

REGULAR O NO REGULAR: EL CASO AIRBNB EN PERÚ

FABRIZIO MOSQUERA BASAS*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 28 de septiembre del 2021 / Aceptado: 29 de abril del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6403>

RESUMEN. “No le hables a extraños”, resultó ser una frase muy recurrente conforme se fue desarrollando nuestra niñez y juventud. Pero ¿cómo reaccionarían nuestros padres si se enteraran de que “les hemos abierto las puertas de nuestro domicilio a extraños”? Desde que llegó la compañía Airbnb, han existido más preguntas que respuestas sobre el servicio; no obstante, dichas incógnitas han pasado desapercibidas gracias a que miles de usuarios han visto satisfechas sus necesidades más acordemente en comparación con el uso de hoteles, hostales o posadas. Sin la necesidad de conocer la naturaleza jurídica del servicio, los consumidores le han sacado el máximo provecho, gracias a la practicidad de este. Sin embargo, pese al desconocimiento sobre la materia, algunos legisladores intentaron regular el servicio en diversas ocasiones y, sin percatarse, con dichas medidas propusieron desnaturalizar el derecho, el servicio de Airbnb y, como consecuencia, el auge del servicio en el mercado.

PALABRAS CLAVE: Airbnb / comercio electrónico / contrato de arrendamiento / derecho digital / economía colaborativa

TO REGULATE OR NOT TO REGULATE: THE AIRBNB CASE IN PERU

ABSTRACT. “Do not talk to strangers” became a very recurrent phrase in our childhood and youth. Nevertheless, how would our parents react if they found out that we have opened the doors of our homes to strangers? Since the arrival of Airbnb, there have been more questions than answers about its service; nevertheless, these uncertainties have gone unnoticed because thousands of users have seen their requirements more adequately fulfilled compared to the use of hotels, hostels, and inns. Consumers have taken full advantage of the service without the need to know its legal nature due to

* Al momento de la redacción del artículo, es estudiante del décimo segundo ciclo de la carrera de Derecho en la Universidad de Lima. Practicante preprofesional del Área Corporativa y Laboral del estudio EBS Abogados. Director adjunto de la dirección ejecutiva de la revista *Ius et Praxis*. Director de la comisión de investigación del Círculo de Estudios en Economía y Derecho de la Universidad de Lima.

its practicality. However, despite the lack of knowledge on the subject, legislators have tried to regulate the service on several occasions and, without being aware of it, with these measures, they have denaturalized the law, the Airbnb service, and, as a consequence, the rise of the service on the market.

KEYWORDS: Airbnb / e-commerce / rent / technology law / sharing economy

1. INTRODUCCIÓN

La llegada de Airbnb a Perú fue, sin duda alguna, un hito en el sector de arrendamiento inmobiliario en los últimos años. La entrada disruptiva del servicio ofrecido por la compañía fundada en Estados Unidos de América trajo consigo una opción más al mercado de arrendamiento de bienes inmuebles y, sobre todo, para el sector turístico, del cual surge su principal demanda no solo en Perú, sino a nivel mundial.

Ahora bien, tal como se señala en el párrafo precedente, económicamente el servicio *per se* es una propuesta interesante que viene siendo aprovechada por la oferta y la demanda que se beneficia con la misma. No obstante, en el ámbito jurídico, el paradigma ofrecido por Airbnb produjo dudas a nivel doctrinario e incertidumbre en la esfera legislativa.

El presente artículo pretende esclarecer las dudas sobre la materia, las cuales influyeron en una respuesta un tanto acelerada y errónea por parte de las personas con facultades normativas. Como se demuestra más adelante, sin conocer plenamente la naturaleza de Airbnb, hubo intentos de regulación que pretendieron restringir y desnaturalizar el servicio y, consigo, el derecho. Finalmente, el artículo se adentra en el debate sobre una posible regulación de este servicio y el impacto que podría generar el mismo.

2. NATURALEZA DE AIRBNB Y REGULACIÓN JURÍDICA EN EL PERÚ

Es pertinente, en primer lugar, comprender la naturaleza jurídico-económica de la compañía Airbnb¹; por ello, resulta necesario apoyarse de disposiciones y normativas extranjeras y supranacionales, a fin de comprender jurídicamente en su totalidad qué tipo de servicios ofrece esta plataforma a sus usuarios o consumidores, y el impacto de estos en distintas disciplinas del derecho peruano. En tal sentido, cabe dejar en claro que Airbnb emplea el modelo de economía colaborativa, el cual se caracteriza por reducir las asimetrías informativas y los costos de transacción que afectan las actividades económicas, gracias a que estos modelos de negocio se apoyan en los avances de la tecnología de la información a fin de ofrecer los bienes y servicios objeto del negocio (Alfonso, 2016).

En virtud de lo descrito en el párrafo precedente, como punto de partida se debe tomar en cuenta la definición de *e-commerce* dispuesta por la Organización Mundial del

1 Empresa de economía colaborativa desarrollada a través de una plataforma multilateral, que permite que personas deseadas en arrendar un alojamiento —normalmente en un escenario de turismo— puedan alquilar diversas propiedades y adquirir servicios dependiendo de la propuesta de los arrendadores. El servicio se encuentra condicionado a la legislación de cada país y/o jurisdicción.

Comercio (1998), la cual resalta la posibilidad de la “entrega de bienes o servicios por medios electrónicos” (p. 1).

En efecto, resulta distinto que (i) se pretenda alquilar un inmueble y exista la posibilidad de acudir al mismo para observar cómo es y, por ende, se conciba una idea mucho más concreta sobre el alineamiento entre los intereses del arrendatario con lo que ofrece el arrendador; y (ii) se pretenda alquilar un inmueble sobre el cual solo exista referencias fotográficas, por su ubicación y, en el mejor de los casos, por testimonios de usuarios previos, sin la necesidad de interactuar físicamente con el arrendador.

Ahora, si bien es cierto que el contrato se suscribe vía digital, la entrega del bien inmueble normalmente se hace en persona. Sin perjuicio de ello, todavía seguiríamos hablando de un servicio brindado como comercio electrónico, en tanto el contrato de arrendamiento “se celebra solo con el consentimiento de las partes” (Castillo Freyre, 2003, p. 2), con lo cual la entrega del bien en cuestión se podría considerar como un momento de la verdad² propio de la logística del servicio.

Lógicamente, es concluyente afirmar que no existe diferencia jurídica alguna en las esferas del derecho civil en materia contractual y, en particular, sobre lo dispuesto en el título de arrendamiento. Ello se debe a que el propietario del inmueble que lo da en alquiler se compromete a ceder el uso y disfrute de su inmueble de manera temporal, razón por la cual recibirá un pago como contraprestación. Por más que dicho arrendamiento sea un alquiler temporal o sea efectuado mediante una plataforma digital, se presentan las mismas características del ejercicio del derecho de propiedad de arrendamiento (Cavero, 2021).

No obstante, en lo que sí se podría hacer una breve distinción es quizás en la poca convencionalidad de las tratativas contractuales a fin de crear el negocio jurídico; sobre ello, habría que destacar que resulta propio del *know-how*³ y la estructura del negocio que impulsan a que sea de esta manera.

De otro lado, analizando la esfera del derecho societario y laboral, resulta pertinente profundizar en las relaciones jurídicas que mantiene esta plataforma digital multilateral. Es evidente que la compañía Airbnb tiene empleados y, sumado al factor de que se ha invertido capital en el mismo, no cabe duda de que ante los ojos de la legislación peruana es considerada una empresa; consecuentemente, se encontrará afecta a los tributos de

2 Parámetro del *marketing* que indica uno de los momentos de la logística del negocio, en el cual el cliente podrá hacer un juicio de valor positivo o negativo sobre el producto o servicio que se le ofrece.

3 Información útil para fabricar un producto, brindar un servicio o solucionar problemas técnico-empresariales.

tercera categoría dispuesto en la Ley del Impuesto a la Renta⁴, hecho sobre el cual se ahondará más adelante.

Con respecto a ello, cabe hacer una breve precisión. Al ser esta una plataforma multilateral, nos encontramos con que la empresa mantiene contacto perenne con dos segmentos del mercado: arrendadores y arrendatarios. En tal sentido, Ostelwalder y Pigneur (2010) señalan que “las plataformas multilaterales reúnen a dos o más grupos de clientes distintos pero independientes” (p. 77).

Se puede percibir que Airbnb brinda una plataforma interesante para que personas deseadas en ofrecer su inmueble en arrendamiento puedan encontrar a personas con interés en arrendar un inmueble. En efecto, cuando el arrendador configura su perfil —a título personal— en la plataforma, lo hace con la finalidad de producir ingresos económicos en su favor, gracias al arrendamiento del inmueble en cuestión. Una vez que el arrendador percibe dichos ingresos por el alquiler del bien inmueble, Airbnb le descuenta un *fee*⁵ como concepto de los servicios de intermediación brindados.

Al respecto, no es posible encontrar alguna relación de subordinación y, por ende, dependencia de los arrendadores o arrendatarios hacia la compañía. Consecuentemente, se puede afirmar que laboralmente no existe ninguna relación ni mucho menos alguna obligación sobre la materia que pueda mantener Airbnb, tanto con los arrendadores como con los arrendatarios y viceversa.

Finalmente, es necesario analizar el impacto que tendría lo normado sobre derecho tributario en Airbnb. Tal como se concluyó previamente, esta es una empresa no domiciliada que produce rentas de comercio en territorio peruano y, más aún, los hospedadores que emplean la plataforma de la compañía para poder alquilar sus inmuebles generan rentas de capital al arrendar los mismos. En ese orden de ideas, tanto Airbnb como los arrendadores mantienen el rol de contribuyentes en la relación jurídico-tributaria frente al Estado peruano.

Sobre lo descrito en el párrafo precedente, es indubitable que Airbnb en Perú deberá cumplir con sus obligaciones tributarias, primordialmente de tercera categoría, por la renta obtenida en el servicio de intermediación brindado entre arrendadores y arrendatarios —por más que no cumpla actualmente—. Ahora bien, lo fascinante ocurre respecto a la obligación tributaria de primera categoría que mantienen los arrendadores con el Estado.

4 Decreto Supremo 179-2004-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta: La ley dispone en su artículo 22 las categorías de rentas afectas y, en el artículo 28, inciso a, las rentas obtenidas fruto de prestaciones comerciales como rentas de tercera categoría.

5 El *fee* es una tarifa que cobran ciertas empresas como concepto de los servicios otorgados. La cantidad o porcentaje del mismo depende enteramente de lo dispuesto por la empresa en sus términos y condiciones.

Siguiendo el patrón que mantienen las *big techs*⁶ hoy en día, Airbnb dispone de unos “términos de servicios” a los cuales los usuarios deben adherirse previamente con la finalidad de usar el servicio ofrecido por esta *big tech*. En efecto, en dichas normas, se dispone en el artículo 8 sobre los impuestos que los anfitriones —entiéndase como *arrendadores*— deben tributar al fisco de su país. Sobre el mismo, se señala que el anfitrión es “responsable de averiguar y cumplir sus obligaciones legales en cuanto a declarar, recaudar, liquidar o incluir en el precio el IVA u otros impuestos” (Airbnb, 2020, p. 13).

Tal como se señaló, bajo el concepto del ingreso que perciben los arrendatarios, ellos se encuentran afectos al pago del porcentaje de primera categoría, el cual es del 5 % sobre la renta bruta. No obstante, lo fascinante es que en la práctica ocurre una tributación distinta. Ello, pues según funcionarios de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (Sunat), al ser este un arrendamiento de pocos días, interpretan que dicho factor, sumado a la presunta habitualidad de mismo, permite que esté regulado bajo una afectación a rentas de tercera categoría y no necesariamente de primera categoría.

Al efecto, la interpretación está basada en el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje (Decreto Supremo 001-2015-MINCETUR)⁷; no obstante, esta es una interpretación errónea, tomando en cuenta que hubo intentos en el 2018 y 2019 de adherir a los arrendamientos brindados mediante Airbnb a la norma en cuestión, hecho sobre el cual se profundizará posteriormente. Sobre la materia, y partiendo de esta interpretación errónea, los arrendadores deben solicitar un Registro Único del Contribuyente y declarar que ofrecen servicios de Alojamiento de Instancias Cortas, a la par de solicitar que se rijan bajo el Régimen Tributario NRUS⁸. Este dispone que, dependiendo de los ingresos mensuales del arrendador, podrá tributar 20 o 50 soles, siempre y cuando no sobrepase ingresos hasta por 5000 y 8000 soles, respectivamente.

3. SOBRE LOS SERVICIOS OFRECIDOS A TRAVÉS DE AIRBNB

Es de común conocimiento que la plataforma objeto de estudio del presente artículo permite a los interesados dar en arrendamiento sus inmuebles o partes de estos a otros usuarios de dicha plataforma, calificados como huéspedes. En efecto, dicho servicio se ha catalogado en los “términos de servicio” de Airbnb como *alojamiento*.

6 Las *big techs* son, hoy por hoy, las empresas más grandes que, independientemente del bien o servicio que ofrezcan a los consumidores, tienen como mejor activo la información o parámetros de consumo de estos.

7 El reglamento norma parámetros a los servicios de alojamiento brindado por establecimientos de hospedaje y los requisitos que estos deben cumplir frente al Ministerio de Comercio y Turismo para convertirse en uno.

8 Nuevo Régimen Único Simplificado.

Por lo tanto, gracias a dicho servicio de alojamiento (servicio A), el anfitrión puede cederle al huésped su derecho sobre el uso y disfrute del inmueble o parte del inmueble objeto de la transacción. Dicho alojamiento será por un periodo determinado establecido libremente por las partes, por el cual el huésped le deberá pagar una renta que, normalmente, se suele computar de manera diaria. No cabe duda alguna de que la presente transacción, ante los ojos de la regulación peruana, se configura como arrendamiento.

Sin embargo, ¿cómo podría catalogarse a los servicios que van más allá de un mero alojamiento? Tal como se mencionó previamente, en los “términos de servicio” que dispone Airbnb, lo cual es un contrato que regula las relaciones jurídicas de los anfitriones y huéspedes que usan la plataforma, se detallan los servicios que, sumados al alojamiento, pueden ofrecer los anfitriones, entre los cuales destacan los servicios denominados como (i) experiencias y (ii) los servicios del anfitrión (servicio B).

En el referido documento, se dispone que estos pueden ser actividades, excursiones y eventos, como una variedad de servicios de viaje. Se puede apreciar que la compañía no busca encasillar los conceptos de experiencia y servicios del anfitrión a actividades o servicios en concreto, la intención es que prime la libertad entre las partes.

No obstante, a nivel jurídico, se complica un tanto la figura del alojamiento en el cual se presentaban unas obligaciones propias de un contrato de arrendamiento. En efecto, ¿qué ocurre con dicha figura jurídica si, sumado al alojamiento o arrendamiento, el anfitrión ofrece otros servicios?

Previo a teorizar sobre la materia, considero pertinente analizar el escenario en el cual se presenta Airbnb y diversas características que emanan del servicio. Tal como se indicó al inicio del presente artículo, dicho servicio surge gracias a las economías colaborativas que, apoyadas firmemente en la tecnología, permiten un mayor alcance y ensalzamiento a la libertad contractual de las personas; sin embargo, no está exento de limitaciones.

En efecto, la tendencia respecto a los *e-commerce* en las economías colaborativas es que, además del rol que mantienen como intermediarios en la interrelación económica de oferta y demanda, deben tener presente el rol que mantienen como actores principales en la cadena regulatoria de dichos servicios; en ese sentido, se debe destacar que son proveedores de regulaciones privadas (Busch, 2019).

El derecho, al igual que los desarrollos económicos y las innovaciones en el mercado, es evolutivo. Actualmente nos encontramos en la era de la información y resulta un tanto complejo que las regulaciones actuales puedan abarcar el vasto desarrollo que se produce día a día, gracias a la tecnología. Tomando ello como punto de partida, sumado al auge en las economías colaborativas, los modelos de negocio e innovaciones

estructurados alrededor de las referidas economías suelen tener ciertos inconvenientes al intentar ser aterrizados en las regulaciones actuales.

Por lo tanto, ahora resulta comprensible el razonamiento de los funcionarios con facultades legislativas para calificar los servicios ofrecidos mediante Airbnb (servicio A pero, primordialmente el servicio B) como hospedaje.

Al respecto, tal como se ha detallado a lo largo del presente tópico, el servicio A es claramente un arrendamiento; sin embargo, el servicio B no se podría catalogar como tal, a raíz de los servicios conexos que se presentan en conjunto con el servicio de alojamiento. Sobre ello, es necesario hacer un énfasis en la gradualidad de la intención de generar comercio gracias a dichos servicios.

Existe un claro *animus* de generar ingresos, tanto con el servicio A como con el servicio B; no obstante, la gran diferencia entre ambos es que con el primero el anfitrión solo pone a disposición el inmueble o parte de este en favor del huésped, lo que genera ingresos de esa manera. Por otro lado, a través del servicio B, puede hallarse una mayor complejidad y, por ende, logística en los servicios prestados, al punto que será necesario una mayor participación o dependencia por parte del anfitrión, a fin de cumplir con las obligaciones contraídas.

Ahora bien, lo descrito en los párrafos precedentes no implica que el servicio B sea un servicio de hospedaje. Tal como se detalló, es necesario hacer hincapié en la gradualidad que presentan ambos, pues los servicios ofrecidos a través de Airbnb no son comerciales como un hotel, ni tampoco personales, como si fuese un amigo pasando el fin de semana en casa; por lo tanto, resulta complejo de catalogar como tal (Marzen, Prum & Aalberts, 2016).

Para ello, resulta prudente destacar nuevamente el efecto que genera el modelo de negocio de Airbnb, el cual permite llegar a las partes a un acuerdo en el cual prima su libertad e intención de contratar por sobre disposiciones ya preestablecidas. Estos sistemas tienen un propósito dual, permiten a las partes conocer más sobre la otra previamente a estar de acuerdo con la transacción y crear un incentivo para estas de comportarse acorde a la buena fe (Jøsang, Ismail & Boyd, 2007).

Por consiguiente, mantenemos la idea de que el servicio A (servicio de alojamiento) que ofrece Airbnb puede catalogarse como un contrato de arrendamiento. Mientras que el servicio B (servicio de alojamiento, experiencias y servicios del anfitrión) resulta un contrato innominado y atípico con tipicidad social, la cual recae en normas socialmente aprobadas e insertas en la costumbre de los sujetos que emplean la plataforma de Airbnb a fin de recibir dichos servicios.

4. EJEMPLOS DE REGULACIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS: UNIÓN EUROPEA Y NUEVA YORK

Es evidente que Airbnb en Perú se encuentra regulado supletoriamente por las normas del derecho en las cuales tiene implicancia. Asimismo, no cabe duda de que en ciertos países o jurisdicciones Airbnb se encontraba regulado supletoriamente en un primer momento; no obstante, el propio impacto del servicio en el derecho y la economía en dichas jurisdicciones llevó a que se opte por que sean reguladas.

En primer lugar, resulta pertinente analizar los factores que impulsaron una regulación por parte de la Unión Europea y, una vez dejados en claro, verificar el impacto de la regulación *per se* que tuvo en Airbnb. En ese sentido, se observa que la Unión Europea optó por brindarle un enfoque de lo general a lo particular. Debido a ello, y a efectos de la presente investigación, cobran suma relevancia dos documentos vinculantes emitidos por el máximo ente europeo.

Por ello, es crucial comenzar por el documento técnico elaborado por la Comisión Europea encargada de examinar la naturaleza de los servicios ofrecidos por *e-commerce* —mediante plataformas digitales— y el alineamiento e impacto sobre las políticas fiscales de la Unión Europea. Al efecto, la Comisión clasificó los diversos modelos de servicios de plataformas digitales en cuatro categorías:

- (i) plataformas que, como intermediarios, garantizan acceso a un *Marketplace*⁹;
- (ii) plataformas que ofrecen un modelo publicitario; (iii) plataformas que garantizan acceso a contenidos y/o soluciones digitales; y, (iv) las plataformas de venta a distancia y/o comercio electrónico. (Comisión Europea, 2018, pp. 14-16)

Ahora bien, tomando en cuenta las categorías de la naturaleza de las prestaciones económicas dispuestas en el párrafo precedente, resulta fundamental categorizar a Airbnb dentro del rubro en el cual se encuentra su oferta al mercado. Por ello, es factible afirmar que Airbnb se encuentra en la primera categoría, al ser una plataforma digital que garantiza el acceso a un *marketplace* y actúa como intermediario entre la oferta y la demanda —los arrendadores y los arrendatarios, respectivamente—, por lo cual recibe un *fee* por cada transacción. En efecto, tal como señala Zegarra (2019): “En virtud de dicha interacción, la plataforma facilita la entrega de bienes o la prestación de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, normalmente a cambio de una retribución” (p. 4).

De otro lado, lo expuesto anteriormente se debe complementar con la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo sobre el asunto C-390/18, que responde a una demanda entablada por la *Association pour un hébergement et un tourisme*

9 Término empleado para señalar una plataforma digital que ofrece un mercado virtual donde diversas personas naturales o jurídicas pueden ofrecer sus productos y servicios.

*professionnels*¹⁰ (AHTOP), frente a la demandada Airbnb Irlanda, en representación de Airbnb Inc. (Airbnb). Sobre la misma, el Tribunal de Justicia Europeo declaró infundada la demanda entablada por la AHTOP frente a Airbnb, bajo la siguiente motivación:

procede calificar de “servicio de la sociedad de la información” (...) un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación. (Tribunal de Justicia Europeo, 2019)

Este dictamen dispuesto por el Tribunal europeo generó un precedente en la Unión Europea que definió y esclareció la naturaleza jurídica de Airbnb como lo que es: un servicio basado en economías colaborativas que está en provecho de una sociedad de la información.

De otro lado, en el año 2016, el estado de Nueva York en los Estados Unidos de América modificó la *Multiple Dwelling Law*¹¹ que “indirectamente” atentaba contra el servicio brindado por Airbnb. En efecto, la normativa en cuestión dispone como ilegales los arrendamientos a corto plazo: la ley estipula textualmente que el arrendamiento no puede ser por menos de 30 días, por más que el arrendador sea propietario o viva en el edificio. Asimismo, si los arrendadores hacen publicidad de sus inmuebles de multipropiedad Clase A¹², con fines de arrendamiento a corto plazo, se podían enfrentar a una multa desde 1000 hasta 7500 dólares americanos, pudiendo alcanzar la responsabilidad sobre la multa a los responsables de la publicidad.

No obstante, la ley señala que solo es posible ejercer el arrendamiento por menos de treinta días bajo ciertas condiciones. En primer lugar, el propietario deberá estar presente durante la estadía de los huéspedes. Asimismo, debe contar con un mínimo de dos huéspedes pagos, siempre y cuando mantengan un libre acceso a todas las habitaciones y salidas del apartamento. Sumado a ello, las puertas del apartamento no pueden tener capacidad de “encerrarse”, porque esto iría en contra del principio de que todas las personas habitantes del inmueble puedan acceder a todas las zonas de este. Finalmente, los arrendadores deben garantizar el bienestar y la seguridad de sus inmuebles en todo momento (New York State, 2016).

10 Asociación para el Alojamiento y Turismo Profesional.

11 Normativa que regula los usos de departamentos o viviendas con multipropietarios en el estado de Nueva York.

12 Una vivienda o departamento que presente multipropiedad “Clase A”, “hace referencia a las residencias con multipropietarios que están ocupados por razones de residencia permanente” (New York State, 2016).

Ahora bien, resulta lógico afirmar que las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes afectan a los usuarios de los servicios de arrendamientos ofrecidos a través de Airbnb y, por ende, a la misma compañía también. Empero, resulta necesario comprender que estas disposiciones responden a una realidad socioeconómica completamente distinta a la peruana. Al efecto, Paola Gálvez, jurista en *tech law* y nuevas tecnologías, señala que:

Existen Estados como San Francisco o Nueva York, que limitan el número de viviendas que se pueden ofrecer mediante la plataforma e, inclusive, el número de días al año que pueden estar alquilados. Al ser ciudades tan sobrepobladas, ya no desean que haya más departamentos en Airbnb, por ende, lo limitan; no obstante, estas regulaciones se dan a raíz de las circunstancias específicas de la ciudad. (Mosquera Basas, 2021b)

En este punto, resulta comprensible por qué Airbnb Inc. ofrece dos tipos de “términos de servicios”: (i) Para usuarios europeos¹³ y (ii) Para usuarios no europeos¹⁴.

4. IMPACTO DE UNA REGULACIÓN DEFICIENTE VS. UNA REGULACIÓN EFICIENTE

Ha habido diversos intentos de regular —directa o indirectamente— los servicios económicos que ofrece Airbnb, los cuales resultan pertinentes de observar de manera previa a efectuar el análisis del presente tópico. En primer lugar, resalta el intento por parte del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), de adherir los servicios en cuestión al Reglamento de Establecimientos de Hospedaje. La norma que establece parámetros para las personas que ofrecen el servicio de hospedaje fue seleccionada para abarcar y regular los arrendamientos originados a través de Airbnb.

Sobre la particular, a título personal, resulta errónea, debido a que los servicios de alojamiento que se ofrece mediante Airbnb son arrendamientos, mientras que la norma indicada en el párrafo precedente regula los servicios de hospedaje. Ello resulta incongruente puesto que son instituciones jurídicas distintas, al punto que el legislador peruano les ha otorgado títulos distintos dentro del Código Civil, razón por la cual diversos gremios e instituciones que promocionan el turismo en el país —sumado a profesionales del derecho— presentaron sus respectivos reclamos.

Sin embargo, la Sunat, informalmente, le ha dado un enfoque pragmático a la actividad. Tal como se expuso previamente, la institución encargada de establecer y recaudar los tributos en el Perú permite a los contribuyentes que generan renta, gracias

13 País de residencia o establecimiento que se encuentra en el espacio económico europeo, Suiza o el Reino Unido.

14 País de residencia o establecimiento se encuentra fuera del espacio económico europeo, Suiza y el Reino Unido.

al servicio de arrendamiento de Airbnb, tributar conforme primera o tercera categoría. Efectivamente, no habría ningún inconveniente de tributar esta renta de capital, fruto del arrendamiento, siguiendo los parámetros dispuestos en la primera categoría de la Ley del Impuesto a la Renta.

Ahora, lo que levanta muchos cuestionamientos es la capacidad de tributar conforme los criterios de tercera categoría de la ley en cuestión, sabiendo que esta es una categoría reservada —salvo ciertas excepciones— para las rentas originadas como fruto de una actividad comercial y empresarial. Al respecto, en la naturaleza de la actividad empresarial siempre deben existir los siguientes componentes unidos: (i) organización, (ii) capital y (iii) trabajo.

Si bien es cierto, puede que existan algunas empresas que brinden servicios de arrendamiento mediante Airbnb y bien podrían calificar como rentas de tercera categoría, bajo la actividad económica de “alojamiento de instancias cortas”, la realidad demuestra que estos casos son ínfimos, e interpretar todos los arrendamientos —es decir, alojamiento bajo las disposiciones de la compañía— hechos a través de Airbnb como actividad empresarial, presentando solo un factor de capital, definitivamente desnaturalizaría la institución de empresa concebida por el derecho corporativo.

Finalmente, una última consideración sobre lo señalado en este intento de regulación del servicio y la interpretación de Sunat es que la Ley del Impuesto a la Renta no concibe la habitualidad en la actividad de arrendamiento como factor fundamental que pueda categorizar la renta fruto de dicha actividad como tercera categoría. No obstante, conforme dispuso e interpretó el Tribunal Fiscal, sobre lo que sí se debe hacer un análisis es si existen los componentes de la actividad empresarial unidos, y la preponderancia que existe entre ambos; es decir, si el factor capital es más relevante que el factor trabajo, nos encontramos frente a una actividad de primera categoría (Tribunal Fiscal, 2011). Al efecto, el jurista en derecho corporativo y tributario Luis Felipe Velarde, efectúa las siguientes precisiones:

Habitualmente, los arrendamientos de primera categoría no necesitan mayor organización y trabajo, pero en Airbnb, sí voy a necesitar capital y trabajo porque el hospedaje puede ser de un día a una semana, e inclusive un mes. Eso significa que, si voy a estar constantemente arrendando el inmueble, tiene que haber una organización y personas que se encarguen de la limpieza, los implementos de aseo, etc. dependiendo del tipo de Airbnb que quiera alquilar y sus condiciones. Entonces, nos encontramos frente al factor organización y trabajo, con lo cual, sí se podría afirmar que nos encontramos en un supuesto de tercera categoría.

Sin embargo, puede también que nos encontremos con personas que solo arrendan el inmueble y a lo sumo hacen un poco de limpieza; es decir, se limita a ser un arrendamiento de inmueble ordinario, donde te dan lo básico y lo

demás depende de ti. Esto último, estaría orientado a la primera categoría. (Mosquera Basas, 2021a)

De otro lado, en enero del año 2021, la Municipalidad de Miraflores emitió la Ordenanza 561, que disponía una modificación en la Ordenanza 342¹⁵. Al efecto, se modificó el artículo 14, literal e), incisos 1 y 2; sobre este último inciso, se establece que “los edificios de vivienda multifamiliar ubicados en zonificación residencial, sólo podrán ser utilizados para ese fin, no permitiéndose el uso de estos inmuebles como residencia rotativa, alquiler vacacional o alojamiento” (Ordenanza 561/MM, 2021). Al parecer, este sería intento de emular lo señalado sobre la normativa del estado de Nueva York.

Sobre el particular, genera un evidente desmedro a las personas que poseen inmuebles de dichas características y suelen arrendarlo mediante el servicio de Airbnb, tomando en cuenta que el distrito de Miraflores es un punto sumamente relevante de concentración y hospedaje de turistas extranjeros en Lima (Mincetur, 2019, p. 2). Empero, fuera de la problemática mencionada en el presente párrafo, esta normativa claramente afecta el derecho constitucional de propiedad, normado en el artículo 70 de la Constitución, y su potestad inherente de disponer libremente —para efectos del caso— de los bienes inmuebles en cuestión.

Resulta factible afirmar que estos intentos regulatorios no han sido eficaces en tanto desnaturalizan el servicio brindado por Airbnb y, en el camino a ello, también desnaturalizan instituciones del derecho y atentan contra derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Ello surge a raíz de un evidente desconocimiento de la naturaleza del servicio que ofrece Airbnb y la falta de capacidad de dar con una respuesta acertada que sea en beneficio de los consumidores y el mercado. Sobre el particular, Velarde señala lo siguiente:

Actualmente, el aplicativo pretende autorregularse para salvar su reputación, pero debemos tener en cuenta temas de incumplimientos, temas de responsabilidad de propietarios, obligaciones de los arrendatarios, debería haber un registro de propietarios, etc. y no legislarlo con un simple “copy-paste” de normas extranjeras, porque esa no es la solución. (Comunicación personal)¹⁶

Ahora, entrando de lleno al presente tópico, considero que sí es factible regular Airbnb siempre y cuando nos encontremos en la posición de una ciudad sobrepoblada que efectivamente lo necesite, pues la naturaleza de las prestaciones brindadas por y a través de Airbnb se encuentran reguladas supletoriamente en la actualidad y permiten un desempeño libre y viable del servicio. Sobre el particular, Gálvez señala que:

15 Ordenanza que dispone parámetros urbanísticos y edificatorios, y las condiciones en el distrito de Miraflores.

16 Entrevista realizada por el autor a Luis Felipe Velarde Koechlin el 6 de julio del 2021.

No es necesario una normativa específica, porque primero es necesario identificar el modelo de negocio para verificar si está regulado o no... crear una regulación de Airbnb para las condiciones que tenemos en el Perú, no. Ahora, si llegamos a ser una ciudad como Madrid o Nueva York, hay que delimitar porque ya tenemos demasiados departamentos, hoteles y turistas; sin embargo, la situación del turismo en Perú, todavía no lo necesita. (Comunicación personal)¹⁷

De otro lado, dicha regulación debe ir de la mano con los parámetros legales y constitucionales ya establecidos, a diferencia de las dos normativas expuestas en el presente tópico, debido a que desnaturalizarían ciertas instituciones del derecho o a que no respetarían nuestros derechos. Asimismo, desde la óptica del análisis económico del derecho, esta posible regulación no debe restringir el servicio. Al ser este uno que se basa en economías colaborativas, es un claro ejemplo de cómo el ser humano puede emplear su propiedad libremente en pro de maximizar los bienes en la sociedad y, como consecuencia, generar un dinamismo en la economía al ser otra persona que encuentra más provechoso el uso del bien quien lo emplea.

Esta posible normativa se debe orientar a que Airbnb se vuelva una herramienta con más protagonismo en la economía peruana. En efecto, al ser el sector turismo el principal rubro para el cual se emplea el aplicativo, es evidente que la normativa debe encaminarse al máximo aprovechamiento del servicio, incentivando a que más personas se vuelvan usuarios de Airbnb y que otras tengan facilidad de arrendar sus inmuebles a través de este. Sobre estas últimas, es destacable que este tipo de ingresos por renta de capital resulte independiente de los ingresos por concepto de cuarta o quinta categoría; *ergo*, implican un ingreso que no demanda tanto tiempo ni esfuerzo en comparación con los señalados anteriormente, que ciertas familias peruanas pueden gozar y, por ende, les permite poco a poco crecer a nivel socioeconómico.

Finalmente, tomando en cuenta que el eje central por el cual el Gobierno peruano se encuentra tentado a normar este servicio es el incremento de recaudación tributaria, de momento no serviría de mucho establecer una ley sobre la materia que permita una mayor recaudación de tributos y, por ende, un aumento en la tarifa del servicio brindado por Airbnb. Este aumento generaría que el costo adicional se traslade a los arrendatarios, con lo cual, desde el aspecto económico, los arrendatarios obtendrían un desincentivo para usar el aplicativo y, desde el aspecto legal, se incentivaría a los arrendadores a no cumplir con sus obligaciones tributarias sobre la materia.

Al efecto, lo señalado en el párrafo precedente ocurre normalmente en sociedades donde sus habitantes no tienen la capacidad de percibir tangiblemente que sus tributos son empleados en beneficio de maximizar la sociedad. Sobre el particular, resalta

17 Entrevista realizada por el autor a Paola Gálvez Callirgos el 10 de julio del 2021.

que, en el presupuesto público para el 2021¹⁸, el principal tipo de ingreso que posee el Perú es los impuestos, con un porcentaje de 62,8 %; de otro lado, el gasto principal —no necesariamente más prioritario— son los pagos de planilla¹⁹, con un porcentaje de 42,1 % y, seguido de este, se encuentra el gasto de inversiones, con un porcentaje de 25,9 % (Ministerio de Economía y Finanzas, 2021, pp. 7-8).

5. COMENTARIOS FINALES

Conforme a lo expresado a lo largo del presente documento, no cabe duda alguna de que la compañía Airbnb ha entrado disruptivamente al mercado en todo el mundo, con un servicio que originó más preguntas que respuestas en algunas instituciones del derecho. En tal sentido, es comprensible —hasta cierto punto— que hoy en día, habiendo pasado ya más de medio decenio de la llegada del servicio al país, exista incertidumbre todavía alrededor de la naturaleza jurídica del servicio.

No obstante, sobre lo que no existe justificación, y hasta resulta escandaloso, es que, pese a la incertidumbre señalada en el párrafo precedente, los servidores con facultades regulatorias intenten construir o adaptar el servicio a normativas que evidentemente no están en concordancia con la naturaleza jurídico-económica del servicio que ofrece Airbnb. Ello es un claro ejemplo de cómo dichos intentos ineficaces de regulación pueden llegar a distorsionar la naturaleza de ciertas instituciones del derecho.

Sobre todo, tal como se señaló de manera previa, resulta evidente que la respuesta de los legisladores debe ir de la mano con el derecho y la economía: no pueden estar desbalanceados como estuvieron en los intentos de regulación detallados con anterioridad. El derecho debe estar acorde con el progreso social y económico que tenga la sociedad peruana, tomando en cuenta el impacto que podría traer a nivel macro y microeconómico.

Finalmente, se debe tener siempre presente que las experiencias regulatorias de otros países responden a realidades propias, distintas a la peruana; a raíz de esto último, es imposible pretender que todo se solucione al importar una ley o hacer simple implante jurídico de otros países donde una norma que regule Airbnb pudo haber tenido éxito y esperar los mismos resultados. Ello se debe a que cada país tiene su idiosincrasia y, por ende, el resultado de implementar una normativa extranjera sin tomar en consideración nuestra realidad casi siempre será totalmente distinto al que tuvo en su país de origen.

18 El monto total del presupuesto público para el 2021 es de 183 029 770 158 soles.

19 Sobre el particular, cabe destacar que “gastos de planilla” se encuentra conformado por conceptos remunerativos, pensiones y asistencia social.

REFERENCIAS

- Airbnb. (2020, 30 de octubre). *Términos y políticas. Términos de servicio. Términos de servicios para usuarios no europeos*.
- Alfonso Sánchez, R. (2016). Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (66).
- Busch, C. (2019, 1 de febrero). Regulating Airbnb in Germany - Status quo and future trends. *8 Journal of European Consumer and Market Law*, (1), 39-41. <https://ssrn.com/abstract=3730641>
- Castillo Freyre, M. (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VIII: Contratos nominados (primera parte)*. Gaceta Jurídica.
- Cavero Velaochaga, M. (2021). *Airbnb, propiedad y arrendamiento*. Peruweek.pe: Información para el Sector Legal, Político y Diplomático. <https://www.peruweek.pe/airbnb-propiedad-y-arrendamiento/>
- Comisión Europea. (2018). *Document 52018SC0081. Commission Staff Working Document: Impact Assessment*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0081>
- Decreto Supremo 001-2015-MINCETUR. (2015, 8 de junio). Aprueban Reglamento de Establecimientos de Hospedaje. *Diario Oficial El Peruano*.
- Decreto Supremo 179-2004-EF. (2004). Texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta. *Diario Oficial El Peruano*.
- Jøsang, A., Ismail, R., & Boyd, C. (2007). A survey of trust and reputation systems for online service provision. *Decision Support Systems*, 43(2), 618-644. <https://www.oasis-open.org/committees/download.php/28303/JIB2007-DSS-Survey.pdf>
- Marzen, C. G., Prum, D. A., & Aalberts, R. J. (2016, 9 de diciembre). The new sharing economy: the role of property, tort, and contract law for managing the Airbnb model. *New York University Journal of Law and Business*, Forthcoming.
- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (2019). *Perfil del turista extranjero que visita Lima - 2019*. Turismo in, Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo. https://www.promperu.gob.pe/TurismoIN/Uploads/perfiles_extranjeros/43/tips/2677/PTE%202019%20-%20Visita%20Lima.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2021). *Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público 2021*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/documentacion/guia_orientacion_ciudadano2021.pdf
- New York State. (1924). *Multiple dwelling law*. (Adenda del 2016) <https://www1.nyc.gov/assets/buildings/pdf/MultipleDwellingLaw.pdf>

- New York State. (2016). *About illegal short-term rentals. Information for hosts*. NYC Office of Special Enforcement. <https://www1.nyc.gov/site/speciaenforcement/stay-in-the-know/information-for-hosts.page>
- Ordenanza 342/MM. (2011). Ordenanza que aprueba los parámetros urbanísticos y edificatorios y las condiciones generales de edificación en el distrito de Miraflores. *Diario Oficial El Peruano*.
- Ordenanza 561/MM. (2021). Ordenanza que modifica la Ordenanza 342/MM que aprueba los parámetros urbanísticos y edificatorios y las condiciones generales de edificación en el distrito de Miraflores. *Diario Oficial El Peruano*.
- Organización Mundial de Comercio. (1998, 25 de septiembre). *Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico*.
- Osterwalder, A., & Pigneur, Y. (2010). *Generación de modelos de negocios: un manual para visionarios, revolucionarios y retadores*. Deusto.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-390/18. (2010, 19 de diciembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F5D9A7683E3BC1E2EA0698E680051005?text=&docid=221791&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=542592>
- Tribunal Fiscal [Ministerio de Economía y Finanzas]. (2011). Resolución del Tribunal Fiscal 2011_10_15496.
- Zegarra, R. (2019). Comentarios para modernizar el régimen del Impuesto General a las Ventas en el Perú en el marco de la economía digital: la experiencia de la Comunidad Europea y el inmaduro régimen peruano. *Thêmis. Revista de Derecho*, (76), 271-290. <https://doi.org/10.18800/themis.201902.018>

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

- Centro de la Comunidad [Airbnb]. (2017). *Todos los foros de discusión. Impuestos en Perú*. <https://community.withairbnb.com/t5/Ayuda/Impuestos-en-Per%C3%BA/td-p/505564>
- Badger, E. (2014, 23 de abril). Why we can't figure out how to regulate airbnb. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2014/04/23/why-we-cant-figure-out-how-to-regulate-airbnb/>
- Decreto Legislativo 937. (2003). Texto del Nuevo Régimen Único Simplificado. *Diario Oficial El Peruano*.
- Directiva UE 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (2000, 8 de junio). Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la

sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Directiva UE 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2015, 9 de septiembre).

Directiva por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Grönroos, C. (1994). *Marketing y gestión de servicios: la gestión de los momentos de la verdad y la competencia en los servicios*. Ediciones Díaz de Santos.

Guttentag, D. (2017). Regulating innovation in the collaborative economy: an examination of Airbnb's early legal issues. En D. Dredge & S. Gyimóthy (Eds.), *Collaborative Economy and Tourism. Tourism on the Verge* (pp. 97-128). Springer Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-51799-5_7

Rubio Correa, M. (1994). *Para conocer la Constitución de 1993* (3.ª ed.). Desco.

Segura Mena, R. E. (2012). El contrato de *know how* y licencia del *know how*. *Revista El Foro*, (12), 46-58.

Sociedad de Comercio Exterior del Perú. (2019). *Efectos de la economía digital en la clase media peruana*. Semanario 993.

Soltero Mariscal, D., & Vargas-Hernández, J. (2017). Modelos actuales de economías colaborativas. Airbnb: cambiando la industria de la hospitalidad. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 7(2), 348-363.