

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos tercero a octavo que se eliminan.

Y se tiene además presente:

Primero: Que, don Edmundo Lira Vásquez abogado en favor de doña [REDACTED] y doña [REDACTED]

[REDACTED] dedujo recurso de protección en contra de la Comunidad Jardines de Fray de León, fundado en que las referidas son dueñas del departamento N° 402 ubicado en el condominio "Comunidad Edificio Jardines de Fray de León". Con fecha 15 de marzo de 2018 recibieron la circular N° 003/2018, en la que se informaba que a partir de su emisión se comenzaría a multar a quienes hagan uso de la aplicación **Airbnb**, precisando que ésta ascendería a 25 unidades de fomento y en caso de reincidencia a 100 unidades de fomento, sosteniendo su decisión en lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento de Copropiedad que señala que queda prohibido utilizar las unidades habitaciones como "**Apart Hotel**" o en la modalidad de arrendamiento por hora.

Señalan las recurrentes que la recurrida yerra al equiparar las expresiones antes aludidas con la plataforma **Airbnb**, la que sólo corresponde a una modalidad para rentar su propiedad a particulares o turistas, sin que comparta



los aspectos relevantes y diferenciadores del "**Apart Hotel**".

Termina solicitando que se disponga que de inmediato cese la recurrida con la prohibición de la actividad comercial que desarrolla su parte, toda vez que la misma es lícita y no atenta ni en contra de la moral, salubridad pública ni el reglamento de copropiedad que rige el condominio.

Segundo: Que, al informar la sociedad U.S. Urban Realty Chile S.A. en calidad de administradora de la comunidad recurrida solicita el rechazo del recurso, con costas, por infundado e improcedente.

Expone que, no ha incurrido en acto arbitrario o ilegal alguno, su actuar se ajusta a las facultades que le asisten como administradora de la citada comunidad.

En relación al artículo 7° del reglamento citado en autos, subraya que lo prohibido es el alojamiento ofrecido a terceros no dueños con una finalidad comercial publicitada, por tiempos más o menos extendidos e indeterminados en una unidad que forma parte de un condominio habitacional privado, concluyendo que la aplicación **Airbnb** contraviene dicha disposición.

Tercero: Que, a los efectos de resolver la materia planteada corresponde tener presente que el artículo séptimo del Reglamento de Copropiedad del inmueble de autos, previene que: "*Cada propietario usará de su*



departamento y bodega en forma ordenada y tranquila y deberá destinarlo exclusivamente a habitación. Queda prohibido, en consecuencia: a) Destinar los departamentos y bodegas al funcionamiento de Apart-Hotel, arriendo de departamentos por horas, oficinas, locales comerciales, de cualquier naturaleza, talleres, fábricas, casas de pensión u hospedaje, clínicas, sanatorios, cantinas, gimnasios, clubes sociales o centros de baile y diversión o cualquier otro fin que no sea la habitación".

Cuarto: Que de los antecedentes de la causa surge lo siguiente:

1. Las partes no han controvertido que las recurrentes tienen destinado el inmueble de su propiedad para rentar de ella, valiéndose de la aplicación **Airbnb** a efectos de dar publicidad y ofrecer reserva de alojamiento a terceros interesados.
2. El carácter y naturaleza que se ha asignado al inmueble ubicado en Comunidad Edificio Jardines de Fray de León, comuna de Las Condes, es estrictamente habitacional.
3. La circular N° 003/2018 señala que "se comenzará a multar por el uso de la aplicación AIRBNB a partir de la emisión de este comunicado. El monto de dicha multa está establecido en el Reglamento de Copropiedad; corresponde a 25 UF la primera vez y 100 UF por faltas reiteradas en el uso de esta aplicación".



Quinto: Que para la adecuada resolución del asunto planteado, se debe considerar, en primer término, que el régimen de propiedad horizontal queda comprendido dentro del marco del ejercicio del derecho de dominio, pero con la salvedad que en él se conjugan derechos individuales con otros de carácter colectivos, es decir, se trata de una forma de ejercer el derecho de dominio que implica, por un lado, la propiedad exclusiva sobre una parte del inmueble - cada unidad o departamento- y por otro, la propiedad de las áreas comunes respetando la normativa legal y consensual permitida por el legislador.

En efecto, el primer inciso del artículo 3° de la Ley N° 19.537, prescribe que *"cada copropietario será dueño exclusivo de su unidad y comunero en los bienes de dominio común"*, entendiendo como unidad, según la definición que da el artículo 2 N° 2 de esa ley, *"los inmuebles que forman parte de un condominio y sobre los cuales es posible constituir dominio exclusivo"*, mientras que son bienes de dominio común, según su ordinal 3°, aquellos que pertenecen a todos los copropietarios por ser necesarios para la existencia, seguridad y conservación del condominio, tales como terrenos de dominio común, ascensores, así como todo tipo de instalaciones generales como ductos de calefacción, además de las terrazas comunes y los bienes muebles o inmuebles destinados permanentemente al servicio, la recreación y el esparcimiento de los copropietarios.



Sexto: Que es respecto de estos últimos sobre los que la mencionada Ley N°19.537 de Copropiedad, permite, por regla general, una mayor intensificación normativa a los órganos administrativos encargados de la gestión de los bienes comunes a través de la dictación de reglamentos de copropiedad, tal como se desprende de la lectura de sus artículos 3, 4, 5, 6, 8, 13, 23, 28 y 36.

En este sentido, a los órganos de administración de los condominios se les encomienda la regulación y fiscalización de diversas materias concernientes a los bienes de dominio común, para ser resueltas, en su caso, por los copropietarios reunidos en asambleas ordinarias y extraordinarias, debiendo tratarse en las primeras, la rendición de cuentas correspondiente a los últimos doce meses, sin perjuicio de cualquier otro asunto relacionado con los intereses de los copropietarios; mientras que en las extraordinarias, serán tratados asuntos relativos a los bienes comunes como su enajenación o arrendamiento, constitución de derechos de uso y goce exclusivos a favor de uno o más copropietarios, u otras formas de aprovechamiento de tales bienes (artículo 17 de la Ley N°19.537).

Séptimo: Que, por otra parte, el artículo 17 N° 10 de la Ley sobre Copropiedad Inmobiliaria, regula la posibilidad que mediante asambleas extraordinarias pueda tratarse el cambio de destino de las unidades del



condominio, sin perjuicio de ser innecesaria la reunión si en el mismo reglamento comunitario se contienen normas que traten esta materia; mientras que su artículo 32, prescribe que *"las unidades se usarán en forma ordenada y tranquila y no podrán hacerse servir para otros objetos que los establecidos en el reglamento de copropiedad."*

Octavo: Que, excepcionalmente, estas dos disposiciones de la Ley N°19.537 regulan el ejercicio de las facultades que entrega el dominio a los propietarios de cada unidad, debiendo resolverse, luego de entregarse el marco normativo que rodea la discusión, si acaso las materias que son objeto del presente recurso pueden entenderse contenidas en las disposiciones del reglamento invocado por los recurridos para así revestir de legalidad la actuación que les ha sido reprochada.

Noveno: Que, al ser la propiedad horizontal una forma especial del derecho de dominio, su análisis debe adecuarse, en primer término, a su finalidad y contenido, encontrando un inicial soporte en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, que lo entiende vulnerado en tanto se entrase a su titular la posibilidad de realizarlo más allá de lo razonable, en particular, cuando las facultades que son inherentes al dominio se ven impedidas de ser ejercidas en plenitud, siendo tales las de uso, que permite al propietario emplear para sí mismo el bien; la de goce, que otorga a su titular la potestad de



percibir los frutos o productos que sea posible entregar; y, la de disposición, que es aquella que permite la enajenación de la cosa, su consumo o transformación.

De este modo, "la esencia del derecho -de propiedad- debe ser conceptualizada desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se 'impide el libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°43-1987).

Décimo: Que dentro de las facultades que entrega el dominio a su titular, está la posibilidad de ceder su uso a un tercero, celebrando al efecto un contrato de arrendamiento, una de cuyas características es su temporalidad, es decir, su limitación en el tiempo sin perjuicio de su tácita reconducción si las partes desean persistir en él, sin que en la legislación se contenga limitación alguna sobre este ámbito.



Undécimo: Que, en la prohibición impugnada por esta vía subyace el hecho que los recurridos atribuyen a la actora la ejecución de una modalidad de hospedaje que a su juicio se encasilla en actividades hoteleras tales como Apart Hotel, motel, pensión u hospedaje, la cual se ejecuta a través de la plataforma informática aludida, fenómeno desregulado, que opera bajo un sistema de reservas de hospedaje, con garantías de pago de estadía exigidas y correspondientes al período total que se desea contratar, respecto de la cual no existe limitación en cuanto a la extensión de la estadía, la que puede ser de días u horas según lo contratado por el cliente.

Duodécimo: Que, en este estado de cosas es imprescindible detenerse en lo sostenido por esta Corte en fallos anteriores que abordan la materia discutida en estos autos. En los autos rol N° 16.663-2017, los actores reclamaron en contra de la administración del edificio por haberles prohibido de modo general arrendar sus departamentos por períodos inferiores a treinta días, concluyéndose en la sentencia referida que de la manera planteada, la medida de la administración aludida estaba desprovista del necesario sustento normativo, toda vez que la misma implica una limitación que afecta en la esencia las facultades que entrega el dominio como asimismo debe objetarse toda constricción respecto del uso temporal a los ocupantes del inmueble, puesto que su cesión transitoria



por sus dueños tampoco encuentra limitación legal, en la medida que se les dé un uso lícito y habitacional, sin cambio de su destino y excluyendo una finalidad de carácter comercial, tal como expresamente señalan los sentenciadores de alzada en *"el caso de autos las unidades del condominio, según se ha dejado dicho dispone el Reglamento de Copropiedad, solamente se le puede dar una finalidad habitacional y, en ninguna eventualidad, conforme a su actual destinación, un uso comercial, entre otros"* (razonamiento décimo quinto). Sin embargo, el caso rol N° 8366-2018, a diferencia del fallo precedente, la Corte descarta el actuar arbitrario de la administración de un edificio, tras establecer que el reglamento de la comunidad impide dar uso comercial a inmuebles destinados a uso habitacional, estimando que la condición de una construcción destinada a la vivienda, se contrapone, por su propia naturaleza y características, con el ejercicio de actividades de índole mercantil, de modo que mientras dicho destino no sea modificado por los canales y a través de las formalidades adecuadas, no podrá ser utilizado para la explotación del quehacer comercial como arriendos vacacionales, sea por temporadas o por días, además de otros servicios asociados. A ello se agrega que la actividad ejercida y reconocida por la recurrente es de naturaleza comercial y que la labor que realiza corresponde a la publicidad y arrendamiento, con fines



lucrativos, del departamento cuya administración les ha sido confiada, la que realiza habitualmente, percibiendo al efecto una comisión por la prestación de sus servicios, por períodos menores a los establecidos en el Reglamento acordado para el condominio, supuesto que pueden llegar a extenderse hasta por días de pernoctación singularmente considerados. Como se advierte, en el caso que se analiza a partir de esta última sentencia, se está en presencia de una explotación indiscutidamente comercial de un inmueble en que los propietarios ofertan la unidad para alojamiento de huéspedes por periodos estacionales provocando con esta externalidad, una afectación que incentiva las controversias entre copropietarios y que la Corte resuelve en favor de la administración.

Décimo tercero: Que corresponde señalar que bajo el formato analizado precedentemente, se aborda un tipo de alojamiento en un inmueble que se destina habitualmente a su arriendo a través de una aplicación como **Airbnb**. Dicha modalidad responde a una situación no reglada en nuestro ordenamiento jurídico, consistiendo en la oferta a terceros a través de plataformas digitales de contacto como portales en línea dirigida a huéspedes normalmente viajeros o de paso, ofrecidas por propietarios, agentes de intermediación o administradores que operan en carácter de "anfitriones". Desde luego, dicha modalidad no se ajusta a la actividad regulada, típica y homologable de



hospedaje turístico a través de hoteles, residenciales, posadas, fondas o pensiones que en su ejercicio como actividad comercial prevista en el Artículo 3 N° 5 del Código de Comercio, se encuentran afectas a una regulación completa y responsable desde el punto de vista tributario, municipal, sanitario, de seguridad y garantía de pasajeros y de protección al consumidor. Cabe destacar que el uso de estas plataformas tecnológicas, como modalidad de arriendos estacionales, ha sido de materia de gran debate en el Derecho Comparado (Ver. Javier Gil y Jorge Sequera, "Expansión de la Ciudad Turística. El Caso de Airbnb", Revista de Metodología de Ciencias Sociales N° 41, septiembre-diciembre, 2018, pp. 15-32; Rafael Sanz Gómez, "Airbnb, ¿economía colaborativa o economía sumergida? Reflexiones sobre el papel de las plataformas de intermediación en la aplicación de los tributos", Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, Comunicación de 16 de Junio de 2017; Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona, Airbnb Online Servicios Spain S.L y Dirección General de Turismo de Cataluña, de 29 de Noviembre de 2016; Martha Patricia Corrales, "Un análisis sobre la regulación de Airbnb en Colombia", Universidad Javeriana de Bogotá, (Colombia ,2018) Estos autores tratan el tema a nivel internacional y convienen en que el impacto de este negocio -propio de una economía colaborativa- afectan de manera trascendente el hospedaje turístico formal, lo que



ha forzado a una legislación de contexto en cada centro urbano que regule su utilización y enfrente este problema dentro de un ámbito de racionalidad. En esta misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), refiriéndose a este modelo de negocio de plataformas online de intermediación dictaminó en 2017 que esta empresa podría ser considerada como una agencia de viajes y someterse a las leyes que regulan dicha actividad. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017).

Décimo cuarto: Que, a partir de lo razonado, en las sentencias aludidas en los considerandos que preceden, se pueden establecer criterios a fin de determinar el tipo de aprovechamiento que se está haciendo de este inmueble en régimen de copropiedad habitacional, según hemos visto, para su uso "*ordenado y tranquilo*" y, en consecuencia su conformidad con la normativa vigente.

De acuerdo a lo que se viene diciendo, en línea de principio la cesión transitoria del uso y goce de un inmueble en condominio, a título gratuito u oneroso, en términos generales no encuentra limitación de origen legal alguna, siempre que se les dé o asigne total o parcialmente un uso lícito y habitacional, sin cambio de su destino y excluyendo, desde luego, una finalidad propia, inherente y necesaria a una de naturaleza comercial.



Queda, no obstante de manifiesto, como contrapartida, que la naturaleza de las labores que desarrollan las recurrentes se contraponen con el carácter y el destino habitacional del citado edificio, atento a lo dispuesto en el Reglamento de Copropiedad del inmueble que, como se ha visto prohíbe explícitamente la destinación de los diversos departamentos o unidades al giro de "**Apart Hotel**", que es precisamente la definición que más se ajusta a la oferta de hospedaje estacional de la plataforma de **Airbnb** la que se puede aplicar a los servicios de arrendamiento generalmente por plazos de días, inferiores a 15. En este mismo orden de ideas, se advierte que otro criterio ineludible que se aplica al supuesto enjuiciado aparecería configurado por la presencia o ausencia de una finalidad comercial, circunstancia que conduce a remitirse al concepto de habitualidad que se recoge en el artículo 7° del Código de Comercio, norma que distingue, precisamente, a los comerciantes, esto es, a las personas que "*teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual*". Así, lo habitual de la actividad mercantil de ofrecer como anfitrión servicios de alojamiento exige regularidad en el desarrollo de una misma conducta con ánimo profesional, programada anticipadamente y mantenida en el tiempo, contraponiéndose entonces a lo ocasional, singular o esporádico. En cuanto a la relación de habitualidad, resulta insoslayable considerar el espacio de



tiempo por el cual la propiedad es puesta a disposición de un tercero para su uso y goce. Así, de acuerdo a lo señalado el criterio precedentemente aludido requiere de regularidad, programación, reiteración y frecuencia del actuar aludido, circunstancias cuya convergencia resulta irrefutable en arriendos por hora o de un número de días inferior a 15, que ponen en evidencia la ausencia del ánimo para residir o morar toda vez que la estancia es fundamentalmente efímera y por lo tanto no habitacional.

Finalmente, otro elemento a considerar es la publicidad del servicio ofrecido, mediante la oferta pública del inmueble a través de un medio de comunicación digital masivo como es un portal **on line**, donde el aviso por internet -en sitios especializados- es el de mayor frecuencia y utilización.

Décimo quinto: Sentado lo anterior corresponde ahora examinar si la decisión de la administración recurrida del Condominio, se ajusta o no a los criterios de legalidad.

En este punto resulta preciso recordar que la medida impugnada por esta vía consiste en la implementación de un sistema de multas comunicadas, como en la especie ocurre por la Administración a quienes hagan uso de la plataforma **Airbnb**, prohibición que se realiza precisamente en el supuesto descrito en el fundamento precedente, que es armónico con el uso habitacional exclusivo de los inmuebles y con la prohibición de su arriendo como Apart Hotel y por



horas, según lo dispone el reglamento de copropiedad, obligación que aparece transgredida por el actor a los efectos de resolver el presente recurso de protección, cuando se arrienda un departamento por un plazo inferior a 15 días utilizando la aplicación en referencia, puesto que, ante tales antecedentes, no es posible observar, en principio, los elementos necesarios que permitan calificar de civil el contrato de arrendamiento, decisión que, en esas circunstancias no afecta el derecho de propiedad del recurrente y, por lo mismo, procede rechazar el recurso de protección interpuesto.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de seis de agosto del año dos mil dieciocho.

Redacción a cargo del Ministro Señor Arturo Prado Puga.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 20.667-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Pedro Pierry A. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Quintanilla y Sr. Pierry por estar ausentes. Santiago, 18 de marzo de 2019.



SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 18/03/2019 10:38:46

ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 18/03/2019 10:45:16

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 18/03/2019 10:45:17



En Santiago, a dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

