

LA OFERTA DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS COLABORATIVAS: REFLEXIONES DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Pedro Mario GONZÁLEZ JIMÉNEZ
Universidad de Córdoba

Resumen: Esta disertación tiene por objeto reflexionar sobre el posible reproche que desde el prisma del Derecho de la competencia desleal pueden merecer las viviendas de uso turístico de la economía colaborativa. Para ello, se realiza una breve introducción y se prosigue incidiendo en la disparidad normativa de origen autonómico a la que se enfrenta esta nueva realidad. A continuación, se estudia la posibilidad de que estas prácticas merezcan el reproche de deslealtad sobre la base de la violación de normas del art. 15 o de la trasgresión de la buena fe del art. 4 de la cláusula general de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Por último, se ofrece un epílogo que puede ser útil de cara a elaborar próximas normas sobre turismo colaborativo.

Palabras clave: Economía colaborativa, plataformas colaborativas, viviendas de uso turístico, derecho de la competencia, competencia desleal, violación de normas, buena fe.

Summary: The purpose of this dissertation is to expose the legal problems raised by tourist housing in the collaborative economy from the Unfair Competition Law point of view. First of all, the origin and current context of the issue is pointed out, with particular emphasis on the regulatory disparity in this new legal figure caused by the different local norms on the matter. Next, we study the possibility that the practices carried out by these business could have an unfair character based on the violation of the norms of art. 15 and the transgression of the good faith of art. 4 of the Law 3/1991, of January 10, of Unfair Competition. Finally, we offer an epilogue that could be useful in order to elaborate new rules on collaborative tourism.

Keywords: Sharing economy, collaborative platform, tourist housing, competition law, unfair competition, violation of norms, good faith.

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE TURISMO COLABORATIVO. 2. DISPARIDAD NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE VIVIENDAS DE USO TURISTICO. 2.1 Concepto. 2.2. Requisitos o características. 2.3. Procedimiento de inicio y ejercicio de la actividad. 3. DESLEALTAD POR VIOLACIÓN DE NORMAS O TRASGRESIÓN DE LA BUENA FE. 3.1. Violación de normas. Art. 15 de la Ley de Competencia Desleal. 3.2. Cláusula general. Artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal. 4. EPÍLOGO. 5. Referencias bibliográficas

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE TURISMO COLABORATIVO

En primer lugar, se debe señalar qué se entiende por economía colaborativa. Al respecto, la Comisión Europea la define como “aquellos modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”¹. Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ofrece una definición similar, entendiéndola por tal un “conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet”². De ambas se extrae que es un concepto que engloba tanto la producción como el consumo, que palia la infrautilización de activos, que puede ser remunerada o no y que utiliza plataformas digitales como medio innovador para casar oferta y demanda. Efectivamente, los menores costes de transacción, auspiciados por el uso de las nuevas tecnologías, han redefinido la vieja fórmula de compartir, intercambiar, prestar, alquilar o incluso regalar bienes o servicios. Hoy, las relaciones de colaboración personales “vis a vis” quedan desfasadas a favor de la conexión de individuos a través de plataformas digitales, desde las que los usuarios pueden llevar a cabo todo tipo de transacciones.

El sector turístico no ha sido ajeno a estos cambios. El coste de mantenimiento de una segunda vivienda vacacional siempre se ha considerado cuantioso para un particular. Esto, junto a la posibilidad de obtener un ingreso extra, ha llevado a sus propietarios a ofrecerla en alquiler. Sin embargo, este antiguo fenómeno adquiere una nueva dimensión en la actualidad, gracias a plataformas colaborativas como *Airbnb*, *HomExchange* o *Wimdu*. Esto se debe a que éstas facilitan de forma extraordinaria el acceso a los demandantes de alojamientos turísticos y al conocimiento acerca del nivel de precios y demás características de la competencia. De hecho, algunas webs que comenzaron como comparadores de hoteles y portales de reserva, como *Booking*, hoy nos permiten comprobar toda la oferta de alojamiento en una determinada zona geográfica, con independencia de que ésta revista la forma de hotel, hostel, albergue o vivienda de uso turístico. Incluso nos permite ordenarla por precio o puntuación de los usuarios y filtrar por requisitos dispares como la distancia a un determinado lugar, los servicios adicionales que ofrece o la buena valoración que del desayuno hacen los clientes. Todo ello, además, puede hacerse en escasos minutos. De ahí que una nueva generación de viajeros, sobre todo jóvenes familiarizados con las nuevas tecnologías, haya surgido al calor de la economía colaborativa para preocupación de todos los agentes implicados³. El turista ha perdido el miedo hacia alojamientos alternativos. Es más, para un “turista digital” acostumbrado a comparar distintos establecimientos, es probable que las viviendas de uso turístico

¹ COM (2016): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones intitulada *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*.

² CNMC (2016): *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*.

³ Guillén Navarro, N.A. (2015): “La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español”. *Revista aragonesa de Administración Pública* 45-46, p. 103.

sean incluso preferibles a otras opciones más convencionales, habida cuenta de que éstas tienden a ocupar no solo los mejores puestos en ordenaciones vía precio sino también por opinión de los usuarios. Así, mientras que los hoteles y apartamentos turísticos reglados observan cómo las viviendas de uso turístico se han convertido en una competencia real, el poder público afronta el reto de desarrollar su regulación, que se presenta aún en estado cuasi embrionario⁴. Dicha tarea no es sencilla, ya que el turismo colaborativo, como todo sector económico impregnado de la economía colaborativa, se compone de dos modelos generales marcadamente diferentes⁵: el modelo de intercambio donde no hay transacción o de haberla ésta se corresponde solo con un desembolso de gastos –*HomExchange, HospitalityClub o Couchsurfing*– y aquel en el cual hay un anfitrión que obtiene un beneficio a cambio de ofertar su vivienda –*Airbnb, Homeaway o Wimdu*–, el cual sería a todas luces un verdadero negocio. Estas dos realidades son sin duda auténticos parónimos. Si bien el primer supuesto encaja a la perfección con la idea de economía del compartir y casi no comporta problemas jurídicos de importancia, en el segundo la polémica está servida. De hecho, estas últimas plataformas se englobarían dentro de lo que se conoce como modelo "híbrido"⁶. En éste, la persecución clara del beneficio desvirtúa el pretendido trasfondo social o cooperativista de este nuevo turismo y podría dar lugar a situaciones de competencia desleal, como ya ha sido señalado en el sector del transporte a tenor del caso *Uber*⁷.

Fuera como fuese, si se analiza la evolución del número de turistas extranjeros que se han decantado por viviendas alquiladas en España durante los años comprendidos entre 2008 y 2014, la envergadura del fenómeno queda constatada. Como se evidencia en el gráfico 1, mientras éstas presentan un alza del 55,6% para dicho periodo, los hoteles ostentan un aumento cinco veces menor. Esto es una prueba del auténtico boom del uso de viviendas alquiladas por parte de los turistas extranjeros⁸.

Gráfico 1: Variación acumulada para el periodo 2008-2014 de la entrada de turistas a España clasificados por tipo de alojamiento utilizado

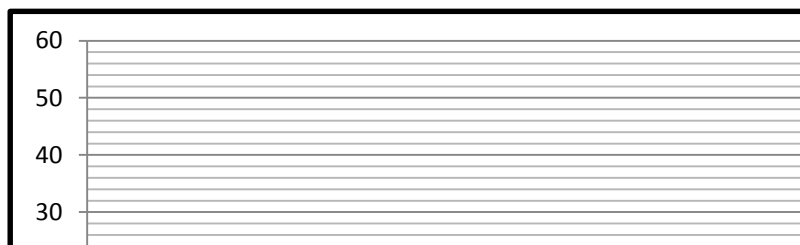
⁴ Guillén Navarro, N.A & Iñiguez Berrozpe, T. (2016): "Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p". *Revista de turismo y patrimonio cultural* 14 (3), pp. 751-752.

⁵ Herrero Suárez, C. (2017): "La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico". En L. Miranda Serrano y J. Pagador López (Dir.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons. Madrid, p. 146. Por su parte, Miranda Serrano, L. (2017): "Economía colaborativa y competencia desleal". Jornadas intituladas *La economía colaborativa: perspectivas, problemas y retos*, celebradas el 21 y 22 de octubre en la Universidad de Valladolid, también diferencia entre dos modelos, pero atendiendo al tipo de relación que la plataforma mantiene con los usuarios que prestan servicios a través de ella.

⁶ Russo, A.P. (2015): "La explosión del turismo colaborativo y los retos para el modelo turístico español". En E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé (Dir.) *20 retos para el turismo en España*. Pirámide. Madrid, pp. 113-134.

⁷ Velasco San Pedro, L.A. (2015): "El consumo colaborativo en el transporte de personas". *Diario La Ley*, nº 8601, sección on-line.

⁸ Guillén Navarro, N.A & Iñiguez Berrozpe, T. (2016): "Acción pública y...", *op. cit.*, p. 753.



Fuente: Guillén Navarro, N.A & Íñiguez Berrozpe, T. (2016): “Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p”. *Revista de turismo y patrimonio cultural* 14 (3), p. 754.

Este auge nos permite concienciarnos de que el turismo colaborativo no es una moda pasajera, sino que ha venido para quedarse⁹. En la actualidad, hay viviendas de uso turístico registradas en las plataformas para todo tipo de consumidores, desde villas de lujo hasta modestos estudios en las principales ciudades. El trato directo y cercano, los sistemas de puntuación y comentarios en la red, la facilidad de pago, la profesionalización de los anfitriones y la mejora de los servicios asociados, permite a los consumidores utilizar viviendas particulares y hoteles para satisfacer una misma necesidad. Los modelos de negocio tradicionales y aquellos disruptivos se parecen de forma extraordinaria, pese a ser aparentemente distintos. Por ello, las consecuencias de esta nueva forma de contratación deben ser contempladas a fin de ofrecer una respuesta jurídica que, sin socavar sus virtudes, palie en cierta medida los problemas que a ella se anuda. Aunque la reducción de costes de transacción, la mayor competencia en el mercado y la mejora de la eficiencia de activos ociosos son beneficios que sintetizan las bondades de este nuevo sistema, el turismo colaborativo no está exento de sombras. Los vecinos tradicionales quedan desplazados por una especie de “vecino rotatorio” cuyo objetivo es aprovechar al máximo su estancia, lo que se conoce como gentrificación de las ciudades. La masificación turística y la introducción del viajero en zonas residenciales provocan la denominada “turismofobia”, término con el que se hace referencia al malestar que algunos ciudadanos empiezan a sentir respecto del fenómeno turístico. Incluso los negocios tradicionales de hospedaje se ven perjudicados por el turismo colaborativo al encontrar dificultades en competir con un modelo de negocio que disfruta de normas mucho más laxas y un sistema de control de calidad informal pero altamente eficaz. Las plataformas digitales y las empresas que las desarrollan, si bien han posibilitado cierta profesionalización y nuevas fuentes de ingresos para los particulares, también han abierto toda una serie de interrogantes.

2. DISPARIDAD NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

⁹ Miranda Serrano, L. (2017): “Economía colaborativa y competencia desleal”. Jornadas intituladas *La economía colaborativa: perspectivas, problemas y retos*, celebradas el 21 y 22 de octubre en la Universidad de Valladolid.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, era la norma utilizada por los propietarios de viviendas particulares como pretexto legal para dedicarlas a la actividad turística, gracias al arrendamiento de temporada previsto en su art. 3.2. Sin embargo, el legislador decidió modificar esta situación jurídica mediante la Ley 4/2003, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Con ella se introdujo un nuevo epígrafe en el art. 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que excluye expresamente la actividad turística de su ámbito de aplicación, sometiéndola a la normativa sectorial¹⁰. Esta regulación sectorial de las viviendas particulares de uso turístico vendrá determinada por legislación autonómica, ya que el art. 148.1.18 de la Constitución Española reserva a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de "promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial". El Estado, sin embargo, no conserva ninguna competencia directa en materia turística¹¹. A este respecto, numerosos autores¹² han puesto de manifiesto la diferente política legislativa que las autonomías han seguido sobre esta materia. Existe un auténtico fárrago de normas tanto para promotores como para los propios clientes, que piensan que en el mercado español hay un marco común que les protege, sin ser realmente así¹³. Esta disparidad normativa se puede analizar desde tres ámbitos diferentes: concepto, requisitos y procedimiento de inicio y ejercicio de la actividad.

2.1 Concepto

La denominación normativa de estas viviendas particulares explotadas turísticamente no es uniforme en todas las Comunidades Autónomas. En Madrid son llamadas viviendas de uso turístico, en Aragón viviendas turísticas o en Canarias viviendas vacacionales. Tal circunstancia, lejos de ser solo cuestión de nomenclatura, repercute a efectos de delimitación. Aunque existen elementos comunes como la habitualidad, la temporalidad, el sistema de comercialización o

¹⁰ Para más detalle véase Román Márquez, A. (2014): "Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamiento Urbanos". *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* 6 (1), pp. 13 y ss. También Guillén Navarro, N.A & Iñiguez Berrozpe, T. (2016): "Acción pública y...", *op. cit.*, p. 760 y De la encarnación Valcarcel, A.M. (2016): "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales". *Revista de estudios de la Administración local y autonómica* 5, pp. 41 y ss.

¹¹ De hecho, el art. 149.3 que permitiría al legislador estatal regular materias no asumidas por legisladores autonómicos nunca ha sido aplicado en este punto, ya que cada autonomía ha contemplado dicha materia en sus Estatutos¹¹ (Véase Fernández Pérez, N. (2016): "Problemática jurídica derivada de la economía compartida". *Revista de Estudios Industriales* 402, p. 39.). Además, es cuestionable y controvertido que existan disposiciones autonómicas que regulan aspectos mercantiles propios de una ley estatal, en claro detrimento de la unidad de mercado, tal como apunta Fernández Pérez, N. (2015): "El turismo como objeto de regulación". En J. Franch Fluxá (Dir.) *Manual de contratación turística*. Atelier. Barcelona, p. 26, porque como señala¹¹ Fernández Pérez, N. (2016): "Problemática jurídica...", *op. cit.*, p. 39, todas estas normas han debido ser modificadas tras la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y servicios.

¹² Guillén Navarro, N.A. (2015): "La vivienda...", *op. cit.*, pp. 119-129; De la encarnación Valcarcel, A.M. (2016): "El alojamiento colaborativo...", *op. cit.*, pp. 45 y ss; Guillén Navarro, N.A & Iñiguez Berrozpe, T. (2016): "Acción pública y...", *op. cit.*, pp. 761 y ss; Herrero Suárez, C. (2017): "La economía colaborativa en...", *op. cit.*, pp. 153 y ss; Fernández Pérez, N. (2016): "Problemática jurídica...", *op. cit.*, pp. 40-42.

¹³ Fernández Pérez, N. (2016): "Problemática jurídica...", *op. cit.*, p. 40.

el régimen de exclusiones, éstos son regulados con desigualdad por cada unidad territorial, generando con ello incertidumbre¹⁴.

La habitualidad, por ejemplo, varía enormemente en cada una de estas legislaciones¹⁵. Desde la cesión de dos o más veces dentro del periodo del año o una vez al año pero en repetidas ocasiones –Canarias, art. 2 del Decreto 113/2015 de 22 de mayo-, hasta los tres meses continuados durante el año natural –Madrid, art. 3.2 del Decreto 79/2014, de 10 de julio- pasando por la falta de una habitualidad taxativa en pos de una presunción *iuris tantum* cuando la vivienda sea comercializada mediante agencias de viaje, empresas que medien u organicen servicios turísticos y canales que permitan la reserva de alojamiento –Andalucía, art. 3.2 y 3.3 de Decreto 28/2016, de 2 de febrero-. Incluso en algún caso se opta por la sujeción normativa cuando su “promoción o comercialización se efectúe a través de canales de oferta turística” y la cesión se produzca por un periodo igual o inferior a un mes por usuario –Aragón, art. 4.3 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo-.

Por su parte, en lo que respecta a la temporalidad, destaca la cesión mínima de la normativa madrileña por un periodo de 5 días -art. 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio-. Esta norma supone “una restricción injustificada y un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado entre los operadores turísticos en materia de alojamiento”, según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹⁶. En esta sentencia se constata que ni en el articulado ni en la exposición de motivos del Decreto impugnado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se contiene la justificación de una regulación que limita el libre acceso al ejercicio de la actividad y la prestación de los servicios. Además, se pone de manifiesto que las razones imperiosas de interés general invocadas en ningún caso pueden encubrir intentos de planificación económica. Tanto es así que “parece poco razonable la adopción de este acotamiento si en realidad no se está pensando en un desplazamiento de la oferta de alojamiento a corto plazo al sector hotelero”¹⁷.

Por último, en lo respectivo al régimen de exclusión, casi toda la normativa autonómica sigue la línea de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Así, las viviendas de uso turístico son identificadas con la cesión de vivienda completa, excluyendo el alquiler de habitaciones. También se suele exigir que éstas no sean en ningún caso residencia habitual del propietario, como ocurre en Madrid o Canarias. Sin embargo, observamos que en la normativa andaluza se permite la cesión por estancias siempre que el propietario resida en la vivienda –art 5.b del Decreto 28/2016, de 2 de febrero-, planteando con ello el serio interrogante de cómo compatibilizar la inspección de la Administración Pública con los derechos fundamentales cuando la habitación se encuentre en la residencia habitual del propietario¹⁸. Con todo, se debe señalar una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias¹⁹, que anula entre otros el art. 12.1 del Decreto

¹⁴ Benavides Velasco, P. (2017): “La nueva regulación sobre contratación de viviendas con fines turísticos”. En L. Miranda Serrano y J. Pagador López (Dir.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons. Madrid, p. 167.

¹⁵ *Ibid*, p.168.

¹⁶ STSJ de Madrid, núm. 292/2016, de 31 de mayo.

¹⁷ Guillén Navarro, N.A & Iñiguez Berrozpe, T. (2016): “Acción pública y...”, *op. cit.*, p. 761.

¹⁸ Guillén Navarro, N.A & Iñiguez Berrozpe, T. (2016): “Acción pública y...”, *op. cit.*, p. 762.

¹⁹ STSJ de Canarias, núm. 41/2017, de 21 de marzo.

de alquiler vacacional canario, por no permitir el alquiler parcial de viviendas. Según los magistrados, tal norma vulnera la libre oferta de servicios y evita la aparición en el mercado de un producto que por su precio reducido puede competir con la oferta de alojamiento hotelero.

2.2. Requisitos o características

Parece razonable que la vivienda de uso turístico se ofrezca con unos requisitos mínimos funcionales y de equipamiento. Por ello, las regulaciones exigen que estén amuebladas, en perfectas condiciones de limpieza e higiene y dotadas de aparatos y enseres necesarios para su uso inmediato. Sin embargo si valoramos esta regla de mínimos constatamos que existe variedad²⁰. La regulación canaria, por ejemplo, en su art. 10 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, detalla el equipamiento mínimo en cada una de las estancias. Otras, como la aragonesa, hablan en términos generales –mobiliario, cubertería, menaje, lencería- a la par que algunas incluso van más allá exigiendo el acceso a internet inalámbrico – Madrid, art. 18.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio- o que la vivienda cuente con equipos de calefacción o refrigeración según la temporada de apertura – Andalucía, art. 6 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero-. Finalmente, sí que coinciden en la introducción de una serie de obligaciones en cuanto a la atención de consultas –hojas de reclamaciones y teléfonos de contacto- y servicios de asistencia y mantenimiento de viviendas.

²⁰ Guillén Navarro, N.A y Íñiguez Berrozpe, T. (2016): “Acción pública y...”, *op. cit.*, p. 762.



2.3. Procedimiento de inicio y ejercicio de la actividad

En lo que respecta al inicio de la actividad como vivienda de uso turístico, las normativas aprobadas siguen un procedimiento de conformidad con la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior. La declaración responsable es la protagonista, en clara contraposición con la autorización previa, mucho más gravosa para el administrado. Por otro lado, también suele ser necesaria la posterior inscripción de la vivienda en el registro correspondiente. La única excepción la conformaría Cataluña, con la presentación de comunicación previa de inicio de actividad ante el Ayuntamiento competente. No obstante, pese a la unidad en cuanto al procedimiento, el conceso no es tan nítido en lo que concierne a la documentación que debe acompañarse a esta declaración. Algunas Autonomías, como la Comunidad de Madrid, piden la incorporación de un plano de la vivienda firmado por el técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente. Otras, como ocurre en Canarias o Aragón, solicitan la declaración de que en los estatutos de la comunidad de propietarios no existe prohibición expresa que impida destinar la vivienda al uso turístico²¹.

3. DESLEALTAD POR VIOLACIÓN DE NORMAS O TRASGRESIÓN DE LA BUENA FE

Es sumamente frecuente oír que la economía colaborativa compite contra la economía tradicional de forma desleal, al estimarse conculcado el principio de la *par condicio concurrentium*, es decir, la igualdad en la lucha competitiva. Efectivamente, puede parecer que negocios muy similares reciben un tratamiento jurídico dispar por la sola diferencia de la utilización o no de una plataforma digital. Esto colisionaría con la máxima de que las reglas del juego tienen que ser las mismas para todos los profesionales, sin ningún tipo de excusas. Ciertamente, es difícil concebir una competencia como honesta y leal si los distintos operadores asumen exigencias y costes por regulación diferentes. Al respecto, en relación con el turismo colaborativo, la propia *Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas* parece asumir este punto de vista, pues afirma en su exposición de motivos que “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”. También el *Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos, de Andalucía*, parece estar en esta línea, pues se dice en él que “se precisa tener un censo de viviendas con fines turísticos en Andalucía, implementado a través del Registro de Turismo de Andalucía, para eliminar su clandestinidad y la competencia desleal en la actividad turística”. Un último ejemplo lo podemos encontrar en el *Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid*, según el cual existe la “necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal constantemente denunciadas por las asociaciones del alojamiento madrileño”. Se constata así como el carácter

²¹ *Ibid*, 763.

desleal de la economía colaborativa, en particular en el sector turístico, es señalado por el propio legislador, que en este asunto parece realizar el juicio de deslealtad que corresponde a los Jueces en cada caso concreto. De hecho, la firme creencia de que la economía colaborativa es culpable de conductas desleales, es un mantra que se observa con frecuencia en la prensa y la televisión. Sin embargo, no debemos olvidar que la deslealtad es ante todo, un concepto jurídico. El jurista tiene la obligación de realizar un examen riguroso para discernir si efectivamente la economía colaborativa lleva a cabo conductas de competencia desleal que son intrínsecas a ella, o al menos, más propias de ésta que de la economía tradicional. Ese estudio, precisamente, en relación con el sector turístico y las viviendas de uso turístico, será el que efectuamos a continuación.

3.1. Violación de normas. Art. 15 de la Ley de Competencia Desleal

Como se sabe, la normativa reguladora de la competencia desleal es la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*. Ésta es una norma completa y de considerable calidad técnica, que consta, por un lado, de una cláusula general, y por otro, de una enumeración de prácticas desleales. Precisamente la cláusula general, que evita que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de nuevas prácticas empresariales²², desaconsejaría ver lagunas o una necesidad de completar las normas contenidas en esta ley con otras nuevas no incorporadas a su articulado. Sólo en virtud del art. 15 de violación de normas, tendría cabida la consideración de otra normativa en materia de Derecho de la competencia desleal. De hecho, este ilícito de deslealtad de violación de normas se detecta como el más idóneo de todo el elenco de prácticas desleales para enjuiciar la actividad de las viviendas de uso turístico, dado que éstas son acusadas de ofertar un servicio de hospedaje sin incurrir en los costes que conlleva su regulación²³. Además, ha sido la normativa alegada en los Tribunales en casos de economía colaborativa en el sector del transporte. Por ello, el primer ejercicio de encaje de la actividad desarrollada por estas viviendas particulares en las prácticas recogidas por la Ley de Competencia Desleal, se realizará sobre la base de este precepto. Y es que efectivamente el art. 15 LCD sanciona la conducta consistente en prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de normas, tengan estas o no como objeto la regulación de la actividad concurrencial. Así, si las viviendas de uso turístico incumplieran la normativa autonómica a la que hicimos mención, dicha trasgresión podría ser reputada desleal, con independencia del juicio que la normativa que la fundamenta nos merezca desde una perspectiva competitiva o incluso constitucional²⁴. En tal caso, estos particulares pseudo-profesionales, se enfrentarían además de a las correspondientes sanciones administrativas, a una sanción jurídico privada por la deslealtad de su conducta.

La aplicación del art. 15 LCD obliga a distinguir entre sus dos primeros apartados, que atienden al carácter concurrencial o no de la norma violada. Dicha matización se debe a que la violación de la norma de una u otra naturaleza tiene

²² Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015): *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial (16ª edición)*. Aranzadi. Cizur Menor, p. 408.

²³ Herrero Suárez, C. (2017): "La economía colaborativa en...", *op. cit.*, p. 155.

²⁴ *Ibid.*, 155.

un impacto diverso en el mercado y por eso reciben tratamiento diferenciado. Para aplicar la prohibición de la violación de normas al supuesto de las viviendas particulares de uso turístico deberíamos concluir, antes que nada, si las normas de ordenación turística son de naturaleza concurrencial o no. A este respecto, cabe decir que no nos encontramos ante una cuestión cerrada. Por un lado, parece adecuado optar por la naturaleza concurrencial, ya que se trata de normas que regulan un sector concreto de la actividad mercantil como es el sector turístico. Además, cabe resaltar que lo relevante es que la norma infringida regula el comportamiento concurrencial²⁵, como parece indubitado si atendemos a la exposición de motivos –que alude a la competencia y al fin de establecer unos mínimos requisitos tendentes a proteger los legítimos derechos de los usuarios y consumidores turísticos–, y no tanto si lo hace con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado o no²⁶. Pero por otro lado, también podría argumentarse que tal legislación solo sienta la base para el ejercicio por las Administraciones competentes de sus funciones de control de la seguridad y la calidad del servicio turístico y que por tanto sería de aplicación el primer apartado, de violación de normas no concurrenciales. Sea como sea, la naturaleza concurrencial o no de la normativa reguladora de las viviendas de uso turístico tiene más repercusiones de índole procesal que material. La existencia de dos apartados no implica que tengan diferente fundamento, como se pone de manifiesto por parte de la Jurisprudencia²⁷. En ambos es común: reprimir la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de normas. La redacción de uno y otro, en cuanto a la exigencia de la prevalencia de una ventaja competitiva significativa, responde a que en el caso del art. 15.1 LCD es preciso que se justifique pertinentemente que se ha producido, porque en principio tal circunstancia no es consecuencia natural de una simple infracción de ese tipo de normas. Sin embargo, en el supuesto de las normas concurrenciales se presume. En este segundo caso, para excluir la deslealtad de la conducta será necesario demostrar circunstancias excepcionales que motivan que tal infracción no conlleva que el competidor obtiene y se prevale de una ventaja competitiva significativa. El factor determinante, por tanto, es que la violación de la norma concreta entrañe una ventaja significativa y que el incumplidor se haya prevalecido de ella en el mercado.

A priori, no se detecta que la violación de estas normas autonómicas entrañe con carácter general una ventaja significativa. Es cierto que quizás en algunos supuestos, tales como la no inscripción en el registro correspondiente o la falta de declaración responsable, sí que podría argumentarse aunque con dificultades una violación de normas que ha dado origen a una ventaja significativa, dependiendo del caso concreto. Sin embargo, difícilmente podría ser ni siquiera planteado en otros muchos, como la inexistencia de wifi en la vivienda, la falta de equipos de calefacción o refrigeración o la pésima limpieza o calidad de las instalaciones. Dichas medidas pretenden garantizar una cierta calidad y

²⁵ En la STS 374/2017, de 13 de junio, el alto tribunal llega a la conclusión de que la norma infringida no tiene finalidad concurrencial, sino que sienta la base para el ejercicio por las administraciones competentes de sus funciones de control de la seguridad y calidad con ciertos servicios sanitarios, y por lo tanto, no puede ser de aplicación el art. 15.2 LCD.

²⁶ Emparanza Sobejano, A. (2009): “Artículo 15. Violación de normas”. En F. Martínez Sanz (Dir.) *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Tecnos. Madrid, p. 263 y STS núm. 304/2017, de 17 de mayo.

²⁷ STS núm. 304/2017, de 17 de mayo. Sala de lo Civil.

seguridad en el ámbito turístico, pero desde luego, su incumplimiento no entraña ninguna ventaja. Más bien al contrario, suponen un elemento que restaría competitividad a estos establecimientos, por lo que de su conculcación difícilmente podrá deducirse una conducta desleal. Por otra parte, no es adecuado reprochar a estas viviendas el incumplimiento de normativa relativa a otros operadores, como los hoteles, que no les es de aplicación. Al respecto, ya ha sido apuntada una posible solución, que no sería sino la convergencia de legislaciones, esto es, la mayor flexibilización de la normativa de los sectores tradicionales fuertemente regulados.

3.2. Cláusula general. Artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal

Dada la dificultad para subsumir la actividad de las viviendas de uso turístico en el art. 15 LCD de violación de normas, cabe contemplar la posibilidad de que sea de aplicación la cláusula general del art. 4 LCD. Dicha norma, actúa como norma de cierre del Derecho de la competencia desleal al establecer que "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". De esta forma, se permite incluir los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos²⁸. Ciertamente, podría pensarse que el legislador de 1991 no pensó en este nuevo fenómeno de la economía colaborativa y que por eso no está regulado de forma específica. Pero eso no obsta a que la actividad desempeñada por las viviendas de uso turístico sí que resulte desleal, por ser contraria a la buena fe. Conviene recordar que si consideramos de aplicación alguna de las de prácticas desleales que enumera la Ley, la jurisprudencia es tajante a la hora de establecer que la cláusula general no constituye un principio abstracto que deba ser objeto de concreción en las normas siguientes. Por el contrario, la Sala Primera del Tribunal Supremo declara que no es aceptable pretender aplicar el art. 4 cuando falte algún requisito para que pueda aplicarse la norma correspondiente a un supuesto concreto de competencia desleal establecido en los artículos siguientes²⁹. Por ello, solo tendrá cabida cuando la práctica tildada de desleal no provenga de una violación de normas, pues de ser ese el caso debe existir una relación causal entre la misma y una ventaja significativa, no pudiendo el art. 4 LCD ser utilizado para eludir dicho requisito.

El carácter general y de cierre de dicha cláusula hace oportuno llevar a cabo unas reflexiones sobre la compatibilidad de la actividad de las viviendas de uso turístico con ella, yendo más allá de la violación de normas ya analizada. Para ello, debemos tener en cuenta que según reputada doctrina el art. 4 LCD contiene en realidad dos cláusulas generales, la segunda de ellas aplicable solamente a las relaciones entre empresarios y profesionales y consumidores y usuarios³⁰. Al respecto, algunos autores consideran que a primera vista parece que en los

28 Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015): "Apuntes de Derecho mercantil...", *op. cit.*, p. 408.

29 SSTS de 15 diciembre 2008, SSTS de 8 julio 2008, SSTS 30 de mayo 2007 y SSTS 11 de julio 2006.

30 Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015): "Apuntes de Derecho mercantil...", *op. cit.*, pp. 409-415 y Miranda Serrano, L.M. y Paniagua Zurera, M. (2012): "La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación". En L.M. Miranda Serrano y J. Pagador López (Coords) *Derecho (privado) de los consumidores*. Marcial Pons. Madrid, pp.70-73.

supuestos de economía colaborativa se aplicaría preferentemente la segunda, dado que según ellos no nos encontramos claramente ante relaciones entre competidores³¹. Sin embargo, podría no ser así, ya que el sujeto activo de la segunda cláusula debe ser necesariamente un empresario o profesional y normalmente el particular que comercializa la vivienda de uso turístico lo hace de forma complementaria a una profesión que requiere de él dedicación y esfuerzo y que además depende de la intermediación de las plataformas. Esto podría poner en duda su carácter de empresario o profesional, siendo en tal caso más oportuno la aplicación de la primera cláusula. Es por tanto, una cuestión controvertida y abierta. Fuera como fuese, aunque no se considerase profesional a este particular, debemos tener en cuenta que el ámbito subjetivo de aplicación de la LCD abarca a “los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”. Por tanto, será necesario en este caso observar si el particular que oferta su alojamiento a través de las plataformas de economía colaborativa actúa objetivamente de forma contraria a las exigencias de buena fe, a tenor de la primera. Lo que está claro es que, cualquiera que sea la cláusula general, la calificación de un comportamiento como desleal no requiere que éste se haya producido con mala fe subjetiva del autor. No obstante, habrá que reconocer que, en la práctica, la inmensa mayoría de los actos de competencia desleal se realizan con mala fe subjetiva. Además, la deslealtad también será independiente de que se produzca o no un perjuicio. Pero con todo, esos puntos son jurídicamente relevantes, pues son requisitos imprescindibles de algunas acciones como la indemnización de daños y perjuicios, pero no desde luego requisitos para que un acto sea calificado como desleal³².

Sobre la base de lo expuesto anteriormente, no existiría a priori un supuesto paradigmático en el caso de las viviendas de uso turístico que pueda dar lugar a un acto desleal por ser objetivamente contrario a la buena fe. No obstante, pueden existir casos concretos en los que la cláusula general es un instrumento sumamente útil para lograr el reproche de deslealtad. Se nos ocurren dos ejemplos. Por un lado, que una persona física o jurídica lleve a cabo la explotación de viviendas de uso turístico con un carácter muy profesionalizado o por otro que trabajadores de empresas de alojamiento turístico se dediquen a gestionar las viviendas de uso turístico de un grupo de particulares. En la primera situación hablamos de una persona, ya sea física o jurídica, que reviste de forma de vivienda de uso turístico un negocio de hospedaje de cierta envergadura. En este caso se usaría la normativa autonómica para acometer una especie de “fraude de ley”. Como criterios para saber cuándo estamos en este contexto podríamos recurrir al número de viviendas ofertadas, cercanía entre las mismas y forma de gestión de los servicios. Así, si una persona tiene siete apartamentos en un mismo edificio y con la limpieza o la recepción de los turistas externalizadas, podría argumentarse de forma sólida que lleva a cabo un comportamiento contrario a la buena fe objetiva. En la segunda hipótesis, estamos pensando en un trabajador que cuenta con experiencia en el sector del hospedaje turístico, conoce el know-how de alguna empresa del sector en la que ha trabajado y está familiarizado con el cliente de una determinada zona geográfica y sus exigencias. Si aprovechando todo ello se dedica a la gestión de varias viviendas de uso turístico de varios particulares –asesorando en las instalaciones y comodidades, en los servicios

³¹ Montero García-Noblejas, P. (2016): “La importancia del Derecho de la competencia en el sector turístico”. *International Journal of Scientific Management Tourism* 2 (2), p. 239.

³² Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015): “*Apuntes de Derecho mercantil...*”, *op. cit.*, p. 412.

ofertados, recibiendo al turista, etc- también podría sostenerse que está llevando a cabo un comportamiento contrario a la buena fe.

En último lugar, no debemos olvidar que el turismo colaborativo, como toda práctica comercial, podría dar lugar a cualquier conducta desleal de las tipificadas en la Ley. Tal sería el caso de que en la plataforma se muestren fotografías o información que nada tiene que ver con la realidad –actos de engaño-, se lleve a cabo un acto de comparación ilícito, se aproveche el particular de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado o cualquier otra práctica deshonestas. No obstante, estos juicios sobre la deslealtad no son paradigmáticos de la economía colaborativa, sino más bien comportamientos que se pueden dar por igual en sectores tradicionales y disruptivos.

4. EPÍLOGO

La conveniencia de regular las viviendas de uso turístico en España resulta indudable. Ahora bien, ésta debe afrontarse con moderación y proporcionalidad. Los intereses generales realmente en peligro deben ser resaltados y las medidas que los protejan han de ser fundadas. Si se establecen barreras innecesarias o se protegen modelos de negocio tradicionales por el mero hecho de serlo, se ocasiona el mismo daño que los ilícitos antitrust buscan evitar: la falta de competencia. Por tanto, lo más plausible sería abordar la regulación de la economía colaborativa junto a la modificación normativa en sectores tradicionales. Esto, lejos de servir de pretexto para la desprotección de los consumidores o la precarización del trabajo, se fundamenta en la necesidad de atender a la vez a los instrumentos normativos de sectores tradicionales y disruptivos. La única forma de acabar con la "sensación" de costes regulatorios diferentes, es estableciendo un equilibrio entre ambos. Además, no puede perderse de vista que la diferenciación entre economía colaborativa y tradicional es teórica y temporal, pues se está evidenciando una cierta tendencia empresarial a integrar el uso de plataformas digitales como medio para completar la actividad de empresas con una posición de mercado importante en los sectores tradicionales. Se corre el riesgo, habitual en Derecho, de que la realidad comercial o empresarial vaya tres pasos por delante del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, hemos de efectuar dos recomendaciones en relación con la regulación actual. La primera es llevar a cabo una cierta armonización de la regulación autonómica dispar, pues la misma no solo regula aspectos turísticos sino también concurrenciales, lo que podría mermar la unidad de mercado propugnada por nuestra Constitución. Sería necesaria la coordinación de las Comunidades Autónomas en sus respectivas normativas, debiendo el Estado regular aquellos aspectos mercantiles relativos a la contratación turística, en aras de mayor respeto al principio de la *par condicio concurrentium* y a la seguridad jurídica. La segunda, es un uso más cuidadoso de la palabra "desleal". Consideramos que no resulta procedente en nuestras leyes el empleo del término competencia desleal en un sentido más amplio que el recogido por la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*. Dicha ley expone de manera taxativa las prácticas que son reputadas desleales y las acciones que llevan aparejadas, las cuales no cabe duda de que son de carácter judicial y no administrativo. Por ello, el control o sanción de supuestas conductas desleales no debe ser el motivo de



regulación por las normas autonómicas aplicables a las viviendas particulares de uso turístico. Si un comportamiento no encaja en los supuestos específicos de dicha ley o en su cláusula general, no puede ser reputado desleal por el mero hecho de resultar incómodo para los competidores.

Finalmente, se ha de concluir que, a diferencia de lo que ocurre en el sector del transporte, en el sector turístico no parece existir una conducta desleal realizada por los particulares que explotan sus viviendas dándole un uso turístico. Ni en virtud del art. 15 LCD ni tampoco de su cláusula general, podemos identificar una práctica común y propia de este tipo de establecimientos que deba ser reputada desleal. Ello sin perjuicio de que algunas plataformas digitales pudiesen sobrepasar su papel de intermediarios y pudiesen actuar como verdaderos hoteles con un servicio externalizado, de forma más o menos parecida a lo que sucede en el sector del transporte con *Uber*. En ese caso, les sería de aplicación la misma normativa que a los sectores tradicionales y se podría acusar a la plataforma de violación de normas. No obstante, no existe hoy por hoy ninguna plataforma en lo que respecta al alojamiento colaborativo que de forma indubitada se encuentre en este caso. Sea como sea, nos gustaría poner de relieve que si bien el Derecho de la competencia desleal es comúnmente el utilizado para afrontar las relaciones de competencia entre sectores tradicionales y colaborativos, quizás esto no es del todo acertado. El Derecho antitrust podría ser en algunos casos más idóneo. La actividad realizada por la plataforma podría constituir con cierta facilidad un pacto colusorio vía recomendación de precios u otra práctica concertada. O incluso dada la posición fuerte que adquieren en el mercado relevante, abusar de una posición de dominio. Quizás sería oportuno dejar de centrarnos en demasía en el particular que participa de la economía colaborativa o incluso en la relación que éste mantiene con la plataforma –si bien ésta es sumamente interesante para el Derecho del trabajo- para centrarnos en la empresa digital como competidor directo de los sectores tradicionales. Empezar a estudiar si estos pretendidos intermediarios no son más que verdaderos competidores que utilizan un modelo de negocio o de organización empresarial novedoso y acorde con las nuevas tecnologías. En este último caso, debemos estar vigilantes, no vaya a ser que las bondades para la competencia que se atribuyen a los modelos de negocio de la economía colaborativa no sean reales sino aparentes y, a la larga, termine perjudicándose muy seriamente el orden concurrencial.

Notas bibliográficas

- Benavides Velasco, P. (2017): “La nueva regulación sobre contratación de viviendas con fines turísticos”. En L. Miranda Serrano y J. Pagador López (Dirs.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons. Madrid, pp. 159-172.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015): *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial (16ª edición)*. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 408-417.
- CNMC (2016): *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*.
- COM (2016): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones intitulada *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*.
- De la Encarnación Valcarcel, A.M. (2016): “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”. *Revista de estudios de la Administración local y autonómica* 5, pp. 41-50.

- Empananza Sobejano, A. (2009): "Artículo 15. Violación de normas.". En F. Martínez Sanz (Dir.) *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Tecnos. Madrid, p. 263.
- Fernández Pérez, N. (2016): "Problemática jurídica derivada de la economía compartida". *Revista de Estudios Industriales* 402, pp. 37-46.
- Fernández Pérez, N. (2015): "El turismo como objeto de regulación". En J. Franch Fluxá (Dir.) *Manual de contratación turística*. Atelier. Barcelona, pp. 19-37.
- Guillén Navarro, N.A. (2015): "La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español". *Revista aragonesa de Administración Pública* 45-46, pp. 101-144.
- Guillén Navarro, N.A y Iñiguez Berrozpe, T. (2016): "Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p". *Revista de turismo y patrimonio cultural* 14 (3), pp. 751-768.
- Herrero Suárez, C. (2017): "La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico". En L. Miranda Serrano y J. Pagador López (Dir.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Marcial Pons. Madrid, pp. 145-157.
- Miranda Serrano, L.M. y Paniagua Zurera, M. (2012): "La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación". En L.M. Miranda Serrano y J. Pagador López (Coords) *Derecho (privado) de los consumidores*. Marcial Pons. Madrid, pp.70-73.
- Miranda Serrano, L. (2017): "Economía colaborativa y competencia desleal". Jornadas intituladas *La economía colaborativa: perspectivas, problemas y retos*, celebradas el 21 y 22 de octubre en la Universidad de Valladolid.
- Montero García-Noblejas P. (2016): "La importancia del Derecho de la competencia en el sector turístico". *International Journal of Scientific Management Tourism* 2 (2), p. 239.
- Román Márquez, A. (2014): "Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamiento Urbanos". *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* 6 (1), pp. 3-24.
- Russo, A.P. (2015): "La explosión del turismo colaborativo y los retos para el modelo turístico español". En E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé (Dir.) *20 retos para el turismo en España*. Pirámide. Madrid, pp. 113-134.
- Velasco San Pedro, L.A. (2015): "El consumo colaborativo en el transporte de personas". *Diario La Ley*, nº 8601, sección on-line.