

El presente documento recoge una propuesta de modificaciones legislativas en normas de competencia de la Administración Central del Estado dirigidas a garantizar el cumplimiento del marco legal vigente sobre el fenómeno de la conversión de viviendas en alojamientos turísticos, así como a reducir sus externalidades negativas sobre el modelo urbano y de convivencia ciudadana.

Las sugerencias aquí desarrolladas parten del papel crucial que debe desempeñar el Gobierno de España para ayudar a ordenar este fenómeno y hacer cumplir las normas determinadas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales españolas, en base a sus competencias de ordenación turística y planificación urbana.

El mismo se plantea desde la confirmación de los negativos efectos que sobre la garantía de los derechos de los consumidores, la seguridad nacional, el acceso a la vivienda, la expulsión de los residentes de los centros urbanos y la convivencia vecinal, han demostrado numerosos estudios y la realidad de muchas ciudades españolas y de otras muchas partes del mundo.

El desarrollo del mismo se presenta siguiendo el siguiente índice:

1. **El problema actual de la conversión de viviendas como alojamientos turísticos a través del alquiler de corta estancia: una actividad económica de interés general**
2. **Una propuesta de modificación legislativa por parte de la Administración Central del Estado para garantizar los derechos básicos de los consumidores y el cumplimiento del ordenamiento jurídico.**
 - 2.1. **Necesidad y oportunidad.**
 - 2.2. **Ley General de Consumidores (TRLGDCU).**
 - 2.3. **Seguridad: Identificación y registro.**
 - 2.4. **Ley del IVA (LIVA).**
 - 2.5. **Ley de Propiedad Horizontal (LPH).**
 - 2.6. **Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSICE).**
 - 2.7. **Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU).**
 - 2.8. **Ley del IVA (LIVA).**

1. **El problema actual de la conversión de viviendas como alojamientos turísticos a través del alquiler de corta estancia: una actividad económica de interés general**

El alquiler de corta duración de viviendas ha pasado de ser una actividad localizada principalmente en las zonas costeras e islas (muy enfocada al alquiler de temporada¹) a convertirse en un fenómeno global con una tremenda incidencia en las grandes ciudades por su ritmo de crecimiento exponencial. En relación con la propuesta de modificaciones normativas que se desarrolla en este documento es importante incidir en tres aspectos clave de este fenómeno:

1. **Ya nadie puede negar que se trata de una actividad económica muy relevante² dentro de los destinos,** cuyo desarrollo incontrolado ha provocado la aparición de externalidades negativas.

¹ Regulado en el art. 3.2 y 29 y ss. De la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

² Airbnb ya oferta en España el equivalente al 28% de todo el parque hotelero. Preferente. 17 de febrero de 2017. Accesible en el siguiente enlace: <http://www.preferente.com/noticias-de-hoteles/airbnb-ya-oferta-en-espana-el-equivalente-al-28-del-parque-hoteler-265141.html>

2. **Sus efectos negativos sobre los destinos lo han convertido en una cuestión de interés público**³, según la definición del Tribunal de Justicia ya que nos encontramos ante una “[...] amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”⁴. En este punto el gran riesgo para el regulador es no conseguir el mix óptimo⁵ entre la provisión de una nueva fuente de riqueza para consumidores y emprendedores y **la protección de intereses generales como son los derechos de los propios consumidores, la seguridad ciudadana**⁶, **el desarrollo urbano de las ciudades y el turismo como sector estratégico**.
3. **La naturaleza de su desarrollo hace que en la realidad no se garantice el cumplimiento de las normas de ordenación en los destinos**. En España, como consecuencia de la delegación de competencias que las Comunidades Autónomas asumieron en sus respectivos Estatutos de Autonomía (con base en el art. 148.1.18 CE) son los parlamentos autonómicos los encargados de establecer la ordenación de las viviendas de uso turístico, así como los ayuntamientos los competentes en integrarlos en su sistema turístico (de acuerdo con su modelo urbano y de convivencia social). En la actualidad, los medios tradicionales para hacer cumplir dicha normativa resultan ineficientes, por lo que hay una importante cantidad de la misma que opera en un régimen irregular y, en muchos casos, ilegal.

Desde un punto de vista económico⁷, pero también y sobre todo, desde un punto de vista de la lógica del mercado, **quien está en condiciones de gobernar a un coste más bajo la contingencia de que haya personas que no cumplan las normas que regulan esta actividad, son las plataformas online que intermedian estos alquileres**. La única solución eficiente y que puede asegurar el cumplimiento de los objetivos sociales, pasa por que quienes poseen la tecnología, los recursos y obtienen además los mayores beneficios de esta actividad, ayuden a la Administración a controlar el cumplimiento normativo de este alquiler de corta duración.

2. **Una propuesta de actuación por parte de la Administración Central del Estado para garantizar los derechos básicos de los consumidores y el cumplimiento del ordenamiento jurídico**

Desde esta constatación y en base a las competencias que ostenta el Gobierno de España, el presente documento sugiere una serie de modificaciones puntuales en un conjunto de leyes del ordenamiento jurídico español que se detallan a continuación y que responden a los siguientes objetivos:

³ Para una lista de razones imperiosas de interés general con arreglo a la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, véase su artículo 4, apartado 8. a, incluidas las siguientes (la negrita es nuestra): el **orden público**, la **seguridad pública**, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la **protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores**, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la **lucha contra el fraude**, la **protección del medio ambiente y del entorno urbano**, etc.

⁴ STJUE (Sala 5ª) de 9 de marzo de 2000, asunto C- 355/98, CCE y Reino de Bélgica. Párrafo 28.

⁵ Porque esencialmente los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público y de seguridad pública de conformidad con sus necesidades propia, siempre con arreglo a los principios de la UE (entre ellos la proporcionalidad en las medidas).

⁶ Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. Accesible en el siguiente enlace:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-3657

⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Teorema_de_Coase

1. Garantizar el cumplimiento de contenidos básicos de nuestro modelo económico y social por parte de las viviendas de uso turístico, como el derecho de los consumidores, el pago de impuestos y la seguridad ciudadana.

Para ello se propone modificar:

- 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. (en adelante, TRLGDCU).
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁸ (en adelante, Ley de Seguridad Ciudadana).
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2. Mejorar la gestión de la conversión de viviendas en alojamientos turísticos en el sistema de convivencia ciudadana dentro del marco de las comunidades de vecinos.

Para ello se propone modificar:

- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, "LPH").

3. Reforzar los instrumentos para garantizar el cumplimiento por parte de las viviendas de uso turístico de las normas básicas antes descritas, así como su ordenamiento turístico y de integración en el modelo urbano de cada destino, emanado de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

Para ello se propone modificar:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, "LSSICE").
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁹ (en adelante, la "LAU").

2.1. Necesidad y oportunidad.

En el momento actual, si una regulación en vigor se aplica a modelos de plataforma online o nuevos modelos digitales, es en muchos casos una cuestión de interpretación y por tanto es una cuestión que debe decidirse caso por caso en los juzgados y tribunales. Esto, que es la estructura básica y clásica del sistema de fuentes continental, resulta muy poco eficiente a la hora de regular nuevas formas de hacer negocios que crecen, se desarrollan y mutan a una velocidad impensable hasta ahora. Desde las primeras sentencias en Europa en relación con las plataformas online y su responsabilidad sobre lo que ocurría dentro de ellas (2010 asuntos Google v. Louis Vuitton¹⁰ y 2011 L'oréal v. eBay¹¹) apenas se han producido avances, ya que la ejecución de los postulados que establecían, es una materia que recae en los juzgados y tribunales nacionales. **Por eso es fundamental que la Administración promueva nuevas interpretaciones de la regulación existente, tomando en cuenta la evolución del mercado y de la innovación tecnológica, con el objeto de contribuir a una interpretación más homogénea y un aumento de la seguridad jurídica para todos los incumbentes.**

⁸ Su art. 25.1 que establece la obligación de registro documental para "Las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como las de hospedaje [...]".

⁹ Accesible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-26003>

¹⁰ STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, Google France y Google v. Louis Vuitton.

¹¹ STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, "L'Oréal".

El objetivo de las modificaciones que se proponen a continuación sería tramitar en una misma norma todos los cambios propuestos y con incidencia en diferentes leyes nacionales. Concretamente, una Ley con 4 artículos, referidos cada uno a la correspondiente modificación de una norma (TRLGDCU, LPH, LSSICE y LAU) y con una exposición de motivos que justificase el tratamiento unitario de un problema muy localizado que sin embargo debe encararse desde diversos puntos de vista. Un modelo de tramitación podría ser la modificación en 2014 de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de enjuiciamiento Civil¹² que compartía con la modificación propuesta, 3 objetivos:

- a) El desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas descentralizadas ha tenido un impacto extraordinario sobre muchos derechos. Se hace preciso proporcionar instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de estos derechos legítimos, sin menoscabar el desarrollo de Internet.
- b) Actualmente resulta cuestionable la capacidad de ciertas normas nacionales para adaptarse satisfactoriamente a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se han venido produciendo en los últimos años. Por ello, debe considerarse prioritario abordar modificaciones legislativas durante la presente legislatura.
- c) Existen problemas cuya solución no puede esperar a la aprobación de nuevas leyes integrales y **que requieren la adopción, en el corto plazo, de decisiones dirigidas a reforzar la protección de los derechos señalados.**

Paralelamente sería necesaria:

- a) Una modificación en la LIVA que entendemos que por su grado de transversalidad, debería llevarse a cabo en un Proyecto de ley específico.
- b) La inclusión del alquiler de corta duración como una modalidad más del "hospedaje", con el objetivo de cumplir y poder hacer cumplir la normativa sobre identificación y registro.

Los cambios legislativos que se proponen son concretamente:

2.2. Ley General de Consumidores (TRLGDCU).

Se hace preciso que el hecho de no haber categorizado históricamente este tipo de alquiler como una actividad "clásica" de hospedaje, no pueda derivar en una disminución de los derechos de los consumidores y ciudadanos en general. Por ello, es necesario introducir ciertas modificaciones en la normativa vigente sobre consumidores para permitir que dichas normas puedan cumplir el objetivo para el que fueron promulgadas.

Actualmente, la legislación de la UE sobre consumidores se basa en la distinción entre "comerciante" y "consumidor". Si observamos el art. 2 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales¹³, un comerciante es una persona que actúa "*con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión*" mientras que un consumidor es una persona que actúa "*con un propósito ajeno a su actividad económica,*

¹² Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹³ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (Texto pertinente a efectos del EEE).

negocio, oficio o profesión". Resulta claro que en el mundo de las plataformas online y de la economía colaborativa, estas definiciones sufren importantes fricciones¹⁴.

Con el actual TRLGDCU si no consideramos "empresario" al anfitrión en el sentido de su art. 4 (*"toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada"*), **los consumidores que adquiriesen estos servicios de alojamiento no tendrían ningún derecho. Se establecerían 2 regímenes diferentes a la hora de contratar un servicio de alojamiento:** los cubiertos por la normativa de consumidores y los que quedarían en transacciones entre particulares que se someterían a lo estipulado en las Condiciones Generales del *marketplace* y en las condiciones particulares de cada anfitrión.

Por todo ello se propone relacionar la calificación como comerciante al hecho de ofrecer o prestar un servicio. Sería interesante remitirse a la definición que hace la Directiva de servicios sobre "prestadores de servicios" como *"cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio"* (art. 4 apartado 2), la cual alcanza a cualquier actividad económica independientemente de la frecuencia con la que se realice y sin requerir expresamente que el proveedor actúe como "profesional".

Cuadro 1. Modificaciones propuestas en el TRLGDCU.

Normativa modificada	Redacción propuesta	Motivación
Nueva redacción art. 4 TRLGDCU	<i>A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión que ofrezca o preste un servicio.</i>	Si el proveedor de alojamiento puede ser considerado un comerciante, la protección para el consumidor que supone la directiva tiene naturaleza imperativa (art. 25). Esta protección consiste en: - Obligación de información precontractual (art. 6, sección 1, apartados a-g, k, m-p, t; sección 9 en relación a la carga de la prueba el cumplimiento de estas obligaciones). - Requisitos formales de los contratos a distancia (art. 8, secciones 1 a 3). - Obligación de entrega del contrato en un soporte duradero (sección 7 del art. 8). - Costes por utilización de medios de pago y pagos adicionales (arts. 19 y 22).

Fuente: elaboración propia. Todos los derechos reservados.

2.3. Seguridad: Identificación y registro.

Señala el art. 25 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que las personas físicas o jurídicas que realicen actividades de hospedaje *"quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables"*,

¹⁴ Por un lado resulta muy difícil negar que muchas transacciones se realizan entre consumidores, quedando por tanto fuera de la Directiva (y por tanto del TRLGDCU); por otro resulta casi imposible pretender diferenciar en qué casos nos encontramos ante un tipo de transacciones y en qué casos frente a otro, por lo que aplicar un mismo régimen a todas las transacciones de una plataforma es muy complicado y el número de falsos positivos sería muy elevado; finalmente no podemos perder de vista el efecto "validador" que supone que la transacción se realice en el seno de la plataforma: **la plataforma sí es un comerciante y con su presencia aporta seguridad no sólo en su función de prestador de un servicio de la sociedad de la información, sino en la propia prestación del servicio subyacente. El consumidor se cree protegido por la existencia, reputación y marca de la plataforma.**

remitiéndose al Decreto 1513/1959, de 18 de agosto, en relación con los documentos que deben llevar los establecimientos de hostelería referentes a la entrada de viajeros¹⁵. Resulta preciso, vía Decreto, incluir el alquiler de corta duración como otra forma de hospedaje y conseguir así cerrar el círculo de protección y garantías que pretendía el legislador.

Cuadro 2. Modificaciones propuestas en materia de identificación y registro.

Normativa modificada	Redacción propuesta	Motivación
Nuevo Decreto	Artículo Único. <i>Lo establecido en los artículos primero y segundo del Decreto mil quinientos trece/mil novecientos cincuenta y nueve, de dieciocho de agosto, y demás disposiciones dictadas para su desarrollo, será de aplicación a la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda, conforme se establece en el art. 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.</i>	Al igual que las Órdenes del Ministerio de Información y Turismo de 28 de julio de 1966 y de 17 de enero de 1967 y el Decreto 393/1974, de 7 de febrero, extendieron los efectos del Decreto 1513/1959, a modalidades de hospedaje surgidas o generalizadas con posterioridad, como campings, apartamentos, "bungalows" y otros alojamientos similares de carácter turístico.

Fuente: elaboración propia. Todos los derechos reservados.

2.4. Ley del IVA (LIVA).

En relación con el impuesto del IVA, es necesario equiparar las obligaciones fiscales entre todos los tipos de alojamiento que se ofertan en el mercado, así como potenciar la regularización de muchos empresarios que deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Nuestra propuesta busca que el alojamiento de corta duración tribute como lo hace la habitación de un hotel o un servicio de camping, ya que más allá de otro tipo de consideraciones, la realidad es que en todos estos casos se trata de la misma actividad de alojamiento que satisface a diferentes tipos de clientes, así como la misma manifestación de riqueza del turista o viajero.

Cuadro 3. Modificaciones propuestas en la LIVA.

Normativa modificada	Redacción propuesta
Nueva redacción del art. 20.	<i>e´) Los arrendamientos de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos, o cuando se comercialice o</i>

¹⁵ Accesible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1959-11603>

Uno.23.b) *promocione, en canales de oferta turística o por un período inferior a treinta días y se realice a*
e') LIVA *cambio de contraprestación*

Fuente: elaboración propia. Todos los derechos reservados.

2.5. Ley de Propiedad Horizontal (LPH).

Al carecer de competencias para ello, las Comunidades Autónomas mediante Decreto no pueden atribuir a la comunidad de propietarios la facultad de autorizar el uso turístico de las viviendas, por eso la cobertura debe venir de la propia LPH y del Gobierno central.

Una medida utilizada en otras jurisdicciones con éxito y que podrían entrar en nuestro ordenamiento vía la LPH (como un desincentivo para los propietarios de viviendas alquiladas) sería la comunicación del inicio de la actividad a la Comunidad de vecinos. No se trataría de un requisito de acceso sino de una obligación de simple comunicación que además, como el pago de las cuotas, sería un requisito para poder emitir votos válidos en la Junta de propietarios. Esta obligación de comunicación ya está contemplada en ciudades como New York, Miami o Ámsterdam.

Del mismo modo, y tomando el ejemplo de otras grandes capitales europeas como Berlín, se hace preciso contar con un instrumento como lo es allí la Ley de Mejora del Alquiler¹⁶ de 4 de noviembre de 1971, que permita bajo ciertas circunstancias de interés público limitar el uso de viviendas para fines distintos al residencial si está en peligro para la población un adecuado acceso a la vivienda. **Consideramos que la autorregulación de las Comunidades de propietarios resulta más eficiente que un control de la Administración que, por otro lado, ya lo está haciendo con base en la normativa local.** Sin que suponga introducir una limitación en el acceso al mercado, sí que creemos que la LPH debe empoderar a los vecinos para poder terminar con situaciones que atenten flagrantemente contra sus derechos de convivencia.

Cuadro 4. Modificaciones propuestas en la LPH.

Normativa modificada	Redacción propuesta	Motivación
Nuevo art. 9.1.h)	<i>h) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, la realización de las actividades descritas en el art. 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos.</i>	El objetivo es crear un paraguas para que la normativa sectorial pueda incluir esta comunicación, y su prueba, como requisito de acceso.
Nueva redacción art. 15.2	<i>2. Los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, y aquellos que no hubiesen cumplido con la obligación de comunicación del apartado h) del artículo 9.1, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrán derecho de voto. El acta de la Junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de</i>	La privación del derecho de voto en el seno de la Junta de propietarios trata de desincentivar aquellas conductas que precisamente obvian la influencia que el alquiler de corta duración tiene en una comunidad de propietarios.

¹⁶ (Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegssowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (Mietrechtsverbesserungsgesetz - MRVerbG)).

participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley.

Nuevo
apartado art.
17

La realización de las actividades descritas en el apartado h) del art. 9.1, podrá ser prohibida, una vez realizada la comunicación a la que se refiere dicho artículo, si motivos de convivencia social, seguridad o interés de la comunidad así lo requieren, requiriéndose el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. En este supuesto, el Presidente de la comunidad comunicará este hecho a la Administración competente.

Fuente: elaboración propia. Todos los derechos reservados.

2.6. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSICE).

Del hecho de que la solución más eficiente pase por involucrar a las plataformas online en la gestión del cumplimiento normativo de los alquileres ofrecidos a través de ellas, deviene que debemos repensar el régimen de responsabilidad de las mismas.

Si bien desde el año 2000 existe un régimen de exención sobre las plataformas (art. 14 de la Directiva de *e-commerce*) siempre y cuando se den ciertos requisitos, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (casos Google France¹⁷ y eBay¹⁸) como la jurisprudencia nacional del resto de Estados miembrosⁱ han interpretado que dicho régimen debe repensarse y no puede ser una exención absoluta por el mero hecho de ser una plataforma. El concepto de “albergador de datos” del año 2000 poco tiene que ver con las plataformas o *marketplaces* que actualmente son vehículos fundamentales para el tráfico online y el desarrollo de nuevos modelos de negocio.

Las modificaciones que proponemos buscan limitar la exención a aquellas plataformas que únicamente realicen una mera actividad técnica, automática y pasiva, sin intervenir activamente en las transacciones que en ellas se realizan entre oferentes de un producto o servicio y consumidores. Tratándose de una Directiva “de mínimos”, es posible elevar los requisitos que esta impone al transponerla al Derecho nacional, existiendo una habilitación competencial del Estado español para enmendar la LSSICE con base en el Considerando 42 de la Directiva¹⁹.

Que las plataformas pueden llevar a cabo una actividad que va más allá de la puesta en común de oferta y demanda, es algo que la propia Comisión ya ha advertido en su reciente documento denominado “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”²⁰ al señalar como “[...] en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente (p. ej., servicio de transporte o de alquiler a corto plazo). En tal caso, las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios”. Esto no quiere decir que las plataformas online puedan ser responsables porque sean prestadoras de un

¹⁷ STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, Google France y Google v. Louis Vuitton, párrafo 107.

¹⁸ STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, “L’Oréal” (párrafo 110).

¹⁹ El considerando 42 de la Directiva de comercio electrónico señala que “Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

²⁰ Documento accesible en el siguiente enlace: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881>

servicio subyacente. Las plataformas pueden ser responsables si no realizan una actividad de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva (lo cual ocurrirá en la mayoría de plataformas que no son simples directorios o buscadores) y, además, pueden ser responsables (y puede llegar a requerírseles ciertos requisitos de acceso a dicha actividad) si se entienden que prestan propiamente el servicio subyacente (si bien a nivel de prueba este escenario es mucho más complejo de demostrar)ⁱⁱ.

Finalmente, en la misma línea que en el art. 158 *ter* de la Ley de Propiedad Intelectual se establece un mecanismo para controlar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que indiciariamente alojen contenido ilegal, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica, se propone crear un paraguas común de protección en la LSSICE, sin necesidad de desarrollo caso por caso.

Cuadro 5. Modificaciones propuestas en la LSSICE.

Normativa modificada	Redacción propuesta	Motivación
Nuevo apartado en la EEMM de la LSSICE	<i>Las limitaciones de responsabilidad previstas en los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva 2000/31 de Comercio electrónico, persiguen permitir la prestación de servicios de la sociedad de la información sin que el prestador de los servicios deba asumir una responsabilidad tal que impida la viabilidad económica y técnica del modelo de negocio. En relación a la exención contenida en el artículo 16, su fundamento radica en la imposibilidad objetiva y económica que un prestador de servicios tiene para controlar la información que aloja cuando su actuación respecto a esta es neutra (técnica, automática y pasiva), lo cual aconseja eximirles de responsabilidad con carácter excepcional para evitar imponer barreras al progreso técnico y tecnológico del mercado y de la sociedad. En caso contrario, como en el caso de plataformas online transaccionales que no permiten a oferente y demandante llevar a cabo el contrato sin su intermediación, por lógica, el prestador de servicios de la sociedad de la información que aloje datos de terceros sobre los que realiza una actuación activa, deberá responder por la misma, ya que no existen motivos que aconsejen la exención y la cláusula del artículo 16 no puede activarse.</i>	
Nueva redacción art. 16.1.a) LSSICE	<i>a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilegal manifiestamente ilegal o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o</i>	En la transposición del apartado a) del art. 14.1 de la Directiva de e-commerce, no todos los países europeos utilizaron el término "conocimiento efectivo". Alemania, por ejemplo, se refiere únicamente a "conocimiento" y Portugal a "conocimiento de una información o actividad manifiestamente ilegal". Holanda va un paso más allá y hace depender la exoneración de responsabilidad de que "no se pueda razonablemente esperar conocimiento de la naturaleza ilegal la actividad o información". El concepto de información o actividad "manifiestamente ilegal" hha sido interpretado en Austria como "obvio para un no abogado sin necesidad de investigación" ²¹ . En Alemania dentro de procedimientos de medidas cautelares por infracciones de marca, se ha considerado clara la infracción si ya se había determinado en procedimientos

²¹ OGH, 13.09.2000, ref. no. 4 Ob 166/00s; available at: http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/ogh4_166_00s.htm

anteriores²². Finalmente, en Bélgica, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar que la mera existencia de contenido manifiestamente ilegal (pornografía infantil) suponía la existencia de “conocimiento efectivo”²³

Nuevo art.
16.1.c)
LSSICE

c) La actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información sea de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva respecto a la información almacenada.

En el apartado 112 de la STJUE Google France y Google²⁴, se señala como es requisito necesario para considerar que la actividad cae dentro del tenor del art. 14 que su comportamiento se ciña al de un “prestador intermediario”. En sentido negativo, no estaremos ante un “prestador intermediario” cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes (Considerando 42 de la Directiva 2000/31²⁵), desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datosⁱⁱⁱ.

Nuevo art.
16.1 in fine
LSSICE

Se entenderá que el prestador de servicios no realiza una actividad meramente técnica, automática y pasiva cuando desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento de tales datos, esto es, cuando no adopte una posición neutra frente a la información que aloje especialmente si optimiza la presentación de ofertas alojadas que den lugar a transacciones económicas, las utilice para fines publicitarios o las promueva de cualquier modo.

Nuevo art.
16.bis

1. La S.G. de Servicios de la Sociedad de la Información o el organismo que reglamentariamente se cree al efecto, ejercerá las funciones de salvaguarda de la legalidad en el contenido alojado por los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad.

2. El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra:

A) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren normativa sectorial, atendiendo para acordar o no el inicio del procedimiento a su nivel de audiencia en España, y al volumen de contenido y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio.

²² BGH, 19.04.2007, ref. no. I ZR/04 y BGH, 11.03.2004, ref no. I ZR 304/01.

²³ Cour de Cassation de Belgique, 03.02.2004, R.D.T.I., 2004, nº 19, P.03.1427.N; available at: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20040203-3

²⁴ STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, Google France y Google v. Louis Vuitton.

²⁵ El considerando 42 de la Directiva de comercio electrónico señala que “Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

B) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren cualquier normativa vigente, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes no permitiendo el contacto directo y externo entre proveedor del bien o servicio y demandante del mismo, alojen y permitan la publicación de contenido que incumpla la normativa vigente.

3. El procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia de cualquier perjudicado o interesado, debiendo éste aportar junto a la misma una prueba razonable del previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor solicitando la retirada de los contenidos específicos que vulneren normativa sectorial, siendo suficiente dirigir dicho requerimiento a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. Este requerimiento previo podrá considerarse cuando proceda, a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente el contenido que se considere ilegal y, al menos, una ubicación donde el mismo es ofrecido en el servicio de la sociedad de la información. En caso de que el prestador de servicios no facilite una dirección electrónica válida para la comunicación con el mismo no será exigible el intento de requerimiento previsto en este párrafo. El intento de requerimiento se considerará infructuoso si el prestador requerido no contesta o, incluso contestando, no retira o inhabilita el acceso a los contenidos correspondientes en un plazo de tres días desde la remisión del correspondiente requerimiento.

Este procedimiento, que se desarrollará reglamentariamente, estará basado en los principios de celeridad y proporcionalidad.

La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido producirá la caducidad del procedimiento.

4. La S.G. de Servicios de la Sociedad de la Información o el organismo que reglamentariamente se cree al efecto, podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere normativa sectorial vigente o para retirar los contenidos que vulneren la misma. Dichas medidas podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. Se dictará resolución en el plazo máximo de tres días.

La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria del contenido ilícito tendrá valor de reconocimiento implícito de la referida infracción y pondrá fin al procedimiento.

5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, se podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor.

En la adopción de las medidas de colaboración, se valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.

En el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en

España, se notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

La falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

6. El incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, que resulten de resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto en el apartado 4 anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información de los descritos en el apartado 2 anterior, constituirá, desde la segunda vez que dicho incumplimiento tenga lugar, inclusive, una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros. La reanudación por dos o más veces de actividades ilícitas por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado. Se entenderá por reanudación de la actividad ilícita el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora.

Cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la comisión de la infracción podrá llevar aparejada las siguientes consecuencias:

a) La publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, en el "Boletín Oficial del Estado", en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquélla tenga carácter firme, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito.

b) El cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año. Para garantizar la efectividad de esta medida, el órgano competente podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, ordenándoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse específicamente, en consideración a su proporcionalidad y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. La falta de colaboración se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Cuando las infracciones hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pero cuyos servicios se dirijan específicamente al territorio español, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de un año.

La imposición de las sanciones corresponderá al Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, órgano competente a efectos de lo dispuesto en los artículos 35, 36 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio

7. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

8. Podrán desarrollarse códigos de conducta voluntarios en lo referido a las medidas de colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad previstas en este artículo.

Fuente: elaboración propia. Todos los derechos reservados.

2.7. Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU).

El alquiler de corta duración no puede entenderse como un arrendamiento de vivienda conforme al art. 2.1 LAU ya que aún recayendo sobre una "edificación habitable" su destino primordial no es satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Podría entonces entenderse que estamos ante un "arrendamiento de temporada", también regulado en los arts. 3.2 y 29 y ss. LAU ya que nos encontramos ante "*arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra*". Sin embargo, el alquiler de corta duración fue expresamente excluido del ámbito de aplicación de la LAU mediante la introducción del art. 5.e) que excluye "*La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*"²⁶.

Ahora bien, precisamente es este art. 5.e) LAU el que puede crear un vacío legal que beneficie posibles infracciones. Para que la normativa sectorial, cuando exista, sea aplicable (y por tanto pueda ser aplicable una prohibición o una obligación de solicitar licencia o de inscripción en un registro determinado) debe de "caber" en la definición del art. 5.e), es imprescindible que se comercialice o promocióne en canales de oferta turística. Hay que pensar que si se realiza una inspección sobre una vivienda en una localidad que ha establecido requisitos que no se cumplen, el hecho de declarar que no se ha comercializado ni promocionado en dichos canales y enseñar el contrato de alquiler por temporada (el único requisito que realmente se impone a este tipo de alquiler - art. 37 LAU) haría que inmediatamente el arrendamiento dejase de estar bajo la norma sectorial y fuese legal bajo la LAU. En esos casos únicamente una actuación inspectora que demostrase que efectivamente se ha comercializado podría hacer que el arrendamiento dependiera de la norma sectorial.

²⁶ Este nuevo punto se incluyó por el art. 1.2 de la Ley 4/2013, de 4 de junio# que justificaba en el apartado II de su Exposición de Motivos esta inclusión del siguiente modo: "*Por último, en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación*".

Cuadro 6. Modificaciones propuestas en la LAU.

Normativa modificada	Redacción propuesta
Nueva redacción art. 5.e) LAU	e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística por un período inferior a treinta días y realizada a cambio de contraprestación con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial.

Fuente: elaboración propia. Todos los derechos reservados.

Esta es nuestra opinión, que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Madrid a 6 de marzo de 2.017

NOTAS ACLARATORIAS.

ⁱ La jurisprudencia holandesa ha acuñado 2 términos en relación al grado de interferencia o participación que las plataformas tienen en la conclusión de los contratos privados de arrendamiento: la plataforma que actúa como un agente "activo" y el tablero de anuncios "pasivo" (*passive bulletin board*). El Tribunal Supremo holandés (Hoge Raad 16 October 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, Prejudiciële beslissing op vraag van ECLI:NL:RBDHA:2015:1437) estableció en 2015 que una plataforma intermedia (y no simplemente es un lugar de encuentro "pasivo") entre un proveedor de alojamiento y un demandante de alojamiento, cuando asiste en la conclusión del contrato entre ambas partes[#]. Se puede reconocer cuando una plataforma actúa como un agente "activo" porque tiene algún tipo de implicación y no es posible para las partes formalizar un contrato directamente sin la asistencia de la plataforma. La plataforma que simplemente facilita el intercambio de los datos de contacto entre las partes es un "*bulletin board*", porque permite a cualquier buscar y encontrar los datos de contacto directos de la persona oferente de algo ya que la función de la plataforma en este caso es exclusivamente poder poner en contacto a las partes de un futuro contrato.

Otros pronunciamientos que apoyan esta teoría serían:

- La Corte Comercial de París consideró que eBay no se beneficiaba de la exención de responsabilidad por albergar datos en 2008 (*Paris Commercial Court, 30.06.2008; accesible en el siguiente enlace http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudencedecision&id_article=2354*). El Juzgado entendió que los vendedores en la plataforma (que recibían los servicios de la sociedad de la información que proveía eBay) actuaban bajo la autoridad o control de la propia eBay, por lo que de acuerdo con el art. 14.2 de la Directiva de *e-commerce*, la exención no aplicaba. El Juzgado alcanzó esta conclusión porque eBay jugaba un rol "activo" en la promoción de las ventas con el objetivo de incrementar su beneficio.
- La High Court of Reino Unido en *L'Oreal vs. eBay (High Court of England and Wales, 22.05.2009, [2009] EWHC 1094 (Ch); accesible en el siguiente enlace: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/1094.html>*), de 2009, consideró que las actividades de eBay no podían ser cubiertas por la exención del art. 14 porque iban más allá de un mero y pasivo almacenamiento de información provista por terceros. eBay activamente organizaba y participaba en el procesamiento y uso de esta información.
- Finalmente, también en 2009, la Corte de Distrito de Estocolmo (*Stockholm District Court, Division 5 Unit 52, 17.04.2009, ref. no. B 13301-06; accesible en el siguiente enlace: <http://www.ifpi.org/content/library/Pirate-Bay-verdict-English-translation.pdf>*), consideró que PirateBay, siendo un albergador de datos en el sentido del art. 14 de la Directiva, no podía beneficiarse la exención de responsabilidad porque tenía conocimiento de las infracciones cometidas a través de su servicio sin haber actuado contra ellas.

ⁱⁱ La Comisión en su Agenda señala 3 criterios que suponen, si se dan de manera acumulativa, una presunción clara de que aparte del servicio de la sociedad de la información se presta otro servicio subyacente. Estos criterios son:

- Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.
- ¿Establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)?
- Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente?

Y además, la Comisión advierte de otros criterios que también pueden tener importancia, caso por caso, señalando expresamente estos otros 2:

- Si la plataforma colaborativa sufraga los gastos y asume todos los riesgos relacionados con la prestación del servicio subyacente.
- Si existe una relación laboral entre la plataforma colaborativa y la persona que presta el servicio subyacente en cuestión.

Realmente, lo único que ha hecho la Comisión es traer a la palestra, cincuenta años después, su Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales de 24 de diciembre de 1962 que demuestra como ya entonces el debate en torno a la figura del intermediario llevaba a las mismas conclusiones. Decía la Comisión entonces:

“La Comisión considera que se encuentra en presencia de un comerciante independiente, en particular cuando el contratante calificado como agente comercial

- *deba mantener o mantenga como propietario unas existencias considerables de los productos objeto del contrato, o*
- *deba organizar, mantener o garantizar a su costa un servicio al cliente importante y gratuito, u organice, mantenga o garantice tal servicio, o*
- *pueda determinar o determine los precios a las condiciones de la transacción”.*

Es decir, precio, otros servicios clave y propiedad de los bienes en venta o necesarios para la prestación del servicio. Remitirnos a la Comunicación de 1962 resulta útil pues es la referencia que se utilizó hace ya años para crear la categoría jurídica de “agente no genuino”, permitiendo explicar la posibilidad de que un intermediario civil elevase su régimen de responsabilidad basándose en lo significativo, o no, de los riesgos financieros y comerciales que asume en su labor de intermediación. La CNC señaló que *“para que un pretendido agente sea considerado agente genuino no debe soportar riesgo comercial o financiero alguno en relación con las actividades encomendadas a él por el principal”*. Riesgos comerciales como: promoción de ventas (obligado directa o indirectamente), responsabilidad frente a terceros, riesgos por actuar en nombre propio (receptivos?); y riesgos financieros como no cobrar al contado o pagos aplazados (usados en asuntos de estaciones de servicio) o inversiones específicas a fondo perdido. **La jurisprudencia de la UE ha creado la categoría de contratos de agencia no genuinos para salvar la falla que suponía exonerar de toda responsabilidad a aquellos intermediarios que siendo agentes, tenían un extra de compromiso en las operaciones.** Si bien se trata de un orden normativo distinto, creemos que la categoría puede resultar útil para rellenar el hueco que la LSSI y la Directiva de e-commerce dejan una vez aparecen las plataformas digitales.

El elemento que caracteriza el contrato de agencia (porque en nuestro Derecho, al tratarse de una colaboración estable y duradera, no podemos hablar de comisión), es la promoción de operaciones por cuenta ajena (da igual en nombre propio o no), a diferencia de la concesión o distribución donde prima la adquisición en firme (en su nombre y por cuenta propia para la reventa). Como consecuencia de ello, el agente recibe siempre su retribución del empresario principal, normalmente una comisión. El concesionario encuentra su beneficio en el margen.

ⁱⁱⁱ En la STJUE L’Oréal v. eBay se concluía que *“eBay realiza un tratamiento de los datos introducidos por sus clientes vendedores. Las ventas a las que pueden dar lugar estas ofertas se ajustan a las condiciones establecidas por eBay. En su caso, eBay también presta asistencia para optimizar o promover determinadas ofertas de venta”*. Por lo que *“Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, **cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31”***.