

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065280

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 1818/2020, de 30 de diciembre de 2020**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 238/2019***SUMARIO:****Alojamientos turísticos. Prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Ausencia de responsabilidad directa del cumplimiento de la normativa sectorial turística.**

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 la 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) 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. (ii) 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. (iii) 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 Directiva 2000/31/CE (DSSI).

La **actividad desarrollada por la recurrente** es una labor de intermediación propia de la sociedad de la información y queda regulada por la DSSI y la Ley nacional 34/2002 (LSSI), ambas normas reguladoras de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos; más concretamente, los servicios prestados no son servicios de transmisión de datos, con o sin copia temporal de los mismos, ni tampoco de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sino servicios de almacenamiento de datos. De acuerdo con la Directiva, el prestador de servicios está **exento de responsabilidad** por los datos almacenados (en el caso, por los anuncios de viviendas en alquiler) en su página web cuando no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en igual sentido, se pronuncia la Ley española. A su vez, la Directiva prohíbe que se imponga a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, o una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

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 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, dado que no cabe entender que la sola previsión de la Ley catalana de turismo de que la publicidad de los alojamientos turísticos debe incorporar el número de registro sea suficiente para afirmar que la recurrente 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, pues, en efecto, no se da ninguna de las circunstancias que la LSSI emplea como acreditativas de tal conocimiento efectivo.

Un prestador de servicios 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 se lo comunique, pero **no puede trasladar** a aquel **la obligación de vigilancia que le compete**. Lo cual es consecuencia de que el prestador se encuentra regulado por la normativa propia, pero no por la sectorial de turismo, lo que sólo ocurriría si se tratase de una empresa cuya calificación

jurídica no fuese ya la de un prestador de servicios 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.

Todo ello conduce a **responder a las cuestiones de interés casacional** planteadas afirmando 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 séptimo.

PRECEPTOS:

Directiva 2000/31/CE (Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior), arts. 12 a 15.

Directiva 2015/2035 (procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información), art. 1.1 b).

RDLeg. 1/1996 (TRLPI), art. 158.

Ley 34/2002 (Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico), arts. 8, 11, 13 a 17, 35 y 36.

Ley Cataluña 13/2002 (Turismo), arts. 1.2 y 73.

PONENTE:

Don Eduardo Espín Templado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.818/2020

Fecha de sentencia: 30/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 238/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 238/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde D. Fernando Román García

En Madrid, a 30 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 238/2019, interpuesto por Homeaway Spain, S.L.U., representada por la procuradora D.^a Adela Cano Lantero y bajo la dirección letrada de D. Víctor Horcajuelo Rivera, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 5 de octubre de 2018 en el recurso contencioso-administrativo número 281/2015. Es parte recurrida la Generalitat de Catalunya, representada y defendida por la Sra. Abogada de la misma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia de fecha 5 de octubre de 2018, desestimatoria del recurso promovido por Homeaway Spain, S.L.U. contra la resolución del Secretario de Empresa y Competitividad de la Generalitat de Catalunya de 28 de mayo de 2015, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto por la demandante frente a la anterior resolución de la Dirección General de Turismo de 13 de enero del mismo año (expte. 27055/2014). En ésta última se ordenaba a Homeaway Spain, S.L.U. proceder en el plazo de 15 días al bloqueo, supresión o suspensión definitivamente de la página web www.homeaway.es o cualquier otra web que pueda utilizar en iguales términos 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 Cataluña.

Segundo.

Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 27 de diciembre de 2018, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 31 de enero de 2020 por el que se admite el recurso de casación, declarando 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) 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.

(ii) 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.

(iii) 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 DSSI.»

En la resolución se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 12 a 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, 11, 13 a 17 y 35 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 la interpretación a otras normas que considere de aplicación.

Cuarto.

A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, solicitando en el escrito presentado que se dicte sentencia por la que, estimando las pretensiones deducidas en el mismo, se case la sentencia recurrida, se anule la Orden y la resolución de alzada y se establezca la doctrina jurisprudencial que propugna.

Quinto.

Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que suplica que se dicte sentencia por la cual se declare no haber lugar a la casación formulada.

Sexto.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 28 de septiembre de 2020 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 17 de noviembre del mismo año, prolongándose la deliberación hasta el 15 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Homeaway Spain, S.L.U., impugna en el presente recurso de casación la sentencia dictada el 5 de octubre de 2018 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en materia de incumplimiento de la normativa catalana sobre alojamientos turísticos. La sentencia recurrida desestimó el recurso interpuesto por la citada empresa contra el requerimiento de la Generalidad de Cataluña para que eliminase de su página web todo el contenido relativo a empresas y establecimientos turísticos localizados en Cataluña en el que no constase el número de inscripción en el Registro de Turismo de la Comunidad Autónoma, bajo apercibimiento de multa coercitiva.

El recurso fue admitido por Auto de esta Sala de 31 de enero de 2020 en el que se consideró que tenía interés casacional la clarificación de las obligaciones derivadas de la normativa sectorial en materia turística sobre los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI), en los términos indicados en los antecedentes.

La sociedad recurrente invoca la normativa comunitaria sobre servicios de sociedad de la información y la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Solicita que casemos la sentencia impugnada y anulemos la resolución administrativa de la que trae causa el procedimiento, declarando, en síntesis, que los prestadores de servicios de la sociedad de la información no son responsables directos del cumplimiento de la normativa sectorial turística.

El Abogado de la Generalidad de Cataluña insta la desestimación del recurso por considerar que el prestador de servicios de la sociedad de la información queda obligado por la normativa sectorial, turística en este caso, y que la parte recurrente quedaba obligada a retirar contenidos ilícitos de la plataforma.

Segundo. *Sobre los términos del debate planteado por las partes.*

A. Alegaciones de la parte recurrente.

La recurrente sostiene que no resulta conforme al régimen de responsabilidad de un prestador de servicios de la sociedad de la información la imposición de obligaciones directas por parte de las normativas sectoriales. No niega que puede haber PSSI que estén sujetos a normativas sectoriales, pero entiende que ello no sucede con los PSSI intermediarios que realizan una actividad de almacenamiento de datos. En apoyo de su interpretación invoca la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y la Ley 34/2002, de 11 de julio, ambas sobre aspectos jurídicos de la sociedad de la información y del comercio electrónico, así como jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo.

Considera la parte que tanto la Directiva como la Ley española distinguen entre PSSI intermediarios y no intermediarios, con un distinto régimen de responsabilidad, y sólo a los primeros se les aplica el régimen de exención de responsabilidad y la prohibición de obligación de supervisión general de contenidos. Sostiene que la orden recurrida, avalada en alzada y por la sentencia impugnada, vulnera los artículos 16 de la Ley nacional y 14 de la Directiva al imputar responsabilidad a un PSSI intermediario por un supuesto incumplimiento de la normativa turística del que no tenía conocimiento efectivo.

Cita en apoyo de su tesis diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial la de 19 de diciembre de 2019, así como la de esta Sala de 27 de junio de 2019 (asunto 2105/19, citado por la demandante como caso Gogear). De acuerdo con esta jurisprudencia un PSSI no tendría el mencionado régimen jurídico propio de los intermediarios (exención de responsabilidad y prohibición de una obligación de supervisión general) en caso de que prestase un servicio que no fuese neutro y pasivo, o que fuese evidente y notorio que el contenido subido por los usuarios fuera ilícito. Tras enumerar los parámetros para determinar si concurren tales circunstancias afirma que no es el caso de la recurrente, ratificando su tesis con el análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 en el caso *Airbnb vs. Ireland* (C-390/18). Afirma que aunque el Tribunal de Justicia no llega a pronunciarse sobre el régimen de responsabilidad de los PSSI intermediarios, sí examina en profundidad la actividad de la plataforma Airbnb, que presta servicios de intermediación de alojamientos semejantes a los de la recurrente, y pone de relieve la neutralidad de dicho servicio de la sociedad de la información.

De manera análoga, afirma la mercantil recurrente, Homeaway Spain, no tiene intervención alguna sobre el contenido de los anuncios, no presta servicios de optimización ni de promoción de los contenidos, y sus servicios no son un elemento esencial para la existencia del servicio subyacente de alquiler de apartamentos. Y por otra parte, la falta de número de registro turístico no supone por sí misma una evidencia notoria de la ilegalidad de un anuncio. Por otra parte, la orden recurrida en la instancia vulnera el artículo 15 de la Directiva al imponer una obligación general de supervisión de datos.

Por todo ello, solicita que declaremos que la Directiva 2000/31/CE y la Ley española 34/2002 excluyen que una norma sectorial sujete a responsabilidad directa a los PSSI intermediarios y, en el supuesto de autos, que sean responsables de que los propietarios de los alojamientos incluyan el número de registro turístico, cuya omisión no pone de manifiesto una ilegalidad clara y evidente. En consecuencia no se puede imponer a un PSSI intermediario la obligación proactiva de comprobar si los anuncios incorporan el número de registro turístico.

B. Alegaciones de la Generalidad de Cataluña.

La Generalidad de Cataluña, por su parte, sostiene que un prestador de servicios de la sociedad de la información, además de estar sometido a las disposiciones de la normativa reguladora de tales servicios, puede quedar obligado asimismo por la normativa sectorial que resulte de aplicación. Cita en su apoyo la sentencias sobre los casos Uber, tanto del Tribunal de Justicia como de esta Sala, que calificaron al servicio de intermediación de transporte como parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte, no un servicio de la sociedad de la información.

Afirma la Comunidad Autónoma que la entidad recurrente no desarrolla una labor meramente técnica y automática de almacenamiento, sino que realiza su actividad a cambio de un beneficio económico. Sostiene que la sentencia Airbnb es de escasa relevancia para el presente litigio porque de lo que se trata aquí es de la obligación

de retirar contenidos ilícitos de la plataforma. Finalmente afirma que la orden recurrida no supone la imposición de una obligación general de supervisión de datos o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en los términos y con los efectos previstos en el artículo 15 de la Directiva.

Tercero. *Sobre las cuestiones a decidir por la Sala.*

A la vista de la controversia planteada en casación por las partes examinaremos la aplicación al caso de la normativa comunitaria y nacional sobre la materia, tras lo que podremos fijar la doctrina de interés casacional que resulte de dicho examen y resolver el presente litigio.

No se cuestiona por las partes que la recurrente sea un prestador de servicios de internet, legalmente denominados prestadores de servicios de la sociedad de la información, en los términos de la Directiva 2000/31/CE y la Ley 34/2002, y en principio así lo considera también la sentencia recurrida. La discrepancia surge más bien, como ya se ha anticipado, en la responsabilidad que le cabe a la demandante respecto a la legislación sectorial turística de Cataluña y en la conformidad o no a derecho de la exigencia de la Administración autonómica catalana de que elimine de su página web los anuncios de alojamientos turísticos que no incorporen el número de registro turístico.

Aunque, como hemos dicho, la Sala de instancia no rechaza que la recurrente sea una prestadora de servicios de la sociedad de la información, determinadas afirmaciones de la sentencia recurrida y la inescindible relación entre la calificación jurídica de la actividad desarrollada por Homeaway Spain y su régimen de responsabilidad obligan a examinar detenidamente si su actividad es propiamente la de una prestadora de servicios de la sociedad de la información. Así pues las cuestiones que se suscitan son las siguientes:

- a. Consideración de la recurrente como una entidad prestadora de servicios de la sociedad de la información.
- b. Determinación de qué tipo de servicios de la sociedad de la información presta la recurrente y cuál es su régimen de responsabilidad. Resulta necesario para ello hacer referencia a la jurisprudencia, comunitaria y nacional, con una atención especial a la sentencia Airbnb del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su semejanza con el supuesto de autos.
- c. Examen de la vinculación de la demandante por la normativa sectorial turística. Referencia a la exigencia del número de registro turístico por parte de la Administración catalana.

A resultas del examen anterior podremos fijar la doctrina de interés casacional que se deriva del presente litigio y decidir la controversia casacional entre las partes.

Cuarto. *Sobre la decisión de la Sala de instancia respecto a la actividad de la demandante.*

La sentencia recurrida, por remisión a una sentencia precedente, admite que la actora es una entidad que presta servicios de la sociedad de la información, pero resuelve que no desarrolla una actividad neutra y que, por tanto, no está exenta de responsabilidad por los contenidos. Lo hace en los siguientes términos:

« QUINTO.- La cuestión litigiosa aquí planteada ha sido resuelta en la sentencia nº 354/2018, dictada el 30 de abril de 2018 en el recurso tramitado en esta Sala y Sección con el nº 343/2015, en la que se recoge.

" 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-".

El principio de unidad de doctrina ha de llevar a la desestimación del recurso, como así se acuerda en la sentencia transcrita.» (fundamento de derecho quinto)

Como se ve en el fundamento transcrito, la Sala de instancia considera, en definitiva, que, debido a su intervención en los contenidos de su página web, la recurrente no puede ser considerada una prestadora de servicios de la sociedad de la información neutra o, en términos de la Directiva y Ley española, no puede ser catalogada como una prestadora de alojamiento de datos de las contempladas en el artículo 16 de la Directiva y 14 de la Ley española, con su específico régimen de responsabilidad. Entiende, muy al contrario, que la demandante «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 oportuno, gestiona las reservas y domina la operación desde el control del flujo económico, esto es, imponiendo su intermediación en el pago».

La Sala de instancia llega a tal conclusión a partir de la siguiente síntesis de la actividad de intermediación de la recurrente:

«- 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.»

A la vista de la interpretación que ha efectuado el Tribunal de Justicia en la sentencia Airbnb Irlanda no podemos llegar a la misma conclusión. Antes de proceder al examen de la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debemos poner de relieve que no estamos en un debate sobre apreciación de hechos, sino de sus consecuencias jurídicas. Esto es, no se discuten las circunstancias fácticas que se exponen en la sentencia recurrida, por lo demás tampoco controvertidas entre las partes, sino su valoración en los términos de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley española 34/2002: no se pone en cuestión la descripción de la intervención de la recurrente en su página web, sino su calificación jurídica, esto es, si tal intervención impide calificar a su intermediación como neutra y, por tanto, a la empresa como de alojamiento de datos.

La necesidad de examinar el presente asunto de manera específica a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2019, más que de cualquiera de las precedentes en la materia, es la gran semejanza del supuesto de hecho sobre el que versa con el del presente litigio. Sostiene la Comunidad Autónoma demandada que dicha sentencia tiene «consecuencias muy limitadas en el caso que nos ocupa en el que tratamos de la obligación de retirar contenidos ilícitos de la plataforma, por lo que se puede afirmar que la mencionada sentencia no tiene relevancia al respecto». Sin embargo, lo contrario es lo cierto, pues tal cuestión se encuentra estrechamente ligada a otra previa, y es la de si la actividad de la recurrente es o no en puridad una actividad de prestación de servicios de la sociedad de la información, lo que constituye una de las cuestiones que el auto de admisión ha considerado de interés casacional y, en concreto, si puede ser calificada como una prestadora de servicios de alojamiento de datos con su específico régimen de responsabilidad. Pese a una manifiesta ambigüedad al respecto, la sentencia impugnada se pronuncia implícitamente en sentido negativo sobre esta cuestión, que constituye el eje del debate casacional. Sólo después de dilucidar la naturaleza de la actividad de la recurrente y el régimen de responsabilidad aplicable podremos determinar las consecuencias del requerimiento efectuado por la Administración catalana en relación con las exigencias de la legislación turística.

Quinto. Sobre los precedentes de esta Sala.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre los servicios de internet de intermediación y examinado la jurisprudencia comunitaria recaída en la materia en nuestra sentencia ya citada de 18 de junio de 2019 (RC 3115/2016). Sin embargo, la sentencia Airbnb Irlanda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha supuesto un importante avance en la definición del perfil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que pueden ser calificados como intermediarios neutros de alojamiento de datos, lo que hace conveniente reiterar ahora la recapitulación que hicimos entonces sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En la citada sentencia de 12 de junio de 2019 dijimos:

« SEGUNDO. Sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de la información.

El servicio prestado por la página web www.goear.com, consiste en la publicación gratuita en internet de contenidos de audio que incluye más de 6000 archivos musicales, subidos por los usuarios, ofreciéndose su audición ("streaming"). Una gran parte de estos archivos se corresponden con canciones producidas por compañías discográficas sin que su oferta al público contase con la autorización de dichas compañías ni de los autores, tal y como ha quedado acreditado en vía administrativa y corroborado en sede judicial a tenor de la pericial practicada.

Antes de toda otra consideración, es preciso señalar que la protección de la propiedad intelectual tiene una importancia capital en nuestra sociedad y el desarrollo del comercio interior en la Unión Europea, sin que el uso de las nuevas tecnologías y el desarrollo de una actividad mercantil en internet pueda suponer que tales compañías operan al margen de los derechos de propiedad intelectual que ostentan sus titulares. Tal y como afirma la exposición de motivos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, «es preciso garantizar que el Derecho sustantivo de propiedad intelectual, que actualmente forma parte en gran medida del acervo comunitario, se aplique de manera efectiva en la Comunidad».

La protección de estos derechos en relación con los servicios prestados en la sociedad de la información está sometido a un régimen específico, regulado a nivel nacional en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y parcialmente la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

La Ley 34/2002, tal y como señala su exposición de motivos, acoge un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio, las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

Dicha norma se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando sus actividades afecten, entre otras materias, los derechos de propiedad intelectual e industrial. De modo que los órganos competentes están llamados a proteger, entre otras cuestiones, la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. A tal efecto, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, creada por el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual, tras la reforma mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo funcionamiento se encuentra desarrollado por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, tiene encomendada la finalidad de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, frente a las vulneraciones que pueden producirse por la actividad desarrollada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información. En el ejercicio de estas competencias es posible adoptar medidas para el restablecimiento de la legalidad, entre las que se encuentran la retirada de los contenidos que vulneren los citados derechos e, incluso, la interrupción de la prestación del servicio (art. 8 de la Ley).

Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea. Pero la responsabilidad de las empresas varía en atención al servicio que se presta y se modula en atención a su grado de conocimiento y control sobre los contenidos que se incorporan por terceros. Tanto en la norma comunitaria (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como en la nacional que la transpone (la ley 34/2002) establecen exenciones aplicables a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información es de mera intermediación.

Así, la Directiva 2000/31/CE, en sus artículos 12 a 14, establece supuestos en los que se limita la responsabilidad de determinadas actividades en la sociedad de la información, y siempre bajo determinadas condiciones, como son los casos de mera transmisión, o los de la memoria tampón ("caching") o, por lo que ahora nos interesa, la actividad de alojamiento de datos (cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio).

En similares términos, la ley nacional 34/2002, diferencia entre la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información en general (art. 13) de aquellos otros que realicen una mera actividad de intermediación, en sus diferentes modalidades: la de los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14) la de los prestadores de servicios que realizan una copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (art. 15), la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos (art. 16) y la responsabilidad por los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17). Mientras que los prestadores de los servicios de la sociedad de la información de la información están sujetos «a la responsabilidad

civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley», cuando se realicen actividades de "intermediación" como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red, se imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando, pero no se les hace responsables de los contenidos. En concreto, y por lo que ahora nos ocupa, el artículo 16 de dicha norma dispone que:

«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» .

Tal y como establece la exposición de motivos de la citada Directiva, este régimen especial de responsabilidad surge cuando su actividad «es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada». Y añade «Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma». Esta exención no opera, por el contrario, cuando el prestador de servicios colabora deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales, rebasa las actividades de mero transporte o tiene una participación mucho más activa que el mero almacenamiento automático, provisional y temporal.

El problema se centra en establecer cuando nos encontramos ante un servicio de mera intermediación. Y ello tiene importantes consecuencias: en primer lugar, porque condiciona su responsabilidad a los supuestos en los que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita o cuando, teniendo conocimiento, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible; y, en segundo lugar, porque, como luego analizaremos, ello condiciona la posibilidad de supervisión general previa de los contenidos ilícitos (artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que respecta a la consideración de un servicio como de mera "intermediación", ha dictado algunas pautas:

En la sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, Google France y Google) afirma que:

«[...] del cuadragésimo segundo considerando de la Directiva 2000/31 que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza "meramente técnica, automática y pasiva", lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

«114 Por lo tanto, para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena [...]» La sentencia afirma que la mera circunstancia de que el servicio sea remunerado, o, incluso, de que dé información general a sus clientes no puede implicar que se excluya a Google de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31, ni tampoco que la concordancia de la palabra clave seleccionada y del término de búsqueda introducido por un internauta no basta por sí mismo para que se considere que Google tiene conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y grabados en su servidor, pero añade «Sin embargo, sí es pertinente, en el marco del examen al que alude el apartado 114 de la presente sentencia, el papel que desempeña Google en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave» .

Para afirmar, finalmente que es:

«[...] El órgano jurisdiccional nacional, que es el mejor situado para determinar el modo concreto en que se presta el servicio controvertido en los asuntos principales, debe partir de las anteriores consideraciones al apreciar si el papel que desempeña Google en ese contexto se corresponde con el descrito en el apartado 114 de la presente sentencia.

120 Por consiguiente, procede responder a las cuestiones tercera, segunda y tercera en los asuntos C-236/08, C-237/08 y C-238/08, respectivamente, que el artículo 14 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible» .

La sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09, L'Oreal) añade las siguientes pautas:

- rechazó que «la circunstancia de que el servicio prestado por el operador de un mercado electrónico comprenda el almacenamiento de información que le facilitan sus clientes vendedores no basta por sí misma para concluir que, en cualquier caso, a tal servicio le es aplicable lo dispuesto en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En efecto, esta disposición debe interpretarse no sólo teniendo en cuenta su tenor sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (véase, por analogía, la sentencia de 16 de octubre de 2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-298/07, Rec. p. I-7841, apartado 15 y jurisprudencia citada)» (apartado 111).

- «el Tribunal de Justicia ha precisado que, para que el prestador de un servicio en Internet quede comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31, es esencial que sea un «prestador intermediario» en el sentido que el legislador ha querido dar a esta expresión en la sección 4 del capítulo II de esta Directiva (véase la sentencia Google France y Google, antes citada, apartado 112)» (apartado 112).

- afirma que no puede ser considerado como un mero intermediario «al prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos (sentencia Google France y Google, antes citada, apartados 114 y 120)» (apartado 113).

- «[...] el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31»; «[...] Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31» .

En definitiva, a tenor de dicha jurisprudencia, la determinación de si el servicio prestado puede o no ser considerado como mera actividad de "intermediación" y, por lo tanto, sujeta a un régimen especial de responsabilidad, corresponde al órgano judicial nacional, atendiendo a si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza «meramente técnica, automática y pasiva» , lo que implica que «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».» (fundamento de derecho segundo)

Sexto. *Sobre la calificación de la actividad de la recurrente como una prestación de servicios de la sociedad de la información.*

Como hemos dicho ya, aunque la Sala de instancia no niega que la actividad de la recurrente sea una prestación de servicios de la sociedad de la información y la consiguiente aplicación de la Directiva y de la Ley 34/2002, determinados razonamientos de la sentencia llevarían en puridad a una conclusión negativa. En efecto, cuando determina que «de las anteriores circunstancias se puede decir 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 oportuno, gestiona las reservas y domina la operación desde el control del flujo económico, esto es, imponiendo su intermediación en el pago», lo que está haciendo en realidad es afirmar que la actividad de la actora es esencialmente una actividad de prestación de alojamiento, más que una actividad cuya naturaleza es la propia de servicios de la sociedad de la información de mera intermediación entre arrendadores y arrendatarios. Esto es, la consecuencia lógica de la anterior afirmación no es que la recurrente desarrolle servicios de

intermediación no neutros, sino más bien que su actividad está sometida primariamente a la legislación de alojamientos de viviendas antes que a la Directiva 2000/31/CE y a la Ley 34/2002.

Es verdad, sin embargo, que la sentencia incurre en una evidente ambigüedad en este punto pues tras las afirmaciones que acabamos de transcribir y tras recordar el contenido del requerimiento, afirma que «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».

En definitiva, ni se niega ni se afirma que sea una empresa turística pero se concluye con la aplicación de la Ley de Turismo en términos que no son compatibles con una calificación de la actividad como propia de la sociedad de la información, como veremos seguidamente.

Antes de proseguir hemos de precisar que, al margen de la ambigüedad a la que nos referimos, es preciso comprender rectamente la afirmación de que la empresa recurrente se dedique «a promocionar y gestionar monográficamente alojamientos de vacaciones», pues literalmente entendida resulta abiertamente contraria a los propios hechos declarados por la sentencia. Una tal actividad supondría una prestar un servicio de administración y gestión de viviendas vacacionales, muy ajeno a la que la propia sentencia le reconoce, que es la de gestión de ofertas publicitarias de viviendas vacacionales. Solo en ese sentido puede entenderse la citada frase.

Frente a la ambigüedad que subyace a los razonamientos de la sentencia recurrida, no cabe dudar de que la actividad de Homeway Spain (en la actualidad Vrbo Spain) ha de ser conceptuada como una prestación de servicios de internet comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31 y de la Ley española 34/2002. Aunque, insistimos, no es algo abiertamente controvertido en el pleito (al margen de la indeterminación ya reseñada en la sentencia de instancia), resulta imprescindible verificar que los servicios prestados por Homeway Spain constituye sin género de dudas un servicio de intermediación «distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado» y que no deja de serlo porque el mismo «forme parte de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica» (sentencia Airbnb, parágrafo 50). O, dicho en otros términos, es preciso confirmar que el servicio prestado por la recurrente no deja de ser un servicio de intermediación de la sociedad de la información pese a su relación con el servicio subyacente de prestación de alojamientos y pese a los servicios adicionales que se prestan en su página web, sin que pase a ser, por tanto, una mera vertiente de dicho servicio subyacente con su misma calificación jurídica. Solo aclarado este punto podremos examinar el régimen de responsabilidad de la sociedad recurrente y su vinculación al requerimiento administrativo del que trae causa el litigio.

Pues bien, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia Airbnb la conclusión de la Sala de instancia es errónea, y tiene razón la recurrente en casación al calificar su actividad de manera inequívoca como una prestación de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Digamos en primer lugar, reproduciendo la argumentación del Tribunal de Justicia que, de acuerdo con lo que establece la Directiva 2015/2035 -de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información- en su artículo 1.1.b), el concepto de servicio de la sociedad de la información comprende «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». En el presente litigio nos encontramos asimismo con un servicio prestado a cambio de una remuneración (aun cuando, como se señala en la sentencia Airbnb, a cargo del arrendatario), en las condiciones señaladas en el citado precepto: a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

En segundo lugar, debemos confirmar que la actividad de intermediación de la recurrente no es una mera parte accesoria de la actividad subsiguiente o subyacente (prestación de alojamiento), como en realidad entiende la sentencia de instancia. El Tribunal de Justicia indica en la sentencia Airbnb en respuesta a la primera cuestión prejudicial que se le planteaba:

«51 En el presente asunto, AHTOP alega esencialmente que el servicio prestado por Airbnb Ireland es parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es una prestación de alojamiento. En este sentido, considera que Airbnb Ireland no se limita a poner en contacto a dos partes a través de la plataforma electrónica epónima, sino que también ofrece servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en transacciones inmobiliarias.

52 No obstante, si bien es cierto que el servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland tiene por objeto facilitar el alquiler de un alojamiento, que efectivamente está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123, la naturaleza de los vínculos existentes entre tales servicios no justifica que se excluya la calificación como «servicio de la sociedad de la información» del servicio de intermediación y, por consiguiente, la aplicación de la Directiva 2000/31 al mismo.

53 En efecto, ese servicio de intermediación es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha en la medida en que no solo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica epónima que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones. La creación de esa lista en beneficio tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan ese tipo de alojamiento constituye el principal rasgo de la plataforma electrónica gestionada por Airbnb Ireland.

54 Sobre este particular, la presentación organizada del conjunto de las ofertas, junto con las herramientas de búsqueda, de localización y de comparación entre ellas, constituye, por su importancia, un servicio que no puede considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponde una calificación jurídica diferente, a saber, la prestación de alojamiento.

55 Por otra parte, un servicio como el prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles. A este respecto, el mero hecho de que Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento.

56 Por último, ni de la resolución de remisión, ni de la información que figura en los autos resulta que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento.

57 De ello se deduce que, en cuanto tal, un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento.» (parágrafos 51-57)

Las afirmaciones que se acaban de reproducir se aplican también de manera precisa al supuesto de estos autos, por lo que hemos de llegar, sin duda a la misma conclusión. En efecto, también en el presente asunto la recurrente presta «servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en transacciones inmobiliarias» (parágrafo 51). La actividad de Homeway «es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha en la medida en que no solo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica epónima que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones. La creación de esa lista en beneficio tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan ese tipo de alojamiento constituye el principal rasgo de la plataforma electrónica gestionada por Airbnb Ireland» (parágrafo 53). Así pues, la oferta de alojamientos estructurada por la propia plataforma no es, contra el criterio de la sentencia recurrida, un óbice para la calificación de la actividad como de intermediación neutra.

Asimismo, también la actividad de la plataforma recurrente incluye «herramientas de búsqueda, de localización y de comparación entre ellas» (parágrafo 54), lo que no puede considerarse, afirma el Tribunal de Justicia, meramente accesorio del servicio global de prestación de alojamiento, en cuyo caso sería ésta la calificación jurídica apropiada de la actividad. También es predicable del caso presente la consideración de que por muy relevante que sea hoy la labor de las plataformas de intermediación de la sociedad de la información para las actividades subyacentes (compraventa de todo tipo de productos, bien en plataformas especializadas, bien en otras generalistas), las prestaciones que ofrecen no constituyen por lo general un instrumento imprescindible para dichas actividades subyacentes, que cuentan con los restantes instrumentos y cauces para su realización. Así, como subraya el Tribunal de Justicia, en la materia que nos ocupa de alquiler de viviendas, tanto arrendadores como arrendatarios «disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles» (parágrafo 55). El que la actividad de Airbnb ofrezca a sus usuarios «un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento» (ibidem 55). Finalmente, el Tribunal de justicia pone de relieve que no existía ningún indicio de que la plataforma determinase o limitase el importe del alquiler solicitado por los arrendadores (parágrafo 56), como tampoco lo hay en el presente litigio. En conclusión, tampoco en este supuesto puede considerarse que el servicio de intermediación de la recurrente se pueda considerar «parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento» (parágrafo 57).

Lo anterior se confirma con el análisis que hace a continuación el Tribunal de Justicia al examinar las prestaciones adicionales de la plataforma Airbnb para ratificar que no son suficientes como para poner en cuestión la calificación de su actividad como de prestación de servicios de la sociedad de la información.

Así, afirma el Tribunal de Justicia:

«58 Ninguna de las otras prestaciones que se mencionan en el apartado 19 de la presente sentencia, consideradas en su conjunto o de forma aislada, pone en tela de juicio esta constatación. Por el contrario, tales prestaciones presentan un carácter accesorio, dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones (véanse, por analogía, las sentencias de 21 de febrero de 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, apartado 52; de 10 de noviembre de 2016, Batová, C-432/15, EU:C:2016:855, apartado 71, y de 4 de septiembre de 2019, KPC Herning, C-71/18, EU:C:2019:660, apartado 38).

59 Así sucede, en primer lugar, con la circunstancia de que, además de su actividad consistente en poner en contacto a arrendadores y arrendatarios a través de la plataforma electrónica epónima, Airbnb Ireland ofrezca a los arrendadores una plantilla que define el contenido de su oferta, un servicio opcional de fotografía del inmueble que se arrienda y un sistema de evaluación de los arrendadores y los arrendatarios accesible para los futuros arrendadores y arrendatarios.

60 Estas herramientas participan de la lógica colaborativa inherente a las plataformas de intermediación, que permite, por una parte, que quienes buscan alojamiento puedan disponer de toda la información necesaria para elegir entre las ofertas presentadas por los arrendadores en la plataforma y, por otra parte, que los arrendadores dispongan de plena información sobre la fiabilidad de los potenciales arrendatarios.

61 Seguidamente, es también así respecto de la circunstancia de que Airbnb Payments UK, sociedad del grupo Airbnb, se encargue de recibir los pagos efectuados por los arrendatarios para transferirlos en un momento posterior a los arrendadores, conforme a las modalidades expuestas en el apartado 19 de la presente sentencia.

62 Tales modalidades de pago, comunes a un gran número de plataformas electrónicas, constituyen un instrumento para hacer que las transacciones entre arrendadores y arrendatarios sean seguras y su mera existencia no puede modificar la naturaleza misma del servicio de intermediación, en particular cuando dichas modalidades de pago no van acompañadas ni directa ni indirectamente de un control de los precios de las prestaciones de alojamiento, como se ha señalado en el apartado 56 de la presente sentencia.

63 Por último, el hecho de que Airbnb Ireland ofrezca a los arrendadores una garantía por daños y, con carácter opcional, un seguro de responsabilidad civil, tampoco es suficiente para modificar la calificación jurídica del servicio de intermediación prestado por dicha plataforma.

64 Aun cuando se consideren en su conjunto, las prestaciones, opcionales o no, de Airbnb Ireland que se han mencionado en los apartados 59 a 63 de la presente sentencia no ponen en entredicho el carácter disociable del servicio de intermediación prestado por esta sociedad y, por consiguiente, su calificación como «servicio de la sociedad de la información», puesto que no modifican de forma sustancial las características específicas de dicho servicio. A este respecto, resultaría además paradójico que tales prestaciones accesorias que aportan valor añadido, ofrecidas por una plataforma electrónica a sus clientes esencialmente a fin de distinguirse de sus competidores, pudieran, a falta de elementos complementarios, conducir a que se modificara la naturaleza y, por consiguiente, la calificación jurídica de la actividad de esta última, como ha señalado el Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones.» (parágrafos 58-64)

También este análisis se proyecta sin dificultad al caso presente. El fondo de su argumentación es que ninguna de las prestaciones adicionales constituye un fin en sí mismo para arrendadores y arrendatarios, sino que presentan un carácter accesorio para ofrecer o disfrutar del servicio de intermediación realizado por la plataforma que constituye la esencia de su actividad, que es la de poner en contacto a arrendadores y arrendatarios. Así, el Tribunal considera que no alteran la naturaleza esencialmente relacional de la actividad de la plataforma (que afirma que responde a la «lógica colaborativa inherente a las plataformas de intermediación», no obstante su carácter comercial) la estructuración de los anuncios en una plantilla ofrecida a los arrendadores que define el contenido de su oferta, un servicio opcional de fotografía del inmueble, un sistema de evaluación accesible para futuros arrendadores y arrendatarios, la recepción de los pagos para luego transferirlos a los arrendadores y el ofrecimiento a los arrendadores de una garantía por daños y, opcionalmente, un seguro de responsabilidad civil. Todas estas prestaciones adicionales (detalladas también en el parágrafo 19 de la sentencia), ni aun consideradas conjuntamente «ponen en entredicho el carácter disociable del servicio de intermediación prestado por esta sociedad y, por consiguiente, su calificación como "servicio de la información", puesto que no modifican de forma sustancial las características específicas de dicho servicio» (parágrafo 64).

No cabe duda de que lo mismo es preciso concluir respecto de las prestaciones adicionales que se describen por la Sala de instancia aquí recurrida y que hemos reproducido más arriba y que, sin embargo, llevan a dicha Sala a afirmar que hacen que la labor de intermediación se constituya en el «centro del negocio de alquiler de inmuebles o viviendas de vacaciones». Se trata, por el contrario, de prestaciones accesorias que no desvirtúan la naturaleza del servicio de intermediación consistente en poner en contacto a arrendadores y arrendatarios de viviendas vacacionales, y no se transforma en un negocio de arrendamiento de tales viviendas. En definitiva, dichas prestaciones no transforman la prestación de intermediación en otra de arrendamiento de alojamientos vacacionales.

Digamos, por último, que el Tribunal de Justicia también dedica su atención a diferenciar la actividad de intermediación en la plataforma de alquiler de viviendas de la actividad de intermediación desarrollada por la empresa Uber en el ámbito del transporte urbano de pasajeros, en el que dicha empresa «ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los conductores no profesionales mediante la aplicación que les fue facilitada por dicha empresa», además de otras diferencias entre ambos supuestos (parágrafos 65-68). Esta Sala también tuvo ocasión de pronunciarse sobre ese tipo de intermediación en el ámbito del transporte urbano y consideramos tal actividad inequívocamente como una prestación de transporte, en el que la intermediación era accesoria a la naturaleza de transporte del servicio (STS de 4 de junio de 2018, RCA 538/17). Debe señalarse en todo caso que en el caso citado no hubo controversia sobre que la actividad desarrollada por las empresas dedicadas al alquiler de vehículos con conductor eran, pese a la utilización de medios y procedimientos de la sociedad de la información, empresas de transporte.

La conclusión de todo lo dicho en el presente fundamento es que la actividad desarrollada por Homeaway Spain es una labor de intermediación propia de la sociedad de la información y queda regulada por la Directiva 2000/31/CE y la Ley nacional 34/2002, ambas normas reguladoras de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos, cuya incidencia examinamos luego.

Séptimo. *Sobre el régimen de responsabilidad de la actividad de intermediación desarrollada por la sociedad recurrente.*

Una vez establecida la naturaleza de los servicios prestados por Homeaway Spain, es preciso determinar qué tipo de prestador de servicios de la sociedad de la información es la sociedad litigante y, en consecuencia, qué régimen de responsabilidad le corresponde. Ya hemos visto que Homeaway Spain considera que es una prestadora de servicios de alojamiento de datos sin responsabilidad directa sobre los contenidos, frente a lo determinado por la sentencia recurrida que considera que debe atender el requerimiento de la Comunidad Autónoma de eliminar todo anuncio de vivienda vacacional que no incorpore el número de registro turístico so pena de multas coercitivas.

La Directiva 2000/31 dedica, dentro de la sección 3 (Contratos por vía electrónica) del capítulo II (Principios) los artículos 12, 13 y 14 a regular tres tipos de servicios de la sociedad de la información y su régimen de responsabilidad: dos tipos de servicios de transmisión de datos (arts. 12 -servicios de mera transmisión o de provisión de acceso- y 13 -memoria tampón-), y los servicios de alojamiento de datos (artículo 14). Finalmente el artículo 15 establece una prohibición de que los Estados miembros impongan una obligación general de supervisión de que los datos que transmitan o almacenen contengan o indiquen actividades ilícitas.

Por su parte, la Ley española 34/2002 dedica la sección 2ª del capítulo II (Obligaciones y régimen de responsabilidad de los PSSI) al régimen de responsabilidad de los distintos prestadores de servicios, distinguiendo, en paralelo a lo previsto en la Directiva, los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14), los servicios de transmisión de datos con copia temporal que la Directiva denomina "memoria tampón" (artículo 15), los servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (artículo 16) y los servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17). Los artículos 35 y 36 versan sobre la suspensión administrativa de la actividad (art. 35) e imponen a los prestadores de servicios un deber de colaboración con la autoridad administrativa en línea con lo previsto en el artículo 16.2 de la Directiva (art. 36).

Del tenor de los preceptos citados no cabe duda de que los servicios prestados por Homeaway Spain no son servicios de transmisión de datos, con o sin copia temporal de los mismos, ni tampoco de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sino servicios de almacenamiento de datos. El texto de los preceptos es el siguiente:

Directiva 2000/31/CE:

« Artículo 14 *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 impedirla, 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.»

« Artículo 15 *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.»

Ley 34/2002, de 11 de julio:

« Artículo 16. *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.»

Son también de interés los artículos 35 y 36 de la misma Ley 34/2002, pertenecientes al Título VI (Información y control), y que tienen el siguiente tenor:

« 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.»

Como puede comprobarse, calificar esta regulación como de "exención de responsabilidad" sin mayores precisiones no deja de ser una imprecisión, pues habría que hablar más bien de exención condicionada de responsabilidad. En cualquier caso debemos examinar la aplicación al caso de los preceptos que se han reproducido para decidir en qué medida afectan a este tipo de prestadores de servicios de internet de alojamiento de datos, como lo es la demandante, las siguientes exigencias legales que constituyen el origen del presente litigio: a) la obligación de la Ley catalana de que la publicidad de los apartamentos turísticos incorpore el número de registro y b) el requerimiento que le hizo la Administración de la Generalidad en virtud de dicha obligación legal para que retirase cualquier anuncio de apartamentos turísticos que no cumplieren con la referida exigencia legal.

De acuerdo con la Directiva, el prestador de servicios está exento de responsabilidad por los datos almacenados (en el caso, por los anuncios de viviendas en alquiler) en su página web cuando «no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiera 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». Y, en igual sentido, aunque con mejor redacción, la Ley española estipula que los prestadores de servicios de almacenamiento no serán responsable siempre que "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". Y, a continuación, en el último párrafo del apartado 1 del artículo 16, define exactamente qué se debe entender por "conocimiento efectivo".

A su vez, el artículo 16 de la Directiva prohíbe que se imponga a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, o una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto a los tres tipos de prestadores comprendidos en los artículos 12, 13 y 14 de la propia Directiva.

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 PSSI 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.

Octavo. *Sobre la cuestión de interés casacional.*

La interpretación de las normas de aplicación en el presente supuesto, a la luz tenor de su aplicación a la problemática suscitada en el presente asunto, conduce a responder a las cuestiones de interés casacional planteadas en el auto de admisión del recurso de casación en los siguientes términos.

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 séptimo.

Noveno. *Conclusión y costas.*

De lo dicho en los anteriores fundamentos de derecho se deriva que ha lugar al recurso de casación, por lo que casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, así como, por las mismas razones, las resoluciones del Director General de Turismo de 13 de enero de 2015 y del Secretario de Empresa y Competitividad de la Generalidad de Cataluña de 28 de mayo de 2015 dictada en alzada.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas ni en la instancia, por versar el litigio sobre cuestión que suscita dudas de derecho, ni en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por Homeaway Spain, S.L.U. contra la sentencia de 5 de octubre de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso- administrativo 281/2015.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Anular las resoluciones del Director General de Turismo de 13 de enero de 2015 y del Secretario de Empresa y Competitividad de la Generalidad de Cataluña de 28 de mayo de 2015.
4. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-José María del Riego Valledor.- Diego Córdoba Castroverde.-Fernando Román García.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.