

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 11 DE BARCELONA
Gran Via Corts Catalanes nº 111, edificio I, planta 13
08075-Barcelona

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NUM. 43/2015-C

Parte actora: AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. (denominada ahora AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.)

Representante: IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO

Parte demandada: DIRECCIÓ GENERAL DE TURISME - ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Representante: ABOGADA DE LA GENERALITAT

SENTENCIA NÚM.

En Barcelona, a 29 de noviembre de 2016.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Pedro Luis García Muñoz, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 11 de Barcelona los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO, instados por AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. (denominada ahora AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.), contra la Resolución de 16 de julio de 2014 dictada por la DIRECCIÓ GENERAL DE TURISME - ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, por la que se impone a la recurrente una sanción de multa con obligación de cese de la actividad y advertencia de la imposición de multas coercitivas, dictada en el expediente sancionador 25582/2012, ampliado a la Resolución desestimatoria de 24 de octubre de 2014 del recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución de 2 de septiembre de 2014, por la que se impone una multa coercitiva de 1500 euros con advertencia de imposición de la nueva multa coercitiva sin el plazo de un mes no ha cumplido la obligación requerida, dictada por DIRECCIÓ GENERAL DE TURISME - ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, en el ejercicio que confieren la Constitución y las Leyes, ha pronunciado la presente Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L., representada por IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO, se interpuso en fecha 19 de septiembre de 2014 recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 16 de julio de 2014 dictada por la DIRECCIÓ GENERAL DE TURISME - ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, por la que se impone a la recurrente una sanción de multa de 30.000 euros por la prestación de servicios turísticos sin contar con la habilitación correspondiente, con

obligación de cese de la actividad y advertencia de la imposición de multas coercitivas, dictada en el expediente sancionador 25582/2012, ampliado a la Resolución desestimatoria de 24 de octubre de 2014 del recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución de 2 de septiembre de 2014, por la que se impone una multa coercitiva de 1500 euros por incumplir la obligación consistente en cesar en la oferta y comercialización de bienes situados en Cataluña por no contar con la habilitación correspondiente y que no pueden ser legalizados, con advertencia de imposición de la nueva multa coercitiva sin el plazo de un mes no ha cumplido la obligación requerida.

SEGUNDO.- La cuantía del presente recurso es indeterminada.

TERCERO.- Por Auto de 19 de diciembre de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 6 de noviembre de 2014 que determinaba la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona.

CUARTO.- Admitida la demanda y previa reclamación del expediente administrativo y su traslado a la parte actora, tras cumplir los trámites legales, quedaron los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todos los trámites legales, excepto el plazo para dictar sentencia por acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso tiene como objeto impugnar la Resolución de 16 de julio de 2014 dictada por la DIRECCIÓ GENERAL DE TURISME - ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, por la que se impone a la recurrente una sanción de multa de 30.000 euros por la prestación de servicios turísticos sin contar con la habilitación correspondiente, con obligación de cese de la actividad y advertencia de la imposición de multas coercitivas, dictada en el expediente sancionador 25582/2012, ampliado a la Resolución de 24 de octubre de 2014 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución de 2 de septiembre de 2014, por la que se impone una multa coercitiva de 1500 euros por incumplir la obligación consistente en cesar en la oferta y comercialización de bienes situados en Cataluña por no contar con la habilitación correspondiente y que no pueden ser legalizados, con advertencia de imposición de la nueva multa coercitiva sin el plazo de un mes no ha cumplido la obligación requerida. Por la representación procesal de la mercantil recurrente AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. (denominada ahora AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.) se alega en el escrito de demanda como motivos del recurso que el verdadero propósito de los procedimientos sancionadores es el freno ilegal a la plataforma de la recurrente, y con ella a la denominada economía colaborativa en el sector del alojamiento; la nulidad de pleno derecho por vulnerar el principio de responsabilidad, ya que la recurrente no interviene en la gestión del portal AIRBNB; la nulidad por la vulneración del principio de tipicidad, aun para el caso de que pudieran atribuirse a la recurrente inexistentes facultades de administración, gestión o control del citado portal, ya que ambos en realidad no comercializan alojamientos turísticos; subsidiariamente, la nulidad de las resoluciones al haberse dictado al amparo del artículo 50.bis.1 de la Ley de Turismo de Cataluña, al ser inconstitucional por vulnerar la reserva de ley para la constitución y regulación de derechos constitucionales, y que de no ser dicho precepto inconstitucional el artículo 66.2 del Reglamento que lo desarrolla resulta ilegal por extralimitarse en la habilitación legal; la nulidad de pleno derecho por haberse dictado la resolución de prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; nulidad de pleno derecho por vulnerar el principio de responsabilidad y el artículo 16 de la

LSSI y, finalmente, por ser en todo caso de contenido imposible, por lo que interesa, con la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, se declare la nulidad de los actos recurridos y la devolución del abono de la sanción pecuniaria impuesta más los intereses correspondientes, con imposición de costas. La representación procesal de la Administración demandada alegó en la contestación a la demanda que estaban acreditados los hechos infractores, la tipificación era correcta, existe responsabilidad en la mercantil recurrente, siendo procedentes la imposición de la sanción de multa, la obligación de cesar en la actividad ilegal y no legalizable, la procedencia de la imposición de la multa coercitiva, así como la legalidad del artículo 66.2 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, interesando por ello la desestimación, sin que haya lugar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 50.bis.1 de la Ley de Turismo de Cataluña, ni elevar cuestión de legalidad del citado artículo del Decreto 159/2012.

SEGUNDO.- Con carácter previo debemos indicar, como no puede ser de otro modo, que el enjuiciamiento se ha de realizar sobre el ajuste a Derecho del acto administrativo impugnado que, en su condición de sancionador, tiene como premisa ineludible el cumplimiento del principio de tipicidad conforme al artículo 25 de la Constitución española; ello significa que las alegaciones sobre el verdadero propósito, las intenciones, las finalidades, temores de establecimientos hoteleros,..., que se atribuyen por la representación procesal de la empresa recurrente AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. a la Administración demandada, portadora de defender el interés general, carecen de virtualidad alguna. Como también el objeto que se pretende acreditar por medio de la incorporación de declaraciones en la prensa de autoridades, informes como el de la Agencia Catalana de Competencia,..., sobre la necesidad de regulación, sus ventajas, beneficio para los consumidores, aumento de la calidad y variedad de oferta, innovación, etc. La controversia es de naturaleza jurídica, salvo algunas cuestiones fácticas meramente incidentales, sobre la base de que la actividad de la actora permite compartir bajo precio la vivienda propia de particulares en la condición de alojados o huéspedes temporalmente, utilizando una plataforma a la que se accede desde Internet. Para la resolución de los motivos del recurso seguiremos el siguiente orden.

TERCERO.- DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA SANCIONADA.

En primer lugar, se han de identificar los hechos presuntamente infractores de la normativa sectorial turística, y para ello se ha de partir de que la actividad que desarrolla la recurrente es la puesta en servicio de explotación de una plataforma tecnológica "online" que permite la interconexión de particulares para compartir vivienda por precio en materia de alojamientos turísticos. En el escrito de conclusiones la representación procesal de AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. proporciona las razones del cambio de denominación, que no son otras que evitar cualquier posible confusión o, mejor dicho, indicar que su actividad es la mediación, pasando a denominarse AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.. Pues bien, de la prueba practicada queda acreditado que la sociedad con residencia en Estados Unidos AIRBNB INC. licenció la gestión a una sociedad irlandesa del portal de Internet www.airbnb.es. Podríamos compartir la conclusión contenida en las Resoluciones impugnadas en el sentido de que se trata de un grupo empresarial con el mismo negocio, de modo que por esta sola circunstancia, amparándose en que tendrían distinta personalidad jurídica y nacionalidad, no les eximiría de la posible comisión de una infracción actuando como lo hacen de forma combinada para la consecución de sus objetivos económicos, por más que se aporten los contratos entre las empresas (documentos 8, 9 y 10 unidos con la demanda), y así se justifique con la prueba pericial practicada, afirmando los peritos que la recurrente no participa en las transacciones entre particulares a través de la plataforma informática. Nada más lejos de la realidad, ya que actúan de consuno persiguiendo los mismos objetivos de lucro aun con personalidades jurídicas propias para obtener ventajas y, acaso, eludir normativas sectoriales tan importantes, además de las tributarias, como las de protección de datos y, lo que resulta decisivo, la eventual intervención de las autoridades en materia de telecomunicaciones. Dicho lo anterior, tanto para la imposición de sanciones

tanto penales como administrativas, ha de identificarse la acción u omisión concreta que comete el autor o autores. Ciertamente la prueba practicada (documentos aportados con la demanda relativos a actuaciones de inspección por diferentes Administraciones públicas) muestra que consiste en una actividad de mediación o marketing, siendo una sociedad no establecida en España la prestadora del servicio de la página web. La prueba pericial a que hemos hecho referencia sí que ha servido para probar que en la plataforma se da soporte a un servicio de mediación, que produce una retención y cobro del precio pagado (en teoría para la contraprestación por el uso de la misma). El hecho, lo que la Administración sancionadora identifica con una actividad turística, es la realización de un proceso tecnológico o informático de aproximación entre cliente (usuario) y persona dispuesta a ceder por precio el uso temporal. Pese a la prueba pericial aportada en el sentido de que la recurrente no cuenta con sistemas informáticos que permitan la gestión, modificación o mantenimiento de la plataforma, ni que sus elementos físicos se encuentren alojados en España, no es una ajena a la administración y control del portal, pero el servicio que se presta por medio de él no puede entenderse sin la actividad de AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.. Es decir, no es meramente un "tablón de anuncios electrónico" en el que operan los usuarios negociando y cerrando son transacciones, pues el comercio que se realiza con la intervención de la recurrente no es sólo un servicio de conexión por más que al suscribir las Condiciones de Servicio se exima de responsabilidad a la empresa, y recaiga esta sobre los usuarios y clientes, a quienes se invita a conocer y cumplir la legislación de sus ciudades. No obstante, la gestión de las reservas, la fijación de precios y especificaciones concretas del uso de las viviendas alquiladas se establece por sus titulares, y en este aspecto sí que la recurrente se encuentra en una posición en cierto modo lateral, dada la falta de regulación que aborde íntegramente el alquiler de vivienda por particulares, hasta ahora con carácter muy residual por medio de anuncios en centros docentes, comerciales, etc. En definitiva, el espacio tecnológico en el que orbita la actuación de la recurrente constituye el hecho sobre el que se ha de valorar si cumple los principios de tipicidad y culpabilidad, es decir, un sistema de comunicación digital puesto a disposición de usuarios y clientes interesados en ofrecer y recibir un servicio de alojamiento.

CUARTO.- PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

En primer lugar, pues, debemos examinar el denunciado como violado por la representación procesal AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. (denominada ahora AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.) principio de tipicidad. El precepto aplicado es el artículo 88.k) de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, que sanciona: "k) Utilizar, en la prestación de servicios turísticos, elementos, personas o bienes que no cuenten con la correspondiente habilitación; k) Emprar, en la prestació de serveis turístics, elements, persones o béns que no comptin amb l'habilitació corresponent", en relación con los artículos 30, 33.1, 36.b, 38 a 50 bis y 50 ter de la Ley, y el desarrollo reglamentario realizado por Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución se configura de forma multifacética y a él quedan asimilados otros principios, garantías y reglas de alcance, como son el principio de garantía formal o reserva de ley, la garantía material o principio de tipicidad, la proscripción de la analogía, el de la retroactividad en la aplicación de las normas sancionadoras, el de culpabilidad, el principio "non bis in idem" y también el de proporcionalidad; así por ejemplo la STC de 24/2004 (Pleno), de 24 febrero. La legalidad de las infracciones, en el sentido previsto en el artículo 129.1 de la Ley 30/1992, aplicable por razones temporales y ahora en la nueva LPACAP, no es un concepto absoluto, pues el mismo artículo en el apartado tercero permite al Reglamento la especificación de las infracciones que contribuya a la más correcta identificación de las conductas, siempre que no altere su naturaleza ni implique la creación de nuevas infracciones. La garantía formal del artículo 25 de la Constitución implica que la

ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley. La garantía material, por su parte, “aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (por todas, SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2 , y 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1).

La Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, y el desarrollo reglamentario realizado por Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico, descansa sobre la ordenación del turismo sobre la base de intervenir activamente con organización, personas o bienes; por ello el verbo rector es “utilizar” (hacer que algo sirva para un fin, o aprovecharse de algo o de alguien, o hacer servir una cosa o persona a un fin o un objeto). Y ofrecer el sistema de comunicación virtual o digital a través de Internet no es propiamente el manejo o gestión o utilización de elementos, personas o bienes afectos a la explotación turística. Habría que ceñirse al término “elementos”, como más próximo a cumplir el tipo sancionador, pero surge enseguida la exigencia de precisar “la correspondiente habilitación”, sin que esté probado que realice labor de mediación que pueda aproximar a las partes a la conclusión de un contrato de cesión de uso por medio de la utilización de conocimientos profesionales (primera fase en la “prestación de servicios turísticos”), o la reserva de cupos de viviendas, o la captación de clientes, u ofrecer algún tipo de valor añadido, sino únicamente la de ofrecer un espacio abierto digital de comunicación por el que cobra una comisión. Y sobre esto incide un vacío normativo que se evidencia incluso por la propia Administración demandada cuando motiva la Resolución sancionadora en que no está acreditado quién gestiona los contenidos de la página web y la relación con los usuarios; es decir, en este proceso claramente comercial ofrecer intermediación no está anudado a la exigencia de una habilitación turística específica que haya sido identificada por la Administración. Falta un precepto en la Ley que diga expresamente algo similar a “queda reservada esta actividad también a autorización de la Administración”. Por otro lado, se desplaza la carga de la prueba hacia la entidad sancionada ahora recurrente, cuando lo que es preciso en cualquier acto administrativo sancionador es determinar exactamente que quien lo realiza es la actora AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. (denominada ahora AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.) para ser sancionada. Una cuestión es que no pueda encuadrarse en el tipo sancionador aplicado la conducta de la recurrente, y otra que preste servicios de Sociedad de la Información y eso signifique una puerta abierta a exonerarse de responsabilidad de los contenidos que se instalan por los usuarios y clientes en la plataforma.

Ciertamente existe una orfandad en la regulación de este nuevo fenómeno de consumo (hasta el momento realizándose de forma ocasional, residual y en ámbitos concretos muy reducidos) que no puede ser suplido con la imposición de una sanción cuando ha alcanzado el carácter de “industria”, sino con abordarla de forma decidida. Hemos de concluir que la recurrente realiza una actividad económica específica no regulada en términos tales que pueda afirmarse que se infringe la normativa de modo flagrante, como se exige cuando se están imponiendo sanciones, donde el principio de taxatividad es un imperativo de la Constitución española, por más que puede aceptarse que antes que economía colaborativa de lo que se trata es de la explotación de un nicho económico por esta empresa y otras similares en diferentes actividades sujetas hasta ahora a una fuerte intervención administrativa (como está sucediendo en el sector de los transportes), pero que al momento actual desborda las previsiones legales que no pueden ser resueltas de forma provisional por medio de la imposición de “sanciones prospectivas” no seguidas de actos ejecutivos de paralización, abocados, en caso de resultar contrarios al ordenamiento jurídico a una posible indemnización a cargo de las Administraciones públicas. Claramente la remisión para

completar el tipo, insólitamente extensa y sin concreción en la Resolución sancionadora impugnada, a los artículos 30, 33.1, 36.b, 38 a 50 bis y 50 ter de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, demuestra una generalidad en la identificación del tipo contrario a lo que exigen los principios de tipicidad y taxatividad, al no poder asociar la actividad de la empresa a cualquiera de las modalidades reguladas en esta norma y en el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico. La economía colaborativa ha sido objeto de atención por parte de la Unión Europea, para facilitar su desarrollo, como motor de la economía moderna, como así se aprecia en la Directiva 34/2002, de 11 de julio, pero el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador no pueden ser utilizados como medios alternativos de regulación, pues de otro modo se están vulnerando los principios de tipicidad, concreción del principio de legalidad, y culpabilidad, garantías de un Estado de Derecho para las Instituciones y, sobre todo, de las personas físicas y jurídicas, desde lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Al resultar los hechos atípicos ha de estimarse el presente recurso contencioso-administrativo sin necesidad de plantear cuestión de constitucionalidad del artículo 50.bis.1 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, ni elevar cuestión de legalidad sobre el artículo 66.2 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico. Del mismo modo, ningún defecto en la tramitación se aprecia y menos que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Finalmente, la estimación de recurso tendrá las consecuencias previstas en el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, en caso de haberse abonado la multa.

QUINTO.- El artículo 139 de la LJCA, en la redacción dada por el artículo 3.11 de la Ley 37/2011, de 10 octubre 2011, de medidas de agilización procesal, establece que: "1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad". En el presente caso aparecen aspectos sobre los que existe controversia jurídica razonable y de entidad que solo han sido determinados tras la celebración del juicio, por lo que no han de imponerse las costas a la ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, y cada parte ha de abonar sus costas y las comunes, de existir, por mitad.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, resolviendo dentro de los límites de las pretensiones deducidas por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, se dicta el siguiente:

FALLO

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO, en nombre y representación de AIRBNB ONLINE SERVICES SPAIN, S.L. (denominada ahora AIRBNB MARKETING SERVICES, S.L.U.), contra la Resolución de 16 de julio de 2014 dictada por la DIRECCIÓ GENERAL DE TURISME - ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, ampliado a la Resolución de 24 de octubre de 2014 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución de 2 de septiembre de 2014, actos que quedan anulados.

En cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación conforme establecen los artículos 80.1 c) y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dentro del término de quince días siguientes al de la notificación de esta resolución, ante este Juzgado.

Así por esta Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.