

LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN
LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE VIVIENDAS CON FINES
TURÍSTICOS. ESPECIAL MENCIÓN A LA CONTRATACIÓN
POR MEDIO DE OTAS

*LIABILITY FOR BREACH OF HOUSING ASSIGNMENT
CONTRACTS FOR TOURIST PURPOSES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1532-1553



Covadonga
LÓPEZ SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En los últimos tiempos han incrementado los contratos de cesión de viviendas con fines turísticos realizados en nuestro país, sobre todo, aquellos perfeccionados por medio de plataformas web como Airbnb o Homeaway. Son muchos los interrogantes que han surgido al respecto, siendo uno de ellos su régimen de responsabilidad por incumplimiento y cuál es el papel que dichas plataformas juegan.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento contractual, Airbnb, Homeaway, Viviendas con fines turísticos, alojamiento colaborativo, economía colaborativa.

ABSTRACT: *Recently, there has been an increase in the number of contracts for the assignment of accommodation for tourism purposes in Spain, especially those made through web platforms such as Airbnb or Homeaway. Many questions have arisen in this regard, one of them being the liability regime for breach and the role that these platforms play in this respect.*

KEY WORDS: *Contractual liability, Airbnb, Homeaway, tourist accommodation, collaborative housing, sharing economy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO. I. Contextualización: la economía colaborativa. 2. Algunas pinceladas sobre la naturaleza del contrato. 3. Los sujetos contractuales. III. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE VFT. I. El papel de las OTAs. A) Breve análisis de las relaciones entre la plataforma y los sujetos. B) La (no) responsabilidad por incumplimiento de las OTAs. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es por todos conocido el papel crucial que juega el turismo en la economía española a día de hoy, reflejándose esto mismo en su peso en el Producto Interior Bruto año tras año, así como su dependencia del ciclo económico. La crisis acontecida en 2008 trajo consigo un cambio de tendencia, produciéndose un incremento reseñable en los contratos de alojamiento de viviendas con fines turísticos (en adelante, VFT) y virando hacia un uso mayor de los denominados “alojamientos colaborativos”. Por otro lado, la generalización de las nuevas tecnologías ha conllevado, asimismo, un aumento en su contratación por medio de “Online Travel Agencies” (en adelante, OTAs), tales como los archiconocidos Airbnb o Homeaway.

Lo lógico sería pensar que el Derecho, respondiendo a las necesidades creadas a raíz del panorama aquí planteado, hubiese actuado clarificando el régimen por el que dichos contratos han de regirse, pero nada más alejado de la realidad, pues actualmente el ordenamiento jurídico español parece dar la espalda a estos cambios, generando una situación, cuando menos, confusa.

Como se desarrolla con mayor profundidad en apartados sucesivos, se plantean grandes incógnitas en torno a la naturaleza jurídica de esta relación contractual, habiendo tenido una gran relevancia a este respecto la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) acontecida en el año 2013 con motivo de la Ley 4/2013. La doctrina, en consecuencia, se ha visto abocada al estudio de esta figura, tratando de concretar los distintos aspectos de la relación jurídica nacida entre las partes (anfitrión, huésped y, en su caso, plataforma). Y es que, si bien es cierto que algunas Comunidades Autónomas cuentan con normas a este respecto, estas se circunscriben, principalmente, al ámbito administrativo, dejando al margen los aspectos civiles.

Son muchas las cuestiones que podrían estudiarse al hilo de estos contratos, pudiendo ser incontables las páginas destinadas a ello. Sin embargo, en la

• **Covadonga López Suárez**

Graduada en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Cádiz
covadonga.lopezsuarez@mail.uca.es

investigación que aquí se desarrolla se trata de ahondar en su régimen de responsabilidad, concretamente, en la responsabilidad por incumplimiento. Los distintos sujetos que forman parte de esta relación (mencionados con anterioridad) lo hacen comprometiéndose al cumplimiento de unas determinadas obligaciones, de manera que, en caso de que estas no sean correctamente ejecutadas, se tendrá que indemnizar por los daños que ello cause a las demás partes. Así explicado, de una forma eminentemente teórica, parece no entrañar mucha dificultad, pero si se transpone a una situación real, queda patente no solo la importancia de este estudio, sino también el amplio abanico de posibilidades a las que se expone la práctica jurídica.

Además, las OTAs plantean cuestiones de sumo interés en este sentido, pues ha de cuestionarse si, ante un incumplimiento del huésped o del hospedador, la plataforma que ha dado pie a esta relación podría, en algún caso, ser responsable, ya sea solidaria o subsidiariamente. Para su estudio es ineludible el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 19 de diciembre de 2019, en la que se afirma que son prestadores de servicios de la sociedad de la información, pues, en principio, ello implicaría que se rigiese en España por la Ley 34/2002, con todas las consecuencias que esto tendría en cuanto a la responsabilidad de estas, sobre la que se profundiza más adelante.

II. DELIMITACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Cierto es que el eje principal de estas páginas viene siendo, tal y como se ha adelantado, cuál es el régimen de responsabilidad por incumplimiento en aquellos contratos en virtud de los cuales se permite la cesión de una VFT. Sin embargo, se considera esencial, pues son los cimientos sobre los que naturalmente se erigen estos conocimientos y conclusiones, conocer de antemano cuál es el origen del mismo, su naturaleza y quiénes son los sujetos que toman parte en esta relación contractual. Ha de matizarse, eso sí, que no se busca realizar un análisis exhaustivo de estas cuestiones, por cuanto podrían protagonizar por sí mismas investigaciones mucho más extensas que la presente.

I. Contextualización: la economía colaborativa

La cesión de VFT se desarrolla bajo el paraguas de la denominada “economía colaborativa”. Si bien este es un fenómeno que surgió tiempo atrás¹, resalta

¹ Concretamente, relata sobre los orígenes más remotos de la economía colaborativa GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda con un uso turístico: entre el turismo “colaborativo” y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018, p.20. Según este autor, sus inicios se remontan al año 1978 (cuando quedaban aún treinta años para que tuviera lugar la citada crisis) y su denominación se debe a Felson Marcus y Spaeth Joe.

sobremenera el impulso recibido a raíz de la crisis que se sucedió hace poco más de una década², conocida como la “crisis subprime”. Sucede que, a pesar de que era de esperar que tras un período de expansión como el que se vivió hasta ese momento sobrevendría una recesión, esta fue especialmente dura para la sociedad de aquel entonces. Sin entrar a detallar los motivos o las circunstancias que la rodearon, pues ello escapa, por mucho, el objeto de este estudio, interesa señalar en estos instantes la delicada situación en la que, a consecuencia de esta, se encontraban numerosos países, entre los que, por desgracia, España destacaba. Era necesario reinventarse, adaptar las comodidades y costumbres que habían sido acuñadas en los tiempos de bonanza a los momentos de mayores dificultades, siendo especialmente conveniente para ello la economía colaborativa³, puesto que esta, a grandes rasgos, se caracteriza por la cesión, normalmente por particulares, a través de plataformas creadas para estos fines de bienes o servicios por un tiempo limitado⁴, siendo patentes los beneficios que lleva aparejados⁵.

Dicho movimiento alcanza ámbitos de lo más variopintos⁶, que van desde la financiación hasta el comercio incluyendo el transporte y el alojamiento, pero es este último el que, en el seno del presente trabajo, merece una mayor atención. No es de extrañar que la burbuja inmobiliaria concluyera con múltiples particulares siendo propietarios de varias viviendas⁷. Se conformó, pues, un caldo de cultivo que favoreció sobremenera, como se viene diciendo, el reforzamiento de este

- 2 Son numerosos los que destacan este auge, entre los que se pueden mencionar, a modo de ejemplo, DE LA ENCARNACIÓN, A. M.: “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 2016, núm. 5, p. 31; o SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Alojamiento turístico colaborativo en España: régimen jurídico, naturaleza y contenido contractual”, en AA.VV., *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (coord. por G. GARCÍA GONZÁLEZ, M. R. REDINHA, M. R. GUIMARAES y B. SAENZ DE JUBERA HIGUERO), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 283-284.
- 3 Al hilo de lo aquí argumentado, DE LA ENCARNACIÓN, A. M.: “El alojamiento”, cit., p. 31, hace referencia a la “cultura del decrecimiento”, que parte de la creencia de que es necesario modificar los valores que primaban hasta el momento en la economía, siendo sustituidos por otros que, previsiblemente, la encaucen en un camino que permita resultados óptimos para todos los partícipes.
- 4 Definen esta realidad de forma similar GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda”, cit., pp. 20-21; ALFONSO SÁNCHEZ, R.: “Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2016, núm. 88, pp. 235; ALFONSO SÁNCHEZ, R.: “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, núm. 66, pp. 17; o VILALTA NICUESA, A. N.: “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 765, pp. 277. Parece ser que, en la mayoría de estos casos, se toma de inspiración para la confección de este concepto (o directamente se cita textualmente) la definición aportada por la Unión Europea en la “Agenda Europea para la economía colaborativa” de 15 de junio de 2017 (2017/2003(INI)), que dice así: “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”.
- 5 Ahonda en este sentido la arriba mencionada “Agenda Europea para la economía colaborativa”, que comienza resaltando las ventajas que puede acarrear esta nueva modalidad ya no solo a los emprendedores sino también a los consumidores.
- 6 Profundiza sobre sus ámbitos de actuación ALFONSO SÁNCHEZ, R.: “Economía colaborativa”, cit., p. 236-238.
- 7 Muchas de estas viviendas, si se atiende a lo afirmado, por ejemplo, por FERNÁNDEZ DE LIS, S. y GARCÍA MORA, A.: “Algunas implicaciones de la crisis financiera sobre la banca minorista española”, *Revista Estabilidad Financiera*, 2008, núm.15, p. podría llegar a suponerse que estaban gravadas con hipoteca, siendo aún más compleja la situación económica de sus titulares.

fenómeno, ya que, por un lado, habiendo visto las familias mermados sus ingresos, se postulaba como una posibilidad especialmente satisfactoria la cesión de estas segundas viviendas para uso vacacional a cambio de una suma que ayudase a mitigar los problemas económicos⁸; y, por otro, las personas que desearan viajar se decantarían por opciones habitacionales menos costosas. Esto último, en parte⁹, fue la causa de un cambio paulatino de paradigma, comenzando a perder importancia ostentar la propiedad de una vivienda vacacional, virando la sociedad hacia una preferencia clara por el simple derecho de uso¹⁰.

Retomando el concepto antes aportado de la economía colaborativa y reflexionando sobre este mismo, cabría preguntarse, igualmente, cuán importante es la ausencia de ánimo de lucro en estos contratos y si esta ejerce la función de línea divisoria entre aquellos que realmente se amparan en esta modalidad y los que, simplemente, están inspirados en la misma¹¹. Esta no es una cuestión baladí, dado que, si se considerase un elemento esencial, las relaciones contractuales sobre las que se indaga en las próximas páginas no tendrían cabida en este movimiento, deviniendo inútil en lo que a este estudio concierne lo hasta ahora comentado.

No se puede negar que este movimiento nació siguiendo una filosofía que primaba compartir y relegaba a un segundo plano la obtención de lucro alguno por sus participantes. El fin último era el intercambio y la ayuda mutua entre particulares. Sin embargo, el término economía colaborativa no se ha mantenido indemne todo este tiempo. Por el contrario, este ha ido evolucionando, de manera tal que en la actualidad se admite un posible enriquecimiento de alguna de las partes a su costa¹². A su vez, este paso hacia la aceptación dentro de la economía

8 Esta conclusión es alcanzada, asimismo, por GUILLÉN NAVARRO, N. A.: "La vivienda", cit., p. 20, quien, a su vez, hace mención de los problemas relativos a la competencia desleal, aunque de forma muy superficial.

9 Y decimos "en parte" puesto que esto de lo que aquí se habla guarda cierta similitud con las viviendas en multipropiedad que venían alentando estos cambios desde tiempo atrás. No obstante, dejaremos este aspecto fuera del presente estudio.

10 Como líneas atrás se apuntaba, aunque en sentido genérico, los ciudadanos tuvieron que adaptar su modo de vida a las nuevas circunstancias, para lo cual se produjeron modificaciones sustanciales, siendo una de ellas la prevalencia de la experiencia a la propiedad, como apunta GUILLÉN NAVARRO, N. A.: "La vivienda", cit., p. 20. A día de hoy se prefiere disfrutar de la época estival en un paraje diferente cada año, cuando antes era lo más común hacerlo segundas viviendas. Incide en esta idea también DE LA ENCARNACIÓN, A. M.: "El alojamiento", cit., pp. 31-32, quien reflexiona acerca de los cambios culturales que suelen producirse con motivo de períodos importantes de recesión económica.

11 En GUILLÉN NAVARRO, N. A.: "La vivienda", cit., p.21, se hace mención a este hecho, afirmándose que la existencia de contraprestación o retribución modifica la esencia de los contratos originarios, convirtiéndolos en una especie de "modelo híbrido de economía colaborativa". Asimismo, se refiere a ello SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "Alojamiento turístico", cit., pp. 284-285.

12 Para realizar esta afirmación nos basamos, principalmente, en lo defendido por la Unión Europea en la anteriormente citada "Agenda Europea para la economía colaborativa", que tajantemente declara que "pueden realizarse con o sin ánimo de lucro". Se podría llegar a esta misma conclusión prestando especial atención a la terminología empleada. Como se destaca tanto en ALFONSO SÁNCHEZ, R.: "Economía colaborativa", cit., p. 236; como en ALFONSO SÁNCHEZ, R.: "Aproximación jurídica", cit., pp. 17-19; y en VILALTA NICUESA, A. N.: "La regulación", cit., p. 277-278, a pesar de la popularidad del término inglés "sharing economy" (que podría traducirse al español como "economía del compartir"), suele huírse de su uso al poder inducir a error, puesto que la palabra "compartir" podría llevar a pensar que no se incluyen

colaborativa de modalidades contractuales en las que comienza a primar el ánimo de lucro ha podido ser lo que ha promovido que la doctrina divague sobre la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, preguntándose qué tipo de contrato es realmente este¹³. En el siguiente apartado se profundiza sobre esta última cuestión al respecto de la cesión de VFT.

2. Algunas pinceladas sobre la naturaleza del contrato

Si ya en tiempos anteriores las relaciones humanas mutaban con presteza, la entrada a escena de las nuevas tecnologías e internet ha avivado, más aún si cabe, este hecho. Esto ha supuesto, como era de esperar, nuevos retos al Derecho, que, siguiendo los pasos marcados por la evolución de la sociedad, ha de ordenar las nuevas situaciones que pudieran originarse. Un claro ejemplo de ello ha sido el estudio exhaustivo al que ha procedido la doctrina en los últimos años sobre los contratos que dan nombre a este trabajo, tratando, entre otros aspectos, de dilucidar cuál es su naturaleza.

No son pocas las investigaciones que centran sus esfuerzos en abordar este tema con mucha más profundidad de la que es posible en esta misma, tal vez como consecuencia de la falta de claridad legislativa reinante en este sentido. No existe, por ahora, normativa estatal alguna que arroje algo de luz sobre la regulación de estas relaciones contractuales, sino que, por el contrario, el legislador ha logrado con sus últimas intervenciones que la situación luzca más enrevesada todavía. Nos referimos, en este caso concreto, a la reforma de la LAU operada con motivo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, como se puede deducir de las siguientes explicaciones.

Para el momento en el que entró en vigor la ley en cuestión, eran varias las hipótesis barajadas por la doctrina en relación a la naturaleza de este contrato. Los contratos de cesión de VFT que protagonizan el mercado actual son contratos, por lo general, onerosos, facilitados por OTAs y que se caracterizan, como su propio nombre indica, por versar sobre la cesión de una vivienda en condiciones tales que pueda permitir a la persona que en ella se aloje desarrollar su jornada con plena normalidad (entre otros aspectos, que se encuentre plenamente amueblada y dispuesta para ser habitada), por un período de tiempo determinado y a cambio de un precio¹⁴. A pesar de que giran, principalmente, en torno al alojamiento, en su

las relaciones que conllevan una contraprestación monetaria. “Sensu contrario”, ello confirmaría la no esencialidad de su carácter altruista.

13 Como así mismo lo expresa GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda”, cit., p. 21.

14 La definición que aquí se articula se corresponde con las aportadas, por ejemplo, por SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Alojamiento turístico”, cit., p. 287; GONZÁLEZ CABRERA, I.: *El alojamiento colaborativo o el nuevo hospedaje low cost*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 89; o GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45-46, p. 119.

gran mayoría incluyen otros servicios (como podría ser el desayuno o la limpieza), atendiendo a lo cual no es de extrañar que hubiera quien abogase porque este fuera un contrato de hospedaje¹⁵. Con todo, otros lo desechaban, considerando que se trataba de un contrato de arrendamiento de temporada.

Por un lado, un sector doctrinal ponía (y pone) en duda que el contrato de arrendamiento de temporada¹⁶ sea una buena opción. Aunque este, precisamente, destaca por ser temporal, característica que comparte con los de cesión de VFT, obvia la prestación de servicios adicionales. En el contrato de hospedaje, por el contrario, prima el alojamiento, pero sí se prevé que el hospedador se obligue a la prestación de dichos servicios¹⁷. Es decir, al igual que en los contratos que aquí se analizan, este segundo va más allá del alojamiento, lo que podría indicar un mejor encaje para la cesión de VFT¹⁸.

Empero, por otro lado, parte de la doctrina desechaba (y desecha) la posibilidad de aplicar por analogía lo dispuesto para los contratos de hospedaje¹⁹.

Este era el panorama reinante cuando entró en vigor la anteriormente citada reforma²⁰. Parecía lógico esperar una aclaración por parte del legislador en este sentido²¹, de forma que podría decirse que con ella se perdió una oportunidad de oro para zanjar esta discusión al ignorarla. Se trataba de abordar un problema que comenzaba a aflorar en la superficie (las situaciones de intrusismo y competencia

-
- 15 Se hace eco de esto MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A.: "La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018, p. 56.
- 16 En SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.: "La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitaciones frente a figuras afines", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 151-156, se estudia en profundidad el encaje que pudiera tener el contrato de arrendamiento de temporada en este tipo de relaciones en las que se procede a la cesión de VFT.
- 17 Se define en este sentido el contrato de hospedaje en REPRESA POLO, M. P.: *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Edersa, Madrid, 2004, p. 36.
- 18 Se llega a esta misma conclusión en SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.: "La cesión", cit., p. 188. Se cree más adecuado el contrato de hospedaje debido a la variedad de prestaciones que ofrece en comparación con el contrato de arrendamiento, que como se ha manifestado, asimismo, al hilo de las explicaciones, únicamente pone el foco en el alojamiento.
- 19 Un ejemplo de ello sería MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A.: "La constitución", cit., p. 59, cuyos autores, aún a día de hoy se mantienen reacios a admitir que se trate de un contrato de hospedaje. Asimismo, y valiéndose para ello de un minucioso análisis sobre los servicios que acompañan a la cesión de la vivienda, Botello Hermosa, J. M.: "La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 4, pp. 1600-1605, niega rotundamente que se trate de un contrato de hospedaje.
- 20 Interesa decir que con ella se buscaba, tal y como reza en su preámbulo, lograr "flexibilizar el mercado del alquiler", pues los datos arrojados por aquel entonces señalaban la existencia de un casi insignificante número de viviendas en alquiler en contraposición con las cuantiosas viviendas que se encontraban vacías, así como "rentas muy elevadas".
- 21 De hecho, resulta curiosa la reflexión que se refleja en GUILLÉN NAVARRO, N. A.: "La vivienda de", cit., p. 116. Este artículo fue escrito muy poco tiempo tras la reforma, y su autor guardaba aún esperanzas de que esta sirviese de empujón definitivo para la confección de una regulación completa de estos contratos. Seis años después de su redacción y ocho desde la entrada en vigor de la Ley 4/2013, podemos afirmar que este impulso no se produjo, pues todo sigue prácticamente igual.

desleal, cada vez más patentes según aumentaban las cesiones de VFT en la práctica) pero se pasaban por alto aquellos que permanecían escondidos en el fondo, alimentando y agravando estos primeros (la falta de una regulación clara). Es por ello por lo que no se pudo más que poner un parche: se excluyeron del ámbito de aplicación de la LAU estos contratos, para lo cual se impusieron una serie de requisitos, como que se sometiesen “a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística”²². El legislador estatal evitó las dificultades que entrañaban su solución y lo delegó en las Comunidades Autónomas²³. Esto, a nuestro juicio, fue el origen de nuevos problemas.

De una parte, se había hurgado en las aguas ya revueltas de quienes indagaban en su naturaleza sin intención de calmarlas. No se había decantado la balanza a favor de que fuera un contrato de arrendamiento, así como tampoco se sentenciaba que fuese un contrato de hospedaje. Simplemente se negaba la aplicación de la LAU en caso de que ya hubiera una normativa sectorial al respecto, pudiendo aplicarse en esos casos el régimen dispuesto por el Código Civil para los arrendamientos de cosas.

Y, de otra, se propiciaba que se produjese una fragmentación legislativa, con claros efectos perniciosos para la seguridad jurídica²⁴ (por la que, supuestamente, se ha de velar), al desencadenarse una cascada de normas sectoriales de carácter autonómico (aunque algunas comunidades ya se habían adelantado y disponían para el momento de su propia norma).

A día de hoy, mucho después de la reforma, esta sigue siendo una cuestión no resuelta. Mientras que parte de la doctrina considera que en los casos en los que la LAU no sea aplicable, lo será el régimen dispuesto por el CC para el arrendamiento de cosas²⁵, la doctrina mayoritaria defiende que se trata de un contrato de hospedaje (salvando los límites, eso sí, con los perfeccionados entre huéspedes y entidades hoteleras), pero solamente en aquellos casos en los que existan distintas prestaciones²⁶.

22 Concretamente, la ley introdujo un nuevo apartado e) al art. 5 LAU, refiriéndose a aquellos contratos que versasen sobre “la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

23 No han sido pocos los autores que se han preguntado sobre si las Comunidades Autónomas tienen competencia para ello. Si bien es cierto que el art. 148.1.18° CE les faculta en cuanto a la “promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”, no debemos olvidar que el art. 149.1.8° CE sentencia que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil. Profundizan en esta cuestión MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A.: “La constitución”, cit., pp. 58-59; GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda de”, cit., pp. 117-118; o SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Alojamiento turístico”, cit., pp. 186-187.

24 Hace este mismo apunte SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.: “La cesión”, cit., p. 189.

25 Reiteramos en este punto que, por ejemplo, MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A.: “La constitución”, cit., p. 59 mantienen a día de hoy esta postura.

26 Hace esta afirmación sobre la tendencia de la doctrina mayoritaria GONZÁLEZ CABRERA, I.: “El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único”, en AA. VV.: *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (dir. por H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO), Editorial

No concierne a esta investigación ahondar mucho más en esta cuestión a pesar de su complejidad y relevancia. Sin embargo, lo aquí estudiado nos ha permitido llegar a algunas conclusiones. Consideramos que cada uno de los contratos de estas características que sea perfeccionado en el tráfico jurídico, ya sea gracias o a espaldas de las OTAs, gozará de entidad propia, no teniendo que ser considerado contrato de hospedaje o contrato de arrendamiento de temporada o arrendamiento de cosas forzosamente por nacer gracias a una determinada plataforma en la que esto sea lo mayoritario. Es decir, a pesar de que creemos que es cierto que principalmente abundan en este sentido los contratos que encajan a la perfección con lo anteriormente disertado en torno a los contratos de hospedaje, no entendemos que sea necesario que, en caso de que exista uno que no encaje como tal, sea forzado a ser considerado un contrato de hospedaje, pudiendo serle asignada otra naturaleza que se ajuste mejor a sus características. Concluimos, por tanto, posicionándonos a favor de lo que la mayoría de la doctrina defiende, que dependiendo de las características del contrato en cuestión este habrá de ser considerado contrato de hospedaje o contrato de arrendamiento.

3. Los sujetos contractuales

No merece gran atención esta cuestión, pues basta con presentar, someramente, los sujetos partícipes de la relación contractual que se estudia para lograr el objetivo que el presente apartado pretende: la contextualización de los temas sobre los que más adelante sí se profundiza.

A rasgos generales, como ya se ha advertido, estos contratos se centran en la cesión de una vivienda y, habitualmente, en la prestación de una serie de servicios de diferente índole. Por ende, puede afirmarse, a priori, que al menos será posible identificar dos sujetos contractuales: aquel que cede la vivienda²⁷ y aquel que finalmente se beneficia de su uso y disfrute²⁸. Nótese, sin embargo, que existe la posibilidad de que los servicios ofrecidos junto con el alojamiento sean prestados por otros sujetos²⁹, en cuyo caso deberá estudiarse con detenimiento qué sucede.

Bosch, 2019, p. 34; pudiendo destacarse, entre otros autores, por ejemplo, a SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.: "La cesión", cit., p. 188.

27 Estudia con ahínco la figura de este sujeto MORENO TORRES, M. L.: "Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicio de vivienda vacacional", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 213-219. En estas páginas, la autora afirma que pueden ceder la vivienda, sin duda alguna, tanto el propietario como el usufructuario, así como reflexiona sobre si esta posibilidad está disponible para los arrendatarios o comodatarios de la vivienda, cuestionándose qué sucedería si hay más de una persona con derecho para hacerlo. Por último, también apunta la importancia de discernir si esta persona ejerce o no una actividad empresarial al ceder la vivienda para uso vacacional.

28 También es posible hacer un estudio exhaustivo de esta figura, procediendo a ello de nuevo MORENO TORRES, M. L.: "Ámbito subjetivo", cit. pp. 219-220.

29 Apunte realizado por MORENO TORRES, M. L.: "Ámbito subjetivo", cit. p. 221.

Mayores dudas surgen, eso sí, en cuanto a las plataformas destinadas a poner en contacto a estas personas³⁰, y es que, aunque no siempre, gran parte de los contratos aquí estudiados son posibles gracias a su existencia. Nuevamente, se postula una dificultad la falta de diligencia por parte del legislador en este ámbito, ya que prácticamente guarda silencio a este respecto. Ha de estudiarse, necesariamente, el papel que ostentan estas en las relaciones contractuales forjadas a su amparo, es decir, su grado de intervención, asunto abordado a continuación como parte del estudio de su responsabilidad en caso de incumplimiento contractual.

III. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE VFT

Hasta este punto se ha tratado de canalizar el conocimiento para lograr abordar con propiedad los aspectos más relevantes sobre la responsabilidad por incumplimiento contractual³¹ en la cesión de VFT. Gracias a lo debatido anteriormente, se puede afirmar que estos son contratos prácticamente “a la carta”³², pues su contenido dependerá, en gran medida, de lo acordado por las partes: algunos tan solo versarán sobre la cesión de una vivienda (en cuyo caso, como concluíamos en los apartados que preceden a este, entendemos que habrían de ser calificados bien de arrendamientos de cosas del CC o de arrendamientos de temporada de la LAU), mientras que otros incluirán la prestación de diversos servicios³³ (en cuyo caso ya defendimos que considerábamos que se trataba de un contrato de hospedaje)³⁴.

La doctrina, al hacer frente al régimen de responsabilidad de estas relaciones contractuales sobre la cesión de VFT, tiende a acudir a los estudios existentes

30 Como más arriba se detallaba, para poder entender excluido uno de estos contratos del ámbito de aplicación de la LAU a raíz de la reforma llevada a cabo en 2013, se exige que sea “comercializada o promocionada en canales de oferta turística”. Averiguar qué son estos “canales de oferta turística” ha sido una misión asumida por la doctrina desde entonces, pues la ley ofrece poco más que el nombre de los mismos. Así, por ejemplo, tratan esta cuestión GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda de”, cit., pp. 121-123.; o GONZÁLEZ CABRERA, I.: *El alojamiento*, cit., pp. 101-106, quienes hacen mención a cómo abordan las Comunidades Autónomas la definición de este concepto jurídico indeterminado. En definitiva, interesa resaltar que este es un término muy amplio dentro del que se encuadran no solo las OTAs.

31 Se deja al margen, consecuentemente, el estudio de la responsabilidad extracontractual relativa a estos contratos debido a que excedería por mucho la extensión del presente trabajo.

32 Emplean una expresión similar MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A.: “La constitución”, cit., p. 56, quienes, concretamente, se refieren a estos como contratos “al gusto del consumidor”.

33 De nuevo pudiendo elegirse entre un catálogo no cerrado de opciones.

34 Este hecho no obsta para que múltiples autores aúnen las obligaciones y derechos de las partes, aunque de forma genérica. Ejemplo de ello son PUENTE ORENCH, J.: “Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 312-318; SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Alojamiento turístico”, cit., pp. 297-300; o GARCÍA MAYO, M.: “Ideas claves sobre alojamiento en viviendas de uso turístico”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018, pp. 400-403.

relativos a la responsabilidad de los contratos de hospedaje y de arrendamiento³⁵. Mas, aun siendo, a nuestro entender, acertado, ya que se evitan, así, cuantiosas investigaciones que redunden sobre algo ya estudiado³⁶, este contrato que aquí se analiza no ha de encuadrarse sin más en un régimen u otro, pues presenta peculiaridades que hacen que podamos defender que se trata de un contrato (de hospedaje o de arrendamiento) "sui generis".

Téngase en cuenta, a modo de ejemplo, que, de lo poco regulado en el CC acerca de los contratos de hospedaje, los arts. 1783 y 1784 de este mismo texto legal hacen responsables a los mesoneros o fondistas por lo introducido por los huéspedes³⁷ en sus mesones o fondas. Se articula, en consecuencia, la obligación de depósito como un elemento esencial del contrato. De este modo, podría suponerse (en virtud de las conclusiones alcanzadas) que, de haberse acordado no solo la cesión de la vivienda sino también, junto con ella, la prestación de otros servicios, ello implicaría, "ipso facto", la calificación del contrato de cesión de VFT como contrato de hospedaje y, por ende, la asunción por parte del hospedador de la obligación de depósito señalada anteriormente. Ahora bien, deberíamos, quizá, cuestionarnos en qué medida sería lógica esta exigencia debido a las divergencias existentes entre ambos escenarios: mientras que el mesonero, fondista u hotelero³⁸ (o sus trabajadores) permanecen presumiblemente en las instalaciones en las que se alojan los huéspedes, pudiendo, de primera mano, ejercer de vigías de sus pertenencias, en estos nuevos contratos es común que el hospedador se ausente de la VFT y de sus inmediaciones. Sin embargo, serían responsables ambos por igual del extravío de estos enseres³⁹.

35 Concretamente, PUENTE ORENCH, J.: "Régimen de", cit., p. 319, comienza su análisis de la responsabilidad contractual por incumplimiento en la cesión de VFT remitiéndose a un estudio sobre el incumplimiento de los contratos de hospedaje (tras haber justificado por qué defiende que el contrato de VFT se corresponde con los contratos de hospedaje). Sigue su estela en esta misma obra colectiva GARCÍA MAYO, M.: "Ideas claves", cit., p.403.

36 Motivo por el cual entendemos necesario hacer mención nosotros también en este punto a FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.: "Incumplimiento del contrato de hospedaje", *Revista de Estudios Turísticos*, 1986, núm. 91, pp. 49-62. Como podrá aducirse de lo disertado en estas páginas, no creemos que pueda, sin más, aplicarse lo aquí dispuesto a los contratos analizados en este caso. No obstante, creemos relevante conocer en profundidad investigaciones que abunden en su régimen de responsabilidad, pues mucho de lo ahí dispuesto probablemente sea de aplicación a aquellos casos en los que se contraten servicios adicionales, asemejándose este contrato a un contrato de hospedaje.

37 Ha de señalarse que, como indica el art. 1783 CC, para ello se le tendría que haber "dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos", quedando exentos, tal y como reza el art. 1784 CC siempre y cuando los daños no "provenzan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor".

38 Se hace referencia a los hoteleros además de a los mesoneros y fondistas a raíz de lo defendido por la SAP II mayo 2017 (JUR 2017/164474).

39 Se pronuncia sobre este asunto diversos autores en cuyas conclusiones nos apoyamos. Entre otros, destaca PUENTE ORENCH, J.: "Régimen de", cit., pp. 307-308, quien defiende que no en todos los casos podrá entenderse que medie obligación de depósito, por lo que no necesariamente responderá el hospedador de la pérdida de los objetos introducidos por los huéspedes en la VFT. Retoma este hilo argumental en la misma obra GARCÍA MAYO, M.: "Ideas claves", cit., p. 404, concretando que, así como se ha concluido a lo largo de este apartado, difícilmente podrá exigirse esta obligación a quien no está físicamente en la vivienda cedida. Este mismo autor, en GARCÍA MAYO, M.: "Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos

Por lo tanto, puede que las características arriba analizadas lleven a defender la similitud entre un contrato de hospedaje o de arrendamiento y uno de cesión de VFT, pero, al menos en lo que al régimen de responsabilidad respecta, han de estudiarse los matices que los diferencian para evitar cometer errores que provengan de tratar de conectar dos piezas de puzzles diferentes que parecían, en un principio, encajar.

Igualmente, resultan singulares estos contratos en lo relativo al derecho de cancelación que se otorga al usuario una vez perfeccionado el contrato⁴⁰, figura cuya popularidad se ha visto notablemente aupada como consecuencia de la reciente pandemia del COVID-19 y las dificultades que esta ha llevado aparejada en cuanto a movilidad y previsiones a largo plazo.

Dicho lo cual, no estimamos oportuno ni correcto destinar exclusivamente este estudio a las cuestiones señaladas aquí, habida cuenta de que aparenta suscitar más interés determinar qué papel pudieran llegar a tener las OTAs en estos contratos y, consecuentemente, en la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

I. El papel de las OTAs

Si hace un tiempo, cuando la electricidad y el teléfono eran elementos casi traídos por arte de magia desde el futuro, los lugareños hubieran sido informados de que la vida acabaría haciéndose gracias al por aquel entonces impensable internet, habrían tachado de loco al mensajero. Pero es una realidad incontestable que la sociedad ha avanzado a velocidades vertiginosas afectando a todos los ámbitos de la vida, incluida, como no podía ser de otra manera, la organización de los viajes y estancias. El Derecho siempre ha ido a rebufo de estos cambios, buscando ordenar lo que ya se ha materializado en la realidad, como sucede hoy por hoy con las OTAs⁴¹ de las que hemos venido hablando y en las que ahora nos centramos.

en las viviendas de uso turístico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 779, p. 1513, apoya esta teoría de que la obligación de depósito propia de los contratos de hospedaje no será necesariamente exigible en los contratos de cesión de VFT, pues, como decíamos “ni el anfitrión o empleados suyos tienen por qué tener una presencia física en la VUT que los sitúe —como ocurre en el establecimiento hotelero— en una posición tal que hayan de ser considerados como quienes mejor pueden conservar y vigilar las pertenencias de los huéspedes”.

40 Afirma, GÁLVEZ CRIADO, A.: “El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 3, p. 97, que gracias a “este instrumento jurídico, las partes excluyen la aplicación de los remedios generales para el caso de incumplimiento y los sustituyen por una solución alternativa que permite a ambos contratantes adaptarse a esta nueva situación”. Asimismo, interesan enormemente las averiguaciones que a lo largo de todo el artículo se plasman, aunque no puedan ser analizadas con rigor en estas páginas.

41 Ya ponía de manifiesto GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda”, cit., pp. 25-26 la cada vez mayor incidencia en el panorama turístico de estas plataformas. Hoy día se postulan, podríamos decir, como la opción preferida de las nuevas generaciones.

Hemos de agradecer a estas plataformas (principalmente, a Airbnb y a Homeaway que son las más sonadas) todas las facilidades que nos prestan, posibilitando el contacto entre personas que se encuentran, quizá, a kilómetros de distancia y que no tienen ningún lazo en común. Pese a ello, en numerosas ocasiones estas se ven opacadas por las dificultades añadidas que conllevan y que pueden extraerse de esto sobre lo que aquí se ahonda.

A) Breve análisis de las relaciones entre la plataforma y los sujetos

Cuestión ineludible para proseguir con esta investigación es conocer el funcionamiento de estas plataformas, así como las relaciones que las unen con los otros sujetos, es decir, con el “anfitrión”⁴² y “huésped”⁴³, pues tiene una trascendencia mucho mayor de la que pudiera parecer a simple vista.

Basta con ojear los términos y condiciones anunciados en la propia página web de Airbnb (OTA a la que nos referiremos, de aquí en adelante, con más asiduidad por ser considerada la principal), para advertir que tiene vocación de mero intermediario entre anfitrión y huésped. Por una parte, permite a los anfitriones anunciar sus viviendas, incluyendo fotografías y otro tipo de información y, por otra, ayuda a los huéspedes en su búsqueda, clasificando las ofertas según parámetros como qué servicios incluyen, dónde se encuentran o en qué fechas están libres, así como a tener una mejor idea de las viviendas al disponer de una sección en la que, personas que la han contratado ya, pueden puntuarla (en cuanto a limpieza, comunicación, llegada, veracidad, ubicación y calidad) y añadir los comentarios que estimen oportunos. Finalmente, esta misma página web proporciona un método de pago seguro, sirviendo de puente entre anfitrión y huésped.

Las relaciones fraguadas entre uno y otro con la plataforma, respectivamente, recuerdan a los contratos de intermediación, aunque, claro está, con salvedades (en las que no podemos profundizar) propias de las circunstancias. Esto mismo ha sido apreciado por la doctrina⁴⁴ en las investigaciones realizadas a este respecto. La nitidez en este campo, como se puede apreciar, brilla por su ausencia, pues nuevamente han sido los estudiosos de la materia los que han tenido que intervenir y aclarar estos extremos.

42 Esta es la denominación empleada por las plataformas para designar a la parte contratante que cede su vivienda a otros, y que nosotros, en apartados previos hemos denominado arrendador u hospedador dependiendo del contrato concreto.

43 Si se toma como modelo la plataforma Airbnb, se puede comprobar que este es el término que emplea para referirse a aquellos usuarios de la misma que hacen uso de las viviendas puestas a disposición por los antes mencionados. A pesar de ello, tienen también cabida en este los que sean considerados “arrendatarios” según lo argumentado previamente.

44 Todo ello se desarrolla con algo más de profundidad en MORENO TORRES, M. L.: “Ámbito subjetivo”, cit. pp. 223-225. Interesan, particularmente, las reflexiones realizadas acerca de si anfitrión y huésped pueden o no ser considerados consumidores.

B) *La (no) responsabilidad por incumplimiento de las OTAs*

Si bien es cierto que no se duda en ningún momento de la responsabilidad en caso de incumplimiento de los anfitriones y de los huéspedes, es hasta cierto punto involuntario a la par que necesario pensar en si las plataformas que están comenzando a monopolizar estos contratos podrían llegar, en algún caso, a ser responsables solidaria o subsidiariamente por estos incumplimientos o si, por el contrario, tan solo obtienen rédito de su actuación.

Aun cuando, a este punto de la investigación, se conoce de forma sucinta la relación que media entre los distintos sujetos de los que se habla, queda todavía una cuestión fundamental por tratar: qué son las OTAs. Esta, que es una figura relativamente reciente, presenta similitudes con otras preexistentes y mucho más afamadas hace unos años, como lo son las agencias de viaje. Con todo, su régimen de responsabilidad actualmente difiere en gran medida, pues, en tanto que estas últimas se rigen por lo dispuesto por el art. 161 TRLCU, y, consecuentemente, responden “frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores”, las primeras resultan impunes al ser consideradas prestadores de servicios de la sociedad de la información y someterse al art. 17 LSSI⁴⁵.

No fue hasta la STJUE 19 diciembre 2019 cuando este último aspecto fue aclarado, y, aunque hasta ese punto reinaban las dudas y la incertidumbre al respecto, ya había quien adivinaba a favor de qué se decantaría el tribunal⁴⁶. Airbnb, como es lógico, propugnaba que se trataba de un mero prestador de servicios de la sociedad de la información y que su actividad no podía ser, en ningún caso, considerada como prestación de servicios turísticos (concretamente, de servicios de alojamiento)⁴⁷.

Como adelantamos, la relación de las plataformas con los sujetos (tanto unos como otros) ostenta mayor importancia de la que podría creerse, siendo, en

45 Considera MORENO TORRES, M. L.: “Ámbito subjetivo”, cit. p. 227 que, al igual que sucedió en su día con las agencias de viaje, con el tiempo se irá modificando el régimen de responsabilidad de estas plataformas, de manera tal que terminarán respondiendo por los incumplimientos contractuales de los contratos que posibiliten.

46 Entre otros, FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, A.: “Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)”, *Lan Harremanak-Revista De Relaciones Laborales*, 2019, núm. 41, pp. 23-27, apoyándose en las conclusiones en este sentido del Abogado General que ya se pronunció en el caso Uber, finaliza augurando que el caso a la luz del cual, poco más tarde, se sentenciaría que Airbnb es, efectivamente, prestadora de servicios de la sociedad de la información, concluiría como lo hizo.

47 De hecho, en el momento de la realización de este trabajo puede leerse en los términos de servicio de la plataforma que “Airbnb no es parte en los contratos suscritos directamente entre Anfitriones y Huéspedes ni constituye un agente inmobiliario, asegurador, organizador o minorista de viajes combinados con arreglo a la Directiva (UE) 2015/2302. Airbnb no actúa como agente en capacidad alguna para ningún Miembro, excepto conforme a lo dispuesto en los Términos de Pago del Servicio”.

puridad, el eje sobre el que se vertebra la solución alcanzada en dicha sentencia. Para ello se tomó de base lo establecido por la “Agenda Europea para la economía colaborativa”, en cuyo seno se predisponen las condiciones que han de cumplirse para poder afirmar que una determinada plataforma sea prestadora de servicios turísticos y, en consecuencia, responda por el incumplimiento.

En primer lugar, se exige que sea la OTA la que imponga el precio que haya de pagarse por el servicio; en segundo lugar, se requiere la existencia de algún otro tipo de obligación impuesta por la plataforma; y, por último, es necesario que esta sea propietaria de activos para la prestación del servicio.

En el caso de Airbnb, son los anfitriones los que libremente imponen la contraprestación que estiman oportuna, de manera tal que lo único que podría llevar a cuestionar la vinculación en este sentido de la plataforma con el contrato perfeccionado debido a la misma es el canal de pago empleado (Airbnb Payments), gestionado por la propia OTA. Sin embargo, es requisito indispensable para ser considerado prestador del servicio de alojamiento que se cumplan los tres requisitos arriba enumerados, por lo que se ha de concluir que Airbnb, a los ojos de la legislación vigente, no es más que una plataforma prestadora de servicios de la sociedad de la información y, en consecuencia, no es responsable, de modo alguno, por el incumplimiento de estos contratos. Su responsabilidad se circunscribe a la información ilícita que contenga, solo en caso de conocerlo (art. 17 LSSI), y sin estar obligada a realizar una búsqueda “constante, exhaustiva y proactiva”⁴⁸ a este respecto.

El quid de la cuestión parece radicar en el nivel de control ejercido por la OTA en los contratos que se van acordando bajo su abrigo⁴⁹, sirviendo de guía estricta para ello estas indicaciones a nivel europeo. En contraposición a lo concluido en relación con Airbnb, la STJUE 20 diciembre 2017 sentenció que una plataforma muy similar (aunque perteneciente a un campo diferente), Uber⁵⁰, sí era prestadora del servicio de transporte al cumplir cada una de dichas condiciones, respondiendo, por lo tanto, de los incumplimientos que pudieran producirse⁵¹.

48 Esto último es declarado por la SAP Madrid 13 septiembre 2017 (AC\2019\1964) en su FJ 7.

49 Así lo confirma JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2019, núm. 3, pp. 26-27. Interesa sobremedida la totalidad de este estudio, pues desgana con detalle todos los motivos por los cuales se alcanza esta conclusión.

50 Ve este pronunciamiento de forma muy positiva GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda”, cit., pp. 32-33, pues mantiene que, aunque no con respecto a los alojamientos turísticos, es una señal de que se comienza a delimitar el ámbito de actuación de estas plataformas.

51 Las diferencias existentes entre el funcionamiento de Airbnb o Homeaway y Uber son más que patentes, siendo, como ya se ha apuntado, las causantes de que no hayan sido consideradas ambas por igual por el citado tribunal. Airbnb deja que sus usuarios se relacionen libremente, no impone precio y no dispone de activos ni interviene como tal en las relaciones que gracias a ella se producen. Por el contrario, Uber sí tiene un papel fundamental en los contratos que facilita, cumpliendo con todas las condiciones impuestas desde la Unión Europea para no ser considerada prestadora de servicios de la sociedad de la información.

A la luz de lo aquí discernido, apreciamos la posibilidad de que esta tendencia implique una clara desprotección del usuario, a menudo, consumidor, si no respondiesen ni anfitrión ni plataforma ante un incumplimiento. Esto tendría como resultado un huésped desamparado, probablemente desaprovechando los escasos días de distensión de los que puede disfrutar a lo largo del año (puesto que, generalmente, suelen emplearse estos contratos para viajes de placer). Si no responde el hospedador o arrendador y no se prevé que responda ni solidaria ni subsidiariamente la plataforma, será el huésped el que termine más perjudicado.

Es por esto mismo por lo que creemos que el beneficio nada desdeñable que acumulan páginas web como Airbnb, sin que ello suponga, a su vez, un riesgo o responsabilidad de igual calibre, ha de llevarnos a pensar si esta es la senda correcta, si no debiéramos cambiar de rumbo. Puede que esta plataforma no pueda ser considerada prestadora del servicio de alojamiento actualmente atendiendo a lo dispuesto por las normas, pero no podemos negar su gran influencia, y es que en muchos casos se hace uso de ella por la seguridad que transmite, porque los consumidores confían en que es un refugio en el que no podrán ser atacados⁵²: prefieren acudir a esta plataforma porque creen que así evitan los problemas a los que es proclive una relación contractual perfeccionada por medio de internet “a ciegas”, es decir, sin conocer a la otra parte ni acudir a la vivienda en cuestión. Nos preguntamos, en cambio, cómo es posible mantener esa imagen de seguridad si se huye de la responsabilidad.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha podido extraer de lo debatido en las páginas anteriores, el legislador estatal, a pesar de las reformas, ha permitido que siga siendo extremadamente confuso todo lo relativo a estos contratos, no concretando absolutamente nada sobre ellos y dejando que sean las Comunidades Autónomas, quienes, extralimitándose en su competencia, pongan orden en este ámbito. La doctrina se ha visto obligada a tomar cartas en el asunto, siendo numerosos los autores que han tratado de discernir sobre su naturaleza para facilitar el análisis de las demás cuestiones que han de abordarse al respecto, entre las que se encuentra el régimen de responsabilidad, concretamente, por incumplimiento contractual.

Sería, por lo tanto, más que conveniente que se armonizase la materia por medio de una ley estatal que, respetando las competencias autonómicas en cuanto al Derecho del Turismo, clarifiquen todo lo relativo a los aspectos civiles, desenredando las marañas que se han ido creando hasta nuestros días.

52 Coincide en este sentido GONZÁLEZ CABRERA, I.: “El alojamiento”, cit., p. 85, quien también sostiene que las plataformas como Airbnb dan seguridad a los huéspedes, incentivando la contratación por esos medios.

Siguiendo los estudios existentes, consideramos, al igual que la doctrina mayoritaria, que este ha de ser considerado un contrato de hospedaje cuando se acuerde la prestación de otros servicios y, en caso contrario, un contrato de arrendamiento (dependiendo del caso concreto, de temporada según la LAU o de cosas según el CC, como se especifica a lo largo de este trabajo).

No obstante, a la par que defendemos esto, consideramos que el presente es un contrato, ya sea calificado de una forma u otra, "sui generis" y, como tal, muestra singularidades que necesitan ser estudiadas en profundidad por la doctrina para evitar que los problemas de la práctica jurídica se vean acrecentados con el paso del tiempo. Concretamente, se ha de considerar la posibilidad de adaptar (por encima de imponer) el régimen de responsabilidad de los ya mencionados contratos a la cesión de VFT, cuando menos hasta que se logre una regulación propia que disipe las dudas que pudieran surgir (entre ellos, la obligación de depósito).

Hablar de estos contratos implica necesariamente hablar de las plataformas que impulsan, en gran medida, su existencia actualmente, debiéndonos preguntar no solo si estas serían responsables de un hipotético incumplimiento contractual, sino, además, si deberían llegar a serlo.

En este sentido, hoy día se entiende que solo habrán de ser responsables aquellas OTAs consideradas prestadoras del servicio de alojamiento y no del servicio de la información. No puede negarse que, según lo decretado en la "Agenda Europea para la economía colaborativa" tanto Airbnb como Homeaway han de ser calificadas como plataformas prestadoras del servicio de la información, y, en consecuencia, no pueden ser responsables ni solidaria ni subsidiariamente en caso de producirse un incumplimiento contractual por alguna de las partes. Las normas son claras al respecto y han sido interpretadas correctamente en la reciente sentencia del TJUE en cuanto a Airbnb.

Pese a ello, entendemos que debiera considerarse la posibilidad de que estas sean responsables junto con el anfitrión en caso de incumplimiento. A nuestro parecer, no puede el ordenamiento vendarse los ojos ante este problema, ni creerlo solucionado por la existencia de seguros de responsabilidad civil. La seguridad que aparentan proporcionar las plataformas y gracias a la cual logran unas cifras de negocio astronómicas no puede ser totalmente gratuita. Tiene, consecuentemente, que asegurarse a los usuarios que no quedarán desprotegidos por eventuales incumplimientos.

La solución a todo esto creemos que pasa, como ya se ha apuntado, por una actuación por parte del legislador. Consideramos que no basta con que la doctrina dictamine qué sucede en estos casos o que se opine sobre si han de responder las OTAs o no por los incumplimientos contractuales. Esta es una cuestión de especial

relevancia, que afecta a múltiples usuarios y que requiere de una más que urgente ordenación.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO SÁNCHEZ, R.: "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, núm. 66, pp. 13-73.

ALFONSO SÁNCHEZ, R.: "Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2016, núm. 88, pp. 230-258.

BOTELLO HERMOSA, J. M.: "La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 4, pp. 1543-1656.

DE LA ENCARNACIÓN, A. M.: "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 2016, núm. 5, pp. 30-55.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.: "Incumplimiento del contrato de hospedaje", *Revista de Estudios Turísticos*, 1986, núm. 91, pp. 49-62.

FERNÁNDEZ DE LIS, S. y GARCÍA MORA, A.: "Algunas implicaciones de la crisis financiera sobre la banca minorista española", *Revista Estabilidad Financiera*, 2008, núm.15, pp. 55-72.

FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, A.: "Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)", *Lan Harremanak-Revista De Relaciones Laborales*, 2019, núm. 41.

GÁLVEZ CRIADO, A.: "El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 3, pp. 65-102.

GARCÍA MAYO, M.: "Ideas claves sobre alojamiento en viviendas de uso turístico", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018.

GARCÍA MAYO, M.: "Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos en las viviendas de uso turístico", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 779, pp. 1487-1529.

GONZÁLEZ CABRERA, I.: *El alojamiento colaborativo o el nuevo hospedaje low cost*, Dykinson, Madrid, 2020.

GONZÁLEZ CABRERA, I.: “El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único”, en AA. VV.: *El régimen jurídico del turismo colaborativo* (dir. por H. Gosálbez Pequeño), Editorial Bosch, 2019, pp. 23-66.

GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda con un uso turístico: entre el turismo “colaborativo” y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018.

GUILLÉN NAVARRO, N. A.: “La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45-46, pp. 101-144.

JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, núm. 3.

MORENO TORRES, M. L.: “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicio de vivienda vacacional”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A.: “La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018.

PUENTE ORENCH, J.: “Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT”, en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018.

REPRESA POLO, M. P.: *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Edersa, Madrid, 2004.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Alojamiento turístico colaborativo en España: régimen jurídico, naturaleza y contenido contractual”, en AA.VV., *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (coord. por G. GARCÍA GONZÁLEZ, M. R. REDINHA, M. R. GUIMARAES y B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO), Dykinson, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A.: "La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitaciones frente a figuras afines", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), REUS editorial, Madrid, 2018.

VILALTA NICUESA, A. N.: "La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 765, pp. 275-330.