

CASO AIRBNB: IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA¹

AIRBNB CASE: IMPLICATIONS FOR COMPETITION LAW

María Belén Vivero Andrade²

mbelen.vivero@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito principal examinar las implicaciones para el Derecho de Competencia de las operaciones de Airbnb, una plataforma digital que permite a los anfitriones alrededor del mundo, alojar huéspedes en sus propiedades. Para este estudio, se analiza el negocio del operador, como un mercado multilateral, con el propósito de determinar su verdadera naturaleza y las presiones competitivas que enfrenta. La pregunta a responder es si Airbnb puede definirse como un prestador de alojamiento o si debe entenderse como un mero intermediario. Posteriormente se provee ejemplos concretos sobre el alcance de las regulaciones de Competencia Desleal y Defensa de la Competencia a las actividades llevadas a cabo por el operador. De todo lo anterior, se concluye una categorización adecuada para Airbnb, y se obtiene indicios respecto de la mejor opción para su regulación.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Competencia; mercados multilaterales; plataformas digitales; servicios de alojamiento; intermediación.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to examine the implications for Competition Law of the operations of Airbnb, a digital platform that allows hosts around the world to accommodate guests in their properties. For this study, the operator's business is analyzed as a multi-sided market, in order to determine its true nature and the competitive constraints it faces. The question to be answered is whether Airbnb can be defined as a hosting provider or if it should be understood as a mere intermediary. Subsequently, specific examples are provided on the scope of the Unfair Competition and Competition Law regulation for the activities carried out by the operator. Out of all of the above, conclusions regarding an adequate categorization of Airbnb as well as clues about the best option for its regulation, can be extracted.

KEYWORDS

Competition Law; multi-sided markets; digital platforms; accommodation services; intermediation.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por David Toscano.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: xx/xx/2020

Fecha de Publicación: xx/xx/2020

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. AIRBNB: INGRESO Y PERMANENCIA COMO COMPETIDOR EN EL MERCADO ECUATORIANO.- 2.1. MODELO DE NEGOCIO COMO PLATAFORMA MULTILATERAL.- 2.2. NATURALEZA DEL SERVICIO PRESTADO.- III. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE: ¿CONTRA QUIÉN COMPITE AIRBNB?.- 3.1. MERCADO GEOGRÁFICO.- 3.2. MERCADO PRODUCTO.- 3.2.1. SUSTITUCIÓN DE OFERTA Y DEMANDA.- 3.2.1.1. SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA.- 3.2.1.2. SUSTITUCIÓN DE LA OFERTA.- 3.2.2. AIRBNB EN LOS MERCADOS DE INTERMEDIACIÓN TECNOLÓGICA Y SERVICIOS DE ALOJAMIENTO.- 3.2.3. REVISIÓN DE PRECEDENTES.- IV. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA: ¿ES AIRBNB DESLEAL O ANTICOMPETITIVO?.- 4.1. COMPETENCIA DESLEAL.- 4.1.1. INFRACCIÓN POR VIOLACIÓN DE NORMAS.- 4.1.1.1. REGULACIÓN TRIBUTARIA.- 4.1.1.2. REGULACIÓN DE INFRAESTRUCTURA.- 4.1.2. ANTICOMPETITIVIDAD.- V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo detalla las implicaciones de las operaciones de Airbnb para el Derecho de Competencia. Para ello, se exploran las diversas posturas respecto de la naturaleza del servicio prestado por la plataforma. Posteriormente, se estudia su intervención en mercados en los que podría competir o ejercer influencia. Finalmente, se examina si el operador incurre en prácticas atentatorias a la competencia, según la normativa existente o si, por el contrario, opera en observancia de las leyes. El propósito que se persigue es concluir acerca de una calificación adecuada para el tipo de servicio prestado por Airbnb y explorar la pertinencia o no de una regulación específica a este operador vía el Derecho de Competencia.

Desde hace tiempo ya, la tecnología es un tema de crucial importancia para el derecho, ya que su regulación acarrea diversos retos. Gracias a los últimos desarrollos tecnológicos, ha tenido lugar una ola en la aparición de aplicaciones que buscan, mediante la tecnología, poner en contacto a productores y consumidores que desean aprovechar los

recursos de los que disponen para sacar provecho o distribuir gastos. Esta tendencia, que ha ganado difusión en los últimos años, se enmarca en el concepto de economía colaborativa³. El producto final de ello son las plataformas digitales. En la práctica, esta disrupción ha ocurrido en diversos sectores en los últimos años: transporte, alimentación, relaciones interpersonales, relaciones profesionales, comercio, entretenimiento o alojamiento⁴. La consigna de estas plataformas es utilizar Internet para implementar nuevos modelos de compañías, reduciendo costos de transacción para proveedores y consumidores⁵.

El presente trabajo puntualizará sobre el caso de *Air Bed and Breakfast* (en adelante “Airbnb”) una plataforma tecnológica para la búsqueda de alojamiento. Airbnb se ha vuelto altamente competitiva para alternativas de alojamiento más tradicionales (hoteles, hostales, hosterías, etc.). Los reclamos en instancias legales no tardaron en llegar, objetando que Airbnb compite ofertando alojamiento a través de un medio digital, sin ser propietario de inmueble alguno, sin tener que contratar personal y operando al margen de regulaciones que rigen al sector de alojamiento, como tradicionalmente ha sido entendido y de paso, ahorrándose una significativa cantidad de dinero⁶.

La defensa de Airbnb ha sido descalificarse como servicio de alojamiento. La empresa se define simplemente como un mecanismo de intermediación entre proveedores y clientes, específicamente anfitriones y huéspedes. De cualquier modo, el argumento de que Airbnb podría equivaler a un servicio de alojamiento no se descarta. Es claro que, por decir lo menos, la plataforma es un servicio que incide directamente sobre los servicios de alojamiento tradicionales. Estas consideraciones le conciernen al Derecho en sus ramas de Defensa de la Competencia y Competencia Desleal.

³Ver New Forms of Work in the Digital Economy- Background for discussion, Informe del Grupo de Trabajo acerca de la Medida y el Análisis de la Economía Digital, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), DSTI/ICCP/IIS(2015)13/FINAL, 13 de junio de 2016, 8. (La OCDE ha sostenido que la economía colaborativa consiste en plataformas en línea especializadas en conectar la oferta y demanda en mercados específicos, permitiendo compras y arrendamientos persona a persona); Ver April Rinne, “What Exactly is the Sharing Economy?”, *World Economic Forum* (2017), consultado el 9 de marzo de 2020. (Rinne igualmente ha acotado que el enfoque de la economía colaborativa se encuentra en compartir activos subutilizados, de manera monetizada o no, para incrementar la eficiencia, sostenibilidad y comunidad).

⁴Ver Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl y James Salzman, "Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb", *Vanderbilt Law Review* 70(5) (2017), 1563.

⁵Ver Koen Frenken y Juliet Schor, “Putting Sharing Economy into perspective”, *Environmental Innovation and Societal Transitions* 23 (2017), 4.

⁶Ver Luis Moreno Izquierdo, Ana Ramón Rodríguez y María Jesús Such Devesa, “Turismo Colaborativo: ¿Está Airbnb transformando el sector de alojamiento?”, *Economistas* 150 (2016), 109.

En cuanto a normativa, el Derecho de Competencia Europeo ha sido el que más acercamiento ha tenido al tema de plataformas digitales y, específicamente, a Airbnb. La base normativa a la que le concierne la cuestión presentada se encuentra recogida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ y diversas directrices que lo acompañan. Es un problema global, no obstante, el hecho de que la normativa existente no se pronuncie ni haga referencia a políticas aplicables a servicios disruptivos como los que presta la plataforma. Es por ello que el análisis, en la mayoría de aspectos, tiende a centrarse en la jurisprudencia u opiniones judiciales existentes, nuevamente en Europa, pero también en Estados Unidos. Claramente, queda pendiente aún definir la naturaleza de Airbnb, determinar su intervención en mercados en los que compite, para así poder concluir cómo debería ser calificado y aproximarse a la mejor alternativa para su regulación.

2. AIRBNB: INGRESO Y PERMANENCIA COMO COMPETIDOR EN EL MERCADO

2.1. Modelo del negocio como plataforma multilateral

Air Bed and Breakfast (en adelante “Airbnb”) es una plataforma tecnológica lanzada, en un inicio, como página web (Airbnb.com) en 2009⁸. La iniciativa nace después de que sus fundadores, Brian Chesky y Joe Gebbia, montaran tres colchones de aire (*airbeds*) en su apartamento y los pusieran a disposición de potenciales huéspedes en San Francisco. La idea partió de la necesidad de pagar la renta y de la realización de que los hoteles se encontraban saturados por la afluencia de gente en el momento, debido a convenciones y eventos que se llevarían a cabo en la ciudad⁹.

Airbnb es una “innovación disruptiva”¹⁰ que funciona mediante una aplicación poniendo en contacto a huéspedes y anfitriones¹¹. La misma empresa se define a sí misma como uno de los mercados más grandes del mundo, que oferta lugares únicos y auténticos donde alojarse, así como cosas que hacer, todo impulsado por anfitriones locales¹². Airbnb dice ser un motor de empoderamiento económico, que ha ayudado a millones de

⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957.

⁸ Ver Daniel Guttentag, “Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector”, *Current Issues in Tourism* 18 (12) (2013), 1192.

⁹ *Id.*

¹⁰ Ver Joseph L. Bower y Clayton M. Christensen, “Disruptive Technologies: Catching the Wave”, *Harvard Business Review* (1995), 44 (acuñando la terminología “tecnologías disruptivas” por primera vez y explicando su importancia en mercados emergentes).

¹¹ Ver Daniel Guttentag, “Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector”, *Current Issues in Tourism* 18 (12) (2013), 1193.

¹² Ver Airbnb, Inc., “About Us”, *Airbnb Newsroom*, Consultado 13 de febrero de 2020.

personas a monetizar sus espacios y pasiones, manteniendo los beneficios financieros del turismo en sus propias comunidades, promoviendo la conexión entre personas, la comunidad y la confianza en todo el mundo¹³. Su modelo básico de funcionamiento consiste en la posibilidad de buscar alojamiento según el destino, las fechas de viaje, el tamaño del grupo y diversos filtros que permiten refinar la búsqueda¹⁴.

Al momento de buscar, el sitio web devuelve una lista de espacios disponibles que puede ser depurada por atributos como precio, vecindario y servicios. A partir de ese momento, se pueden seleccionar opciones individuales para obtener más detalles, que incluyen descripción, fotografías y comentarios de huéspedes anteriores. Cuando hay interés en una opción, el turista generalmente envía al anfitrión una solicitud de reserva y/o mensaje para expresar interés, hacer preguntas y, a menudo, para proporcionar información sobre el grupo de viajeros. El anfitrión puede aceptar o rechazar la solicitud. Los pagos se realizan a través del sitio web de Airbnb, que cobrará a los invitados y al anfitrión una tarifa por haberles permitido encontrarse¹⁵.

Para delimitar la naturaleza de Airbnb es necesario explorar diferentes conceptos que la nutren. Se dice que su dinámica de funcionamiento se basa en el modelo de alojamiento persona a persona (*peer-to-peer accomodation*)¹⁶. Este replica el funcionamiento de los *bed & breakfast* tradicionales, donde los anfitriones rentaban parte de su residencia a turistas. Esta práctica entra en la tendencia de la economía colaborativa o consumo colaborativo¹⁷. Otra categoría que permite conceptualizar a Airbnb es la de los mercados multilaterales (*multi-sided markets*). Se dice que un mercado de ese tipo es fácil de

¹³ *Id.*

¹⁴ Ver Daniel Guttentag y Stephen L.J. Smith, “Assessing Airbnb as a disruptive innovation relative to hotels: Substitution and comparative performance expectations”, *International Journal of Hospitality Management* 64 (2017), 2.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Ver Tourism and the Sharing Economy: Policy & Potential of Sustainable Peer-to-Peer Accommodation, Reporte, Banco Mundial (2018), 13. (El término *peer-to-peer* hace referencia a hospedajes temporales en casa, departamentos, cuartos privados o compartidos. El inmueble puede o no ser la residencia primaria o secundaria del propietario del mismo o proveedor del hospedaje y este puede o no estar presente durante la estancia).

¹⁷ Ver Mohammad Reza Habibi, Alexander Davidson y Michel Laroche, “What managers should know about the sharing economy”, *Business Horizons* 60 (1) (2017), 3. (Estos términos se refieren a un contexto de intercambio en el mercado que se aparta de las definiciones industriales clásicas. La economía colaborativa no ha sido definida de manera consensuada en la academia. Se ha elaborado un listado con características que un modelo de negocio debe cumplir para encajarse en tal categoría, pero esta lista no es absoluta. Esto quiere decir que al cuestionar si un negocio funciona según la economía colaborativa, el examen que se debe hacer no es el de si es o no una economía colaborativa, sino el de qué tanto funciona como economía colaborativa dentro de un *continuum*).

reconocer, pero no de definir¹⁸. Esto ocurre porque no existe un consenso acerca de su definición.

Entre algunas características que se les han asignado se encuentran: la interacción de dos grupos de agentes vía un intermediario o plataforma de intermediación¹⁹, la afectación de las decisiones de cada grupo de agentes al otro grupo²⁰, efectos de red (*network effects*)²¹, codependencia entre los grupos de agentes involucrados²², entre otras. A pesar de esta divergencia de conceptos, existe acuerdo en que un mercado multilateral cuenta con dos o más grupos de agentes que dependen el uno del otro y se conectan mediante intermediación de un tercero o de una plataforma²³.

La categorización de los mercados multilaterales se ha convertido en una tendencia actual en el Derecho de Competencia. La cuestión preponderante al respecto es determinar cómo se debe definir el mercado en estos casos. Concretamente, se busca despejar la duda de si, al examinar un mercado multilateral, deberían definirse dos mercados o solamente uno. Al parecer, la respuesta a dicha pregunta reside en la interdependencia existente entre los dos grupos de agentes a los que una plataforma multilateral conecta. Mientras más interdependencia se presente entre ambos grupos, más probabilidad existe de que sea un solo mercado el que se debe definir.

Este supuesto se adecua casi a la perfección al caso de Airbnb. Dicha plataforma presenta un alto grado de interdependencia entre las dos partes a las que conecta. Esto quiere decir que, si en un momento dado Airbnb no lograra captar anfitriones, no sería útil en lo absoluto para los huéspedes, y viceversa. A este tipo de mercados multilaterales con alta interdependencia entre sus lados, se les conoce como plataformas transaccionales, para el estudio de las cuales se definirá solamente un mercado relevante. Esta cuestión ha sido abordada ya mediante jurisprudencia, específicamente en Estados Unidos, en el caso *Ohio et. al. c. American Express*, donde se definió un solo mercado

¹⁸ Ver Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, “Two-sided markets: a progress report”, *The RAND Journal of Economics* 37 (3) (2006), 645–667.

¹⁹ Ver Marc Rysman, “The economics of two-sided markets”, *The Journal of Economic Perspectives* 23 (3) (2009), 125.

²⁰ *Id.*

²¹ Ver Andrea Amelio y Bruno Jullien, “Tying and freebies in two-sided markets”, *International Journal of Industrial Organization* 30 (5) (2012), 2.

²² Ver Lapo Filistrucchi, Damien Geradin y Eric Van Damme, “Identifying two-sided markets”, *Dipartimento di Scienze Economiche, Università degli Studi di Firenze, Working Paper 1* (2012), 5.

²³ Two-sided markets: Policy Roundtables, DAF/COMP(2009)20, Reporte Técnico, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 17 de diciembre 2009, 11.

para tarjetas de crédito, sobre la base de que es un mercado transaccional²⁴. Aún con esta referencia, existe una discusión todavía pendiente. Se cuestiona, en realidad, qué tipo de servicio presta Airbnb.

2.2. Naturaleza del servicio prestado

Existe diferencia de criterios sobre la naturaleza de Airbnb. De forma somera, puede sostenerse que es un servicio de alojamiento, pero esto es discutible y parece ser una simplificación extrema. Suena legítimo, también, sostener que se trata nada más que de un servicio de intermediación, lo cual parece ignorar, en cambio, una de las partes fundamentales del negocio de Airbnb: permitir a los huéspedes, hospedarse.

Por un lado, se ha dicho que Airbnb es un intermediario. A esto lo sustentan varios hechos. Airbnb es una plataforma tecnológica y el servicio que presta es el de conectar la oferta con la demanda²⁵. La empresa no posee inmuebles, no contrata personal que asista en una prestación de servicio de alojamiento y su objetivo principal es que huésped y anfitrión puedan llegar a un acuerdo sobre un hospedaje. Evidentemente, este objetivo acarrea gestiones adicionales como aceptar quejas, reembolsar dinero, realizar seguimientos y solución de incidentes.

Dentro de este argumento, se podría decir que Airbnb funciona en el marco de uno o varios contratos de corretaje, comisión o agencia²⁶. En primer lugar, existiría un contrato entre Airbnb y el huésped, siendo el servicio el poner a disposición del huésped distintas ofertas de potenciales anfitriones para hospedaje. En segundo lugar, puede también hablarse de un segundo contrato entre Airbnb y el anfitrión. En ese caso, el servicio es poner el inmueble a disposición de una demanda de huéspedes que están buscando hospedaje. Parecería ser que estas dos relaciones coexisten, dando lugar a contratos simultáneos. En ese caso, el intermediario tiene una doble relación: por un lado, con la oferta de inmuebles para hospedaje, y por otro, con la demanda del mismo mercado.

²⁴ Ver Ohio et al. c. American Express Co. et al., Corte Suprema de los Estados Unidos, Opinión de la Corte, 25 de junio de 2018, 14.

²⁵ Ver Jeroen Oskam y Albert Boswijk, "Airbnb: the future of networked hospitality businesses", *Journal of Tourism Futures 2 (1)* (2016), 26.

²⁶ Ver Jorge Moya Ballester, "Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo", *International Journal of Scientific Management and Tourism 2 (1)* (2016), 374-375; Ver Manuel Lucas Durán, "Problemática Jurídica de la Economía Colaborativa: Especial Referencia a la Fiscalidad de las Plataformas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá X* (2017), 138-140. (Dependiendo de la legislación aplicable en cada país, los contratos mencionados pueden estar tipificados o regulados de distinta forma y requerir contar con distintos elementos. En general, se considera que los tres describen relaciones jurídicas en las que puede encajar la relación existente entre anfitrión-plataforma y huésped-plataforma).

Este argumento parecería equiparar a Airbnb con los corredores de bienes raíces, sin embargo, como ha indicado el Tribunal de Justicia Europeo, el servicio prestado por el mencionado operador se enmarca mucho más en la definición de servicio de la sociedad de información, el cual consiste en “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”²⁷. En su dimensión de intermediario, queda claro que a Airbnb lo distingue el uso de una infraestructura tecnológica y es ahí donde radica su innovación.

Por otro lado, surge el argumento de que Airbnb equivale a un servicio de alojamiento. Independientemente de que sean terceros quienes prestan el servicio en sí, es Airbnb quien lo hace posible y quien continúa prestando otros servicios accesorios durante la estancia. Es claro, además, que la plataforma ha alcanzado un nivel de popularidad y difusión que, actualmente, le permite considerarse, a cierta escala, un servicio de alojamiento sustituto de aquel prestado por hoteles²⁸. La academia se ha manifestado en el sentido de que sería sesgado mirar únicamente la labor de intermediación que lleva a cabo Airbnb. Asociaciones hoteleras han sostenido que el servicio que presta Airbnb es más amplio y que la intermediación vendría a ser parte de un servicio global cuyo elemento principal es una prestación de alojamiento y servicios accesorios a este²⁹.

Como parte del argumento anterior, cabe preguntarse si en realidad el servicio de alojamiento es prestado por terceros y no por Airbnb. Otra manera de verlo sería la posibilidad de que, entre Airbnb y los anfitriones que pautan sus propiedades en la plataforma, exista un contrato de arrendamiento. Así, el anfitrión otorga a Airbnb el uso temporal de su inmueble y es Airbnb quien presta, por su cuenta, el servicio de alojamiento. Esto convertiría a los anfitriones en una especie de proveedores de inmuebles para alojamiento. Habiendo revisado las dos corrientes predominantes en cuanto a la definición de la naturaleza de Airbnb, será necesario analizarla bajo estándares más objetivos en la siguiente sección.

²⁷ Ver Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP; Asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesionales) c. Airbnb Ireland, Tribunal de Justicia Europeo. 19 de diciembre de 2019, párr. 3.

²⁸ Ver Daniel Guttentag y Stephen L.J. Smith, “Assessing Airbnb as a disruptive innovation relative to hotels: Substitution and comparative performance expectations”, *International Journal of Hospitality Management* 64 (2017), 2-5.

²⁹ Ver Association pour un hébergement et un tourisme professionnel c. Airbnb Ireland, párr. 51.

3. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE: ¿CONTRA QUIÉN COMPITE AIRBNB?

Queda claro que hay dos tendencias en cuanto a una definición general y empírica del mercado en el que compite Airbnb. Por un lado, están los partidarios de calificar a la plataforma como un servicio de alojamiento y por otro, aquellos que le adjudican la calidad de intermediario tecnológico. En el primer escenario, el mercado relevante estaría comprendido por el sector de alojamiento (hoteles, hostales, hosterías) y en el segundo, por otras plataformas de intermediación con fines de alojamiento.

El mercado relevante es una herramienta para la identificación de los límites de la competencia entre operadores. Su propósito principal es la identificación sistemática de las presiones competitivas que determinados operadores enfrentan³⁰. Para definirlo con precisión, es necesario un análisis altamente sofisticado en economía y econométrica³¹. Si bien este trabajo no contempla dicho análisis, sí fija parámetros objetivos que podrían considerarse para definir el mercado relevante. Para su estudio, se lo divide en su dimensión geográfica y su dimensión producto. En la primera, se determina en qué área territorial competiría el bien/servicio ofertado³². En la segunda, aquellos productos que podrían ser tomados por los consumidores como sustitutos del producto/servicio en estudio.

3.1. Mercado geográfico

En cuanto al mercado geográfico, este indica qué otros operadores imponen una presión competitiva sobre el producto/servicio en estudio dentro de un determinado territorio³³. Lo que se busca delimitar es un área geográfica definida donde el producto/servicio se comercializa y donde las condiciones para ello son lo suficientemente homogéneas como para evaluarse en conjunto³⁴. Ciertas herramientas a utilizarse en la definición del mercado geográfico son mecanismos como la Prueba de Elzinga – Hogarty, de costos de transporte o de los isócronos.

El primer test mencionado se relaciona directamente con los patrones de comercio y desplazamiento de proveedores y compradores, distinguiendo un mercado geográfico

³⁰ Ver Comunicación sobre la Definición de mercado Relevante para propósitos de la Ley de Competencia Europea, OJ [1997] C 372/5, Comisión de la Unión Europea, párr. 2.

³¹ Ver Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Londres: Oxford Press, 2012), 27.

³² *Id.*, 29.

³³ *Id.*, 39.

³⁴ Ver *United Brands c. Comisión Europea*, Tribunal de Justicia Europeo, 14 de febrero de 1978, párr. 10-11.

separado cuando hay aislamiento de una determinada zona con base en los mencionados patrones. En cuanto a la definición basada en costos de transporte, se toma en cuenta el gasto de recursos que representa transportar determinados productos o servicios. Otro mecanismo empleado para definir mercados geográficos es el test de los isócronos, donde se trazan circuitos que cubran diversas localidades que podrían o no pertenecer a un mismo mercado geográfico³⁵.

Aterrizando el caso de Airbnb, es claro que la definición de un mercado relevante geográfico no representaría mayor problema, independientemente de la postura que se tome en cuanto a la definición de su naturaleza. Si se habla del sector de alojamiento, el área territorial relevante para la competencia de Airbnb será aquella dentro de la que el usuario busque hospedarse. Evidentemente, el mercado geográfico se extiende y contrae según la preferencia del consumidor, en este caso. Puede que, para un determinado usuario, exista la disyuntiva de hospedarse en una ciudad u otra, dado que quiere conocer ambas. En tal caso, ambos sitios podrían formar parte del mismo mercado geográfico. Si se trata, en cambio, de un usuario que asiste a algún evento o convención con sitio definido, probablemente el mercado geográfico sea mucho más reducido y limitado a una zona específica de una sola ciudad³⁶.

Por otro lado, si es que se adopta la noción de que la naturaleza de Airbnb es la de un prestador de servicios de intermediación, el panorama es distinto. En tal caso, lo que ocurriría es que, dado el uso de tecnologías de información, el mercado geográfico no se circunscribiría a una determinada región o zona. Debido a la capacidad del Internet de superar barreras espaciales, este mercado relevante podría definirse como global, incluyendo específicamente las zonas donde hay presencia de parte de Airbnb³⁷.

3.2. Mercado producto

Al hacer referencia al mercado producto, la Corte de Justicia Europea ha dictaminado que, donde entre dos productos, hay posibilidad de intercambio o sustitución, ambos pertenecen al mismo mercado relevante³⁸. Como ya se ha expuesto, la discusión reinante a este respecto es aquella que debate si es que Airbnb es una plataforma de intermediación o es un servicio de alojamiento en sí mismo. Para definir el mercado producto será

³⁵ Ver Gunnar Niels, Helen Jenkins y James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 66-69.

³⁶ Ver Francesco Russo y María Luisa Stasi, "Defining the relevant market in the sharing economy", *Internet Policy Review Journal on Internet Regulation* 5 (2) (2016), 9.

³⁷ *Id.*

³⁸ Ver Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Londres: Oxford Press, 2012), 30.

necesario realizar un análisis de sustitución de la demanda y un análisis de la sustitución de la oferta³⁹. La sustitución de la demanda se refiere a la intercambiabilidad de un bien/servicio por otro. Este concepto busca identificar el rango de productos o servicios que, a ojos del consumidor, reúne las características para considerarse sustitutos entre sí⁴⁰. Por su lado, la sustitución del lado de la oferta busca identificar la facilidad con la que los distintos competidores que producen un determinado bien o servicio, pueden empezar a ofertar el producto/servicio en estudio⁴¹.

En cuanto a sustitución del lado de la demanda, se emplean mecanismos como el Test del Monopolista Hipotético (“SSNIP”)⁴², principalmente⁴³. Dicho test consiste en examinar la respuesta del consumidor frente a un incremento hipotético (del 5 al 10%) en el precio de un producto o servicio inicial. Si el comprador recurre a otros productos para suplir su necesidad, es claro que estos “sustitutos” pertenecen a un mismo mercado relevante que el producto inicial⁴⁴. Además de lo expuesto, existen factores colaterales a tomarse en cuenta para esbozar una definición de mercado, por ejemplo, las preferencias de los consumidores, los precios y características de cada producto, las percepciones de los consumidores acerca del bien o servicio y sus sustitutos, etc.⁴⁵

La Corte de Justicia de la Unión Europea ha mantenido en sus decisiones que la definición de un mercado producto viene, esencialmente, dada por la “intercambiabilidad”⁴⁶. Es necesario aclarar, no obstante, que la idea de “intercambiabilidad” como parámetro único para la definición de un mercado relevante, es una simplificación. La definición del mercado relevante requiere una compleja evaluación económica, como lo ha expresado la misma Corte⁴⁷.

³⁹ Ver Párrafo 13, Comunicación sobre la Definición de mercado Relevante para propósitos de la Ley de Competencia Europea.

⁴⁰ Ver Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Londres: Oxford Press, 2012), 30-34.

⁴¹ *Id.*

⁴² El test SSNIP es aplicable en el presente caso dado que, como se mencionó anteriormente, Airbnb es una plataforma multilateral transaccional. Esto tiene dos consecuencias: 1) No debe llevarse a cabo una doble definición de mercado, y 2) no es necesario hacer ajustes en el test SSNIP como lo sería en el caso contrario.

⁴³ Todos encaminados a suponer un incremento en el precio y observar la reacción del consumidor frente a ello (¿cambia o no de proveedor del producto/servicio?).

⁴⁴ Ver Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Londres: Oxford Press, 2012), 31.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Ver *Europemballage Corporation y Continental Can Co Inc c. Comisión Europea*, Tribunal de Justicia Europeo, 21 de febrero de 1973, pár. 32 (Siempre que dos bienes (o servicios) puedan ser intercambiados entre sí, pertenecerán al mismo mercado producto. Así, para delimitar el mercado se ha recomendado investigar las características de los productos que los vuelven aptos para satisfacer necesidades y que son, solo hasta cierto punto, intercambiables por otros).

⁴⁷ Ver *Microsoft Corp. v Comisión Europea*, Tribunal de Justicia Europeo, 17 de septiembre de 2007, pár. 482.

A este respecto, diversas encuestas han encontrado que el grado de sustituibilidad entre bienes inmuebles ofertados por Airbnb y hoteles a bajo precio, es relativamente alto. En cambio, el grado de sustituibilidad es medio para hoteles de mediana escala⁴⁸. Por ello, también es factible afirmar que, en determinadas circunstancias, los hoteles satisfacen la necesidad del consumidor que busca hospedarse temporalmente fuera del hogar, por lo que se genera una opción de escoger⁴⁹ entre estos o Airbnb. Con base en la discusión acerca de la naturaleza del servicio, se debe prestar atención a las dos posibilidades de mercado producto (servicio) que podrían contemplarse para Airbnb: intermediación tecnológica con fines de alojamiento y alojamiento en sí mismo.

3.2.1. Sustitución de oferta y demanda

En síntesis, lo único a lo que Airbnb se dedica es a conectar gente que tiene inmuebles con gente que los busca para hospedarse. Como ya se ha dicho, pareciera que existe un contrato singular o varios simultáneos por medio de los cuales los huéspedes y anfitriones se conectan vía la plataforma para encontrarse. Es evidente que la intervención de la tecnología cambia la dinámica de esa relación. Si se prescindiera de ella, el mercado al que se haría referencia sería uno por completo distinto, que incorporaría operadores como corredores de bienes raíces o agencias de viaje.

No obstante, es imposible obviar que existen huéspedes que dejaron de hospedarse en hoteles para hacerlo en Airbnb. Hay salvedades dado que no todo huésped de hotel podría “intercambiarlo” por Airbnb. Por ejemplo, si el huésped busca un viaje de descanso, con todo tipo de amenidades y servicios incluidos, probablemente rentar en Airbnb no sea lo mejor, pues carecería de la atención, confort y hospitalidad que un hotel todo incluido está en condiciones de brindar. Sin embargo, si se habla de un viajero que busca sumergirse en una nueva cultura y conocerla más de cerca, puede que contratar vía Airbnb le resulte mucho mejor que ir a un hotel. En la siguiente sección se examinará las presiones competitivas ejercidas sobre Airbnb por el lado de la demanda y de la oferta.

⁴⁸ Ver The Hotel Brands Report, Hotel Analyst UK, 2018, 21 (Al hablar de hoteles de “mediana escala” se hace referencia a hoteles de 3-4 estrellas que cuentan con un número de camas que oscila entre 150 y 400, cuentan con servicios de desayuno, internet, amenidades limitadas y su costo oscila entre los 65 USD A 110 USD por noche. Ejemplos concretos de este tipo de servicio de alojamiento en el mercado estadounidense pueden ser Courtyard by Marriot o Holiday Inn).

⁴⁹ Ver Daniel Guttentag, Mark Havitz, Luke Potwarka, Stephen Smith, “Why tourists choose Airbnb: A motivation-based segmentation study underpinned by innovation concepts”, *Journal of Travel Research* 1 (18) (2017), 3.

3.2.1.1. Sustitución de la demanda

Dentro de esta sección, se examinará los servicios prestados por otros operadores que pueden constituirse, según los consumidores, como sustitutos de Airbnb. En primer lugar, se encuentran opciones como VRBO, Booking.com, Trivago o Couchsurfing⁵⁰. Igualmente, son conocidas alternativas como 9Flats o Wimdu⁵¹. Si bien ninguno de estos es una réplica exacta de Airbnb en cuanto a funcionamiento, todas son plataformas que hacen posible el contacto para una eventual prestación de servicios de alojamiento. Seguramente, si en un determinado momento Airbnb decide subir sus precios o cambiar sus términos, sus usuarios optarían por las otras plataformas.

Es preciso acotar que estas plataformas que, de manera general, se asemejan a Airbnb, también poseen sus particularidades: algunas son autónomas, otras operan a través de sitios web de terceros, algunas ayudan a conectar con terceros que desean arrendar su inmueble, mientras otras contactan con alternativas más formales de alojamiento (hoteles u hosterías). Algunas son más idóneas para la renta de propiedades lujosas y otras para inmuebles más modestos. El factor común de todas es la capacidad de intermediar valiéndose de la tecnología, por lo que, en determinadas circunstancias, Airbnb sería sustituida por dichas alternativas.

Tomando distancia del ámbito dominado por la tecnología, es claro que Airbnb también sufre presiones competitivas por parte de un sector mucho más tradicional como es el de alojamiento. En estudios recientes, se ha determinado que el modelo *peer-to-peer* que maneja Airbnb ha tenido un impacto negativo en las ganancias del sector hotelero, específicamente en casos de servicios de alojamiento de baja escala o aquellos no diseñados para viajeros ejecutivos⁵². Temporalmente, también se ve un incremento en la sustituibilidad de plataformas como Airbnb y alternativas de alojamiento en temporadas altas dentro de ciudades constreñidas⁵³.

La compañía de servicios financieros Morgan Stanley condujo una de las pocas investigaciones imparciales desde la perspectiva de demanda en relación a Airbnb. Se entrevistó a un total de 4,116 adultos dentro de los Estados Unidos, Francia y Alemania,

⁵⁰ Ver Bilgehan Uzunca y Andrea Borlenghi, "Regulation strictness and supply in the platform economy: the case of Airbnb and Couchsurfing", *Innovation and Industry* 26 (8) (2019), 929.

⁵¹ Ver Sofia Ranchordás, "Home-Sharing in the Digital Economy: The Cases of Brussels, Stockholm, and Budapest", *Artículo preparado para DG GROW Comisión Europea* (2006), 10.

⁵² Ver Giorgios Zervas, Davide Proserpio y John W Byers, "The rise of the sharing economy: Estimating the impact of Airbnb on the hotel industry", *Journal of Marketing Research* 54(5) (2016), 30.

⁵³ Ver Chiara Farronato y Andrey Fradkin, "The welfare effects of peer entry in the accommodation market: The case of Airbnb", *National Bureau of Economic Research Working Papers* 24361 (2018), 31.

representativos de la población adulta en línea en términos de edad, género, ingreso y región de cada país⁵⁴. El método fue solicitar a los entrevistados que indiquen todas las alternativas que, a su juicio, Airbnb ha reemplazado. Las respuestas fueron hoteles (42%), *bed & breakfasts* (36%), amigos y familia (31%) y hoteles de estancia permanente (20%). Solo un 4% de los entrevistados afirmó que no veía sustituibilidad posible y que, de no disponer de Airbnb, no realizaría el viaje⁵⁵. En otras encuestas realizadas en línea con muestras reclutadas vía Facebook, Reddit y MTurk, casi dos tercios de los encuestados (64.8%), indicaron que usaban Airbnb como un sustituto de hotel. Indicaron, igualmente, que en caso de no disponer de Airbnb hubiesen recurrido a un hotel de rango medio (43.1%), no necesariamente a uno de alta gama. En las respuestas, quedó claro que a Airbnb se lo equipara, nuevamente, a hostales (16.6%) o *bed & breakfasts* (9.9%)⁵⁶.

3.2.1.2. Sustitución de la oferta

Por otro lado, es necesario examinar también la sustitución desde el lado de la oferta. Esto se refiere a potenciales competidores de Airbnb que hoy no se encuentran prestando el servicio en cuestión, pero a quienes no les representaría un costo considerable el comenzar hacerlo⁵⁷. Así, se puede hablar de empresas que ya tengan montada una infraestructura tecnológica que pueda adaptarse al modelo de negocio de Airbnb o a uno similar. Ejemplos bastante claros pueden ser Google, que, mediante una herramienta especializada, podría inmediatamente prestar el servicio de intermediación entre huésped y anfitrión. Por otro lado, las redes sociales podrían adaptar su tecnología para permitir contacto entre personas que busquen prestar y acceder a un servicio de alojamiento mediante herramientas tecnológicas. Incluso una persona, por cuenta propia, podría montar una página web para rentar sus propiedades y esto podría, para preferencia de algunos consumidores, reemplazar a Airbnb. El requisito principal que, en este caso, debe cumplirse, es que se cuente con los recursos tecnológicos para proveer el servicio de intermediación.

⁵⁴ Ver Brian Nowak et al., “Internet, Lodging, Leisure and Hotels- Global insight: Who will Airbnb hurt more-hotels or OTAs”, *Morgan Stanley Global Insight* (2015), 4.

⁵⁵ *Id.*, 21.

⁵⁶ Ver Daniel Guttentag y Stephen L.J. Smith, “Assessing Airbnb as a disruptive innovation relative to hotels: Substitution and comparative performance expectations”, *International Journal of Hospitality Management* 64 (2017), 5.

⁵⁷ Ver Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Londres: Oxford Press, 2012), 33.

3.2.2. Airbnb en los mercados de intermediación tecnológica y de servicios de alojamiento

Observando exclusivamente el tipo de negocio que es Airbnb, existen varias pistas que permiten deducir su rol en el mercado como un intermediario. Analizándolo más de cerca, Airbnb no cuenta con inmuebles de su propiedad, incluso, hay países en los que opera, como Ecuador, donde ni siquiera cuenta con oficinas administrativas. Los inmuebles con los que trabaja son aquellos que pertenecen a los anfitriones que pautan en la aplicación. Se puede decir, con seguridad, que la infraestructura más importante y, de hecho, la única con la que cuenta Airbnb es la tecnológica⁵⁸.

Adicionalmente, es evidente que, una vez pactado el hospedaje a través de Airbnb, quien lo presta es el dueño de la propiedad objeto del hospedaje. Airbnb únicamente ha provisto la conexión que permite una relación ulterior entre huésped y anfitrión. Esto puede explicarse de manera más clara con una línea de tiempo. Se dividirá en tres etapas el uso de Airbnb. Primero, está la búsqueda de parte del usuario entre las diversas alternativas que le ofrece la aplicación. Como segunda fase, se encuentra la negociación y cierre del pacto de hospedaje entre el usuario y una de las opciones arrojadas por el sistema. Por último, como tercera etapa, encontraríamos la prestación del servicio de hospedaje. Es necesario entonces, desentrañar quién hace qué.

En la primera etapa, es claro que quienes intervienen son el usuario y la plataforma. En cuanto a la segunda, se integra también el anfitrión. Es en esta etapa que concluye la labor de la plataforma y esta deja de formar parte de la relación que se está entablando. En la última etapa, es evidente que la plataforma se ha retirado de la escena, ni el huésped la necesita para acceder a su servicio, ni el anfitrión para prestarlo. Si se le puede atribuir aún algún rol, sería el de un supervisor externo que receptorá, de ser el caso, quejas y *reviews*⁵⁹. Esto puede considerarse un argumento fuerte en el sentido de que Airbnb sea un simple intermediario, sin embargo, aquello que lo cambia todo es la responsabilidad que, aún habiéndose pactado y pagado el servicio, conserva Airbnb durante su prestación.

Decir que Airbnb queda al margen en la etapa de prestación del servicio es minimizar su actividad en tal sentido. Esto porque no es su labor simplemente tomar las quejas de los usuarios en caso de algún inconveniente o recolectar las impresiones tanto

⁵⁸ Ver Pablo Muñoz y Boyd Cohen, "Mapping out the sharing economy: A configurational approach to sharing business modeling", *Technological Forecasting and Social Change*, 3.

⁵⁹ Ver Tourism and Sharing Economy, Briefing, Parlamento Europeo, 2017, 3.

del anfitrión como del huésped una vez terminada la prestación del servicio⁶⁰. Airbnb sigue siendo el nexo que une a los dos extremos durante toda la relación hasta que esta concluye. Ambas partes siguen en contacto vía la plataforma, ambas partes se remiten a la plataforma en caso de cualquier inconveniente, si existe un daño a la propiedad es la plataforma quien responde, las partes deben observar diversas normas planteadas por la plataforma y, en resumen, es Airbnb quien hace todo el intercambio posible, dando con ello suficiente indicio de que lo que idealmente presta no es solo la conexión de dos extremos, sino la garantía de que uno de ellos hospede al otro a conformidad⁶¹.

La discusión continúa en el sentido de que, efectivamente, Airbnb podría ser un servicio de alojamiento. No es ningún secreto que, donde antes solo se veía la posibilidad de rentar un hotel, hoy se ve la facilidad de contratar un cuarto o propiedad vía Airbnb. Como ya se ha explicado, hay ocasiones en las que no existirá una presión competitiva de parte de Airbnb dado que un hotel se utiliza para propósitos que no siempre pueden ser replicados por Airbnb. No obstante, existen fuertes argumentos para considerar a esta plataforma como un servicio de alojamiento⁶². Pareciera, incluso, que emplear el argumento de mera intermediación, es ignorar la verdadera actividad en el mercado de la plataforma. En la práctica, es real que los usuarios están dejando de contratar con hoteles, hostales, *bed & breakfasts* para hacerlo con Airbnb. Incluso, están dejando de hospedarse con su propia familia o amigos para preferir esta plataforma. A pesar de que, técnicamente, no es claro si Airbnb es un sustituto de las alternativas de alojamiento, sí ejerce presiones competitivas sobre ellas⁶³.

En síntesis, las presiones competitivas que afectan a la plataforma en estudio son, por un lado, otras plataformas similares e incluso proveedores que cuentan con infraestructura tecnológica que eventualmente les permitiría emular el funcionamiento de Airbnb. Por otro lado, se encuentran alternativas de alojamiento tradicionales las cuales, en la práctica, han sido sustituidas en ocasiones y, con base en ciertas preferencias, por la mencionada plataforma. Existen fuertes argumentos tanto para afirmar que la plataforma

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Ver Marco Inglese, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital single Market* (Suiza: Springer, 2019), 132.

⁶² Ver Giorgios Zervas, Davide Proserpio y John W Byers, “The rise of the sharing economy: Estimating the impact of Airbnb on the hotel industry”, *Journal of Marketing Research* 54(5) (2016), 30.

⁶³ Ver Brian Nowak et al., “Global insight: Who will Airbnb hurt more-hotels or OTAs”, *Morgan Stanley Global Insight* (2015), 22.

es un mero servicio de intermediación y también para sostener que puede sustituir a una alternativa de alojamiento.

3.2.3. Revisión de precedentes

Vistas ambas posibilidades, se debe examinar las posturas tomadas en instancias judiciales. Dentro de este mercado de intermediación tecnológica, es claro que las presiones competitivas a las que puede estar sometido Airbnb son aquellas generadas por otras plataformas tecnológicas de similar funcionamiento (por el lado de la demanda) y por plataformas tecnológicas que puedan adaptar los servicios que prestan actualmente, a aquellos que presta Airbnb (por el lado de la oferta). Esto se relaciona de manera directa con la categorización que ha surgido dentro del Derecho de Competencia Europeo: los servicios de la sociedad de información⁶⁴.

Este término fue acuñado en 1998 en el marco del Derecho de la Unión Europea⁶⁵. Recientemente el Tribunal de Justicia Europea ha dictaminado que Airbnb cumple con todos los requisitos para ser considerado como un servicio de la sociedad de la información, con la finalidad de conectar usuarios para la prestación de un servicio de alojamiento temporal⁶⁶. Más allá de esto, resulta relevante dentro de dicha decisión, el hecho de que, en oposición a los precedentes sentados con el caso Uber⁶⁷, el Tribunal ha establecido una diferenciación entre el servicio de la sociedad de la información (intermediación) y la eventual prestación de un servicio de alojamiento. En las sentencias de Uber, se falló a favor de que, a pesar de que este constituye un servicio de la sociedad de la información, no puede ser examinado de manera separada al servicio eventual, que es el de prestación de transporte. Ambos servicios, entonces, deben ser vistos como un “todo inseparable” o un “servicio compuesto”⁶⁸. En síntesis, a pesar de las semejanzas que pueda guardar Uber con Airbnb, el Tribunal ha concluido que el primero es una empresa de transporte mientras que el segundo sigue siendo un mero servicio de la sociedad de información, es decir, un intermediario.

⁶⁴ Ver Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, 2000/31/EC, Parlamento Europeo y Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁶⁵ Ver Directiva por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, 98/34/CE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998.

⁶⁶ Ver Association pour un hébergement et un tourisme professionnel c. Airbnb Ireland, párr. 64.

⁶⁷ Ver Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, Tribunal de Justicia Europeo, 20 de diciembre de 2017; Uber France SAS c. Nabil Bensalem, Tribunal de Justicia Europeo, 10 de abril de 2018.

⁶⁸ Ver Conclusiones del Abogado General, Abogado General-Tribunal de Justicia Unión Europea, Asunto C-390/18, 30 de abril de 2019, párr. 47.

A esta conclusión le preceden las Opiniones del Abogado General (AG)⁶⁹, Maciej Szpunar, quien estuvo a cargo tanto de los precedentes de Uber como de los de Airbnb. El AG opta por aplicar el “Test Uber”, que permitió desestimar a Uber como un mero intermediario, al caso de Airbnb. Esta prueba consta de dos parámetros que, de cumplirse, determinarán que un aparente servicio de la sociedad de la información (intermediario) en realidad no lo es y debe calificarse como prestador del servicio eventual que intermedia. Estos criterios son, en primer lugar, la creación de un nuevo mercado por parte del operador y, en segundo lugar, la influencia decisiva del operador sobre las condiciones de prestación del servicio eventual⁷⁰.

En el caso de Uber, se concluyó que esta era una empresa de transporte y no un servicio de intermediación porque i) creaba un nuevo mercado de contratación de transporte por vía tecnológica sin el cual conductores no profesionales no prestarían servicio de transporte, ni el consumidor contrataría conductores no profesionales para que presten tal servicio; y, ii) influye de manera decisiva sobre las condiciones del servicio eventual que presta (transporte), es decir que Uber establece los precios, recibe el pago y después lo distribuye a los conductores⁷¹.

En el caso particular de Airbnb, estos criterios no se cumplen. En cuanto al primer criterio que alude a la creación de un nuevo mercado, el AG ha estimado que no se configura dado que Airbnb no permite ninguna actividad que sea nueva o genere una oferta distinta a la existente previo a las operaciones de la plataforma. Esto quiere decir que, con o sin Airbnb, los usuarios igualmente seguirían contratando entre anfitriones y huéspedes con fines de alojamiento temporal, lo que han hecho por años ya. Si se quiere, Airbnb es simplemente un facilitador, pero no se ha creado ningún mercado nuevo⁷².

Esta posición es confusa dado que se cuestiona el fundamento detrás de la afirmación de que Airbnb es un mero “canal distributivo” y no un creador de mercados. Si se observa los servicios ofertados por Airbnb, existen algunos que no se tratan de la típica contratación de alojamiento⁷³. Un ejemplo de ello es la oferta de “experiencias” vía

⁶⁹ Pronunciamientos oficiales, pero no vinculantes emitidos por el Abogado General del Tribunal de Justicia Europeo, previo a la decisión acerca del asunto.

⁷⁰ Ver Conclusiones del Abogado General, Abogado General-Tribunal de Justicia Unión Europea, Asunto C-390/18, 30 de abril de 2019, párr. 49.

⁷¹ Conclusiones del Abogado General, Abogado General-Tribunal de Justicia Unión Europea, párr. 51.

⁷² Ver Christoph Busch, “The Sharing Economy at the CJEU: Does Airbnb pass the ‘Uber test’? Some observations on the pending case C-390/18 – Airbnb Ireland”, *Journal of European Consumer and Market Law* (2018), 173.

⁷³ *Id.*

Airbnb, que más allá de alojamientos, ofrece tours completos diseñados y guiados por lugareños de una determinada zona⁷⁴. Por esta precisión, el AG ha establecido que este primer requisito puede variar y, en todo caso, no es determinante pero sí una guía para concluir acerca de la naturaleza de las plataformas digitales⁷⁵. Por otro lado, el criterio sobre la influencia decisiva sobre las condiciones de prestación de servicio tampoco le es aplicable a Airbnb. Esto sucede porque este operador no fija precios. Como usuario, el precio asignado al inmueble queda a discreción del anfitrión (evidentemente sujeto a la oferta y la demanda) y los estándares del servicio de alojamiento serán los que ofrezca y determine el anfitrión⁷⁶.

Airbnb, entonces, es un servicio de la sociedad de la información. Este es distinto a otros de su clase por el nivel de conexión que su componente de intermediación guarda con el servicio eventual prestado. Airbnb no ha cambiado la dinámica del mercado de alojamiento temporal, sino que simplemente ha facilitado el intercambio de servicios en él. Además, tampoco tiene influencia en cuanto a los términos bajo los que se presta el servicio eventual de alojamiento, lo cual es un tema acordado por huésped y anfitrión, sin injerencia de Airbnb.

Habiendo revisado los problemas existentes en cuanto a definición de mercado relevante en el caso Airbnb, se puede extraer varias conclusiones. Definir el mercado relevante es, en sí, una tarea compleja y que requiere recurrir a la economía⁷⁷. Para simplificar, se ha dividido el análisis del mercado relevante del presente caso en sus dos dimensiones. Por un lado, la dimensión de mercado geográfico, que no resulta problemática, dado que estará determinada por el sitio donde se requieran los inmuebles para hospedaje o donde la plataforma obtenga cobertura. Por otro lado, la definición del mercado producto sí es problemática, dado que no existe un criterio unificado en cuanto al tipo de servicio que comprende Airbnb.

No convence verlo como un servicio de intermediación porque, a pesar de que sí funge como intermediario, esa no es toda su actividad. Igualmente, sin importar que no se autodenomine como un servicio de alojamiento, es Airbnb quien termina siendo responsable de su prestación. Parece más lógico, sin embargo, considerar la perspectiva

⁷⁴ Ver Cathy Walsh, "A No-Nonsense Guide to Help Tour & Activity Operators Assess Whether Airbnb Is Right for Them", *Arival Guide* (2018), 5.

⁷⁵ Ver Conclusiones del Abogado General, Abogado General-Tribunal de Justicia Unión Europea, párr. 65.

⁷⁶ Ver Conclusiones del Abogado General, Abogado General-Tribunal de Justicia Unión Europea, párrs. 76-79.

⁷⁷ Ver Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Londres: Oxford Press, 2012), 27.

Europea de que, efectivamente, es un intermediario que incide en el mercado de alojamiento de distintas maneras. Por ejemplo, podría decirse que Airbnb lo que ha logrado es eliminar una barrera de entrada al mercado de alojamiento para competidores que, sin la plataforma, no podrían enfrentarse a cadenas hoteleras⁷⁸. Puntualmente las barreras que se ven eliminadas por la operación de Airbnb son la infraestructura empresarial, medios publicitarios o de mercadeo, legitimidad y reputación, confianza, costos de transacción, entre otros⁷⁹. Podría decirse, incluso, que las plataformas de este tipo pueden entenderse, más que como servicios sustitutos de las alternativas de alojamiento tradicionales, como sus complementarios.

Sin Airbnb los servicios de alojamiento seguirían existiendo, pero es mediante la operación de la plataforma que nuevos competidores, que pueden ser desde individuos a pequeñas cadenas hoteleras, logran ingresar al mercado de alojamiento y competir en él. Según los principios del Derecho de la Competencia, esto es extremadamente deseable para una competencia efectiva. No solo por una multiplicidad de competidores sino por la generación de presiones competitivas que resultan en mejoras en el servicio, en la innovación mediante el uso de tecnología y en el bienestar del consumidor⁸⁰.

4. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA: ¿ES AIRBNB DESLEAL O ANTICOMPETITIVO?⁸¹

Al margen de la discusión previa, esta sección examinará de manera breve algunos casos de potenciales implicaciones que podrían tener las operaciones de Airbnb para el Derecho de Competencia. Cabe acotar que el propósito de esta sección no es profundizar en los temas tratados, sino ejemplificar supuestos en los que, por la actividad de Airbnb, se levantarían inquietudes o dilemas en la aplicación tradicional de las leyes de competencia.

4.1. Competencia Desleal

Siendo el sector hotelero uno medianamente antiguo y entre los más consolidados, se ve forzado, aparentemente, a competir con nuevos competidores a través de Airbnb. La

⁷⁸ Ver Troy Lorde y Joseph Tennyson, "Airbnb, Technological Change and Disruption in Barbadian Tourism: A Theoretical Framework", *Third World Quarterly* (2019), 12.

⁷⁹ Ver Stephen Reinhold y Sara Dolnicar, (2017) *Peer-to-Peer Accommodation Networks: Pushing the boundaries, Capítulo 4, How Airbnb Creates Value* (Oxford: Goodfellow Publishers, 2017), 42.

⁸⁰ Ver Objectives of Competition Policy, Nota del Secretariado, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), CCNM/GF/COMP(2003)3, 29 de enero de 2003, párr. 13.

⁸¹ A pesar de que globalmente se entiende al estudio de la Competencia Desleal al margen del Derecho de la Competencia, en el Ecuador, estos dos han sido unificados en la LORCPM. Por tal motivo se estudiará este tema en el presente trabajo.

situación es la siguiente: un hotel opera bajo ciertos lineamientos legales, físicos y prácticos. Más allá de las normas que debe cumplir, hay diversos temas por los que un hotel debe preocuparse. Es esta noción la que ha provocado que operadores del sector hotelero lleven sus inquietudes ante las cortes, en diversos países, con la queja puntual de que Airbnb compite como un hotel, pero no observa las regulaciones que, como tal, le corresponderían⁸².

Esta sección se abstrae de las consideraciones económicas del mercado relevante para referirse únicamente a eventuales efectos que podrían surgir de las prácticas usuales empleadas por Airbnb en su operación. La normativa respecto de las prácticas de competencia desleal indica una serie de conductas que rompen con cierto grado de igualdad que es deseable que exista dentro del mercado⁸³. Para la doctrina, las prácticas de competencia desleal han sido calificadas como actos que no es correcto realizar o llevar a cabo dentro de un determinado mercado, sin importar el componente subjetivo o intencional del sujeto⁸⁴. Objetivamente, se ha dicho que existe competencia desleal cuando un operador incurre en prácticas que son contrarias a la buena fe dentro del mercado⁸⁵.

Como ejemplo, la ley de competencia ecuatoriana esboza una definición de conductas desleales, mencionando que será calificado como tal todo acto contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas⁸⁶. Igualmente, se formula en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) la prohibición de actos o hechos que “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”⁸⁷.

4.1.1. Infracción por violación de normas

La LORCPM define a la práctica desleal por infracción de normas, en particular, como el prevalecimiento en el mercado de un operador valiéndose de una ventaja

⁸² Ver Martha Patricia Corrales, ¿Hay cama para tanta gente? Un análisis sobre la regulación de Airbnb en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana (2018), 45.

⁸³ Ver Natalia Tobón Franco, *Marketing Jurídico* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 265.

⁸⁴ Ver Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Competencia Desleal Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia* (Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 98.

⁸⁵ Ver Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle, *Manual de Derecho Mercantil* (España: Universidad de Comillas, 2003), 111.

⁸⁶ Ver Art. 25, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

⁸⁷ Art. 26, LORCPM.

sustancial obtenida por inobservancia de normas “ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida”⁸⁸.

Para que esta se configure, es necesario que se lleve a cabo actos que se encuentren prohibidos, que se trate de una conducta que influya en la actuación de los competidores y que solo sea factible de ejecutarse mediante la inobservancia o incumplimiento de una norma jurídica⁸⁹. Es necesario precisar que no es la violación a la norma *per se* lo que le interesa a la normativa de competencia desleal. Esta siempre debe venir aparejada de un aprovechamiento de la dicha violación para obtener ventajas al competir⁹⁰.

Se ha elegido tratar este aspecto del problema en este punto del presente trabajo dado que, para saber qué normas le son aplicables a un determinado operador, es esencial conocer su verdadera naturaleza. Ya se ha dicho que todo parece indicar que Airbnb es un servicio de intermediación y, en todo caso, un complemento a los servicios de alojamiento⁹¹. Es esto último, quizás, lo que genera un grado de confusión y conduce a pensar que las reglas aplicables al sector de alojamiento, deberían aplicárseles también a los anfitriones de Airbnb o a la plataforma misma. Suena bastante lógico el argumento; no obstante, al momento de intentar someter a la mencionada plataforma a ciertas normas propias del sector de alojamiento, se hacen evidentes los problemas que ello presenta. A continuación, se provee un ejemplo del dilema, con base en la normativa ecuatoriana.

4.1.2. Regulación Tributaria

Quizás uno de los rasgos más llamativos que tiene Airbnb es la simpleza en la realización de sus transacciones. Si bien esto puede atraer al usuario y favorecer el uso de la plataforma, genera ciertas inequidades con quienes se consideran sus “pares” dentro del sector de alojamiento. Por ejemplo, las transacciones de Airbnb no requieren que por ellas se emita facturas, siendo esto así, no gravan impuestos. Dependiendo del modelo y régimen adoptado por Airbnb en cada país, esto puede variar. En Ecuador, por ejemplo, Airbnb no existe jurídicamente, por lo que sus transacciones no están sujetas al pago de impuestos ni a obligaciones tributarias. Residualmente, lo máximo que podría ocurrir es

⁸⁸ Art. 27, n. 9, LORCPM.

⁸⁹ Ver Eliseo Sierra, *Curso de Derecho Mercantil* (Barcelona: Servei de Publicacions, 2009), 74.

⁹⁰ Ver Baldo Kresalja, “Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti: Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas”. *Themis Revista de Derecho* (2005), 15.

⁹¹ Ver Martha Patricia Corrales, ¿Hay cama para tanta gente? Un análisis sobre la regulación de Airbnb en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana (2018), 45.

que los anfitriones deban declarar como parte de sus ingresos lo percibido por las transacciones vía Airbnb. Por lo expuesto, muchas de las obligaciones tributarias que tienen los operadores del sector de alojamiento, como declarar impuestos o retener montos, no son aplicables a Airbnb, lo que le permite ahorrar recursos.

4.1.3. Regulación de Infraestructura

De manera adicional, los prestadores de servicio de alojamiento ya sea por medio de hoteles, hosterías y hostales, deberán observar determinada normativa que les exige contar con varios permisos y les establece determinadas limitaciones. Basta con elegir cualquier ciudad del mundo para encontrar listas interminables de requisitos para la operación dentro del sector de alojamiento. En la ciudad de Quito (Ecuador), por ejemplo, las actividades económicas dentro del sector hotelero pueden estar supeditadas a determinada regulación. Una limitación puede ser la categorización del uso de suelo, mediante la cuál se determina qué porciones del territorio de la ciudad pueden destinarse a usos específicos⁹². Otra limitación que establece la normativa para las alternativas de alojamiento tradicionales, es la obtención de documentos especializados para la ejecución de actividades económicas, como la Patente Municipal o la Licencia Única de Actividades Económicas (LUAE). Además, se requiere permisos anuales de funcionamiento otorgados por el Ministerio del Interior, permisos sanitarios, ambientales, de bomberos, registro de alimentos y bebidas, así como registros turísticos, entre otros⁹³. Cabe acotar que estas autorizaciones requieren sus respectivos trámites y representan costos que cada operador debe asumir.

Siendo esto así, es evidente que exista un malestar de parte de los operadores del sector de alojamiento, dado que el modelo de negocio de Airbnb le permite ofertar alojamiento en propiedades que no tienen que cumplir con estas obligaciones legales y mantenerse al margen de ellas, ahorrando costos y teniendo mayor libertad de actuación⁹⁴. Cabe recalcar que esto no sucede por elusión de parte de Airbnb, sino porque esta ha

⁹² Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, Ordenanza Municipal 1, Concejo Metropolitano de Quito, Libro IV.1., Registro Oficial Edición Especial 902 de 7 de mayo de 2019. (De acuerdo a la ubicación de un determinado predio, este será clasificado como un determinado tipo de suelo. Esta categorización, en ocasiones, limita las actividades económicas que se pueden llevar a cabo en el sitio, lo cual puede ser una restricción para los hoteles).

⁹³ La normativa que regula estos aspectos es la Ley de Turismo, Reglamento de Alojamiento, Ordenanzas Municipales, Regulación Sanitaria, entre otras.

⁹⁴ Ver Daniel Guttentag, "Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector", *Current Issues in Tourism* 18(12) (2013), 6.

logrado establecerse bajo una dinámica donde las mencionadas limitaciones no le son aplicables ni a ella, ni a sus huéspedes o anfitriones.

El razonamiento de los operadores del sector de alojamiento que han mostrado su inconformidad frente a la operación de Airbnb consiste en la dificultad y el sentido de injusticia detrás de tener que admitir como competidor, prácticamente en su mismo mercado, a un negocio que funciona bajo una premisa distinta y que, aún así, ha logrado atraer varios clientes que, de otro modo, les seguirían perteneciendo a ellos⁹⁵. Es comprensible que, como operador, una competencia así no será conveniente.

En síntesis, lo que se ha pretendido es que Airbnb, de algún modo, cumpla con la regulación aplicable a los hoteles⁹⁶. Visto que esto es imposible, se pretende actualmente que Airbnb soporte una carga regulatoria que, de cierta manera, equipare las circunstancias y no le permita a la plataforma operar de manera tan liberal. Para ello, muchas asociaciones hoteleras se han servido del argumento de una supuesta competencia desleal por infracción de normas⁹⁷. Es necesario, no obstante, analizar, que esto conduce a una aplicación ilógica de la ley.

Si bien hay determinadas normas que aplican para los hoteles y que sus propietarios desearían que apliquen a Airbnb o a sus anfitriones, ya se ha zanjado el tema de que Airbnb no equivale a un servicio de alojamiento⁹⁸. Siendo esto así, no tendría por qué cumplir con este tipo de normas y el hecho de que, en efecto, no las cumpla, no representa bajo ningún concepto, una infracción de normas y mucho menos un aventajamiento en el mercado con base en dicha infracción. Esto es aplicable para la regulación infraestructural que se ha expuesto anteriormente.

Para la regulación tributaria, en cambio, conviene establecer ciertas reservas. No siempre es deseable el nivel de informalidad con el que se manejan las transacciones vía Airbnb, por lo que ese aspecto podría ser mejorado. Esto, no obstante, es una preocupación para el Derecho Tributario y sus fines recaudatorios. Solo en el caso de que se hablara de dos actividades económicas equiparables (en este caso Airbnb y los servicios hoteleros no lo son), esta podría ser una preocupación para el Derecho de

⁹⁵ Ver Nora Svarstad Ytreberg, Competitive effects of Airbnb on the Norwegian hotel market. Universidad de Bergen (2016), 29.

⁹⁶ Association pour un hébergement et un tourisme professionnel c. Airbnb Ireland, Tribunal de Justicia Europeo, 19 de diciembre de 2019, párr. 42.

⁹⁷ Sean O'Neill, "American hotel association to fight Airbnb and short-term rentals", *PhocusWire* by *PhocusWright* (2014), consultado el 10 de abril de 2020.

⁹⁸ Association pour un hébergement et un tourisme professionnel c. Airbnb Ireland, párr. 49.

Competencia. Al permitir que Airbnb maneje sus transacciones de manera informal y, por ende, no tribute, se estaría fijando condiciones distintas para competidores “iguales”⁹⁹. Dado que este no es el caso, es claro que cualquier cambio en la regulación tributaria aplicable a Airbnb, respondería a fines, aunque en ocasiones muy razonables, ajenos al Derecho de Competencia.

En síntesis, las supuestas ventajas que Airbnb tendría sobre los proveedores de alojamiento, están construidas sobre la base (errada) de que ambos operadores ofertan servicios que, de alguna manera, pueden ser comparables o, incluso, sustituibles. Como se ha visto, esto es bastante lejano a la realidad. Al corregir el error mencionado, queda claro que no puede hablarse de ventajas donde no hay, de raíz, condiciones iguales. Airbnb y los proveedores de servicios de alojamiento son operadores por completo distintos por lo que mal se haría en pretender que observen normativa similar.

4.2. Anticompetitividad

Al margen de lo referido acerca de las implicaciones para la normativa de competencia desleal, es pertinente analizar también ejemplos de maneras en que Airbnb podría transgredir la normativa de defensa de la competencia. Esto puede darse porque el nivel de innovación de las plataformas digitales, en general, deja obsoleta cualquier normativa preexistente¹⁰⁰. Además de las prácticas ya conocidas y sancionadas, el uso de la tecnología ha dado paso a nuevas posibilidades para los operadores de falsear la competencia¹⁰¹.

Por ejemplificar algunas, entre las preocupaciones más grandes para las autoridades de competencia, frente al auge de las plataformas digitales, se encuentra el manejo de sus algoritmos. Estos generan inquietudes en cuanto a la facilitación de prácticas restrictivas. Se expondrán brevemente varios escenarios en los que esto puede ocurrir. En primer lugar, esto podría ocurrir cuando existe un acuerdo entre dos operadores y el algoritmo permite su ejecución o monitoreo. En segundo lugar, cuando, sin acuerdo entre operadores, se emplean algoritmos iguales o similares que generan una coordinación de conductas voluntarias o incluso, involuntarias. Finalmente, podría darse también el caso de que, a pesar del uso de algoritmos independientes por parte de diferentes operadores,

⁹⁹ Ver Daniel, Guttentag, “Regulating innovation in the collaborative economy: an examination of Airbnb’s early legal issues”, Collaborative Economy and Tourism. Springer, Cham, 2017, 99-100.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Ver Ariadna Blanco, La problemática en la definición de mercado relevante de las multi-sided platforms desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Universidad Internacional de La Rioja, (2009), 35-40.

el resultado tienda a la coordinación¹⁰². Es claro que el problema que surja dependerá, en gran medida, del modelo de negocio de en cuestión¹⁰³.

Para Airbnb, por ejemplo, pueden existir varios reparos, a pesar de que no fija precios. Al registrar un inmueble, la plataforma sugiere precios al anfitrión, dependiendo de su ubicación y características. El sitio sostiene que esto se basa en la oferta y la demanda nada más, pero sería de interés para las autoridades de competencia e, incluso, para los consumidores, el verificar la lógica detrás de dichos precios o conocer con base en qué parámetros los algoritmos calculan los precios sugeridos y aceptan o no precios propuestos por los anfitriones. Igualmente, queda la interrogante respecto de si herramientas de Airbnb como SmartPricing¹⁰⁴ son por completo transparentes en sus notificaciones de cambio de precios o si lo manejan a su conveniencia¹⁰⁵. Permitir la fijación de un precio demasiado bajo podría, entonces, resultar anticompetitivo para otros operadores del mercado que ofertan el servicio por una cantidad más real. De modo contrario, surge la duda acerca de si Airbnb podría exagerar en sus sugerencias de precios.

Por otro lado, es común que esta plataforma y aquellas similares examinen las acciones y decisiones tomadas por la competencia para mantenerse vigentes en el mercado. De hecho, en algunos casos se ha conocido el uso de software de monitoreo de precios por parte de estas empresas, para estar al corriente de lo que está cobrando su competencia. Con esta información, el operador podría no solo elevar o disminuir sus precios, sino coordinarse con otros, restringiendo la competencia. Esto, eventualmente, podría entenderse como un acuerdo de precios. Sería, no obstante, complicado probar la existencia de algún tipo de acuerdo si en realidad no ha habido un pacto bajo ningún concepto, lo que llevaría a reconsiderar por completo el rol de la voluntad en torno a la existencia de estos acuerdos vía el uso de algoritmos¹⁰⁶.

Queda claro que la normativa de Competencia Desleal y Defensa de la Competencia podría, eventualmente, incidir en las operaciones de Airbnb. De todos los escenarios en los que esto podría suceder, se han elegido solamente dos supuestos para ilustrar ciertos riesgos que tiene el operador de ser o parecer anticompetitivo o desleal. Cabe recalcar

¹⁰² Ver Algorithms and Competition, Reporte, Bundeskartellamt & Autorité de la concurrence, s.n., 2019

¹⁰³ Ver Algorithms and Competition, 2019, 26.

¹⁰⁴ Software de sugerencia de precios empleado por Airbnb para ayudar a sus anfitriones a determinar los precios de sus propiedades.

¹⁰⁵ Ver Oxera Economics, "Algorithmic competition", *Report Prepared for the European Commission* (2018), 4.

¹⁰⁶ Ver Oxera Economics, "When algorithms set prices: winners and losers", *Oxera Agenda 2017* (2017), 17.

que ambos problemas presentados podrían ser materia exclusiva para nuevos trabajos por sí mismos, dado que hay bastante que analizar al respecto. Es evidente que, a pesar de la disrupción creada por Airbnb, esta podría estar o no sujeta a las normas ya existentes de competencia en diversos supuestos. En síntesis, lo innovador en el modelo de operación de Airbnb, no la eximiría de verse regulada por el régimen de competencia de un determinado país, pero tampoco deberían aplicarse dichas normas de manera exagerada o extensiva.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en lo examinado dentro del presente trabajo, es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. Airbnb es un servicio de intermediación, pero con un fuerte impacto en el mercado de servicios de alojamiento. Dicho impacto no implica una relación de competencia con los demás operadores de ese mercado, sino una relación de complementariedad o habilitación. Lo que Airbnb hace, es permitir que, a través de un servicio de intermediación tecnológica, el mercado de servicios de alojamiento se dinamice y entren nuevos operadores (anfitriones que buscan pautar en Airbnb).
2. Airbnb constituye una plataforma digital disruptiva y, por ello, es que su situación dentro del derecho y la normativa mundial, es incierta. La categorización de tecnología disruptiva alude a que su comportamiento no encaja con otros bienes o servicios anteriormente regulados y aún así, se encuentra operando y creciendo como negocio. Este tipo de servicios son de interés para el Derecho de la Competencia dado que generan impacto en diversos mercados cuya legalidad sus competidores no tardan en cuestionar. La respuesta de los legisladores y autoridades, parece siempre ser la búsqueda de una regulación, lo cual no siempre es pertinente.
3. El camino hacia una regulación no es sencillo dado que la calificación como tecnología disruptiva no es suficiente para llevar a cabo la tarea de regular estos servicios. El problema existente es bastante primitivo, en el sentido de que el camino recorrido en cuanto al estudio, en el ámbito legal y regulatorio, de este tipo de servicios, es casi nulo. El punto de partida es definir, en realidad, qué es Airbnb.

4. Al hablar de la verdadera naturaleza de Airbnb, es claro que existe una discusión pendiente. No obstante, los avances jurisprudenciales al respecto y ciertos estudios de mercado permiten concluir que Airbnb es una plataforma de intermediación tecnológica para la búsqueda de alojamiento o, como la denominan dentro de la Unión Europea, un servicio de la sociedad de la información. La plataforma no puede equipararse a un servicio de alojamiento, como lo sería un hotel, hostería u hostel. Esto sucede porque el servicio que presta únicamente hace posible el alojamiento, pero no es el alojamiento en sí.
5. Frente a la existencia y operación de Airbnb pueden surgir reclamos e inquietudes en el ámbito del Derecho de Competencia. Por un lado, muchos hoteles se han negado a aceptar como competidor a Airbnb dado que consideran que “opera bajo condiciones diferentes”. Si bien esto es cierto, tiene sentido dado que como se ha dicho, Airbnb es diferente. Siendo esto así, no tendría por qué operar bajo la misma normativa aplicable al sector de alojamiento. Parece que, más allá del “condiciones iguales para servicios iguales”, el sector hotelero busca un sentido de equiparación de condiciones donde se imponga cargas a Airbnb para justificar ciertas ventajas que la plataforma tiene. Lo que ha faltado aclarar es que esas ventajas son producto no de una competencia desleal, sino simplemente, de un buen modelo de negocio.
6. En síntesis, se puede concluir que la regulación *a priori* de Airbnb es una tarea posible pero infructuosa. El componente que permitió que se originen este tipo de plataformas fue la libertad de actuación que tuvieron sus creadores para elaborar y poner en marcha su modelo de negocio e infraestructura. Esto quiere decir que buscar establecer un marco normativo que contemple todas las potenciales preocupaciones o inquietudes que estas alternativas generan, es una tarea imposible.
7. Es recomendable entonces, supeditar la operación de la plataforma a la regulación preestablecida, aunque a veces resulte deficiente. Resultaría mejor el regular sobre la marcha y bajo el concepto de que Airbnb no es un competidor desleal o un operador que incurre en prácticas anticompetitivas, sino un competidor que creó un modelo de negocio sorteando barreras de entrada y ofertando opciones que superan las ya existentes en el mercado.
8. Como reflexión final, es evidente que el Derecho de Competencia debe ser utilizado de manera oportuna y cuando se lo requiere dado que no se lo puede

emplear como un comodín para las inconformidades que ciertos operadores puedan tener frente alternativas de negocio que, simplemente, resultaron ser mejores.