

## INFORME DE REGULACIÓN

**Nº Informe:** IR 34/2018

**Norma:** Art. 1.Once del Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el cual se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente.

**Fecha Informe:** 22 de febrero de 2018

### 1. PRELIMINAR

#### 1.1 Motivación

El presente documento recoge las consideraciones de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, ACCO) sobre el Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el cual se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente (en adelante, RD 1070/2017).

El RD 1070/2017, por vía de su art.1.Once, introduce un nuevo art. 54ter al Reglamento General de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el cual se impone una obligación de información a las personas o entidades, en particular, las denominadas “plataformas colaborativas”, que intervengan en la cesión de viviendas con fines turísticos.

Puesto que el art. 54ter presenta una potencial afectación a la regulación de las plataformas digitales<sup>1</sup>, el objeto de este documento es analizar si efectivamente el arte. 54ter del RD 1065/2007, introducido por el art.1.Once del RD 1070/2017, prevé restricciones a la competencia y, si este es el caso, evaluar si las mismas se adecuan a los principios de necesidad y proporcionalidad, y al resto de principios de una buena regulación económica.

<sup>1</sup> A lo largo de este Informe, se ha preferido hacer uso del término “plataforma digital”, dado que todavía no existe una definición generalmente aceptada de cuáles son las características definitorias del concepto “plataforma colaborativa”.



A los efectos de procurar un buen desarrollo de la competencia, se considera necesario que la regulación que afecte a las plataformas digitales no contenga restricciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas.

Desde la perspectiva de la política de competencia, las plataformas digitales tienen una incidencia positiva en el mercado ya que contribuyen a dinamizar la competencia en variables tanto de precio como de no precio, aumentan la eficiencia en la utilización de los recursos, propician una mayor innovación, etc.; lo que se traduce, en definitiva, en un incremento del bienestar del consumidor. Muestra del interés de la ACCO por la economía colaborativa se encuentra en los dos estudios que esta autoridad ha publicado y que analizan este tipos de iniciativas: “Transacciones entre iguales (P2P) y competencia” del año 2014<sup>2</sup> y “Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante” del año 2016<sup>3</sup>.

Adicionalmente, el sector de las plataformas digitales es de gran importancia en Cataluña, dado que en el año 2016, la ciudad de Barcelona se consolidó como el quinto hub tecnológico en Europa. Además, Barcelona se habría mantenido como la principal ciudad española al atraer inversiones económicas por valor de 197 millones de euros en el sector de las *startups* (correspondiente al 56% del total de inversiones realizadas en España)<sup>4</sup>.

En el caso específico de la intermediación en la cesión de viviendas turísticas, esta actividad supone a la vez una afectación al turismo, subsector muy relevante en el ámbito de los servicios en Cataluña.

Así, según información disponible del IDESCAT, en el 2017 los turistas extranjeros hicieron un gasto total en Cataluña de 19.151,9 millones de euros, que representa el 22% del gasto total de turistas en España<sup>5</sup>. De hecho y según datos del mes de diciembre de 2017, Cataluña fue la segunda comunidad autónoma que acumuló más gasto de los turistas (877 millones de euros, representando un 19,4% sobre el total español)<sup>6</sup>.

Es por este motivo que, al ser una actividad que impacta significativamente en la actividad económica y la competitividad del país, su regulación tiene que contribuir a favorecer la competencia, en beneficio de la eficiencia, de la productividad y, en definitiva, de los consumidores y usuarios.

Este documento se ha elaborado en base al análisis del RD 1070/2017 publicado en el BOE<sup>7</sup> y el Proyecto de Orden Ministerial que lo desarrolla.

## 1.2 Competencias de la ACCO

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC), define el contenido material del derecho de la competencia y tiene en cuenta el sistema plural de organismos de la competencia derivado del marco competencial de la CE. En el ámbito catalán, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la

<sup>2</sup> Este informe es consultable accediendo a este enlace: <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/ES-07-2014-Transaccions-entre-iguals-P2P-i-competencia>.

<sup>3</sup> Este informe es consultable accediendo a este enlace:

[http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/axius/actuacions/P2P-Un-pas-endavant\\_DEF.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/axius/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF.pdf)

<sup>4</sup> Informe Startup Ecosystem Overview Startup Ecosystem Overview de 2017, elaborado por Mobile World Capital Barcelona (MWCcapital).

<sup>5</sup> <https://www.idescat.cat/pub/?id=turdest>

<sup>6</sup> <http://www.ine.es/daco/daco42/egatur/egatur1217.pdf>

<sup>7</sup> BOE nº. 317, de 30 de diciembre de 2017, págs. 130608 a 130639.

Ley orgánica 6/2006, del 19 de julio (en adelante, EAC) establece, en el artículo 154, las competencias de la Generalitat en el ámbito de la promoción y defensa de la competencia. El desarrollo de este precepto se encuentra en la Ley 1/2009.

El artículo 2.4 de la Ley 1/2009 establece las funciones de la ACCO. Estas se pueden clasificar en dos grandes ámbitos que son: defensa de la competencia y promoción de la competencia. Las actividades de fomento y promoción de la competencia tienen como objetivo propiciar un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas. La elaboración de este Informe de Regulación forma parte, pues, de las competencias que ostenta la ACCO, de conformidad con el objeto que la propia Ley 1/2009 le reconoce en el artículo 2.1 y de las funciones que tiene atribuidas según los artículos 2.4 y 8.1.b) de la misma Ley.

## **2. ART. 54TER DEL RD 1065/2007 (INTRODUCIDO POR EL ART.1.ONCE DEL RD 1070/2017)**

Previamente a la exposición de las consideraciones en términos de competencia que suscita el art. 54ter del RD 1065/2007 detallaremos el contenido del mismo:

- **Ámbito subjetivo (apartado 3 del art. 54ter).** El art. 54ter se dirige a las personas o entidades que presten el servicio de intermediación entre cedentes y cesionarios del uso de viviendas con fines turísticos situadas en territorio español. En particular, el art. 54ter reconoce como intermediarios, las “plataformas colaborativas” que tengan la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información (en adelante, PSSI) según aquello establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI) con independencia de qué presten o no el servicio subyacente objeto de la intermediación o de qué impongan condiciones a los cedentes o cesionarios, tales como precios, seguros, plazos u otras condiciones contractuales<sup>8</sup>.
- **Ámbito material (apartado 1 y 2 del art. 54ter).** El art. 54ter impone la obligación de información a aquellos intermediarios que intervengan en la **“cesión de uso de viviendas con fines turísticos”**, que se define en el propio artículo como *“la cesión temporal de uso de la totalidad o parte de una vivienda amueblada y equipado en condiciones de uso inmediato, cualquiera que sea el canal a través del cual se comercialice o promocióne y realizada con finalidad gratuita u onerosa”*.

El art. 54ter en el apartado 2 expresamente excluye del concepto de “cesión de uso de viviendas con finalidades turísticas”, ciertas categorías de cesiones de uso, entre las que hay que destacar los **alojamientos turísticos tradicionales**<sup>9</sup>.

Así, la propia norma **excluye** de su ámbito material de aplicación a *“aquellos alojamientos turísticos que se rigen por su normativa específica”*. Por normativa

<sup>8</sup> Art. 54ter apartado 3, introducido por el artículo 1.Once del RD 1070/2017.

<sup>9</sup> “Quedan excluidos de este concepto: a) Los arrendamientos de vivienda tal y como aparecen definidos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, así como el subarriendo parcial de vivienda a que se refiere el artículo 8 de la misma norma legal; b) Los alojamientos turísticos que se rigen por su normativa específica. En estos efectos no tendrán la consideración de excluidos las cesiones temporales de uso de vivienda a que se refiere el artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, con independencia del cumplimiento o no del régimen específico derivado de su normativa sectorial al que estuviera sometido. c) El derecho de aprovechamiento mudo de bienes inmuebles; y d) los usos y contratos del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, salvo aquellas cesiones a las que se refiere la letra e) de este artículo”.

específica, se tiene que entender de aplicación la normativa turística –que al ser de competencia autonómica- se refiere a la legislación de cada Comunidad Autónoma. En cualquier caso, el RD 1070/2017 específicamente hace referencia en su parte expositiva a los: hoteles, albergues, alojamientos en el medio rural, campamentos de turismo, etc.

- **Ámbito objetivo (apartado 4 del art. 54ter).** El art. 54ter exige que la declaración informativa identifique los siguientes datos referentes a cada una de las transacciones en las cuales intervengan:

1. El titular de la vivienda<sup>10</sup> así como el titular del derecho en virtud del cual se cede la vivienda. La identificación se realizará mediante el nombre, apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal.
2. El inmueble objeto de cesión con especificación del número de referencia catastral.
3. La persona o entidad cesionaria. La identificación se realizará mediante el nombre, apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal.

Adicionalmente, se exige que a los efectos de la propia normativa, los cedentes del uso de la vivienda con fines turísticos, deberán conservar una copia del documento de identificación de las personas beneficiarias del servicio.

4. Número de días de disfrute de la vivienda.
5. Importe percibido por el titular cedente del uso de la vivienda con fines turísticos o, en su caso, indicación de su carácter gratuito.

Tal como se indica en el art. 54ter, la Orden Ministerial por la cual se apruebe el Modelo de declaración correspondiente contendrá la información indicada en los puntos 1 a 5 anteriores, así como cualquier otro dato relevante a los efectos de concretar la información solicitada.

Así, el *Ministerio de Hacienda y Función Pública* ha sometido a trámite de información pública el Proyecto de Orden Ministerial<sup>11</sup> por el que se aprobará el Modelo 179, donde se exige un nuevo dato:

6. Número del contrato en virtud del cual el declarante intermedia en la cesión de la vivienda.

- **Ámbito temporal.** El RD 1070/2017 entró en vigor el pasado 1 de enero de 2018<sup>12</sup>. Si bien el art. 54ter en su apartado primero, establece que la declaración informativa se tendrá que presentar de manera periódica, el

<sup>10</sup> A los efectos del RD 1070/2017 se consideran como titulares de derecho objeto de cesión aquellos que lo sean del derecho de la propiedad, contratos de multipropiedad, propiedad a tiempo parcial o similares, arrendamientos, subarrendamientos o cualquier otro derecho de uso o disfrute sobre las viviendas cedidas con finalidades turísticas, que sean cedentes en última instancia, del uso de la vivienda.

<sup>11</sup> El Proyecto de Orden Ministerial se puede consultar en el siguiente enlace:

<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/Proyecto%20OM%20modelo%20179%20-%20Observaciones.pdf>

<sup>12</sup> Disposición final única del RD 1070/2017.

Proyecto de Orden Ministerial dispone que la declaración informativa se tendrá que presentar con una periodicidad trimestral<sup>13</sup>.

Según establecido en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Orden Ministerial, la entrada en vigor de esta Orden Ministerial, y por lo tanto, la obligación de presentar el Modelo 179, será al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. A pesar de eso, la declaración de información se aplica retroactivamente a aquellas cesiones de viviendas turísticas que se hayan producido a partir del 1 de enero de 2018.

Como seguidamente detallaremos, el art. 54ter, introducido por el art.1.Once del RD 1070/2017, presenta aspectos que lamentablemente no pueden ser bien valorados desde la óptica de competencia, tanto en relación con los principios que tienen que regular una buena regulación económica eficiente (Sección 3.2.3) como por la posible vulneración de normativa europea y española a la que están sujetas las plataformas colaborativas (Sección 3.2.4).

### 3. LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO COMPETITIVO DE LA REGULACIÓN

#### 3.1. Metodología

Las administraciones públicas intervienen en la economía cuando, en ejercicio de su potestad normativa, producen disposiciones que regulan la actividad económica. Esta intervención pública mediante la creación de regulación económica se justifica por la existencia de fallos de mercado o por la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos. Sin embargo, esta intervención en algunos casos puede obstaculizar el desarrollo de las actividades objeto de regulación, cuando eso sucede nos encontramos ante una intervención limitadora de la competencia en un sector de actividad determinado que se deberá justificar y motivar.<sup>14</sup>

El análisis de competencia que se expone a continuación se ha realizado sobre la base de los principios básicos internacionalmente aceptados para establecer una regulación eficiente y favorecedora de la competencia. En particular, el principio de necesidad<sup>15</sup>, proporcionalidad (justificación de la restricción)<sup>16</sup>, no discriminación y mínima distorsión (justificación de los instrumentos utilizados)<sup>17</sup>.

La ACCO ha asumido estos principios como orientadores de su actuación en la elaboración de Informes de regulación y los ha incorporado en su *Metodología para Evaluar el Impacto Competitivo de las normas (EIC)*<sup>18</sup>.

La tarea de evaluación del impacto competitivo consta, básicamente, de tres etapas:

<sup>13</sup> Artículo 1 del Proyecto de Orden Ministerial.

<sup>14</sup> La OCDE ha configurado y hecho público una serie de herramientas para la valoración de la competencia conformado por 3 volúmenes (Principios, Guía y Manual de operaciones) <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.

<sup>15</sup> El principio de necesidad implica que toda norma que introduzca restricciones a la competencia tiene que venir precedida de una definición de sus objetivos y de una clara justificación de la introducción de las restricciones (existencia de una relación de causalidad entre la restricción a la competencia y la consecución del objetivo).

<sup>16</sup> El principio de proporcionalidad pretende evitar que los instrumentos en que se materializa la restricción supongan sólo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social pero que, al mismo tiempo, generen un grave daño en este debido a las importantes restricciones a la actividad económica que imponen.

<sup>17</sup> El principio de mínima distorsión implica que, entre los instrumentos posibles para alcanzar un objetivo determinado, se tiene que escoger aquel que suponga una menor afectación a la competencia.

<sup>18</sup> Se trata de la Metodología de Evaluación del Impacto Competitivo de las normas que la ACCO aplica, principalmente en la elaboración de los Informes de Regulación, sin perjuicio que también la pueda aplicar en los informes que realice sobre la actuación de las administraciones públicas. La Metodología se puede consultar al sitio web de la ACCO (<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-limpacte-competitiu-de-les-normes>).

- (i) Identificar las principales restricciones a la competencia que contiene la norma.
- (ii) Analizar si las restricciones a la competencia introducidas están justificadas para la consecución de los objetivos que persigue la norma, según los principios de necesidad y proporcionalidad, y el resto de principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia.
- (iii) En caso de que las restricciones estén justificadas, comprobar, aplicando el principio de mínima distorsión, que no existen alternativas menos restrictivas de la competencia que permitan alcanzar el objetivo deseado.

Una vez acreditada la existencia de una restricción a la competencia en el punto (i), habrá que distinguir si se trata de restricciones prohibidas<sup>19</sup> o bien evaluables. En caso de tratarse de restricciones evaluables, se procederá a llevar a cabo las fases (ii) y (iii). La no superación de las etapas (ii) y /o (iii) comportará la recomendación, por parte de la ACCO, de no imponer o bien de suprimir aquella restricción. El objetivo final es, pues, evitar la introducción de restricciones innecesarias o desproporcionadas en el funcionamiento de los mercados, obteniendo una regulación más eficiente desde el punto de vista de la competencia, sin renunciar a las finalidades públicas perseguidas por la norma.

## **3.2. Análisis del art. 54ter del RD 1065/2007**

### **3.2.1 Consideraciones generales**

La actividad de intermediación en la contratación y la comercialización es una actividad económica existente desde hace tiempo tanto en Cataluña como en España.

Gracias a la aparición de las nuevas tecnologías, han surgido nuevas plataformas digitales que ofrecen su actividad de intermediación en diferentes sectores (tales como alojamiento turístico, transportes, venta de productos y servicios, etc.). Como se ha apuntado anteriormente, la aparición de este tipo de plataformas es bienvenida desde el punto de vista de la competencia<sup>20</sup>.

Otro aspecto a tener en consideración es que las plataformas digitales que intervienen en la cesión de uso de viviendas con fines turísticos pueden presentar modelos de negocio muy diferentes entre ellos: así, se puede pensar en aquellas plataformas de agencias inmobiliarias que ofrecen viviendas amuebladas con fines turísticas<sup>21</sup>, plataformas que disponen de información sobre viviendas amuebladas que los usuarios de la plataforma ceden a otros usuarios a cambio de una remuneración (según el tipo de plataforma y según el propio modelo de negocio, dispondrá de más o menos información), plataformas que disponen de información sobre viviendas amuebladas que los usuarios de la plataforma publican a cambio de alojarse en una vivienda de otro usuario (intercambio de viviendas), etc.

<sup>19</sup> Por ejemplo, pueden ser restricciones prohibidas aquellas contrarias a normas de rango superior o a las prescripciones de normas comunitarias. Asimismo, hay que recordar que las restricciones a la competencia que se introduzcan a las normas tendrán que disponer de una cobertura suficiente en una norma con rango de ley, de conformidad con el artículo 53.1 de la CE, en relación con el artículo 38 de la CE.

<sup>20</sup> Apartado 1 Preliminar.

<sup>21</sup> <https://www.shbarcelona.es/alojamientos-turisticos?orden=14&superficie-hasta=280&personas=1>.

A pesar que todas estas plataformas ejercerían una función “de intermediación” (y por lo tanto, todas ellas se ven sujetas al deber de comunicación de información previsto en el nuevo art. 54.ter del RD 1065/2007), no se les tendría que aplicar el mismo nivel de obligaciones, ya que el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas es diferente y la información de la cual disponen también lo será.

Incluso, como apuntado por la Comisión Europea<sup>22</sup>, dependiendo del nivel de control o influencia que una plataforma colaborativa (actuando como intermediario) ejerza sobre el servicio subyacente (es decir, según si su actividad es más activa o pasiva), una plataforma que realiza servicios de intermediación podría llegar a considerarse como proveedora del servicio subyacente. Así, la Comisión Europea ha considerado como aspectos claves a la hora de valorar un mayor/menor nivel de control: si la plataforma fija los precios, establece condiciones contractuales claves, y/o es propietaria de activos claves para la prestación del servicio subyacente. Por lo tanto, podrían existir diferentes tipos de plataformas, según el nivel de control o influencia que ejercieran sobre el servicio subyacente.

En consecuencia, en función del rol y el modelo de negocio de cada una de estas plataformas, la información con la que efectivamente cuenten será una u otra; sin embargo, la sujeción a la obligación de comunicación de información establecida en el referido art. 54ter es igual para todos los operadores, de manera que ya intuitivamente se puede señalar un posible problema de falta de adecuación de la norma a la realidad regulada, con las disfunciones inherentes.

### 3.2.2 Análisis de las obligaciones de información establecidas por el art. 54ter

De manera preliminar, hay que destacar que resulta difícil valorar la necesidad de la obligación de información, en la medida en que la propia Memoria de análisis del impacto normativo del RD 1070/2017 carece de esta justificación, limitándose a realizar una mención general a la prevención del fraude fiscal.

Adicionalmente, se tiene que tener en cuenta que como mencionado en el apartado anterior, las plataformas que intervienen en la cesión de uso de viviendas con fines turísticos presentan modelos de negocio muy diferentes, hecho que propicia que la información de que disponen sobre sus usuarios (tanto oferentes como demandantes) no sea uniforme, es decir, será menor o mayor en función del control que estas tengan sobre el servicio subyacente. Sin embargo, la obligación de comunicación de información del art. 54ter se impone por igual a todos los intermediarios, obligando aquellos que no dispongan de la información a alterar su modelo de negocio y sistema de registro de usuarios.

- Teniendo en cuenta el objetivo de “lucha contra el fraude fiscal” en que se enmarca el art. 54ter, la ACCO considera que, **en la medida en que las plataformas dispongan de tal información, la obligación de comunicación de la siguiente información cumpliría con los requisitos de proporcionalidad, necesidad y mínima distorsión.**
  - Identificación del titular del derecho en virtud del cual se cede la vivienda<sup>23</sup>. La ACCO entiende que este dato puede tener relevancia tributaria al proporcionar información a la administración tributaria sobre la persona que

<sup>22</sup> Una agenda Europa para la economía colaborativa COM (2016) 356 final, de 2 de junio de 2016, pág. 6.

<sup>23</sup> Información exigida por el art. 54ter apartado 4 a).

cede la vivienda y que será la que obtendrá un rendimiento económico por tal cesión. En este sentido, la ACCO considera que la aportación del nombre, apellidos (o razón social o denominación completa) y número de identificación fiscal son datos suficientes que permitirían identificar a la persona o entidad cedente del uso.

- Importe percibido por el titular cedente del uso de la vivienda con finalidades turísticas o, en su caso, indicar el carácter gratuito<sup>24</sup>: La ACCO considera que esta información es necesaria, proporcional y presenta relevancia fiscal.
- Identificación del inmueble mediante número de referencia catastral<sup>25</sup>: Si bien este dato puede resultar necesario a los efectos de identificar el objeto sobre el cual se realiza la cesión de uso, se considera que podría ser de difícil obtención por parte de los cedentes de una vivienda que no sean los titulares (ex. arrendatarios). Así, podría ser deseable que, en caso de no disponer de esta, se permitiera utilizar otros datos, como por ejemplo, la dirección para identificar la vivienda.

Debe insistirse en que aunque la ACCO considera que requerir los datos mencionados no contravendría los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión eso únicamente será así en los casos que los operadores dispongan, como consecuencia del ejercicio de su actividad, de esta información.

Por eso, a los efectos de cumplir con una buena regulación económica se tendría que adaptar la información exigida según el tipo de plataforma o modelo de negocio que tuviera la misma, evitando así la imposición de una carga administrativa o la alteración injustificada de su modelo de negocio.

Adicionalmente, se tiene que tener en cuenta que en ningún caso se puede considerar responsable a las plataformas digitales de la veracidad de los datos aportados por los usuarios.

- A continuación, se analizarán los datos que en opinión de la ACCO **no cumplen con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión:**
  - Identificación del titular de la vivienda cedida con fines turísticos<sup>26</sup>: No se considera ni proporcional ni necesario exigir información sobre el titular de la vivienda cedida (cuándo esta persona no sea la que cede el uso de la vivienda).
  - Identificación de las personas o entidades cesionarias de la vivienda<sup>27</sup>: A los efectos de lucha contra el fraude fiscal, tal dato no se considera que sea necesario. Asimismo, sorprende que la propia norma exija que los cedentes del uso de la vivienda con fines turísticos tengan que conservar una copia del documento de identificación de las personas beneficiarias, cuando el art.

<sup>24</sup> Información exigida por el art. 54ter apartado 4 d).

<sup>25</sup> Información exigida por el art. 54ter apartado 4 b).

<sup>26</sup> Información exigida por el art. 54ter apartado 4 a) cuando la persona que cede la vivienda no es el titular de lo mismo.

<sup>27</sup> Información exigida por el art. 54ter apartado 4 c).



54ter establece obligaciones que van dirigidas a los intermediarios (y no a los cedentes).

- Identificación del número de días de disfrute de la vivienda con fines turísticos<sup>28</sup>: A los efectos de la lucha contra el fraude fiscal, tal dato no se considera que sea necesario, ya que carece de relevancia tributaria. Además, podría darse el caso de que se alargara o acortara una estancia sin que la plataforma tuviera conocimiento de tal situación, pues dependerá en último caso de la voluntad del cedente y cesionario.
- Número de contrato en virtud del cual el cedente intermedia en la cesión<sup>29</sup>: No se considera que tal dato sea necesario ni proporcional a los efectos de luchar contra el fraude fiscal. Por otra parte, es probable que las plataformas no utilicen números de contrato y, por lo tanto, que se obligue a las plataformas a alterar su modelo de negocio, no respetándose en consecuencia el principio de mínima distorsión.

Por último, debe mencionarse que el Proyecto de Orden Ministerial (todavía no aprobado) impone la obligación de informar sobre aquellas cesiones producidas desde el 1 de enero de 2018. Eso supone una mayor carga para las plataformas, ya que tendrán que adoptar las medidas necesarias para poder hacer frente a esta obligación de información en un corto periodo de tiempo.

En resumen, visto el objetivo de lucha contra el fraude fiscal, **la obligación de comunicación** de las plataformas digitales intermediarias en la actividad de cesión de uso de viviendas con fines turísticos -establecida en el art. 54ter- **en lo referente a los datos del titular del derecho en virtud del cual se cede la vivienda, el importe percibido por esta actividad y la referencia catastral del inmueble, a pesar de tratarse de una carga administrativa puede ser respetuosa con los principios de necesidad y proporcionalidad, siempre que las referidas plataformas dispongan de esta información.**

En cambio, en opinión de la ACCO, **la obligación de comunicación del resto de información exigida en el art. 54ter no cumple con los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, vista la falta de relevancia fiscal de esta información.** Por eso, la ACCO recomienda la **adecuación de la mencionada previsión normativa a los principios de una regulación económica eficiente favorecedora de la competencia.**

### 3.2.3 Efectos de la restricción a la competencia que impone el art. 54ter

Como se ha analizado en el apartado 3.2.2 anterior, y teniendo en cuenta la finalidad en qué se justifica la obligación impuesta por el art. 54ter (lucha contra el fraude fiscal), se considera que la mayoría de datos exigidos (en concreto, identificación del titular de la vivienda, la persona o entidad cesionaria, el número de días de disfrute de la vivienda y el número de contrato) no son necesarias o bien no respetan los principios de proporcionalidad y mínima distorsión.

<sup>28</sup> Información exigida por el art. 54ter apartado 4 c).

<sup>29</sup> Información exigida por el Modelo 179.

El hecho de que se imponga esta obligación de comunicación a los intermediarios se considera una restricción a la competencia injustificada y la misma es potencialmente apta para afectar negativamente a las condiciones de competencia en el mercado. En concreto, los efectos de introducir normativamente esta restricción son, resumidamente, los que se señalan a continuación:

**Primero.** Las plataformas digitales prestan su servicio de intermediación a un gran número de usuarios (tanto cedentes como cesionarios). Es por ello que la exigencia de recopilar la información mencionada impone una carga de monitorización, tratamiento y supervisión de datos que genera una importante carga administrativa a los intermediarios.

Dada la diversidad de modelos de negocio existente entre las diferentes plataformas, se tendría que adaptar la información exigida según el tipo de plataforma o modelo de negocio de cada operador, ya que de lo contrario, se obliga en las plataformas digitales a alterar su modelo de negocio y sistema de registro de usuarios a efectos de poder obtener los datos específicos exigidos por el art. 54ter.

No se puede olvidar que la realización de cambios en el modelo de negocios de una plataforma puede suponer una tarea de gran complejidad técnica, una inversión tecnológica y la implementación de controles manuales, contrarios a la propia esencia de las plataformas digitales, con los costes asociados a estas, todo eso, afectaría en mayor medida a las plataformas de pequeñas dimensiones.

Esta mayor afectación a las plataformas digitales de pequeñas dimensiones o que justo empiezan a operar (startups) resulta especialmente perniciosa, si se piensa en que estas empresas dinamizan el mercado, ya que acostumbran a arrancar nuevos negocios fundamentalmente de base tecnológica que presentan la característica de innovar, de diferenciarse, de proveer servicios requeridos por el mercado con una clara orientación al cliente.

En consecuencia, desde el punto de vista de la competencia, una obligación como la impuesta por el art. 54ter supone una importante carga administrativa que no comportará otra consecuencia que: (i) la de ser una barrera en la entrada para nuevos operadores y (ii) la de retrasar o frenar la actividad de aquellos intermediarios que ya participan en el mercado, incluso, pudiendo provocar su salida.

En resumen, cualquier carga que presente la potencialidad de modificar la estructura de mercado reduciendo el número de operadores (ya sea para dificultar la entrada de nuevos operadores, para propiciar la salida de operadores o la concentración entre ellos) no puede ser *a priori* bien valorada por la ACCO.

Por eso, esta medida presenta el potencial de afectar al buen funcionamiento del mercado, la innovación y la variedad y la calidad de servicios; es decir, perjudica las condiciones de competencia en el mercado con el consecuente impacto negativo para los consumidores y usuarios.

**Segundo.** El art. 54ter obliga a las plataformas digitales a disponer de una información que no guarda relación directa con la actividad propiamente de intermediación.

De hecho, el art. 54ter impone a las plataformas digitales una carga de recolección y comunicación de información que sería más propia de las autoridades fiscales e

inspectoras, sin tener en cuenta que existirían medidas menos gravosas para obtener estos datos.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la obligación de información no está exenta de importantes consecuencias:

- por una parte, el régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento de esta obligación de información, que puede resultar de gran importancia debido a que los datos exigidos no son propios a su actividad ni estarían -en la gran mayoría- a su disposición.
- de otra, la transferencia de estos datos a las autoridades tributarias, podría constituir una vulneración de la normativa de protección de datos personales (art. 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal).

Por lo tanto, en opinión de la ACCO, y como analizado, se está imponiendo a las plataformas una obligación de información que va más allá de lo que es exigible de acuerdo con una buena regulación económica eficiente.

**Tercero.** En caso de que a pesar de las consideraciones anteriores, se mantenga la actual obligación de comunicación de los datos mencionados a todas las plataformas digitales sin distinguir entre tipo de plataforma, tipo de modelo de negocio, y/o nivel de control o influencia que se ejerza sobre el servicio subyacente, no se pueden obviar las consecuencias que se pueden derivar de esta obligación tanto a nivel de los intermediarios como de los propios usuarios (potenciales cedentes de uso de vivienda con fines turísticos). En concreto, nos referimos a:

- Homogeneización del modelo de las plataformas digitales intermediarias de cesiones de uso de viviendas con fines turísticos. La obligación impuesta presenta la potencialidad de afectar negativamente a la diversidad de tipologías de prestación de servicios de intermediación, es decir, de provocar una uniformización injustificada de modelos de negocio en el sector de la intermediación, hecho que repercutirá negativamente en la innovación y en las posibilidades de elección de los usuarios.
- Reducción de la oferta de viviendas con fines turísticos. Las plataformas digitales permiten la interacción entre iguales (conocido como P2P), es decir, de personas físicas no profesionales que ponen a disposición sus viviendas de manera esporádica y ocasional. En este caso, la carga de exigir a los usuarios (potenciales cedentes de uso de viviendas) todos los datos analizados en el apartado 3.2.2 puede tener un efecto desincentivador, lo que se traduciría en una reducción de la oferta de viviendas turísticas.

**Cuarto.** La actividad propiciada por las plataformas digitales tiene que quedar sometida a las obligaciones de carácter fiscal y tributario que sean aplicables de acuerdo con la normativa correspondiente<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Informe de la ACCO "Transacciones entre iguales (P2P) y competencia" de julio de 2014, pág.15.

A pesar de ello, se considera que la obligación de información establecida por el art. 54ter no se limita a regular un aspecto tributario sino que supone de facto una regulación de la actividad de las plataformas que actúan como intermediarios<sup>31</sup>.

Así, aunque la ACCO entiende las dificultades de cumplimiento y ejecución de las obligaciones fiscales en las que se encuentran las autoridades tributarias por falta de información (de contribuyentes, ingresos, etc.), la ACCO considera que se tendrían que prever obligaciones que cumplieran con los requisitos de una buena regulación económica eficiente.

Así sería deseable que este tipo de normas fueran el resultado de un proceso regulatorio, transparente y abierto que contara con la participación de las partes implicadas. Un proceso de estas características garantizaría, en mayor medida, el respeto a los principios de una buena regulación.

En este sentido, es de destacar la opción de concluir convenios de colaboración entre las autoridades correspondientes y las plataformas digitales a efectos de proporcionar aquellos datos que sean necesarios y pertinentes a efectos fiscales. De hecho en algunos países de la Unión Europea ya se habrían llegado a este tipo de acuerdos para la recaudación de tasas turísticas y/o de alojamiento por parte de los prestadores de servicios.

El desarrollo de las plataformas digitales necesita de un entorno flexible de manera que habrá que acudir a mecanismos reguladores innovadores, en otros términos, no parece propicio abordar la actividad de las plataformas, que ponen en contacto oferta y demanda entre multitud de *pears*, en base a instrumentos normativos que no se adaptan correctamente a esta realidad, es decir, hay que dotarse de nuevos instrumentos que permitan una mejor aproximación a la realidad que se pretende regular.

En resumen, la obligación del art. 54ter de comunicación de información que no respete los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión es **una restricción a la competencia que no se encuentra justificada**.

Esta exigencia supone una **carga administrativa con aptitud de perjudicar las condiciones de competencia en el mercado**, llegando a poder convertirse en una auténtica **barrera en la entrada** para los nuevos operadores así como un **obstáculo a la actividad** de los operadores ya presentes en el mercado.

Este deterioro en las condiciones de competencia en el mercado **repercute negativamente en la innovación, la variedad y la calidad de los servicios, perjudicando a los consumidores y usuarios**.

<sup>31</sup> En este sentido resulta paradigmático el Dictamen del Consejo de Estado nº 95/2017 de fecha 20 de diciembre de 2017 (consultable aquí <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-952>) en relación en el referido art. 54ter en lo que se establece *“Por último, el Consejo de Estado estima necesario destacar que sería conveniente abordar, cuanto antes, la regulación de las plataformas colaborativas y de la economía colaborativa. Se considera que es urgente establecer los principios jurídicos que rijan estas nuevas realidades y dotar de seguridad jurídica a un sector de la economía que en los últimos años ha experimentado un crecimiento exponencial. La perspectiva que dicha regulación adopte deberá ser, en todo caso, integral, teniendo en cuenta las múltiples implicaciones que la economía colaborativa tiene a todos los niveles, jurídicos, económicos, políticos y sociales”*.

### 3.2.4 Posible vulneración de la normativa europea y nacional

Como se ha adelantado al inicio de este Informe, la ACCO no descarta la posibilidad que la obligación de información impuesta en el art. 54ter vulnere la normativa europea y nacional de aplicación a las plataformas digitales. Aunque no se analizará en detalle esta posible vulneración, se identificará a continuación aquellos preceptos y/o normativa que parecería quedar afectada por el art. 54ter:

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que debido a la naturaleza transnacional de las plataformas digitales, la cesión de datos puede estar sujeta a múltiples normas sobre privacidad de datos que impedirían la cesión de alguno de los datos exigidos por el arte. 54ter.

- **Directiva de Servicios<sup>32</sup> y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (en adelante, Ley 17/2009)**

El hecho de que una materia (como la tributaria) esté excluida del ámbito de aplicación de la Directiva no supone que no se pueda analizar bajo la misma si los requisitos que se imponen trascienden esta materia y suponen *de facto* una regulación de la actividad económica<sup>33</sup>.

El art. 16 de la Directiva de Servicios así como el art. 12 de la Ley 17/2009 garantizan el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de la Unión Europea y prohíbe a los Estados Miembros supeditar dicho ejercicio a requisitos que no respeten los principios de (i) no discriminación; (ii) necesidad y (iii) no proporcionalidad. Y como analizado en el apartado 3.2.2 anterior, la obligación de información exige una serie de datos que no resultan ni necesarios ni proporcionales y que supondrían un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior que haría menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios.

- **Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM)**

El art. 5 de la LGUM dispone que los límites que se establezcan en el acceso a una actividad económica o su ejercicio, tendrá que motivar su necesidad en base a una razón imperiosa de interés general<sup>34</sup> así como justificar su proporcionalidad a la razón imperiosa de interés general invocada.

A pesar de que el art. 54ter se justifica en una razón imperiosa de interés general (lucha contra el fraude fiscal), como se ha analizado en el apartado 3.2.2, la norma no justifica la necesidad de parte de los datos requeridos para la consecución de este objetivo de interés público (lucha contra el fraude fiscal) ni que los datos exigidos serían las menos restrictivos o distorsionadores. Como se ha dicho, la obligación impuesta trasciende esta "lucha contra el fraude fiscal" y supone *de facto* una regulación de la actividad económica de las plataformas.

<sup>32</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior.

<sup>33</sup> Así se desprende del Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios.

<sup>34</sup> Contempladas en el arte. 3.11 de la Ley 17/2009.

Por otra parte, al imponer el art. 54ter a los PSSI una obligación de proporcionar información que no concierne a su actividad de intermediación sino al servicio subyacente (la cesión de uso de vivienda), la norma podría vulnerar el arte. 18.2 y) de la LGUM que considera como actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación, los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen “cualquier otro requisito de lo que guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio”.

■ **Directiva sobre Comercio Electrónico<sup>35</sup> y LSSI**

El hecho que el art. 54ter se encuentre en una normativa tributaria no sería un obstáculo para la aplicación de la Directiva sobre comercio electrónico y la LSSI, ya que la obligación de información no se refiere a datos de los PSSI sino de terceros<sup>36</sup>.

Así, el art. 54ter podría vulnerar dos aspectos fundamentales (i) el régimen de exención de responsabilidad que es de aplicación a determinados PSSI que actúan como intermediarios y (ii) la regla del "control en origen".

Respecto del primer punto, estas normativas establecen una exención de responsabilidad en aquellos PSSI que como intermediarios realizan una actividad de naturaleza técnica, automática y pasiva<sup>37</sup>. En concreto, a las plataformas digitales les sería de aplicación la exención de responsabilidad del art. 16 de la LSSI (y 14 de la Directiva) como prestadores del servicio de “alojamiento de datos”<sup>38</sup>.

Hay que decir que este régimen de exención viene determinado por la naturaleza de los servicios que efectivamente se prestan por parte del intermediario. Así, un intermediario que realice un control o efectúe un determinado nivel de influencia sobre el prestador del servicio subyacente, no le sería aplicable tal régimen de exención.

La determinación de si una plataforma le es de aplicación uno u otro régimen (de exención o no) será el resultado de un análisis caso a caso.

*En este sentido, la Comisión Europea ha indicado, que hay que tener en cuenta aspectos como precios, plazos u otras condiciones contractuales, a los efectos de determinar el nivel de control o influencia que el intermediario efectúa sobre el prestador de servicios subyacente.*

A pesar de eso, el art. 54ter parece obviar lo establecido por estas normativas, al imponer una obligación de información a todos los PSSI que actúan como intermediarios, sin diferenciar entre aquellos que realicen o no el servicio subyacente ni analizar el nivel de control o influencia que éstos ejercen.

<sup>35</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

<sup>36</sup> Según se desprende de los Considerandos 12 y 13 de la Directiva, se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cuestiones fiscales y concretamente el impuesto sobre el valor añadido, que grave a los servicios objeto de tal directiva (es decir, a la actividad de intermediación).

<sup>37</sup> Artes. 12, 13 y 14 de la Directiva sobre comercio electrónico y artes. 14, 15, 16 y 17 de la LSSI.

<sup>38</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, El Oréal vs Ebay apartados 109 y siguientes y, por contraste, sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber apartados 35, 38, 39 y 40.

La propia Directiva sobre comercio electrónico reconoce en el Considerando 40 que la divergencia de normativa y jurisprudencia en la regulación de la responsabilidad de los PSSI que actúen como intermediarios, entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior, al obstaculizar el desarrollo de los servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia

Respecto del segundo punto, es de destacar que la mayoría de plataformas a las cuales les es de aplicación el art. 54ter no están establecidas en España. Eso es de importancia, ya que según el establecido en la Directiva de Comercio Electrónico, el derecho del Estado de establecimiento es el que resulta de aplicación a un PSSI.

Se impone así la regla de “control en origen”, que significa que cualquier requisito comprendido dentro del ámbito coordinado<sup>39</sup> sólo puede ser impuesto por el Estado miembro donde el PSSI se encuentra establecido.

La Directiva contempla una excepción a esta regla, en la cual permite a los Estados receptores restringir la prestación de los servicios cuando entre otros requisitos<sup>40</sup> (i) sea necesario por alguna de las causas tasadas por la Directiva<sup>41</sup>, (ii) se trate de medidas que vayan en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en contra de las causas tasadas en el art. 3.4a) o presente un serio riesgo de ir en contra de estos objetivos; y (iii) sea proporcional a estos objetivos.

No parecería que se cumple con los requisitos establecidos, ya que el art. 54ter se habría aprobado con una voluntad de luchar contra el fraude fiscal (no figurando en las causas tasadas del art. 3.4 a) de la Directiva, no es una medida adoptada contra un servicio de la sociedad de la información sino dirigida a todos los que participen en la intermediación de cesión de uso de una vivienda con finalidad turística; como se ha visto en el apartado 3.2.2 anterior no se respetaría la regla de proporcionalidad.

En resumen, la obligación exigida en el art. 54ter de comunicación de información que no respete los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión puede, además de introducir una restricción a la competencia injustificada, **vulnerar tanto la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009, la LGUM así como la Directiva sobre Comercio electrónico y LSSI.**

Barcelona, 22 de febrero de 2018

<sup>39</sup> Definido en el art. 2h) de la Directiva sobre comercio electrónico.

<sup>40</sup> Como la obligación de informar al Estado de origen e incluso a la Comisión Europea.

<sup>41</sup> Orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como por la violación de la dignidad humana de personas individuales; la protección de la salud pública; la seguridad pública, incluidas la salvaguardia de la seguridad y la defensa nacionales; y la protección de los consumidores, incluidos los inversores.