingresos–. La consecuencia de ello sería, de un lado, que Juan deberá darse de alta en el régimen de trabajadores autónomos de la Seguridad Social –proceder al pago de las cotizaciones– y el Impuesto de Actividades Económicas. Y, de otro lado, la Inspección de Trabajo levantará un acta por la cual sancionará a Juan por no haberse dado de alta en la Seguridad Social en el régimen de trabajadores autónomo y en la que procederá a la liquidación de las cuotas de cotización que habrá dejado de ingresar (cfr. art. 53 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹³⁹).

7. ASPECTOS TRIBUTARIOS

7.1. Antecedentes

En este último epígrafe dedicado al análisis de las cuestiones planteadas en el caso, abordaremos las implicaciones tributarias del arrendamiento de VUT a través de plataformas colaborativas, a partir del material documental e informático encontrado por la Inspección del Trabajo en su investigación. Estudiaremos, pues, la validez de ese material como medio de prueba ante un eventual procedimiento tributario y el encaje de la relación triangular del alquiler de VUT en los tributos más importantes del sistema –Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), sobre Sociedades (IS) y sobre el Valor Añadido (IVA)–.

7.2. Prueba en los procedimientos tributarios

A respecto de la prueba en los procedimientos tributarios, el art. 106.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹⁴⁰ –de aplicación tanto a los contribuyentes como a la Administración tributaria, en tanto ambas partes tendrán la carga de la prueba de aquello que afirmen y les beneficie¹⁴¹– afirma que «[e]n los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y

¹³⁵ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, op. cit., p. 92.

¹³⁶ STCT de 18 de mayo de 1990 [RTCT 1990\1925].

¹³⁷ Por ejemplo, FD 2.º de la STS de 2 de diciembre de 1988 [RJ 1988\9310].

¹³⁸ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, op. cit., p. 94.

¹³⁹ BOE n.º 189, de 8 de agosto de 2000.

¹⁴⁰ BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2003. LGT.

¹⁴¹ Cfr. BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, J.: «La prueba en los procedimientos tributarios», *Impuestos*, año 29, n.º 2, 2013, pp. 1 y 2.

valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa¹⁴²». Este art. realiza una remisión expresa a la normativa procesal general sobre prueba, en otras palabras, a los arts. 299 a 386 de la LEC y 1216 a 1225 y 1227 a 1230 del CC –estos complementan a los arts. 317 a 327 de la LEC en materia de valoración de la prueba documental–.

Por lo que respecta a este caso, el art. 299.1.3.º y 2 de la LEC contempla, entre los medios admitidos, los documentos privados y el material digital o informático. Decimos que estos medios de prueba son, en principio, los que afectan a este caso, dado que el material encontrado a Juan es documental e informático. Ese material está constituido por escritos del propio Juan y por archivos en soportes digitales –ordenador, tableta...–.

Los documentos privados se definen, por oposición a los públicos, como aquellos que no poseen las formalidades ni han sido otorgados o autorizados por las personas ni cuentan con los requisitos necesarios para ser documentos públicos (art. 324 de la LEC), incluyendo las escrituras públicas defectuosas (art. 1223 del CC). Como todo documento, debe ser un bien corporal, mueble, en el que se constate una declaración de voluntad o un acto de relevancia jurídica y en el que se incorpore un escrito –esta característica se deduce del juego de los arts. 265, 299 y 349 y ss. de la LEC–. Se contienen en el concepto de documento los electrónicos y los firmados electrónicamente, merced a lo dispuesto por los arts. 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica¹⁴³ y 24.2 de la LSSI.

Los medios informáticos a los que se refiere el art. 299.2 de la LEC –«... los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas»– parece que se refieren a vídeos y grabaciones¹⁴⁴, con los que puedan escucharse palabras y verse imágenes, y a tablas informáticas para informaciones numéricas. De acuerdo con los arts. 382 y 383 de la LEC, cuando se aporten estas pruebas, deberá acompañarse transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte del que se trate, podrán aportarse otros medios de prueba para valorar estas y serán valoradas por el tribunal conforme a la sana crítica.

Ante un eventual procedimiento tributario dirigido contra Juan con motivo del descubrimiento por parte de la Inspección de Trabajo de material documental e informático relacionado con el arrendamiento y con el incumplimiento de obligaciones fiscales de los últimos cinco ejercicios, debemos precisar que, en lo tocante a las obligaciones de hace cinco ejercicios, ha prescrito el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda a través de liquidación y para exigir el pago de dicha deuda (art. 66.a) y b) de la LGT), así como también decaído el derecho de la Administración para exigir el cumplimiento de las obligaciones formales vinculadas con dicha deuda (art. 70.1 de la LGT). La consecuencia de todo ello es que la deuda tributaria se ha extinguido (art. 69.3 en conexión con el art. 59 de la LGT). Ahora bien, el hecho de que la deuda se haya extinguido y de que la Administración tributaria no pueda proceder a liquidar y a exigir el cumplimiento de las obligaciones no impide que pueda abrirse un procedimiento de comprobación e investigación respecto de los actos que ya hayan prescrito, siempre y cuando la referida comprobación resultase precisa en relación los hechos de ejercicios no prescritos o surtieran efectos en estos (art. 115.1.II y III en conexión con los arts. 66.a) y 66 bis.1 de la LGT). Todo ello supone que, en el presente caso, desde un punto de vista estrictamente procedimental, el material encontrado que se refiera al ejercicio de hace cinco años será prueba ilícita en un procedimiento que pretenda exigir el cumplimiento de las obligaciones fiscales de ese período, pero será prueba legítima en un procedimiento de investigación, en cuanto haya vínculo con las obligaciones posteriores no prescritas.

Desde la perspectiva de la naturaleza de las fuentes de prueba halladas en la investigación laboral, debemos calificarlas según lo preceptuado por la LEC y el CC, a tenor del art. 106.1 de la LGT. En el caso, se nos dice someramente que lo que se encuentra es «material documental e informático», pero podemos deducir que, entre ese material, se encontraban los correos intercambiados con Alejandro y Alfonso. Habida cuenta de ello, de que Juan no había tenido relación alguna con las Administraciones para empezar a

¹⁴² BOE n.º 7, de 8 de enero de 2000. LEC.

¹⁴³ BOE n.º 304, de 20 de diciembre de 2003.

¹⁴⁴ Por ejemplo, la STS 4156/1999, de 12 de junio [ECLI:TS:1999:4156] se refiere a cintas magnetofónicas, en particular, y a vídeos y cualquier otro instrumento de reproducción hablada o representación visual.

arrendar su piso y de que no se exige la intervención de estas para celebrar ni el contrato de mediación electrónica ni el de hospedaje –arrendamiento turístico–, podemos entrever que los documentos hallados son documentos privados. Como ya dijimos que los documentos privados se caracterizan por oposición a los públicos, los arts. 317 de la LEC y 1216 del CC consideran que son públicos los documentos los autorizados u otorgados por notario o empleado público competente por razón de su cargo y facultado para dar fe; las resoluciones judiciales y los testimonios dados de ellas por los letrados de la Administración de Justicia, y las certificaciones expedidas por los registradores de la propiedad y mercantiles. Así pues, reiterando que no ha habido intervención alguna de las Administraciones en la relación triangular en torno al apartamento de Juan, todos los documentos encontrados son privados.

Por su parte, el material informático podría ser calificado, bien como documento –privado también–, bien como medios informáticos del art. 299.2 de la LEC. Tomando como ejemplo los correos intercambiados entre Juan y la pareja, ese material informático encaja mejor en el concepto de documento que en el de medios digitales del art. 299.2 de la LEC. Ello es así, pues, como ya hemos visto, esos medios del art. 299.2 de la LEC se circunscriben a medios de captación de imágenes y vídeo¹⁴⁵ y a los instrumentos de composición de tablas informáticas para informaciones numéricas y bases de datos. Asimismo, se justifica porque cumplen los requisitos de todo documento: corporeidad –figura en un soporte material–, movilidad –puede trasladarse ante el juzgador–, figuración de una declaración de voluntad –contiene el pacto entre Juan y la pareja– e incorporación de un escrito –el texto de los correos–. También es un documento por lo previsto en el art. 24.2 de la LSSI –«el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental»–.

Así las cosas, debido a que, desde un punto de vista procedimental tributario, solo podemos excluir la utilización de los documentos de hace cinco ejercicios para la exigencia de las obligaciones fiscales de dicho período y dado que, desde la perspectiva de su naturaleza, las fuentes de prueba halladas a Juan son incardinables dentro del medio de prueba de documentos privados, recogido tanto en la LEC como en el CC, concluimos que esos medios de prueba son lícitos a los efectos de la apertura de un eventual procedimiento tributario contra Juan (art. 106.1 de la LGT).

7.3. Repercusiones tributarias del arrendamiento de viviendas de uso turístico

7.3.1. Impuesto sobre Sociedades

El IS está regulado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades¹⁴⁶, que tiene como objetivo gravar la obtención de rentas, cualquiera que sea su fuente, por las sociedades y entes jurídicos (arts. 1 y 4.1), que desarrollen una actividad económica (art. 5) y que tengan residencia en España (art. 7). La razón de estudiar el IS en este trabajo reside en las dudas acerca de cómo contribuye al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31 de la CE) la plataforma *RentACasa* o su sociedad gestora –Rent, S. A.–.

A estos efectos, se entiende por actividad económica la ordenación de medios de producción –elementos materiales o personales, o ambos– con el objetivo de intervenir en la producción o distribución de productos o servicios (art. 5.1.I). Este concepto de actividad económica es el que también hemos venido manejando en las diferentes ramas del derecho que hemos estudiado en este trabajo. A la hora de calificar una actividad como económica, es irrelevante que haya o no ánimo de lucro, tanto en un sentido objetivo –obtención de una ganancia– como subjetivo –obtención de una ganancia partible–¹⁴⁷, sino que lo que tiene que haber es una ordenación mínima de los de esos medios materiales o personales. Ahora bien, independientemente de si hay o no ánimo de lucro, la obtención de ingresos la obtención de ingresos determinará siempre la calificación de la actividad como económica¹⁴⁸.

En cuanto al ámbito subjetivo de la LIS, el art. 7.1.a) considera que son contribuyentes las personas jurídicas –excepto las civiles sin objeto mercantil– que tengan residencia en España, entendiéndose que

¹⁴⁵ V. la jurisprudencia citada en el apartado 7.2. de este trabajo.

¹⁴⁶ BOE n.º 288, de 28 de noviembre de 2014. LIS.

¹⁴⁷ BONET SÁNCHEZ, M. P.: *La empresa ante el sistema tributario*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 170.

¹⁴⁸ MONTESINOS OLTRA, S.: «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario», *Economía industrial*, n.º 402, 2016, p. 48.

tienen su residencia en territorio español cuando se hubieran constituido conforme a las leyes españolas, tengan su domicilio social en España o tenga su sede de dirección efectiva en nuestro país—gestión administrativa y dirección de sus negocios— (art. 8).

7.3.1.1. Actividad de *RentACasa*

Como ya hemos dicho, el IS tiene como objetivo gravar la obtención de rentas, cualquiera que sea su fuente, por las sociedades y entes jurídicos que desarrollen una actividad económica y que tengan residencia en España.

En primer lugar, acerca de la inclusión de Rent, S. A., como sociedad gestora y titular de la plataforma colaborativa, en el ámbito subjetivo del IS, no nos cabe duda de que debe incluirse en él, ya que es una sociedad mercantil (art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010), y estas gozan de personalidad jurídica (art. 35 del CC en conexión con los arts. 116.II del CCom y 33 del Real Decreto Legislativo 1/2010). Así pues, se cumpliría con lo preceptuado en los arts. 1 y 7.1.a) de la LIS.

En segundo lugar, a respecto de su residencia en España, el art. 8 de la LIS considera que tienen residencia en España las sociedades constituidas conforme a las leyes españolas, las que tienen su domicilio social en España y las que tienen su centro de dirección y gestión en territorio español. En el caso que nos ocupa, nada se nos dice ni del domicilio social ni de su centro de dirección y gestión. A estos efectos, solo se nos habla de que la sociedad es una sociedad anónima cuya denominación incluye las siglas «S. A.». El hecho de que la denominación utilice esas siglas implica que esté rigiendo ese aspecto por el art. 6.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, lo que, a su vez, supone que acoge una de las formas societarias previstas en nuestra legislación. De todo ello, se colige que la sociedad se constituye y rige de acuerdo con las leyes españolas y, por tanto, que se da por cumplido el requisito de la residencia.

En tercer lugar y último lugar, en cuanto a la obtención de rentas y a la actividad económica, como ya hemos dicho en el epígrafe dedicado a la protección de los consumidores y usuarios, en este caso no podemos determinar si la sociedad gestora de la plataforma ha recibido algún ingreso por la labor de mediación por parte de sus usuarios, a pesar de que este sea el mecanismo habitual. Igualmente, hemos afirmado que no es necesario que se obtengan ingresos por ese cauce, sino que basta con que sea la actividad económica de la empresa (párr. segundo de la letra a) del anexo de la LSSI), de tal forma que, para determinar si se obtienen rentas, debemos dilucidar si es una actividad económica a los efectos de la LIS. El art. 5.1.I de la LIS exige la ordenación de medios de producción con el fin de intervenir en el mercado ofreciendo productos o servicios para considerar que existe una actividad económica. En este sentido, la doctrina afirma, de un lado, que *«respecto a la actividad económica desarrollada, cabe resaltar que la misma consistirá en los servicios de intermediación u otro tipo de servicio que la plataforma preste, excluyéndose los prestados por los usuarios/prestadores del servicio (transporte, alojamiento, etc.). En ambos casos, tanto el servicio prestado como el diseño y desarrollo de la propia plataforma constata la ordenación por cuenta propia de medios de producción con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios¹⁴⁹»*. Y, de otro lado, que la existencia de una plataforma *«supondrá siempre, por mínima que sea, una cierta ordenación de medios materiales y personales que tendrá la consideración de actividad económica si se realiza con la finalidad de intervenir en la producción de bienes y servicios, algo que, pese a la heterogeneidad que presenta la economía colaborativa, cabe presumir, en general, de las plataformas usualmente incluidas en ellas¹⁵⁰»*. Así pues, dado que la propia existencia de la plataforma *RentACasa* ya supone una ordenación de medios y debido a que, en este caso, ya hemos dicho que realiza las labores de poner en contacto a Juan con la pareja —el emparejamiento automático del que venimos hablando en el trabajo—, podemos concluir que existe una actividad económica a efectos tributarios y, por consiguiente, una obtención de rentas según la conjunción de la LSSI y la LIS.

En consecuencia, los ingresos obtenidos y contabilizados por la sociedad gestora de la plataforma pasan a integrar la base imponible del IS y la sociedad podrá deducirse los gastos relacionados con la

¹⁴⁹ ANTÓN ANTÓN, Á. y BILBAO ESTRADA, I.: «El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad», *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 26, 2016, p. 19. Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁰ MONTESINOS OLTRA, S.: «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario», *op. cit.*, p. 48. Las cursivas son nuestras.

prestación de los servicios y con el desarrollo de la plataforma sin mayores requisitos que un negocio tradicional¹⁵¹, aunque ya no pueda acogerse a los beneficios fiscales del *patent box*¹⁵².

7.3.2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio¹⁵³ reglamenta el IRPF. Esta ley tiene como finalidad gravar la totalidad de los rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales de las personas físicas, con independencia de quién sea el pagador o cuál sea el lugar donde se hubiesen producido (arts. 1 y 2), residentes en España¹⁵⁴ (art. 8). Examinaremos el IRPF en este trabajo para determinar, a efectos tributarios, en qué casos los prestadores de servicios a través de las plataformas se comportan como empresarios o profesionales y en cuáles otros son meros particulares que realizan hechos que pueden ser objeto de alguna obligación tributaria. En este caso, pretendemos dilucidar si Juan debe tributar por el régimen de actividades económicas o por el de rendimientos del capital inmobiliario.

En lo tocante al ámbito subjetivo de la LIRPF, ya hemos dicho que se consideran sujetos del IRPF las personas físicas que tengan su residencia en España. Se entiende que tienen su residencia en España cuando permanezcan en territorio español por ciento ochenta y tres días dentro del año natural o cuando tengan el centro de sus actividades o intereses económicos en España (art. 9.1.a) y b)).

Sobre la cuestión de la naturaleza de los rendimientos, el art. 27 considera existirán rendimientos de actividades económicas cuando, «procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios», puntualizando el art. 27.2 que se requerirá el empleo de una persona con contrato de trabajo y a jornada completa en el caso de que el arrendamiento de inmuebles sea la actividad económica. Sobre el concepto de actividad económica a efectos de la LIRPF, este será el mismo que se maneja para la LIS¹⁵⁵. Por su parte, el art. 22.1 considera que son rendimientos del capital inmobiliario los que se deriven del arrendamiento de bienes inmuebles rústicos o urbanos.

7.3.2.1. Actividad de los arrendadores

El IRPF tiene como finalidad gravar la totalidad de los rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales de las personas físicas, con independencia de quién sea el pagador o cuál sea el lugar donde se hubiesen producido, residentes en España. Como ya hemos dicho, es indiscutible que los arrendadores que ceden sus pisos a cambio de una contraprestación dineraria obtienen rentas sujetas al IRPF¹⁵⁶ y, en el caso de Juan, este se incardina en el ámbito subjetivo del IRPF por el hecho de ser una persona física que reside en España –no se nos dice que haya salido del país en ningún momento, por lo que podemos presumir que ha estado en él el período que exige el art. 9 de la LIRPF, así como el centro de sus intereses económicos está en España, al encontrarse su única fuente de ingresos aquí–.

Por lo que toca a si han de tributar por el régimen de rendimientos del capital inmobiliario o por el de actividades económicas, la elección entre uno u otro girará en torno a si Juan presta un servicio personal que suponga una ordenación de los medios de producción –sin que la habitualidad sea un criterio necesario¹⁵⁷–.

¹⁵¹ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (DGT) V0629-13, de 28 de febrero de 2013, en un supuesto de «explotación de sitios *web*, especial *blogs*, en internet».

¹⁵² El régimen de cesión de activos consistentes en programas informáticos ha sido excluido por la DGT en interpretación del art. 23 de la LIS y a través de la consulta vinculante V0363-16, de 1 de febrero de 2016.

¹⁵³ BOE n.º 285, de 29 de noviembre de 2006. LIRPF.

¹⁵⁴ También se considerarán contribuyentes los españoles residentes en el extranjero que cumplan los requisitos del art. 10 de la LIRPF.

¹⁵⁵ MONTESINOS OLTRA, S.: «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario», *op. cit.*, p. 53, nota al pie 5.

¹⁵⁶ MONTESINOS OLTRA, S.: «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario», *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁷ BONET SÁNCHEZ, M. P.: *La empresa ante el sistema tributario*, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

Dado que Juan arrienda su piso –como parte de un contrato de hospedaje– esa prestación de un servicio personal puede darse, bien cuando, además del arrendamiento, se presten servicios propios de la hostelería¹⁵⁸, bien cuando se emplee a una persona a jornada completa (art. 27.2 de LIRPF). Es evidente que Juan no emplea a jornada completa a ninguna persona, puesto que en el caso se nos describe que es él quien alquila el piso, quien atiende a los clientes, etc., por lo cual no podemos considerar que haya prestación de servicios personales y, por ende, actividad económica acudiendo al requisito del art. 27.2 de la LIRPF. Por su parte, se considera que son servicios propios de la hostelería los siguientes: restaurante, limpieza interior con periodicidad semanal, lavado de ropa y cambio de ropa con periodicidad semanal¹⁵⁹. En el caso que nos ocupa, Juan no presta ninguno de esos servicios, pues se limita a poner su piso a disposición de los arrendatarios-huéspedes y a prestarles servicio de piscina y de electrodomésticos –este servicio excluye los hosteleros, pues supone que los inquilinos satisfagan esas necesidades por sí mismos–.

Así pues, en aplicación de estos requisitos no estamos ante una prestación de carácter personal, lo cual determina que Juan ha de tributar las ganancias del arrendamiento-hospedaje por la vía de los rendimientos del capital inmobiliario (art. 22.1 de la LIRPF) tal y como reconoce la DGT al afirmar que «si el alquiler de la vivienda de uso turístico no se limitase a la mera puesta a disposición de la misma durante periodos de tiempo, sino que se complementase con la prestación de servicios propios de la industria hotelera [...] las rentas derivadas de los mismos tendrán la calificación de rendimientos de actividades económicas [...], *mientras que si no lo hace estaríamos ante rendimientos del capital inmobiliario*¹⁶⁰». Una de las consecuencias de esta calificación es que, dado que no es un arrendamiento destinado a la necesidad permanente de vivienda de los arrendatarios, Juan no podrá aplicarse la reducción sobre el rendimiento neto ex art. 23.2 de la LIRPF¹⁶¹.

7.3.3. Impuesto sobre el Valor Añadido

En el ámbito de la fiscalidad indirecta, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido¹⁶² viene a recaer sobre el consumo y a gravar, por lo que a este caso importa, las prestaciones de servicios realizadas por profesionales¹⁶³, en el ámbito espacial del territorio español –excepto Canarias, Ceuta y Melilla– (art. 3.Uno). Analizaremos el IVA en este trabajo para determinar si las plataformas en línea y sus usuarios –arrendadores, en este caso– son sujetos pasivos del IVA y si sus actividades –intermediación y alojamiento– están sujetas al pago de este tributo.

En relación con este caso, acerca del hecho imponible, el art. 4 afirma que lo constituyen las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios y profesionales, a título oneroso, ya sean habituales, ya sean ocasionales, en desarrollo de una actividad empresarial o profesional, entendiendo esta última, al albur del art. 5.Dos, como actividad económica –con el mismo contenido que los otros dos impuestos considerados¹⁶⁴– y presumiéndose *iuris et de iure* que existe dicha actividad en los supuestos del art. 4.Dos.

A respecto del concepto de empresario a efectos de la LIVA, el art. 5.Uno afirma que lo son las personas o entidades que ejerciten a título oneroso una actividad empresarial o profesional –o económica–; que se presume, salvo prueba en contrario, que lo son las sociedades mercantiles, y lo son los que entregan bienes o prestan servicios explotan un bien corporal o incorporeal para obtener ingresos continuados en el tiempo, en particular los arrendadores de bienes¹⁶⁵. Asimismo, se presumirá que estamos ante un empresario en los supuestos del art. 3 del CCom y cuando la actividad esté sometida al Impuesto sobre Actividades Económicas.

¹⁵⁸ Consultas vinculantes de la DGT V1189-15, de 16 de abril de 2015, y V1188-15, de 16 de abril de 2015.

¹⁵⁹ Consultas vinculantes de la DGT V0949-17, V1189-15 y V1188-15.

¹⁶⁰ Consulta vinculante de la DGT V1188-15. Las cursivas son nuestras.

¹⁶¹ Consulta vinculante de la DGT V3095-14, de 14 de noviembre de 2014.

¹⁶² BOE n.º 312, de 29 diciembre de 1992. LIVA.

¹⁶³ También grava las entregas de bienes, las adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de bienes (art. 1 de la LIVA), que no son objeto de nuestro trabajo, dado que en el caso no se presenta ninguna.

¹⁶⁴ MONTESINOS OLTRA, S.: «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario», *op. cit.*, p. 53, nota al pie 5.

¹⁶⁵ El concepto de empresario también se extiende a los casos del art. 5.Uno.d) y e) de la LIVA.

En cuanto al concepto de prestación de servicios, el art. 11 la define como toda operación sujeta al IVA que no tenga la consideración ni de entrega de bienes ni de adquisición intracomunitaria de bienes ni de importación. El precepto concreta esta delimitación de forma casuística aseverando que tendrán ese carácter, entre otras cosas, el arrendamiento de bienes, con o sin opción de compra (art. 11.Dos.2.º), la cesión del uso o disfrute de bienes (art. 11.Dos.3.º), el servicio de hostelería (art. 11.Dos.9.º) y la operación de mediación (art. 11.Dos.15.º).

En lo concerniente a la prestación en el ámbito espacial del territorio español, cobra especial relevancia el concepto de establecimiento permanente, entendido este como cualquier lugar fijo de negocios en el que los profesionales y los empresarios realizan sus actividades (art. 69.Tres.2.º). Tiene la consideración de establecimiento permanente, entre otras cosas, el bien inmueble explotado en arrendamiento (art. 69.Tres.2.º.g)). Decimos que este concepto cobra especial relevancia, ya que una prestación de servicios estará sujeta al IVA si el establecimiento permanente o, en su defecto, el domicilio o la residencia habitual se ubican en el territorio del impuesto –territorio español, excepto Canarias, Ceuta y Melilla– (art. 69.Uno.1.º y 2.º). Asimismo, el art. 70 contiene reglas especiales para determinadas prestaciones, de entre las cuales, nos interesan la de servicios vinculados a bienes inmuebles (art. 70.Uno.1.º) y los de mediación (70.Uno.6.º).

7.3.3.1. Actividad de la plataforma

El IVA, a los efectos de nuestro caso, grava las prestaciones de servicios realizadas por profesionales en el ámbito del impuesto –territorio español, salvo Canarias, Ceuta y Melilla–.

En primer término, en lo concerniente a la consideración de la actividad de Rent, S. A. a través de *RentACasa* como prestación de servicios y, por ende, a su sujeción al IVA, el art. 11 de la LIVA se limita a decir que son prestaciones de servicios las actividades que, a su albur, no son ni entregas de bienes ni adquisiciones intracomunitarias de bienes ni importaciones, definición que no aclara la situación. En el epígrafe sobre competencia desleal y, especialmente, en el de protección de los consumidores y usuarios, hemos señalado que la actividad desarrollada en por *RentACasa* es la intermediación en el arrendamiento de VUT. Esta actividad puede ser calificada como prestación de servicios de mediación (art. 11.Dos.15.º de la LIVA) y así ha sido calificada por la DGT, en un caso de plataformas en el sector del alojamiento turístico, cuando afirma «*[E]stas plataformas o portales de internet tienen una función proactiva, de intermediación en la actividad de arrendamiento de inmuebles, promoviendo de forma clara un acercamiento entre arrendador y arrendatario, con independencia de que la realización de dicha actividad se efectúe exclusivamente con medios electrónicos*¹⁶⁶. [...] [Los arrendadores] son quienes fijan las reglas y condiciones de la prestación del servicio de arrendamiento y quienes ordenan la forma de hacer efectivo el cobro de la contraprestación [...]. *En conclusión, los servicios prestados por las plataformas deben ser calificados como servicios de mediación*¹⁶⁷». Por todo ello, habida cuenta de que hemos expuesto arriba por qué *RentACasa* –Rent, S. A. a través de ella– intermedia entre Juan y la pareja, concluimos que la sociedad presta un servicio de mediación del art. 11.Dos.15.º de la LIVA, que no figura entre las actividades exentas del impuesto, sujeto al IVA.

En segundo término, en lo tocante a la realización por profesionales o empresarios y a la consideración de Rent, S. A. como sujeto pasivo del IVA, el art. 5.Dos de la LIVA afirma que una actividad es empresarial o profesional cuando es una actividad económica, en otras palabras, cuando supone la ordenación de medios para producir o distribuir bienes y servicios en el mercado. Esta definición es idéntica a la de actividad económica para el IS. En el caso de este impuesto, son válidas las mismas consideraciones que hemos hecho allí¹⁶⁸ y así lo ha entendido la DGT al afirmar que «*los portales o plataformas de internet donde se ofrecen las viviendas tendrán la condición, a los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, de empresarios o profesionales*¹⁶⁹. Asimismo, también sería actividad empresarial a la luz del art. 5.Uno.b) de la LIVA, que reputa empresarial la actividad desarrollada por una sociedad mercantil –como es Rent, S. A.–.

¹⁶⁶ A este respecto, v. la consulta vinculante de la DGT V2722-14, de 10 de octubre de 2014.

¹⁶⁷ Consulta vinculante de la DGT V0949-17, de 17 de abril de 2017. Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁸ V. apartado 7.3.1.1. de este trabajo.

¹⁶⁹ Consulta vinculante de la DGT V0949-17.

Por tanto, la actividad de Rent, S. A. es una actividad empresarial a los efectos del IVA. Consecuentemente, Rent, S. A. es sujeto pasivo del IVA (v. art. 84.Uno.1.º de la LIVA).

En tercer y último término, por lo que respecta a la prestación de los servicios en el ámbito territorial del impuesto, el art. 70.Uno.1.º y 6.º de la LIVA contiene reglas especiales en cuanto a las prestaciones de servicios relacionados con bienes inmuebles y a las de servicios de mediación para considerar que los servicios están prestados en el territorio del impuesto. Ambos ordinales del art. 70.Uno de la LIVA pueden resultar de aplicación al caso. El art. 70.Uno.6.º –servicios de mediación– resulta de aplicación porque Rent, S. A., mediante la plataforma, presta el servicio a la pareja –no son empresarios ni profesionales– y puesto que la operación intermediada –arrendamiento-hospedaje–, al ubicarse el inmueble en el territorio del impuesto, se encuentra también en el territorio del impuesto¹⁷⁰, de forma que se cumplen todos los requisitos del art. 70.Uno.6.º de la LIVA para considerar prestados en el territorio del impuesto los servicios de Rent, S. A.

Por su parte, el art. 70.Uno.1.º –servicios relacionados con bienes inmuebles– es aplicable al caso porque ha establecido un *numerus apertus* de servicios relacionados. Cuando se trate de un servicio no contemplado en la lista –como, en este caso, el servicio de mediación en el arrendamiento-hospedaje de viviendas–, este deberá cumplir el requisito de ser «un elemento central e indispensable de la mencionada prestación [la del bien inmueble]¹⁷¹», es decir, guardar una relación lo suficientemente próxima con el bien inmueble. En este sentido, el art. 31 *bis*.2.p) y 3.d) del Reglamento (UE) 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen Disposiciones de Aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido¹⁷² considera que guarda una relación lo suficientemente próxima con el bien inmueble el servicio de mediación en el arrendamiento, siempre que este no se asimile a un alojamiento hotelero. La DGT ha determinado, interpretando el art. 20.Uno.23.º.b).eº) de la LIVA, que no hay asimilación al servicio hotelero cuando no se presenten los servicios complementarios propios de la industria hotelera –restaurante, limpieza interior con periodicidad semanal, lavado de ropa, cambio de ropa con periodicidad semanal–¹⁷³. Así pues, en nuestro caso, en virtud de todo lo anterior y habida cuenta de que los únicos servicios prestados por Juan a la pareja son el de piscina y el de los electrodomésticos, podemos considerar que el servicio prestado por Rent, S. A. por medio de *RentACasa* es un servicio de intermediación en el arrendamiento de bienes inmuebles con una relación lo suficientemente próxima al bien como para que se entienda el servicio prestado en el territorio del impuesto –así lo ha establecido también el párr. 5 de la consulta vinculante de la DGT V0949-17–.

En conclusión, la actividad de Rent, S. A. a través de la plataforma *RentACasa* estará sujeta al pago del IVA.

7.3.3.2. Actividad de los arrendadores

Como ya hemos dicho, el IVA, a los efectos de nuestro caso, grava las prestaciones de servicios realizadas por profesionales en el ámbito del impuesto –territorio español, salvo Canarias, Ceuta y Melilla–.

Primero, respecto de la consideración de la actividad de Juan como prestación de servicios y, por lo tanto, de su sujeción al IVA, el art. 11 de la LIVA se limita a afirmar que son prestaciones de servicios las actividades que, a su albur, no son ni entregas de bienes ni adquisiciones intracomunitarias de bienes ni importaciones, definición que no aclara si la actividad de Juan se incardina en este concepto. Ahora bien, el art. 11.Dos de la LIVA se encarga de enumerar una serie de casos en los que estaríamos ante una prestación de servicios. De entre ellos, nos interesan los siguientes: arrendamientos de bienes, con o sin opción de compra (art. 11.Dos.2.º de la LIVA), y los servicios de hostelería (art. 11.Dos.9.º de la LIVA). La DGT ha considerado, en un caso de arrendamiento de vivienda por temporada a través una plataforma, que «*el arrendamiento de una vivienda, ya sea como vivienda habitual o como vivienda de temporada, constituye en*

¹⁷⁰ Consulta vinculante de la DGT V2448-15, de 3 de agosto de 2015.

¹⁷¹ Párr. 25 de la STJUE asunto *Heger Rudi GmbH*, de 7 de septiembre de 2006 [TOL4.627.685].

¹⁷² *DOUE* n.º 77, de 23 de marzo de 2011. Tras la modificación operada por el Reglamento (UE) 1042/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (UE) 282/2011 en lo relativo al lugar de realización de las prestaciones de servicios (*DOUE* n.º 284, de 26 de octubre de 2013).

¹⁷³ Consulta vinculante de la DGT V0949-17.

*todo caso una operación sujeta al impuesto*¹⁷⁴». Por todo ello, habida cuenta de que Juan no presta los servicios adicionales de hostelería –restaurante, limpieza interior con periodicidad semanal, lavado de ropa y cambio de ropa con periodicidad semanal–¹⁷⁵, presta una actividad de arrendamiento de inmuebles sujeta al IVA.

Ahora bien, el hecho de que la actividad esté sujeta al IVA no implica que no esté exenta. En cuanto a esto, *a sensu contrario*, el art. 20.Uno.23.º.b).e’) de la LIVA considera que están exentos los arrendamientos de viviendas en los que no se presten los servicios propios de la industria hotelera. La DGT, en el mismo caso que en el párr. anterior, considera que, si *«no se van a prestar los servicios propios de la industria hotelera tal y como se han descrito en el apartado anterior, limitándose la gestión realizada a la comprobación del estado de las viviendas y la entrega de llaves en el momento de de la ocupación [...], podemos concluir que los arrendamientos objeto de consulta estarán, en principio, exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido*¹⁷⁶». Así las cosas, aunque la actividad de Juan no se limite a entregar las llaves y comprobar el estado de su piso, sino que implica también la gestión de las reservas y, en principio, los servicios de piscina y electrodomésticos, como ya hemos dicho en el párr. anterior, no presta los servicios propios de la industria hotelera, podemos afirmar que su arrendamiento está sujeto al IVA, pero exento de él.

Segundo, respecto la realización por profesionales o empresarios y a la consideración de Juan como sujeto pasivo del IVA, el art. 5.Dos de la LIVA afirma que una actividad es empresarial o profesional cuando es una actividad económica, en otras palabras, cuando supone la ordenación de medios para producir o distribuir bienes y servicios en el mercado. Anteriormente, el art. 5.Uno.c).II considera que son profesionales o empresarios los que presten servicios que supongan la explotación de un bien, en particular, los arrendadores de bienes, idea que ha sido confirmada por la DGT al aseverar que *«la consultante y su marido, como arrendadores de un bien inmueble, tendrán la consideración de empresarios o profesionales, y ello con independencia de que el arrendamiento se realice por periodos cortos de tiempo*¹⁷⁷». Así, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo que afirmamos en el párr. precedente, Juan arrienda un bien inmueble, Juan tiene la consideración de empresario o profesional a los efectos del IVA.

Tercero y último, por lo que toca a la prestación de los servicios en el ámbito territorial del impuesto, el art. 70.Uno.1.º.a) de la LIVA, en relación con el art. 69.Tres.2.º.g) de la misma ley, contiene las reglas necesarias para que entendamos que el arrendamiento de viviendas se entiende prestado en el territorio del impuesto –a efectos del establecimiento permanente– y considera que los arrendamientos de bienes, incluidas las viviendas amuebladas, se prestan en el territorio del impuesto, considerándose que hay establecimiento permanente donde se ubique el bien inmueble arrendado. En interpretación de esos preceptos, la DGT ha manifestado que, *«en la medida en que explotan un bien inmueble en arrendamiento en el territorio de aplicación del impuesto, se considera que tienen un establecimiento permanente en dicho territorio*¹⁷⁸» y que *«el servicio estará sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido cuando el inmueble se encuentre ubicado en el territorio de aplicación del impuesto, al tratarse de un servicio relacionado con bienes inmuebles*¹⁷⁹». Así pues, dado que el piso de Juan se encuentra en la ciudad de A Coruña y que esta se halla dentro del territorio de aplicación del impuesto, no podemos sino concluir que los servicios de arrendamiento se realizan en el territorio del IVA.

En suma, la actividad desarrollada por Juan como arrendador-hospedador de una VUT está sujeta al IVA por cumplirse los requisitos subjetivos, objetivos y territoriales de aplicación del impuesto. Ahora bien, está exenta del pago del impuesto por ser un mero arrendamiento de bienes sin prestación de los servicios hoteleros.

7.4. Conclusiones

¹⁷⁴ Consulta vinculante de la DGT V3095-14.

¹⁷⁵ Consulta vinculante de la DGT V0949-17, en la que considera que los arrendadores de VUT no prestan el servicio hotelero ni asimilado.

¹⁷⁶ Consulta vinculante de la DGT V3095-14. Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁷ Consulta vinculante de la DGT V0109-16, de 15 de enero de 2016. Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁸ Consulta vinculante de la DGT V2448-15. Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁹ Consulta vinculante de la DGT V0109-16. Las cursivas son nuestras.

Después de haber expuesto el análisis de las cuestiones alrededor de las repercusiones tributarias del caso, estamos en disposición de señalar cuáles son los resultados de este epígrafe.

7.4.1. Licitud de los medios de prueba

Acerca de la licitud de las pruebas encontradas a Juan –material documental e informático–, ante un eventual procedimiento dirigido contra él, desde un punto de vista estrictamente procedimental tributario, es lícita la utilización de todos los materiales en procedimientos de comprobación e investigación y es legítimo el uso de los materiales de los cuatro últimos ejercicios en procedimientos de liquidación y exigencia de las obligaciones fiscales presuntamente incumplidas. Y, desde la perspectiva de la naturaleza de los medios de prueba, ese material también es legal porque encaja en el medio de prueba documental privado contemplado en la LEC y en el CC, al ser un bien corporal y mueble que incorpora un escrito –incluso el material informático por disposición de la LSSI–.

7.4.2. Actividad de la plataforma *RentACasa*

A respecto de la tributación de la actividad de intermediación de Rent, S. A., en primer lugar, está sujeta al pago del IS, dado que ejercita una actividad económica al ordenar medios de producción –creación y mantenimiento de la plataforma, actos materiales de acercamiento entre oferentes y demandantes–, debido a que reside en España al haberse constituido y regido por las leyes españolas y porque es sujeto del IS por ser una sociedad mercantil con personalidad jurídica.

En segundo y último lugar, la actividad de intermediación el alquiler de VUT está asimismo sujeta al pago del IVA, pues presta servicios de mediación contemplado en el art. 11.Dos.15.º de la LIVA, puesto que es empresario o profesional al ejercitar una actividad económica al ordenar medios de producción en los mismos términos que para el IS y ya que presta ese servicio en el ámbito territorial del impuesto por situarse el inmueble en cuyo arrendamiento intermedia en España y no dedicar dicho inmueble al arrendamiento junto con servicios hoteleros.

7.4.3. Actividad de los arrendadores

En cuanto a la sujeción de la actividad de Juan al IRPF y al IVA, en primer término, está sujeta al pago de este impuesto bajo el régimen de capital inmobiliario (art. 22.1 de la LIRPF), dado que no ejercita ninguna actividad económica al no prestar servicios personales propios de la industria hotelera ni emplear a una persona con contrato de trabajo a jornada completa (art. 27.2 de la LIRPF).

En segundo y último término, también está sujeta al IVA, debido a que presta el servicio de arrendamiento de inmuebles (art. 11.Dos.2.º de la LIVA), porque es un empresario o profesional al ser un arrendador de inmuebles (art. 5.Uno.c).II de la LIVA) y puesto que presta dicho servicio y tiene un establecimiento permanente en el territorio del impuesto por estar su inmueble ubicado en España. Ahora bien, está exenta del pago del IVA por ser un arrendamiento de vivienda en el que no se prestan los servicios propios de la hostelería (art. 20.Uno.23.º.b).e’), *a sensu contrario*, de la LIVA).

8. CONCLUSIONES GENERALES

Una vez hemos analizado todas las cuestiones jurídicas que se nos han planteado en el caso, estamos en disposición de extraer las conclusiones fruto de ese análisis. Creemos que el estudio de esas cuestiones tiene relevancia en el contexto actual, dado que, como ya dijimos en la introducción, la importancia, tanto económica como jurídica, de las relaciones entorno a las plataformas de economía colaborativa es cada vez mayor, de forma que los problemas que hemos abordado en este trabajo ya han sido y van a seguir siendo problemas que van a presentarse en la práctica jurídica real. Así, con este trabajo, hemos buscado dar unas respuestas que puedan aplicarse a casos reales que surjan alrededor de plataformas que conecten a personas físicas que actúan como oferentes servicios de alojamiento turístico con personas que demandan esos servicios y que satisfacen por su prestación una contraprestación dineraria.

Como primera conclusión, a respecto de la competencia desleal por violación de normas que pudieran cometer las plataformas y sus usuarios, hemos de tener presente que se trata del aspecto jurídico

que más y más mediáticos litigios ha generado. A la hora de analizar si una plataforma o sus usuarios incurren en ese acto de competencia desleal, lo primero en lo que tenemos que fijarnos es en la clase de plataforma de la que se trata atendiendo a las funcionalidades que proporciona, debido a que ello nos dará una primera aproximación al servicio que presta –por ende, a los requisitos para dicha prestación–. En el caso de nuestras plataformas, que son de la clase más conocida y rentable, para determinar si prestan el servicio del mercado del que se trata o uno de intermediación, deberemos fijarnos, en primer lugar, en el precio, en otras palabras, en la cantidad cobrada, en el concepto por el que se cobra, en quién fija el precio y en cómo lo fija, y en cómo se tramitan los pagos de ese precio. En segundo lugar, habremos de atender a cómo se presta el servicio, es decir, a si la plataforma exige algún requisito para acceder a prestar el servicio, a si imparte a los prestadores efectivos del servicio órdenes o instrucciones acerca de los emplazamientos y las horas o el tipo de clientes con el que obtener mayores beneficios, y, en definitiva, a si la plataforma tiene un dominio sobre la oferta de prestación del servicio y sus prestadores. En tercer y último lugar, tendremos que examinar la relación entre el prestador efectivo del servicio y el propio servicio que proporciona, esto es, la relevancia económica del servicio prestado para el oferente, la titularidad de los medios de producción y, nuevamente, la posición ante la plataforma –rendición de cuentas por la calidad de los servicios prestados...–. Así las cosas, cuando se trate de una plataforma como la que hemos estudiado en este trabajo, el examen de todos esos elementos conducirá a considerar que la plataforma solo intermedia –por ello, no comete acto de competencia desleal–, porque será el oferente el que determine el precio final –concepto, cantidad y forma de pago–, prestará los servicios de acuerdo con sus condiciones y sin recibir ninguna indicación por parte de la plataforma, será el titular de los medios de producción con los que presta el servicio y no tendrá una relación de dependencia respecto a la plataforma. Después de esto, para determinar si los usuarios cometen actos de competencia desleal, lo otro en lo que deberemos detenernos es, de un lado, en la naturaleza de las normas que rigen la prestación del servicio y, de otro, en la presencia en el mercado del oferente considerado. Así pues, cuando sea un particular prestador de servicios –como en este caso–, la normativa –autonómica principalmente– se referirá a las condiciones en las que se encuentran las viviendas que van a arrendarse y a los límites de la prestación –normas que no regulan la actividad concurrencial al no disponer las «reglas de juego» del mercado– y la presencia en el mercado será tan ínfima, habida cuenta de que se trata de una oferta muy fragmentada, que no podrá determinar un vuelco de la demanda a su favor.

Como segunda conclusión, en cuanto a la promoción de la competencia en los sectores en los que intervienen las plataformas y los oferentes, debemos tener en cuenta que es un aspecto jurídico bastante mediático y muy relevante por –en ambos casos– la intervención de las autoridades en materia de competencia. En el momento en el que nos propongamos enjuiciar la actuación de los poderes públicos en orden a regular la economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico, habremos de reparar tanto en el aspecto procesal como en sustantivo. Desde un punto de vista procesal, puesto que la normativa dictada en esta materia –tanto la real como la ficticia de este caso– es administrativa, a la hora de pretender su impugnación, tendremos que explorar tanto la vía administrativa como la contencioso-administrativa, dentro de las cuales podremos actuar de forma abstracta –recurso de revisión, recurso directo contra reglamentos– y sobre la base de un acto dictado en aplicación de esas normas –recurso administrativo contra actos y apertura del procedimiento de revisión de oficio y recurso contencioso contra actos más cuestión de ilegalidad–, así como podremos actuar con o sin la intervención de órganos administrativos –CNMC, Comisión Galega da Competencia, Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado, etc.–. Y, desde un punto de vista sustantivo, el juicio de la adecuación a derecho de estas normas debe partir de si cumplen con los principios de una regulación económica eficiente y si lo hacen con los principios de una intervención administrativa no restrictiva de la unidad de mercado ni la libertad de establecimiento –el estudio del cumplimiento de estos dos bloques de principios debe hacerse separado el uno del otro, evitando la cierta confusión en la que cae la jurisprudencia–. Así, en supuestos como el que nos ocupa, habremos de estudiar, casi en exclusiva, si la regulación obedece a algún fallo del mercado o a la protección de un imperioso interés general y si produce una restricción de la oferta y, por ello, impide la bajada de precios a calidades iguales, obteniendo un resultado que arroja que, en los preceptos más frecuentes –restricciones temporales y restricciones por razón de las características de las viviendas–, no existe fallo de mercado y solo, algunas veces, protección de intereses generales.

Como tercera conclusión, en lo concerniente a protección de los consumidores y usuarios, este aspecto jurídico es muy relevante, pero de escaso o ningún tratamiento judicial ni informativo. Para analizar

la protección a la que tienen derecho los destinatarios finales de los alojamientos turísticos, tendremos que delimitar muy claramente cuáles son los dos contratos que suscriben –con la plataforma y con el prestador del servicio– y la condición de consumidor y empresario de esos tres actores. El contrato suscrito con la plataforma será un contrato de mediación electrónica, un contrato de servicios de la sociedad de la información con el que promueve el contacto entre demandantes y oferentes. Para juzgar si este será un contrato de la sociedad de la información, estaremos a que se preste a través de mecanismos de almacenamiento y tratamiento de datos, a distancia, a petición de los destinatarios y de forma onerosa. Para que sea un contrato de mediación, tendrá que realizar actos materiales tendentes al acercamiento de futuros contratantes. En situaciones como la que nos ocupa, podremos concluir que los destinatarios finales y las plataformas celebran un contrato de mediación electrónica, en tanto contactan a través de medios informáticos, a distancia, por iniciativa del destinatario –busca los alojamientos– y de forma onerosa, aunque el destinatario no pague por los servicios. Por su parte, el contrato convenido entre los destinatarios finales y los prestadores efectivos de servicios será un contrato de hospedaje, y, para calificarlo como tal, deberemos fijarnos en si el interés de dichos destinatarios se satisface con el mero arrendamiento o si solo se colma con unos servicios adicionales –que no habrán de ser, en exclusiva, la restauración o la limpieza–, considerando que va más allá del simple arrendamiento cuando se presta un servicio adicional buscado por los destinatarios. Así, en supuestos como el nuestro, en el que la necesidad a satisfacer es vacacional, además de la puesta a disposición de la vivienda, se proporcionan unos servicios agregados –uso de electrodomésticos, uso de piscinas, uso de zonas comunes...– que satisfacen esa necesidad y convierten el contrato en uno de hospedaje. En lo tocante a la condición de usuarios o empresarios de los tres actores implicados en las relaciones en derredor del piso, en supuestos como este, los destinatarios finales del alojamiento serán consumidores en relación con las plataformas, puesto aquellos pretenden satisfacer una necesidad privada y no destinarán los servicios recibidos a una nueva fase de producción y ya que estas son empresarias en la medida en la que concurren en ellas los criterios de persecución de un objetivo empresarial, ánimo de lucro, habitualidad, reiteración y exteriorización, mientras que la relación entre los prestadores del servicio y los destinatarios es una relación entre iguales y no de consumo, dado que en los oferentes –particulares–, aun concurriendo los requisitos de habitualidad, ánimo de lucro y persecución de un fin económico, no lo hacen los de profesionalidad ni constancia ni exteriorización.

Como cuarta conclusión, por lo que concierne a la incardinación jurídico-laboral de los prestadores de servicios, esta cuestión jurídica no ha tenido la relevancia que sí ha tenido en Estados Unidos –trabajadores dependientes– o en Italia y el Reino Unido –trabajadores autónomos–. Cuando pretendamos determinar si un prestador de servicios turísticos a través de una plataforma colaborativa tiene la condición de trabajador por cuenta propia, tendremos que examinar si cumple los condicionantes de habitualidad, de personalidad, de independencia y actuación fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona y ánimo de lucro. El requisito de habitualidad –el más importante por ser el más alterado por la intervención de las plataformas– se entenderá cumplido si la prestación de servicios es la actividad que reporta los ingresos principales y es la actividad principal; la personalidad, cuando el trabajador aporte esfuerzo a la actividad productiva y participe activamente en su desarrollo; la independencia, cuando no tenga concertado ningún contrato de trabajo con un empleador, y el ánimo de lucro, cuando se prestan los servicios a cambio de unos ingresos o si pretenden compensarse los gastos que habitualmente soportan los particulares que no negocian en el mercado. Así las cosas, en supuestos como el presente, habida cuenta de que la prestación de servicios ha pasado a ser el *modus vivendi* de los oferentes, se cumple el requisito de habitualidad al suponer los únicos ingresos del prestador; el de personalidad, al ordenar medios de producción –gestión de clientela, etc.–; el de independencia, por no actuar bajo la dirección de la plataforma, y el ánimo de lucro, al recibir ingresos por los alquileres en compensación por gastos –según el concepto laxo de gasto– que normalmente no debería soportar.

Como quinta conclusión, por lo que toca a las repercusiones fiscales del arrendamiento de VUT, es un tema que suscitado muchas consultas a la Administración tributaria por parte de los particulares. A la hora de establecer la sujeción de la actividad de las plataformas y los oferentes al IS, al IRPF y al IVA es necesario que se cumplan los requisitos subjetivos –ser persona jurídica para el IS o física para el IRPF, o cualquiera de las dos para el IVA–, objetivos –actividad económica para IS, actividad económica o explotación del capital inmobiliario para el IRPF y prestación de servicios o entrega de bienes en el IVA– y territoriales –residencia en España para el IS y el IRPF, y prestación de servicios y establecimiento

permanente en territorio del impuesto en el IVA—. En casos como el nuestro, respecto al IS, la actividad de las plataformas –o de sus empresas gestoras– estará sujeta al IS si son personas jurídicas o entes con personalidad jurídica, que residan en España por constituirse y regirse por leyes españolas o tener su centro de dirección en España –estos dos requisitos de residencia habrá que analizarlos caso a caso– y ejercitan una actividad económica, entendida como ordenación de medios de producción –extremo que, dada la realidad, se presumen las plataformas–. Respecto del IRPF, la calificación de las actividades de los oferentes como actividades económicas o rendimientos del capital inmobiliario dependerá de si, además del arrendamiento, ofrece servicios propios de la industria del turismo o emplea a una persona con contrato de trabajo a tiempo completo, pero, de acuerdo con que presta el servicio por sí mismo y no incluye servicios de restauración, limpieza..., en la mayor parte de los casos será un arrendamiento sujeto al régimen de rendimientos del capital inmobiliario. Y, acerca de la sujeción al IVA, las actividades de las plataformas estarán sujetas al impuesto siempre y cuando el bien inmueble cuyo arrendamiento intermedie esté ubicado en España y no se dedique a la prestación de servicios hoteleros, los cuales no serán prestados si no se provee de servicios como la restauración, la limpieza o la lavandería; y las actividades de los particulares oferentes, estarán sujetas al IVA por el hecho de ser una prestación contemplada en la LIVA, pero su exención dependerá de si el oferente incluye los servicios propios de la hostelería, de modo que estará exenta al no prestarse dichos servicios de restauración, limpieza...

Como quinta y última conclusión, sobre el conflicto de marcas, la importancia de este asunto radica en que las plataformas prestan sus servicios en diversos países de Europa y en que los servicios prestados por los oferentes se identifican por la marca o signo de la plataforma en la que se anuncian. Así, para determinar la relación entre las marcas de las plataformas españolas y las comunitarias renombradas, habremos de tener presente el renombre de la marca comunitaria, el cual se define por relación al mercado al que afecta y al territorio de referencia –puede ser un único Estado–; la similitud entre los dos signos, que se cifra en semejanza conceptual, fonética, gráfica y visual; el aprovechamiento indebido del renombre de la marca comunitaria, consistente, bien en causar un perjuicio a la marca renombrada, bien en obtener un beneficio de la explotación de la similitud, y el uso sin justa causa, que se presume y desplaza la carga de la existencia de la justa causa a los que utilizan el símbolo en conflicto con el comunitario.

Tras haber expuesto las conclusiones a las que llegamos después de analizar todos los asuntos jurídicos del caso, podemos proceder a valorar personalmente el resultado del caso. La introducción de la contraprestación económica en el ámbito del alojamiento turístico –en general, de la economía colaborativa– empieza a desnaturalizar, en menos de diez años, el propio concepto de alojamiento colaborativo, aunque no exista un concepto unificado. En origen, la esencia de todos los fenómenos colaborativos era reaccionar contra el consumismo desmedido durante la crisis económica, dando uso a bienes infrautilizados y permitiendo que los que no pudieran adquirirlos mediante el sistema de consumo tradicional tuvieran acceso a ellos. Consistía, pues, en una vuelta al trueque sobre la base de nuevos principios ecologistas, de aprovechamiento de la tecnología y de consumo responsable. Ahora bien, la contraprestación económica, que en sí no tendría que hacer perder ese sentido de reacción frente a un consumo desmedido, empieza a integrar esta forma económica en la dinámica de la economía formal y de mercado al cambiar el objetivo de los oferentes –ya no se pretende dar uso al bien infrautilizado o compartir gastos, sino obtener un lucro de esos bienes que ya no siempre son infrautilizados– y el de los demandantes –no pretenden acceder a bienes o servicios a los que no podían acceder en el sistema tradicional, sino acceder a los servicios del sistema tradicional a un precio más barato–. A ese cambio dentro del paradigma colaborativo ha contribuido la regulación dictada por las Administraciones públicas. Esa regulación no ha hecho sino profesionalizar un fenómeno económico basado en la ausencia de profesionales. Las exigencias normativas, cada vez mayores y más rigurosas, en un sistema económico originariamente informal, implican la asunción de muchos y nuevos gastos por parte de los oferentes y, consecuentemente, el nacimiento en ellos de la necesidad de recuperarse de esos gastos. Todo ello lleva a una competición –vía precios– entre los prestadores –en la que los demandantes buscarán la oferta más económica– que es contraria al espíritu de las manifestaciones colaborativas. No estamos juzgando que sea correcto o incorrecto, moral o inmoral, justo o injusto, que cambien los objetivos de los actores del fenómeno cooperativo, sino simplemente haciendo patente que ese cambio de objetivos por la introducción del elemento dinerario supone mudar la esencia de esos fenómenos de compartición de bienes infrautilizados. En suma, una regulación, por lo que a nuestro caso ocupa, del turismo colaborativo –de la economía colaborativa en su conjunto– que quisiera ser fiel a la esencia, sin

renunciar la protección de los intereses estudiados en este supuesto, debería contemplar la contraprestación pecuniaria como una de las manifestaciones de ese alojamiento turístico, no como un elemento de su definición, y debería reducir las exigencias para prestar el servicio, lo cual redundaría en una mayor oferta y menores gastos para los oferentes.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.:** *Lei 39/2015 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2017.
- ÁLVAREZ LATA, N.:** «Artículo 113. Responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera del establecimiento», **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1644-1648.
- ANTÓN ANTÓN, Á. y BILBAO ESTRADA, I.:** «El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad», *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 26, 2016, pp. 1-39.
- BALLESTEROS PASTOR, I.:** «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», *Revista de trabajo y de Seguridad Social*, n.º 17, 1995, pp. 25-131.
- BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, J.:** «La prueba en los procedimientos tributarios», *Impuestos*, año 29, n.º 2, 2013, pp. 1-12.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:** «Artículo 4. Concepto de empresario», **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.** (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 70-74.
- BONET SÁNCHEZ, M. P.:** *La empresa ante el sistema tributario*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CARBONELL PORRAS, E.:** «Revisión de actos administrativos en vía administrativa», **GAMERO CASADO, E.** (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, 2017, Valencia.
- CASCÓN CARBAJO, F.:** «Violación de normas», **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.** (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 413 y 414.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.:** *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Reus, Madrid, 1986.
- CASTAÑOS CASTRO, P.:** «Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, n.º 6, 2014, pp. 65-81.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.:** «Artículo 23. El derecho a la Seguridad Social», **SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAGARDOY Y BENGOCHEA, J. A.** (Dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 399-428.
- CNMC:** *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa*, informe, marzo de 2016.
- Memoria de actividades de la CNC 2012-2013*, memoria, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA:** *Public consultation on the regulatory environment for the platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, consulta pública, finalizada el 29 de abril de 2015.
- Una agenda europea para la economía colaborativa*, Comunicación, COM (2016) 356 final, de 2 de junio de 2016.
- CREMADES GARCÍA, P.:** *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009.
- DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.:** *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Madrid, 2005.
- EMPARANZA SOBEJANO, A.:** «Violación de normas», **MARTÍNEZ SANZ, F.** (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009.
- GARCÍA VICENTE, J. R.:** «La contratación con consumidores», **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp.1631-1790.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. e ÍÑIGUEZ BERROZPE, T.:** «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto P2P», *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 14, n.º 3, 2016, pp. 751-768.
- MASSAGUER FUENTES, J.:** *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

MERCADER UGUINA, J. y PUEBLA PINILLA, A. DE LA: «Artículo 1. Supuestos incluidos», *El estatuto del trabajador autónomo*, Comares, Granada, 2009, pp. 51-72.

MILLÁN GARRIDO, A.: «Introducción al estudio del corretaje», *Revista General del Derecho*, n.º 510, 1987, pp. 693-735.

MONTESINOS OLTRA, S.: «Los actores de la economía colaborativa desde el punto de vista del derecho tributario», *Economía industrial*, n.º 402, 2016, pp. 47-54.

MUNAR BERNAT, P. A.: «Hospedaje», MUNAR BERNAT, P. A. (Coord.), *Derecho Privado del Turismo*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 167-249.

PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: «El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa», MONTERO PASCUAL, J. J. (Dir.), *La regulación de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 125-168.

SARGADOY Y BENGOCHEA, J. A. y GIL Y GIL, J. L.: «Artículo 1. Supuestos incluidos», SEMPERE NAVARRO, A. V. y SARGADOY Y BENGOCHEA, J. A. (Dir.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 17-65.

TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ZUDDAS, G. *et al.*: *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Giuffrè, Milán, 1994.

<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/legitimacion-activa> (última consulta, 30 de mayo de 2017).

REPERTORIO NORMATIVO

Normativa comunitaria:

Reglamento Reglamento (UE) 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen Disposiciones de Aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido (*DOUE* n.º 77, de 23 de marzo de 2011. Tras la modificación operada por el Reglamento (UE) 1042/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (UE) 282/2011 en lo relativo al lugar de realización de las prestaciones de servicios [*DOUE* n.º 284, de 26 de octubre de 2013]), y **(CE) 207/2009** del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la Marca Comunitaria (*DOUE* n.º 78, de 24 de marzo de 2009).

Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (*DOUE* n.º 241, de 17 de septiembre de 2015).

Normativa estatal:

Constitución Española (*BOE* n.º 311, de 29 de diciembre de 1978).

Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* n.º 236, de 2 de octubre de 2015); **8/2015**, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (*BOE* n.º 261, 31 de octubre de 2015); **5/2015**, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial (*BOE* n.º 101, de 28 de abril de 2015); **2/2015**, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*BOE* n.º 255, de 24 de octubre de 2015); **27/2014**, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (*BOE* n.º 288, de 28 de noviembre de 2014); **20/2013**, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (*BOE* n.º 295, de 10 de diciembre de 2013); **3/2013**, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (*BOE* n.º 134, de 5 de junio de 2013); **1/2007**, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* n.º 287, de 30 de noviembre de 2007); **34/2007**, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (*BOE* n.º 275, de 16 de noviembre de 2007); **20/2007**, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (*BOE* n.º 166, de 12 de julio de 2007); **35/2006**, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (*BOE* n.º 285, de 29 de noviembre de 2006); **59/2003**, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (*BOE* n.º 304, de 20 de diciembre de 2003); **58/2003**, de 17 de diciembre, General Tributaria (*BOE* n.º 302, de 18 de diciembre de 2003); **34/2002**, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (*BOE* n.º 166, de 12 de julio de 2002); **5/2000**, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (*BOE* n.º 189, de 8 de agosto de 2000); **1/2000**, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* n.º 7, de 8 de enero de 2000); **29/1994**, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*BOE* n.º 282, de 25 de noviembre de 1994); **37/1992**, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (*BOE* n.º 312, de 29 de diciembre de 1992); **3/1991**, de 10 de enero, de Competencia Desleal (*BOE* n.º 10, de 11 de enero de

1991); **Real Decreto de 24 de julio de 1889** por el que se publica el Código Civil (*Gaceta* n.º 206, de 25 de julio de 1889), y **Real Decreto de 22 de agosto de 1885** por el que se publica el Código de Comercio (*Gaceta* n.º 289, de 16 de octubre de 1885).

Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (*BOE* n.º 292, de 7 de diciembre de 1961);

Normativa autonómica:

Leis 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia (*DOG* 80, de 28 de abril de 2014); **7/2011**, do 27 de outubro de, do Turismo de Galicia (*DOG* n.º 216, 11 de noviembre de 2011); **16/2010**, do 17 de decembro, de Organización e Funcionamento da Administración Xeral e do Sector Público de Galicia (*DOG* n.º 251, de 31 de diciembre de 2010).

Decretos 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que se establece a ordenación dos apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia (*DOG* n.º 29, de 10 de febrero de 2017); **118/2016**, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos (*DOG* n.º 160, de 25 de agosto de 2013).

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES

STJUE: asunto *Comisión c. Bélgica*, de 19 de diciembre de 2012 [TOL3.297.658]; asunto *Beatle*, de 29 de marzo de 2012 [TOL2.254.053]; STJUE asunto *L'Oréal c. eBay*, de 12 de julio de 2011 [TOL2.155.786]; asunto *BOTOCYL*, de 16 de diciembre de 2010 [TOL2.136.322]; asunto *PAGO*, de 6 de octubre de 2009 [TOL2.164.830]; asunto *L'Oréal y otros*, de 18 de junio de 2009 [ECLI:EU:C:2009:378]; asunto *T-449/07*, de 5 de mayo de 2009 [TOL2.163.094]; asunto *Intel Corporation*, de 27 de noviembre de 2008 [TOL2.163.156]; asunto *Heger Rudi GmbH*, de 7 de septiembre de 2006 [TOL4.627.685]; asunto *Mediakabel BV c. Commissaritaat voor de Media*, de 5 de junio de 2005 [ECLI:EU:C:2005:348]; asunto *Spa-Finders* de 25 de mayo de 2005 [TOL4.626.476]; asunto *Arblade y otros*, de 23 de noviembre de 1999 [TOL104.953]; asunto *General Motors*, de 14 de septiembre de 1999 [TOL105.048]; asunto *Canon*, de 29 de septiembre de 1998 [TOL103.564], y asunto *Gut Springenheide* de 18 de julio de 1998 [TOL103.647].

STC: 71/1982, de 28 de abril, y 15/1989, de 26 de enero.

STS: 2318/2016, de 27 de octubre [LaLey 156146/2016]; 728/2011, de 24 de junio [RJ 2012\431]; 406/2012, de 18 de junio [RJ 2012\8857]; 846/2010, de 30 de diciembre [RJ 2010\1794]; de 28 de mayo de 2010 [TOL 1.872.596]; 1348/2006, de 29 de diciembre [RJ 2007\1714]; de 18 de octubre de 2006 [TOL1.006.714]; de 15 de septiembre de 2005 [TOL 716.043]; de 26 de junio de 2005 [TOL 675.212]; 512/2005, de 24 de junio [RJ 2005\4927]; de 13 de octubre de 2004 [TOL 507.304]; 963/2000, de 18 de octubre [RJ 2000\8809]; 593/2000, de 16 de junio [RJ 2000\5288]; 271/2000, de 13 de marzo [RJ 2000\1207]; 4156/1999, de 12 de junio [ECLI:TS:1999:4156]; de 2 de diciembre de 1988 [RJ 1988\9310]; de 17 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9514], y 100/1936, de 13 de marzo [TOL5.024.626].

STSJ: de Canarias de 21 de marzo de 2017 [LaLey 25573/2017]; de Madrid 292/2016, de 31 de mayo [LaLey 58266/2016]; de Catalunya 37/2016, de 19 de mayo [RJ 2016\3653], y de Castilla y León de 22 de enero de 2001 [AS 2001\1552].

STCT: de 18 de mayo de 1990 [RTCT 1990\1925]; de 6 de marzo de 1982 [RTCT 1982\1407], y de 27 de enero de 1977.

SAP: de Tarragona 862/2006, de 16 de mayo [AC 2007\231]; de Valencia 551/2005, de 21 de diciembre [JUR 2006\106517]; de Madrid 146/2005, de 1 de marzo [JUR 2005\84465]; Madrid 476/2004, de 8 de septiembre [JUR 2005\43327]; de Madrid 115/2003 de 18 febrero [JUR 2003\175006]; de Málaga 596/2000, de 23 octubre [JUR 2001\25537]; de Málaga 596/2000, de 26 septiembre [AC 2001\1163]; de Madrid de 8 de abril de 2000 [JUR 2000\194509]; de Barcelona 793/2000, de 26 de enero [AC 2000\688], y de Badajoz 18/1999, de 19 enero [AC 1999\10].

SJCA n.º 11 de Barcelona 309/2016, de 29 de noviembre [TOL5.956.773].

SJM n.º 2 de Madrid 30/2017, de 2 de febrero [TOL5.951.476].

Conclusiones del abogado general de la Unión Europea, de 11 de mayo de 2017 [ECLI:EU:C:2017:364].

Dictamen del Consejo de Estado 1249/2015, de 28 de enero de 2016 [accesible en www.boe.es].

Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de julio de 2008 [JUR 2008\392672].

Consultas vinculantes de la DGT: V0949-17, de 17 de abril de 2017; V0363-16, de 1 de febrero de 2016; V0109-16, de 15 de enero de 2016; V2448-15, de 3 de agosto de 2015; V1189-15, de 16 de abril de 2015; V1188-15, de 16 de abril de 2015; DGT V3095-14, de 14 de noviembre de 2014, y V0629-13, de 28 de febrero de 2013.