



R. CASACION núm.: 6063/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 2/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 7 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 6063/2020, interpuesto por Airbnb Marketing Services S.L.U. y Airbnb Ireland UC, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio López Chocarro, con la asistencia letrada de D. Xavier Junquera Bernal y D^a. Nataly Trenkamp Miranda, contra la sentencia de 13 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso número 339/2015 y acumulado 268/2017, sobre servicios de la sociedad de la información, en el que ha intervenido como parte recurrida la Generalitat de Catalunya, representada y defendida por su abogada D^a. Mercedes Varias Madurga.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia el 13 de noviembre de 2019 con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«1º.- Desestimar las demandas presentada por las sociedades AIRBNB MARKETING SERVICES, SL, y AIRBNB IRELAND, y conformar las resoluciones recurridas.

2º.- Imponer a AIRBNB MARKETING SERVICES, SL, y AIRBNB IRELAND el pago de las costas causadas, con el límite de la cantidad de 2.000 euros para cada una.»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Airbnb Ireland UC y Airbnb Marketing Services S.L.U., manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 14 de septiembre de 2020, tuvo por preparado el recurso con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión acordó por auto de 5 de marzo de 2021 lo siguiente:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6063/2020 preparado por la representación procesal de las mercantiles Airbnb Marketing Services, S.L. y Airbnb Ireland, S.U. contra la sentencia n.º 931/2019, de 13 de noviembre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 339/2015.



2.º) *Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en reafirmar, reforzar, completar y, en su caso, matizar o corregir, nuestra jurisprudencia sobre el régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y su responsabilidad, con especial proyección en el ámbito de las viviendas o alojamientos turísticos. En particular, se trata de aclarar:*

(i) Los requisitos que debe reunir un prestador de servicios de la sociedad de la información para considerar que está establecida en España, en relación con el Principio de Control de Origen establecido en la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico, y el ámbito coordinado;

(ii) Si un prestador de servicios de la sociedad de la información, aparte de estar sometido a las disposiciones de la normativa reguladora de tales servicios, puede quedar obligado, asimismo, por normativa sectorial; en este caso, por la normativa autonómica dictada en materia de turismo;

(iii) Aclarar, a la luz de la jurisprudencia europea, cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar que un prestador de servicios de la sociedad de la información que realiza la actividad de alojamiento o almacenamiento de datos desempeña un papel activo, y no meramente técnico o neutro, que le permite tener conocimiento o control de esos contenidos; y cuáles son las consecuencias desde la perspectiva de su responsabilidad;

(iv) Aclarar si la imposición a un prestador de servicios de la sociedad de la información del deber de comprobar que las empresas que utilizan sus servicios de alojamiento de datos cumplen los requisitos de ejercicio de la actividad impuestos por la normativa sectorial correspondiente -en este caso, la exhibición del número de inscripción en el registro de Turismo de la Generalitat en toda publicidad realizada por establecimientos turísticos- supone la imposición de una obligación general de supervisión de datos o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indique actividades ilícitas, en los términos y con los efectos previstos en el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico.



Las normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son los artículos 3, 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; así como los artículos, 2, 7, 8 y 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, a la luz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; todo ello sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda el recurso a otras cuestiones o a la interpretación de otras normas que considere de aplicación.»

CUARTO.- La representación de Airbnb Ireland UC y Airbnb Marketing Services SLU presentó, con fecha 28 de abril de 2021, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó en síntesis:

- i) La sentencia recurrida infringe los artículos 2 y 8 LSSI y 3 DCE y la jurisprudencia europea y nacional que los interpreta, al no aplicar correctamente el PCO establecido en la DCE -aplicable a los PSSI- considerando a AMS un mero establecimiento permanente de ABBI en España, e imponiendo, con base a dicha errónea consideración, excepciones al principio de libertad de prestación de SSI, que tampoco cumplen con los requisitos exigidos en la DCE.
- ii) La sentencia recurrida infringe el principio de exención de responsabilidad previsto en el artículo 14 DCE, y la jurisprudencia europea y nacional que lo interpreta, puesto que ABBI es un PSSI de carácter neutro que no tiene conocimiento efectivo de la supuesta ilicitud que pretenden los actos recurridos.
- iii) La sentencia recurrida infringe el artículo 15 DCE y la jurisprudencia europea y nacional que lo interpreta, al imponer a ABBI una obligación general de supervisión de contenidos.



iv) La sentencia recurrida infringe los artículos 4 y 16 DS, artículos 3 y 12 LAAS y artículo 39 bis LPAC, al avalar un régimen autorizatorio que dichas normas prohíben.

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la parte recurrente señaló que la sentencia deber ser casada y anulada, junto con los actos recurridos, y estimó necesario que la Sala se pronuncie sobre si la exigencia del requerimiento, con base en el artículo 73.5 LTC -consistente en que el número de inscripción de los alojamientos turísticos en el RTC debe constar en todo tipo de publicidad, promoción o comercialización- es contrario a la DS y a la LAAS.

En el suplico de su escrito solicitó la parte recurrente a la Sala que estime el recurso, aclare las cuestiones establecidas en el auto de admisión y en el escrito de interposición, case y anule la sentencia recurrida, y declare con ello la nulidad de los actos recurridos.

QUINTO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación de la Generalitat de Catalunya por escrito de 21 de junio de 2021, en el que efectuó las alegaciones que ahora se resumen sobre los diferentes puntos establecidos por el auto de admisión:

i) Requisitos que debe reunir un prestador de servicios de la sociedad de la información (PSSI) para considerar que está establecido en España, en relación con los efectos de control en origen establecido en la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico y el ámbito coordinado.

ii) Si un prestador de servicios de la sociedad de la información, aparte de estar sometido a las disposiciones de la normativa reguladora de tales servicios, puede quedar obligado, asimismo, por normativa sectorial en este caso, por la normativa autonómica dictada en materia de turismo.



iii) Cuando se considera que un prestador de servicios de la sociedad de la información tiene “conocimiento efectivo”. Responsabilidad del prestador en el caso que nos ocupa.

iv) La Orden recurrida no supone la imposición de una obligación general de supervisión de datos o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indique actividades ilícitas, en los términos y con los efectos previstos en el artículo 15 DSSI.

Estimó la parte recurrida que la sentencia impugnada no infringe ninguno de los preceptos ni la jurisprudencia en que se fundamenta el recurso de casación y que, por ello, no puede acogerse la doctrina que se solicita de contrario.

Concluyó su escrito de oposición solicitando a la Sala que dicte sentencia por la cual declare no haber lugar a la casación formulada en méritos de lo expuesto.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2021, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actos administrativos que se encuentran en el origen del recurso de casación.

Se interpone recurso de casación por Airbnb Ireland UC y Airbnb Marketing Services S.L.U. contra la sentencia de 13 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó los recursos 3999/2015 y



acumulado 268/2017, interpuestos contra las resoluciones del Secretari d'Empresa i Competitivitat de 10 de junio de 2015 y 21 de abril de 2017, de desestimación e inadmisión, respectivamente, de los recursos de alzada interpuestos contra la resolución de la Directora general de Turismo de la Generalitat de 30 de enero de 2015.

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

1.- El 2 de diciembre de 2014 la Directora General de Turismo de la Generalitat dictó acuerdo de inicio de expediente 27054/2014 a Airbnb Ireland y a Airbnb Online Services Spain S.L. (hoy Airbnb Marketiung Services S.L.U.), en el que la indicada Directora General resolvió, con fecha de 30 de enero de 2015, lo siguiente:

“1.- Ordenar a AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L., con CIF: 865613390 y domicilio en Passeig de Gràcia, n.º 6, 4.º 1ª, (08007) de Barcelona y a AIRBNB IRELAND, con CIF: 9827384L y domicilio en The Watermarke Building, South Lotts Road / Ringsend, Dublin (Ireland) que en el plazo de 15 días naturales contados desde el día siguiente a la recepción de esta Resolución, bloquee, suprima o suspenda definitivamente, de la página web airbnb.es o cualquier otra web que pueda utilizar en iguales términos, todo el contenido relativo a la publicidad de las empresas y de los establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña, en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Cataluña.

2.- Ordenar que en el mismo plazo aporte prueba de que ha dado cumplimiento a esta orden.

3.- Advertir a AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. y a AIRBNB IRELAND, que, una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario de la orden impuesta en el punto 1, en caso de incumplimiento procederá a la ejecución subsidiaria, imponiéndole una multa coercitiva por importe de 1.500 euros. La imposición de multas coercitivas por esta cuantía se reiterará por períodos de 1 mes, una vez comprobado el incumplimiento de la orden, en su caso.



Advertir que el órgano que ordena la suspensión podrá instar la colaboración y asistencia de otros órganos administrativos y judiciales que, por razón de sus competencia y especialidad puedan llevar a cabo las actuaciones eficaces para realizar la ejecución subsidiaria.

4.- Trasladar copia de la resolución al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en atención a sus competencias en materia de Sociedad de la Información, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”.

2.- Airbnb Online Services Spain S.L. interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución, que fue desestimado por resolución del Secretari d'Empresa i Competitivitat de fecha 10 de junio de 2015.

3.- Airbnb Ireland interpuso también recurso de alzada contra la indicada resolución de la Directora General de Turismo, que fue inadmitido por resolución secretari d'Empresa i Competitivitat de 21 de abril de 2017.

4.- Airbnb Online Services Spain S.L. y Airbnb Ireland interpusieron ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recursos contencioso administrativo contra las anteriores resoluciones, registrados respectivamente con los números 339/2015 y 268/2017, y solicitada en este último la acumulación al primero, a lo que accedió la Sala, se dictó por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del indicado Tribunal la sentencia 931/2019, de 13 de noviembre, que desestimó los recursos.

Esta es la sentencia impugnada en el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- La fundamentación de la sentencia impugnada.

La sentencia impugnada efectuó un resumen de las alegaciones de las partes, trató seguidamente del régimen de las viviendas de uso turístico en Catalunya, la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico, la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 34/2002 de Servicios de



la Sociedad de la Información, para llegar a las conclusiones de que (FJ 4º) a Airbnb Ireland *“le es aplicable la LSSI en tanto que se trata de una sociedad de la información domiciliada en otro Estado que dispone en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones y lugares de trabajo, en los que realiza toda o parte de su actividad”* y (FJ 4º) que tanto Airbnb Ireland como Airbnb Marketing Services S.L. *“pueden ser las destinatarias del requerimiento remitido por la Generalitat para que retiren de la web los anuncios de viviendas en relación con las que no sea hecho la comunicación de la actividad (y, si el planeamiento municipal lo permite, se inscriban en el registro municipal y a su vez en el registro dependiente de la Generalitat”*.

Continuó la sentencia impugnada con el examen de la estructura empresarial de Airbnb, el análisis de las sentencias aportadas y otros pronunciamientos que estimó relevantes, valoró la prueba aportada y se pronunció sobre las diferencias que el caso presentaba en relación con el asunto al que se referían las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial C-390/18.

En el apartado dedicado al análisis de los pronunciamientos relevantes (FJ 6), la Sala hizo referencia, entre otros, al recurso 281/2015 tramitado por la misma Sección, promovido por Homeaway Spain S.L. y resuelto por la sentencia 751/2018, de 5 de octubre, de la que la sentencia aquí impugnada transcribe las siguientes consideraciones, que a su vez proceden de otra sentencia anterior, dictada por la misma Sección con fecha 30 de abril de 2018, recaída en el recurso 343/2015, en el que la entonces parte actora (Apartamentos Niumba SLU) también impugnaba una resolución por la que se le obligaba a retirar de la web los anuncios de viviendas no registradas como turísticas.

Las consideraciones de la Sala de instancia, en reproducción de los razonamientos de las dos sentencias precedentes del mismo órgano judicial que se han citado, fueron las siguientes:

" SEGUNDO.- Se impugna en este recurso la resolución dictada en fecha 27 de enero de 2015 por la Directora General de Turismo de la Generalitat de Cataluña, resolución



que ordenó a la actora que bloqueara, suprimiera o suspendiera definitivamente de la página web " (...)" o cualquier otra que utilizara, el contenido relativo a empresas o establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña, con advertencia de multas coercitivas por importe de 1.500 euros. Una resolución que fue confirmada posteriormente por el Secretario del Departamento al desestimar el recurso de alzada mediante resolución dictada en fecha 9 de junio de 2015.

Como se ha mencionado, la actora fundamenta este recurso en el hecho de que solo actúa como una plataforma tecnológica que se limita a publicar los anuncios de sus usuarios, que son los que determinan la información y el contenido de los mismos, de forma que mantiene una posición neutral. Añade que no tiene conocimiento de ningún contenido ilegal en la información que publica, ni la Administración determina con precisión cuáles son los anuncios o la información ilegal alojados en su plataforma, de manera que no puede resultar responsable de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 31/03 y la Ley 34/02.

Así pues, lo que la actora invoca es la exención de responsabilidad de la normativa sobre los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico prevé para las plataformas de intermediación.

Estamos en este caso ante un prestador de servicios de intermediación que transmite los datos que le proporcionan los usuarios o titulares de los inmuebles y los almacena con esta finalidad.

Los artículos 14 a 16 de la Ley 34/02 establecen las cláusulas de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El artículo 14 se refiere a los operadores de las redes de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación consistente en transmitir los datos facilitados por el destinatario del servicio o a facilitar el acceso, incluyendo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de la información, siempre que sirva exclusivamente para hacer posible la transmisión. Estos operadores no son responsables con respecto a la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, hayan modificado los datos o hayan seleccionado los datos o los destinatarios.

El artículo 15 de la Ley se refiere a los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y los almacenen de forma automática y provisional con la única finalidad



de hacer más eficaz la transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten. En este caso, el intermediario no es responsable del contenido de estos datos ni por la reproducción temporal de las mismas si concurren las siguientes circunstancias: 1/ Que el intermediario no modifique la información; 2/ Que limite el acceso a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas por el titular de la información solicitada; 3/ Que respete las normas generalmente aplicadas por el sector para la agilización de la información; 4/ Que no interfiera en la utilización lícita de tecnología generalmente empleada por el sector para obtener datos sobre la utilización de la información; y 5/ Que retire la información que haya almacenado, o impida el acceso a la misma, cuando tenga conocimiento de que ha sido retirada del lugar de la red donde se encontraba, o se haya imposibilitado el acceso a la misma, o bien un tribunal o administración competente haya ordenado retirarla o haya impedido el acceso.

El artículo 16 se refiere a los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio. En este caso, la exención de responsabilidad requiere que el operador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, en caso de que conozca esta circunstancia, que actúe con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. En todo caso, es necesario que el destinatario del servicio no actúe bajo la dirección, la autoridad o el control del prestador del mismo.

En los anteriores casos el prestador del servicio de intermediación queda exento de responsabilidad respecto del contenido de la información que transmite, sin perjuicio del deber de colaboración de los servicios de intermediación respecto de las órdenes o requerimientos de suspensión que reciban las Administraciones competentes por lo que respecta a la suspensión o retirada del servicio de intermediación en cuanto a los contenidos que aquellas determinen (artículo 11).

La jurisprudencia ha concretado que, para que opere la exención de responsabilidad, es necesario que el operador de intermediación se limite a una prestación neutra o pasiva mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por los clientes, esto es, 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" (TJUE, sentencia Google France, de 23 de marzo de 2010, asunto nº C-236/2008).



No se da esta situación cuando el operador intermediario despliega un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos que almacena. Una circunstancia esta que sucede, por ejemplo, cuando el operador presta una asistencia consistente en optimizar la presentación de las ofertas de venta o en promover estas ofertas, cuando interviene en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en la selección de las palabras clave en el servicio de referenciación (TJUE, sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13).

Pero, incluso en el supuesto de que el operador no asuma este papel activo, nada impide que se le exija el cese de la infracción (TJUE, sentencia Mc Fadden, de 15 de septiembre de 2016, asunto C-488/14). No opera la exención de responsabilidad cuando el intermediario haya conocido el carácter ilícito de la información - o, al menos, cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los que un operador diligente tendría que haber deducido esta situación- y no haya actuado de forma rápida aparta retirar los datos o imposibilitar el acceso a los mismos. Ahora bien, esto no supone que se pueda exigir al operador intermediario una supervisión activa del conjunto de los datos de cada cliente (TJUE, sentencia L'Oreal de 12 de julio de 2011, asunto nº C-324/2009).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa constan los siguientes datos en la información aportada al proceso y comprobados por la Inspección que se llevó en su momento:

- La actora despliega una actividad de intermediación en el sector de alquiler de alojamientos de vacaciones, alojamientos que ofrecen los correspondientes titulares.

- Los servicios que presta consisten en incluir la oferta en su web a los efectos de publicitar los alojamientos, gestionar las reservas que recibe de los locatarios y someterlas al titular del inmueble. A su vez, percibe el importe del alquiler y un depósito de seguridad mediante una plataforma de pago, depósito que retiene durante un plazo de 48 horas a contar desde la fecha de entrada del cliente en el alojamiento. También contesta las consultas que le dirijan los clientes.

- La recurrente recibe de los titulares de los inmuebles una cuota fija anual de 199 euros y un 3% de las reservas que gestione. Los locatarios pagan un 6% adicional al precio del alquiler.

Pues bien, de las anteriores circunstancias se puede deducir que la actora no se limita a una función neutra o pasiva de mero tratamiento técnico y automático de los datos



facilitados por los clientes sino que alcanza un papel determinante, de forma que se constituye en el centro del negocio de alquiler de inmuebles o viviendas de vacaciones, ya que organiza la información bajo una forma que ella misma decide, lleva a cabo la publicidad en los términos que considera oportunos, gestiona las reservas y domina la operación desde el control del flujo económico, esto es, imponiendo su intermediación en el pago.

No se puede considerar en consecuencia que el papel de la actora se limite a almacenar y transmitir una información que desconoce. Al contrario, logra un papel activo en el formato y tráfico de los datos que impide la aplicación de la cláusula de exención de responsabilidades sobre los contenidos.

TERCERO.- La recurrente alega asimismo que no puede ser considerada como una empresa turística, puesto que no todos los apartamentos tienen el uso de vacaciones y, en consecuencia, no tiene obligación de determinar qué alojamientos tienen la consideración de alojamiento turístico, ni dispone de medios a estos efectos, ni puede ser responsable de los eventuales incumplimientos de terceros.

La resolución impugnada se limita a requerir a la actora que retire la información, correspondiendo a empresas o establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña en los que no conste el número de inscripción al Registro de turismo de Cataluña. No se trata, por lo tanto, de considerar a la actora como una empresa turística sino simplemente de aplicar la normativa sobre turismo. Ello, sin perjuicio de que probablemente una empresa que se dedica a promocionar y gestionar monográficamente alojamientos de vacaciones pueda ser considerada en sí misma como una empresa turística.

En definitiva, sea o no la actora una empresa turística, si se dedica a publicitar e intervenir en la contratación turística resulta de aplicación la Ley 13/2002 de Turismo en los términos del artículo 1.2 de esta norma cuando su actividad afecte a Cataluña, independientemente de que además pueda intervenir en alquileres de naturaleza no turística.

El artículo 73 de la Ley de Turismo impone la inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña de todas las empresas y establecimientos turísticos regulados en la Ley y la normativa que la despliega, obligación que afecta a los titulares de los inmuebles que se ofrecen para el alquiler de vacaciones. El apartado 5/ del mismo precepto dispone específicamente que el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña



de las empresas y los establecimientos turísticos ha de constar en cualquier tipo de publicidad que los anuncie.

No hay duda de que la actora hace publicidad de los inmuebles en cuestión, de forma que queda afectada por el anterior mandato legal. A la vez, se ha argumentado en el fundamento anterior que la recurrente interviene activamente y conoce la información que publica, de forma que queda eximida de la responsabilidad que le afecta en cuanto a la adecuación de la publicidad que efectúa en la legalidad; en este caso, la necesidad de incorporar el número del Registro de Turismo de los inmuebles.

Así pues, se ha de desestimar también este motivo de recurso.

CUARTO.- Finalmente, la actora alega que, en todo caso, la obligación de los usuarios de inscribirse en el Registro de Turismo y la posterior obligación de exhibir el número es una restricción equivalente a una autorización administrativa, restricción que vulnera el artículo 9 de la Directiva 123/06, de servicios, al no quedar justificada por una razón imperiosa de interés general ni ser proporcionada.

La mencionada Directiva fue objeto de transposición mediante Ley 17/2009, norma que en efecto introduce el principio de libertad de establecimiento -artículo 4 - y la consiguiente eliminación o limitación de las restricciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Destaca en este sentido la regla de interdicción de las autorizaciones y de los sistemas de control administrativo, cuya subsistencia queda condicionada al hecho que no supongan discriminación, estén fundamentadas en las razones imperiosas de interés y a la proporcionalidad de los controles, bien entendido que han de quedar establecidos en una Ley y motivados en los anteriores términos - artículo 5-.

En el caso que nos ocupa no encontramos ante un requerimiento consistente en la necesidad de inscripción en un registro administrativo, inscripción que en efecto debe ser considerada como una restricción al derecho de establecimiento.

Mediante el Decreto Legislativo 3/10 la Generalitat de Cataluña procedió a adaptar la normativa sectorial a la Directiva de servicios. La exposición de motivos manifiesta en este sentido que en la regulación de las empresas turísticas solo se mantiene el régimen de autorización en los servicios en los que concurren razones imperiosas de interés general, siendo así que las inscripciones en el Registro pasaron a hacerse de oficio.



El caso es que la inscripción en el Registro de Turismo puede ser efectivamente considerada como una restricción, pero no es menos cierto que se trata de una restricción establecida en una norma con rango de ley, concretamente en la Ley 13/2002. A la vez, la vinculación de esta restricción con una razón imperiosa de interés general parece clara desde el momento en que se puede vincular este instrumento con la protección de los derechos de los destinatarios de servicios, y también con la lucha contra el fraude, sin perjuicio de su virtualidad para garantizar el principio de libre competencia y la lucha contra su intrusismo por parte de titulares de inmuebles que los ponen en el mercado sin cumplir los requerimientos para ejercer la actividad. Cabe decir en este último sentido que la Directiva de servicios enumera las razones imperiosas de interés general en lista abierta -artículo 4.8-.

Por las anteriores razones corresponde desestimar también este último motivo de recurso.”

TERCERO. Planteamiento: las cuestiones a decidir por la Sala.

En la resolución de este recurso esta Sala tendrá especialmente en cuenta, debido a la semejanza de las cuestiones planteadas en aquellos casos y el presente, por un lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18), que resolvió una cuestión prejudicial presentada por un tribunal francés en relación con la naturaleza de los servicios prestados en Francia por Airbnb Ireland, que interviene como parte actora en este recurso y desarrolla servicios similares en España, como luego veremos, y por otro lado, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1818/2020, de 30 de diciembre (recurso 238/2019), que traía causa de una orden de la Generalitat de Catalunya que, en términos idénticos a los de la resolución que se encuentra en el origen de este recurso, ordenó a la allí recurrente, Homeaway Spain S.L.U., el bloqueo, supresión o suspensión definitiva en una página web de todo el contenido relativo a empresas y establecimientos de alojamiento turístico, localizados en Cataluña, en los que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña.



Siguiendo en lo sustancial el planteamiento de nuestra sentencia precedente de 30 de diciembre de 2020, las cuestiones de las que trataremos en este recurso serán las siguientes:

- i) Consideración del grupo empresarial recurrente como una entidad prestadora de servicios de la sociedad de la información.

- ii) Determinación del tipo de servicios de la sociedad de la información que prestan las recurrentes y cual es su régimen de responsabilidad, con especial referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con Airbnb Ireland (asunto C-390/18), antes citada.

- iii) Examen del lugar de establecimiento de las recurrentes, con atención de nuevo de los criterios establecidos en relación con Airbnb Ireland por la indicada sentencia del TJUE.

- iv) Examen de vinculación de la demandante Airbnb Ireland por la normativa sectorial turística y, en particular, por la exigencia del número de registro turístico por parte de la Administración catalana, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales establecidos en la precedente sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2020.

CUARTO.- Sobre la actividad en España del grupo empresarial Airbnb.

La sentencia impugnada admite que Airbnb Ireland es una entidad que presta en España servicios de la sociedad de la información, pero indica también que no desarrolla una actividad neutra y que, por ello, no está exenta de responsabilidad por los contenidos de la página web que gestiona.

Sobre este último punto la sentencia impugnada, en los razonamientos jurídicos que hace suyos procedentes de las sentencias de la misma Sala de 30 de abril y de 5 de octubre de 2018, antes referenciadas, considera que la exención de responsabilidad prevista para los casos descritos por los artículos



14, 15 y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), solo operan cuando el operador de la intermediación se limite a una prestación neutra o pasiva, mediante un tratamiento meramente técnico y automático, de los datos facilitados por los clientes, pero esa exención de responsabilidad no se da cuando el operador intermediario despliega un papel activo y, en el caso examinado, la sentencia impugnada llega a la conclusión de que la actora no se limita a una función neutra o pasiva de mero tratamiento técnico y automático de los datos facilitados por los clientes, sino que (FD 6º) *“alcanza un papel determinante, de forma que se constituye en el centro del negocio de alquiler de inmuebles o viviendas de vacaciones, ya que organiza la información bajo una forma que ella misma decide, lleva a cabo la publicidad en los términos que considera oportunos, gestiona las reservas y domina la operación desde el control del flujo económico, esto es, imponiendo su intermediación en el pago.”*

Sin embargo, este criterio no puede compartirse después de la sentencia Airbnb Ireland del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-390/18). Esta sentencia analizó los servicios que desarrolla Airbnb Ireland en Francia, consistentes en un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece a los arrendadores otras prestaciones (apartado 19), tales como una plantilla en la que se define el contenido de sus ofertas, opcional, un servicio de fotografía, también opcional, un seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños, e igualmente pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio del arrendamiento, en función de los precios medios del mercado de dicha plataforma, sin que ni la sentencia impugnada ni las partes hayan advertido y puesto de relieve la existencia de diferencias de carácter relevante entre este servicio de intermediación desarrollado por la Airbnb Ireland en Francia, descrito por la sentencia del TJUE y el prestado por la misma entidad en España, al que se refiere este recurso.



La citada sentencia del TJUE señala que Airbnb Ireland presta unos servicios que cumplen los cuatro requisitos acumulativos que integran la definición del concepto de *“servicio de la sociedad de la información”*, mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico, DCE), a saber, se trata de: i) un servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, ii) a distancia, iii) por vía electrónica y iv) a petición individual de un destinatario del servicio, pero aclara la sentencia del TJUE (apartado 50) que, si bien un servicio de intermediación que cumpla todos estos requisitos constituye, en principio, un servicio distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado y, por tanto, debe calificarse de servicio de la sociedad de la información, *“no ocurre así en el supuesto de que ese servicio de intermediación forme parte de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica”*, como ocurría en los casos Elite Taxi, resuelto por sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-434/15) y Uber France, resuelto por la sentencia del TJUE de 10 de abril de 2018 (asunto C-320/16), que en sus apartados 40 y 24, respectivamente, señalaron que este servicio de intermediación formaba parte de un servicio global cuyo elemento principal era un servicio de transporte, por lo que no debía calificarse como servicio de la sociedad de la información, sino como servicio en el ámbito de los transportes, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/123.

En relación con los casos resueltos en las dos sentencias citadas, el TJUE señala que las mismas se inscribían en el contexto específico del transporte urbano de pasajeros, al que se aplica el artículo 58.1 del TFUE, y que los servicios prestados por Airbnb Ireland no son comparables, pues no es apreciable en sus prestaciones accesorias el nivel de control constatado por el TJUE en aquellas sentencias, en las que se indicó que Uber ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los conductores, mediante la aplicación proporcionada por dicha



empresa, sin que Airbnb Ireland ejerza tal influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación (apartados 65 a 68).

Además, en el caso de Airbnb Ireland, el TJUE considera en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 que el servicio de intermediación que presta dicha entidad *“es dissociable de la transición inmobiliaria propiamente dicha”* (apartado 53), en el que la creación de una lista estructurada de los alojamientos disponibles, en beneficio de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan este tipo de alojamiento, constituye el primer rasgo en la plataforma electrónica. Para el TJUE la presentación organizada del conjunto de las ofertas y las herramientas de búsqueda, localización y comparación, constituye un servicio que por su importancia *“no puede considerarse meramente accesorio de un servicio global”* (apartado 54), lo que se refuerza por la consideración del TJUE (apartado 55) de que el servicio prestado por Airbnb Ireland no resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni desde el de los arrendadores que acudan a él, al disponer ambos de otros cauces, algunos desde hace mucho tiempo (agencias, anuncios, o sitios web de alquiler de inmuebles), sin que quedara acreditada que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler, sino que pone a disposición de los arrendadores una herramienta de estimación del precio del arrendamiento en función de los precios medios del mercado en la plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijación del precio (apartado 56).

A lo anterior añade la sentencia del TJUE que las demás prestaciones de Airbnb Ireland a los arrendadores, a que antes hemos hecho referencia, tienen un carácter accesorio, dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo (apartados 58 a 63), ni ponen en entredicho el carácter dissociable del servicio de información prestado por dicha sociedad y, por consiguiente su calificación como servicio de la sociedad de la información.



De acuerdo con la sentencia del TJUE que acabamos de examinar, y tal y como concluíamos en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2020, dictada en el caso Homeaway Spain S.L.U., en relación con unos razonamientos que ahora reproduce la sentencia aquí impugnada, las prestaciones accesorias desarrolladas por Airbnb Ireland no desvirtúan la naturaleza del servicio de intermediación que presta, consistente en poner en contacto a arrendadores y arrendatarios de viviendas vacacionales, sin transformarlo en un negocio de arrendamiento de viviendas, por lo que debemos considerar la actividad de la recurrente como un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información, regulado por la DCE y la LSSI y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos, cuya incidencia examinaremos más adelante.

QUINTO.- Sobre el lugar de establecimiento de las sociedades recurrentes.

El recurso de casación denuncia la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 2 y 8 de la LSSI, así como del artículo 3 de la DCE, al no aplicar correctamente el principio de control en origen.

En relación con esta cuestión, el considerando 19 DCE señala algunos criterios interpretativos, establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios, de los que nos interesa ahora indicar que, cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio de internet, el establecimiento no se encuentra ni donde esté la tecnología que mantiene el sitio, ni allí donde se pueda acceder al sitio, sino en el lugar donde se desarrolla la actividad económica, añadiendo que en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, habrá de determinarse el lugar de establecimiento desde el que se presta un servicio concreto, y *“en caso de especial dificultad para determinar a partir de cual de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el*



prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular.”

A su vez, el artículo 2.1 de la LSSI, en línea con los criterios indicados en el Considerando 19 de la DCE que traspone, identifica el lugar de establecimiento con el lugar en que esté centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios o, en su caso, el lugar en que se realicen dicha gestión o dirección:

“Se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.”

La sentencia impugnada dedica un apartado al examen de la estructura del grupo empresarial Airbnb (FJ 5º), sin que la Sala comparta la crítica de la parte recurrente a la utilización por la Sala de instancia del enunciado o rúbrica de *“entramado empresarial”*, pues la expresión se emplea en la sentencia impugnada en su acepción de conjunto de empresas, carente de cualquier sentido peyorativo o desfavorable.

En dicho apartado, la sentencia recurrida transcribe y hace suya la descripción del Abogado General sobre las actividades de Airbnb Ireland (apartados 12, 13, 32 y 33), efectuada en sus conclusiones presentadas en asunto C-390/18 (Airbnb Ireland UC), en un procedimiento de petición de decisión prejudicial, planteada por un Tribunal francés, en relación con las prestaciones realizadas en Francia por Airbnb Ireland, considerando la sentencia impugnada que en dichas conclusiones se detalla la interrelación entre las distintas sociedades del grupo Airbnb y el modus operandi de su actividad.

“AIRBNB Inc., sociedad con domicilio social en los Estados Unidos, es la matriz del grupo AIRBNB



AIRBNB Ireland UC, sociedad de Derecho irlandés con domicilio social en Dublín (Irlanda), forma parte del grupo AIRBNB y está participada al 100 % por AIRBNB Inc.

AIRBNB Ireland gestiona, para todos los usuarios establecidos fuera de los Estados Unidos, una plataforma en línea cuya finalidad consiste en poner en contacto, por un lado, a anfitriones (profesionales y particulares) que disponen de alojamientos para alquilar y, por otro, a personas que buscan este tipo de alojamiento.

Dentro del grupo AIRBNB, AIRBNB Payments UK Ltd, sociedad de Derecho británico con domicilio social en Londres, presta servicios de pago en línea a los usuarios de la plataforma electrónica de AIRBNB Ireland y gestiona las actividades de pago del grupo en el seno de la Unión. De este modo, cuando el arrendador acepta a un arrendatario, este efectúa un pago a AIRBNB Payments UK cuyo importe se corresponde con el precio del alquiler más entre un 6 % y un 12 % en concepto de gastos y del servicio prestado por AIRBNB Ireland.

AIRBNB Payments UK conserva los fondos a nombre del arrendatario y, a continuación, 24 horas después de la entrada del arrendatario, se los envía al arrendador por transferencia, permitiendo de este modo al arrendatario asegurarse de la existencia del producto y al arrendador garantizarse el pago.

Los internautas suscriben un contrato, por un lado, con AIRBNB Ireland para la utilización del sitio web (publicación de anuncios, reservas) y, por otro lado, con la sociedad AIRBNB Payments UK Limited, respecto de los pagos efectuados a través de dicho sitio.”

Cabe añadir ahora que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 19 de diciembre de 2019 en el citado asunto, de fecha posterior por tanto a la sentencia recurrida, efectuó una descripción similar a la del Abogado General sobre las actividades del grupo Airbnb en Francia (apartado 18).

“Airbnb Ireland UC, sociedad irlandesa con domicilio social en Dublín (Irlanda), forma parte del grupo Airbnb, compuesto por varias sociedades directa o indirectamente participadas por Airbnb Inc., sociedad esta última con sede en los Estados Unidos. Airbnb Ireland ofrece una plataforma electrónica que, a cambio del pago de una comisión, pone en contacto, en particular en Francia, a anfitriones, profesionales y particulares, que disponen de alojamientos para alquilar, por un lado, y a personas que



buscan este tipo de alojamiento, por otro. Airbnb Payments UK Ltd, sociedad del Reino Unido con domicilio social en Londres (Reino Unido), por su parte, presta servicios de pago en línea relacionados con esta puesta en contacto y gestiona las actividades de pago del grupo en la Unión Europea. A su vez, Airbnb France SARL, sociedad francesa que presta servicios para Airbnb Ireland, se encarga de la promoción de dicha plataforma entre los usuarios del mercado francés, en particular, organizando campañas publicitarias dirigidas a un público determinado.”

La sentencia impugnada aceptó, como se ha dicho, la descripción del Abogado General sobre la interrelación de las distintas sociedades del grupo Airbnb y su modus operandi, sin hacer ninguna salvedad o mencionar ninguna diferencia entre el funcionamiento del grupo en Francia o en España.

Respecto de la recurrente Airbnb Ireland (ABBI), la sentencia recurrida señala que *“es una sociedad de la información domiciliada en otro Estado que dispone en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones y lugares de trabajo, en los que realiza toda o parte de su actividad.”*

Sobre la otra parte recurrente, Airbnb Marketing Services S.L., domiciliada en España, la sentencia recurrida efectúa una descripción de sus funciones similar a la descripción del TJUE de las funciones de la sociedad francesa Airbnb France SARL, consistentes en la promoción de la plataforma en el mercado francés. En particular, indica la sentencia recurrida que esta sociedad, con la denominación anterior de Airbnb Online Services Spain, tenía como objeto social *“la prestación de servicios de asistencia, ventas, marketing y publicidad y la realización de actividades realizadas con páginas web on line que permitan a terceros listar y reservar espacios o lugares disponibles para alquilar a través de internet”*, objeto social que fue modificado por el de *“la realización de actividades de prestación de servicios de publicidad, promociones y marketing”*.

De esta forma, tanto en la descripción fáctica de la sentencia impugnada como en la efectuada en las conclusiones del Abogado General y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C- 390/18, que aunque



se refiera a la actividad del grupo Airbnb en Francia estimamos ajustada al caso presente, al no haber puesto de relieve ni la sentencia recurrida ni las partes ninguna diferencia esencial que lleve a conclusión contraria, es fácil apreciar que es la recurrente Airbnb Ireland la sociedad que, en particular en España, desarrolla la actividad económica de administrar y gestionar una plataforma que pone en contacto a quienes disponen de alojamientos para alquilar y a las personas que buscan este tipo de alojamiento, mientras que la recurrente Airbnb Marketing Services S.L.U. desarrolla una actividad limitada a la prestación de servicios de publicidad, promociones y marketing y otras de promoción de la plataforma.

Por razón de los hechos a que se acaba de hacer referencia, tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideraron que Airbnb Ireland era un prestador de servicios de la sociedad de la información, establecido en un Estado miembro distinto de aquel otro en el que se adoptaron las medidas enjuiciadas como restrictivas, como es de ver tanto en la conclusión segunda del Abogado General, como en el pronunciamiento segundo de la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ambos en el citado asunto C-390/18.

De acuerdo con lo hasta aquí razonado, debemos considerar a la recurrente Airbnb Ireland como un prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un Estado miembro de la Unión Europea (Irlanda), con la consecuencia de la aplicación del principio de control en origen establecido en los artículos 3.1 y 2 DCE y 7 LSSI.

Así, de acuerdo con el artículo 3.1 DCE.

“Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.”



El principio de control en origen expuesto se proyecta sobre el ámbito normativo coordinado, en la forma indicada en el artículo 3.2 DCE, que señala:

“Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.”

En similares términos, el artículo 7.1 LSSI dispone que:

“La prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 y 8.”

El ámbito normativo coordinado sobre el que se proyecta el principio de control en origen se define de manera similar en el artículo 2, letra h) DCE y en el Anexo, letra i) LSSI, como los requisitos aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información en relación con: i) el comienzo de la actividad, como titulaciones, autorizaciones administrativas y otros y ii) el ejercicio de la actividad, como los relativos, entre otros aspectos, a la publicidad y a la responsabilidad del prestador de servicio, que son los que interesan en este recurso, y todo ello sin perjuicio de las excepciones y restricciones que establecen los artículos 3.4 DCE y 8 LSSI.

SEXTO.- Sobre la exigencia del número de registro turístico por la Orden de 30 de enero de 2015 de la Directora General de Turismo de la Generalitat de Catalunya.

La DCE y LSSI establecen distintas normas sobre el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en atención al tipo de servicio de intermediación de que se trate.



En nuestro caso, el servicio de la sociedad de la información prestado por el grupo empresarial Airbnb es del tipo de almacenamiento de datos, sobre el que establecen reglas los artículos 14 DCE y 16 LSSI. Además, son de interés en la cuestión que tratamos el artículo 15 DCE, sobre inexistencia de la obligación general de supervisión y los artículos 35 y 36 LSSI, sobre supervisión, control y deber de colaboración.

El artículo 14 DCE establece las siguientes reglas sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios de almacenamiento de datos:

“Alojamiento de datos

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.”

A su vez, el artículo 15 DCE establece la regla de la inexistencia de obligación general de supervisión, en los términos siguientes:



“Inexistencia de obligación general de supervisión

1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.”

Por su parte, el artículo 16 LSSI regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos de la forma siguiente:

“Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.



2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.”

Y los artículos 35 y 36 de la LSSI disponen lo siguiente sobre la supervisión y control y deber de colaboración de los prestadores de servicios de la sociedad de la información:

“Artículo 35. Supervisión y control.

1. El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital controlará el cumplimiento por los prestadores de servicios de la sociedad de la información de las obligaciones establecidas en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información, así como en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, por parte de aquellos proveedores incluidos en su ámbito de aplicación.

No obstante, las referencias a los órganos competentes contenidas en los artículos 8, 10, 11, 15, 16, 17 y 38 se entenderán hechas a los órganos jurisdiccionales o administrativos que, en cada caso, lo sean en función de la materia.

2. Los órganos citados en el apartado 1 de este artículo podrán realizar las actuaciones inspectoras que sean precisas para el ejercicio de su función de control.

Los funcionarios adscritos a dichos órganos y que ejerzan la inspección a que se refiere el párrafo anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.

3. En todo caso, y no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las conductas realizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información estuvieran sujetas, por razón de la materia o del tipo de entidad de que se trate, a ámbitos competenciales, de tutela o de supervisión específicos, con independencia de que se lleven a cabo utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos, los órganos a los que la legislación sectorial atribuya competencias de control,



supervisión, inspección o tutela específica ejercerán las funciones que les correspondan.

Artículo 36. Deber de colaboración.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a los demás órganos a que se refiere el artículo anterior toda la información y colaboración precisas para el ejercicio de sus funciones.

Igualmente, deberán permitir a sus agentes o al personal inspector el acceso a sus instalaciones y la consulta de cualquier documentación relevante para la actividad de control de que se trate, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Cuando, como consecuencia de una actuación inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, estatales o autonómicas, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.”

En la aplicación al presente caso de las disposiciones que se han reproducido, seguiremos los criterios establecidos por nuestra sentencia de 30 de diciembre de 2020 (recurso 238/2019), reiteradamente citada en esta resolución, en atención a la identidad de supuestos contemplados en ambos recursos, pues en el caso precedente se trataba de resolver sobre la conformidad a derecho de una resolución de la Directora General de Turismo de la Generalitat dirigida a un prestador de servicios de la sociedad de la información de alojamiento de datos (Homeaway Spain S.L.U.), cuyo actividad consistía, al igual que la desarrollada por la parte aquí recurrente, en la creación y administración de una lista o plataforma de viviendas y alojamientos, con herramientas de búsqueda, en favor tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan este tipo de arrendamientos, que le ordenaba, en iguales términos a los que concurren en este caso, a proceder el plazo de 15 días al bloqueo, supresión o suspensión definitivamente de la página web que administraba de todo el contenido relativo a empresas y establecimientos de



alojamiento turístico localizados en Cataluña, en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Catalunya.

A la identidad de los términos del requerimiento impugnado, de la condición del destinatario como prestador de servicios de la sociedad de la información de alojamiento de datos de similares características y de razonamientos de las sentencias impugnadas, puede añadirse la identidad también del régimen jurídico vigente en ambos casos, dada la proximidad de los requerimientos, pues la orden de la Directora General de Turismo de la Generalitat de Cataluña enjuiciada en la sentencia precedente de esta Sala es de fecha 13 de enero de 2015 y la orden de la misma Directora General que examinamos en este recurso es de 30 de enero de 2015.

Por razones, por tanto, de identidad de criterio y de igualdad en la aplicación de la ley, seguimos ahora los razonamientos de la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2020 en la aplicación al caso concreto de los preceptos antes citados sobre el alcance de la responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información de almacenamiento de datos:

“Pues bien, no cabe duda de que la actividad de alquiler de alojamientos a la que se refieren los contenidos almacenados en la web de la recurrente es una actividad legítima, como tampoco hay duda, en sentido opuesto, de que los anuncios de alojamientos turísticos en el ámbito territorial de Cataluña incurren en una infracción administrativa si no incorporan el número de registro turístico. La cuestión, por tanto, es si puede afirmarse que los prestadores de servicios tienen “conocimiento efectivo” de tal circunstancia (la ilicitud administrativa en que incurren los anuncios de alojamientos turísticos que no incorporen el número de registro) por el sólo hecho de que tales anuncios se alojen en la página web. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, por las razones que se exponen a continuación.

- La obligación según la Ley catalana.

La Sala de instancia, en tanto que intérprete de la norma catalana, considera que la recurrente queda obligada por la referida Ley. En sus palabras, entiende que «sea o no la actora una empresa turística, si se dedica a publicitar e intervenir en la



contratación turística resulta de aplicación la Ley 13/2002 de Turismo en los términos del artículo 1.2 de esta norma cuando su actividad afecte a Cataluña, independientemente de que además pueda intervenir en alquileres de naturaleza no turística». Y, tras citar la obligación que impone el artículo 73 de la Ley catalana de inscribirse en el Registro de Turismo de Cataluña a «todas las empresas y establecimientos turísticos regulados en la Ley» cita el apartado 5 del mencionado precepto que literalmente establece que «el número de inscripción de los alojamientos turísticos en el Registro de Turismo de Cataluña debe constar en todo tipo de publicidad, promoción o comercialización». Pues bien, sin necesidad de entrar a interpretar la Ley de Turismo catalana, hemos visto que la recurrente no puede ser calificada como una empresa turística, sino que es una intermediaria prestadora de servicios de internet sujeta a la Directiva y Ley estatal reiteradamente mencionadas. Y, por otra parte, pese a no afirmar la Sala de instancia que la recurrente sea una empresa o establecimiento turístico, sí sostiene su vinculación a la Ley catalana en virtud del artículo 1.2 de la misma, cuyo tenor literal es que «las disposiciones de la presente Ley se aplican al conjunto de los recursos, los sujetos y las actividades que integran el sector turístico», precepto evidentemente genérico y que es preciso interpretar a la luz de los artículos de la Ley que definen tales recursos, sujetos y actividades, así como en consonancia con el resto del bloque normativo estatal y europeo aplicable. Pues bien, como hemos visto, la sentencia de instancia pese a sus afirmaciones sobre la naturaleza de la actividad de la recurrente y sobre ésta misma, no afirma de manera taxativa que sea una empresa turística ni en cualquier caso su interpretación de la Ley catalana puede prevalecer frente a las prescripciones de la Directiva y la Ley estatal que ya hemos visto. No se trata, como es evidente y conviene dejar claro, de inaplicar la Ley catalana, sino de la necesidad de interpretar la misma a la luz del derecho comunitario y estatal de transposición del mismo que conducen a la conclusión que hemos expuesto de la naturaleza inequívoca de prestador de servicios de internet de alojamiento de datos.

- La actividad de la recurrente.

Por otra parte, no cabe duda -ni la sentencia recurrida afirma cosa distinta-, de que la obligación de inscribir los alojamientos turísticos en el Registro autonómico, así como la de mencionar el número de registro en la publicidad de tales alojamientos turísticos, recae en las empresas turísticas, lo que no es la actora que es, como se ha establecido ya, una empresa de intermediación, prestadora de servicios de la sociedad de la información.



Tales circunstancias llevan a la conclusión de que no cabe entender que la sola previsión de la Ley catalana de que la publicidad de los alojamientos turísticos debe incorporar el número de registro sea suficiente para afirmar que Homeway Spain tuviera "conocimiento efectivo" de la ilicitud de que algunos de los usuarios de su página web no hubieran incluido en sus anuncios el número de registro turísticos de los alojamientos.

En efecto, no se da ninguna de las circunstancias que el artículo 16.1.b) de la Ley 34/2002 emplea como acreditativas de tal conocimiento efectivo. No existe declaración de ilicitud por parte del órgano competente de la Administración catalana de que determinados anuncios hayan incurrido en ilícito administrativo por no haber incorporado el número administrativo, ordenando la retirada de los mismos. Dicha declaración de ilicitud y orden de retirada va necesariamente referida a anuncios concretos, a diferencia de la orden administrativa de la que trae origen el litigio y que es una orden genérica que obligaría al prestador de servicios a efectuar un examen del contenido de sus anuncios, determinar cuáles son apartamentos turísticos y suprimir los que no incorporen el número de registro. Una tal obligación sería directamente contraria a lo previsto por el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, e incompatible con el régimen jurídico de los PSSI de alojamientos de datos. En puridad sería prácticamente encomendarle la función de inspección y control de contenidos que, dentro de su ámbito material, corresponde a la Administración competente. Cuando en el ejercicio de sus funciones la Administración competente constate tales infracciones por los sujetos obligados, los titulares de los alojamientos o los anunciantes, podrá declararlo así y requerir al prestador de servicios la retirada del anuncio o que se impida el acceso al mismo.

Por otra parte, es claro que no existe en el supuesto de autos ningún tipo de declaración de que se haya producido una lesión de derechos ajenos, que además debería ser conocida por el PSSI, que constituye el segundo supuesto de conocimiento efectivo contemplado por el artículo 16.1, último párrafo.

Por último, no cabe olvidar que, como alega la recurrente y reconoce la sentencia de instancia, en su web no sólo caben anuncios de alojamientos turísticos que, en virtud de lo dispuesto en la Ley catalana 13/2002 estarían obligados a incluir el número de registro, sino también otros tipos de alojamiento que no estarían sujetos a dicha obligación. Esta circunstancia y la naturaleza de los servicios de intermediación, cuyas prestaciones son meramente accesorias a la actividad subyacente -en los términos ya expuestos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea- impiden considerar que la omisión de un número de requisitos administrativos sea una ilegalidad flagrante que



por su mera existencia obliga a actuar al PSII retirando los anuncios que incurrieran en ella.

En cualquier caso, debe añadirse que el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información de almacenamiento de datos no deja sin amparo el control de las posibles obligaciones de los anunciantes como la del número de registro de que tratamos. Así, el último inciso del artículo 16.1 contempla la posibilidad de «acuerdos voluntarios y otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», lo que abre la posibilidad de que el prestador de servicios por sí propio o por convenio con la Administración competente establezca tales medios. Y por otra parte tanto la Directiva (art. 15.2) como la Ley española (arts. 35 y 36) contemplan la necesaria colaboración de los PSSI con las Administraciones competentes.

En definitiva, un PSSI de almacenamiento de datos estará obligado a suprimir los anuncios, o vedar el acceso a ellos, que incumplan una obligación legal cuando la Administración competente haya declarado dicho incumplimiento y lo comunique al PSSI, pero no puede trasladar a éste la obligación de vigilancia que le compete. Lo cual es consecuencia de que el PSSI se encuentra regulado por la normativa propia, lo que se reconoce en la sentencia recurrida, pero no por la sectorial de turismo, lo que sólo ocurriría si se tratase de una empresa cuya calificación jurídica -en términos de la sentencia Airbnb- no fuese ya la de un PSSI sino la de una empresa turística, lo que hemos visto que no es el caso, o en supuestos de ilicitud flagrante que tampoco concurre en el presente supuesto.”

A los anteriores razonamientos cabe añadir que tanto el artículo 3.4 DCE como el artículo 8 LSSI admiten que los Estados miembros puedan tomar medidas que constituyan excepciones al principio antes expuesto de libre prestación de servicios, esto es, a la regla de que los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones derivadas del ámbito coordinado, y dicha excepción opera cuando tales medidas sean necesarias por los motivos que citan los preceptos que acabamos de indicar de la DCE y LSSI, relativos al orden público, la salud pública y otros entre los que se encuentra la protección de los consumidores, si bien la adopción de dichas medidas está sujeta al procedimiento descrito en los artículos 3,4.b) DCE y 8.4 LSSI, consistente en síntesis en la notificación por los Estados miembros de la intención de adoptar



la medida de que se trate al Estado miembro en cuyo territorio esté establecido el prestador del servicio y a la Comisión Europea, sin que en este caso exista constancia de haberse seguido en indicado procedimiento, lo que, como señala la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 (apartados 96 a 99), determina la inoponibilidad de la medida no notificada.

SÉPTIMO.- Sobre las cuestiones de interés casacional.

En respuesta a las cuestiones de interés casacional formuladas en el auto de admisión del recurso de casación, cabe señalar.

En cuanto a la primera de las cuestiones, sobre los requisitos que debe reunir un prestador de servicios de la sociedad de la información para considerar que está establecido en España en relación con el principio de control en origen y el ámbito coordinado, en el marco del Considerando 19 de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y del artículo 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, habrá de considerar establecido en España al prestador cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español y coincida con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocio, y en otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

Por lo que se refiere a las cuestiones segunda a cuarta, al haber sido formuladas en iguales términos a los de las cuestiones de interés casacional primera a tercera planteadas en el recurso de casación resuelto por la sentencia de 30 de diciembre de 2020 (recurso 238/2019) y al no modificar ahora la Sala los criterios jurisprudenciales desarrollados en dicha sentencia, procede reiterarlos en la misma forma:

Reiteramos por tanto el criterio jurisprudencial de que un prestador de servicios de la sociedad de la información de alojamiento de datos, tal como se definen en la Directiva 2000/31/CE, en la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en la Ley nacional 34/2002, no está



sujeto de manera directa a las normativas sectoriales, sino que su régimen de responsabilidad es el determinado por el artículo 16 de la citada Ley española, todo ello en los términos más detallados que se exponen en el fundamento de derecho sexto.

OCTAVO.- Conclusión y costas.

De lo anteriormente razonado resulta la estimación del presente recurso de casación, por lo que anulamos y casamos la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 13 de noviembre de 2019, recaída en el recurso 339/2015 y acumulado 268/2017, así como, por las mismas razones, estimamos el recurso contencioso administrativo 339/2015 y anulamos la resolución de la Directora General de Turismo de la Generalitat, de 30 de enero de 2015 y la resolución del Secretari d'Empresa i Competitividad de 10 de junio de 2015, y declaramos la pérdida del objeto del recurso contencioso administrativo 268/2017, acumulado al anterior, al haber sido anulada en esta sentencia la resolución de la Directora General de Turismo de la Generalitat, de 30 de enero de 2015, de la que traía causa.

Por lo que se refiere a las costas de casación, de conformidad con el artículo 93.4 LJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia, y las comunes por mitad y en cuanto a las costas de instancia, de acuerdo con el artículo 139.LJCA, no procede su imposición a ninguna de las partes por versar el litigio sobre cuestión que suscita dudas de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :



1.- Fijar y reiterar los criterios jurisprudenciales que se indican en el fundamento de derecho séptimo en respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas en el auto de admisión del recurso.

2.- Declarar que ha lugar y, por tanto, estimar el recurso de casación 6063/2020, interpuesto por Airbnb Ireland UC y Airbnb Marketing Services S.L.U. contra la sentencia 931/2019, dictada el 13 de noviembre de 2019 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso administrativo 339/2015 y acumulado 268/2017, que casamos y anulamos.

3.- Estimar el recurso contencioso administrativo 339/2015 interpuesto por Airbnb Online Services Spain S.L. (ahora Airbnb Marketing Services S.L.) contra la resolución de la Directora General de Turismo de la Generalitat de 30 de enero de 2015 y contra la posterior resolución del Secretari d'Empresa i Competitividad, de 10 de junio de 2015, desestimatoria del recurso de alzada contra la anterior, que se anulan y declarar la pérdida de objeto del recurso contencioso administrativo 268/2017, acumulado al anterior, interpuesto por Airbnb Ireland UC contra la citada resolución de la Directora General de Turismo de la Generalitat de 30 de enero de 2015 y contra la posterior resolución del Secretari d'Empresa i Competitividad, de 21 de abril de 2017, de inadmisión del recurso de alzada contra la anterior, al haberse anulado la resolución que se encuentra en el origen del recurso.

4.- No imponer a ninguna de las partes las costas de instancia ni las de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento esté prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

PUBLICACION

La anterior Sentencia fue publicada en la forma acostumbrada, una vez firmada por todos los Magistrados que conformaron la Sala. En Madrid a dieciocho de enero de dos mil veintidós. Doy fe.



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 18/01/2022 13:15

Mensaje

| | | |
|--------------------------|--|---|
| IdLexNet | 202210462617031 | |
| Asunto | Comunicacion del Acontecimiento 92: | |
| Remitente | Órgano | TRIBUNAL SUPREMO CONTENCIOSO/ADMTVO. SALA 3A. SECCION 3A. de Madrid, Madrid [2807913003] |
| | Tipo de órgano | T.S. SALA DE LO CONTENCIOSO |
| | Oficina de registro | TRIBUNAL SUPREMO OF.REG. Y REPARTO CONTENCIOSO/ADMTVO. [2807913000] |
| Destinatarios | LOPEZ CHOCARRO, IGNACIO [2770] | |
| | Colegio de Procuradores | Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid |
| Fecha-hora envío | 18/01/2022 12:48:23 | |
| Documentos | 280791300300000001482022280791300332.PDF (Principal) | Descripción: Comunicacion del Acontecimiento 92: Hash del Documento: baf6ca0f898cfd1f6f5060e73154fd9d338e0b998e251bd72be622f0f4076735 |
| | 2807913003000000014820222807913003322.PDF (Anexo) | Descripción: PUBLICACION SENTENCIA Hash del Documento: a6faceec7fcb76f8fe3497b3b16322e0882fe6945b321c24c32fd91c33698aad |
| Datos del mensaje | Procedimiento destino | RECURSO CASACION N° 0006063/2020 |
| | Detalle de acontecimiento | NOTIFICACION |
| | NIG | 2807913320200004566 |

Historia del mensaje

| Fecha-hora | Emisor de acción | Acción | Destinatario de acción |
|---------------------|--|--------------|--|
| 18/01/2022 13:15:16 | LOPEZ CHOCARRO, IGNACIO [2770]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid | LO RECOGE | |
| 18/01/2022 13:01:10 | Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid) | LO REPARTE A | LOPEZ CHOCARRO, IGNACIO [2770]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid |

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.