

EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES: UN CASO DE EVENTUAL COMPETENCIA DESLEAL Y DE ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS OFERENTES DE DICHOS INMUEBLES

THE LEASE OF REAL ESTATE THROUGH DIGITAL PLATFORMS: A CASE OF POSSIBLE UNFAIR COMPETITION AND ABUSE OF THE FREEDOM OF ENTERPRISE AND PROPERTY RIGHTS OF THE OFFERERS OF SUCH REAL ESTATE

JOEL GONZÁLEZ CASTILLO*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar la legalidad del arriendo de inmuebles amoblados a través de plataformas digitales. Se desarrollan, fundamentalmente, cuatro factores que llevan a concluir su ilegalidad: (i) afectación del derecho de propiedad de otros comuneros, (ii) explotación comercial de inmuebles de uso habitacional, (iii) conducta constitutiva de competencia desleal, y (iv) abuso del derecho. En especial, se estudia cómo el incumplimiento simultáneo y relevante de la legislación tributaria, laboral, sectorial, y de otra índole, que deja en una posición mejorada a un oferente, constituye una conducta de competencia desleal al amparo del artículo 3° de la ley sobre competencia desleal. La disrupción tecnológica, la innovación y nuevas modalidades de contratación que favorecen a los usuarios deben ser acogidas, pero en igualdad de condiciones para todos los competidores u oferentes. Si bien, como se desarrolla, se trata de una actividad no regulada, ello no la pone al margen de la legislación debiendo aplicarse la de actos similares como ocurre con todo contrato innominado.

Palabras clave: plataformas digitales, arriendo, hospedaje, competencia desleal, abuso del derecho.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the legality of the rental of furnished real estate through digital platforms. It develops, fundamentally, four factors that lead to conclude its illegality: (i) infringement of the property rights of other co-owners, (ii) commercial exploitation of real estate for residential use, (iii) conduct constituting unfair competition, and (iv) abuse of rights. In particular, it studies how the simultaneous and relevant non-compliance with tax, labor, sectorial, and other legislation, which leaves an offeror in an improved position, constitutes unfair competition conduct under article 3 of the law on unfair competition. Technological disruption, innovation and new contracting modalities that favor users must be welcomed, but under equal conditions for all competitors or suppliers. Although, as the paper will show, it is an unregulated activity, this does not put it outside the legislation and the legislation of similar acts should be applied as in the case of all unnamed contracts.

Keywords: digital platforms, leasing, hosting, unfair competition, abuse of rights.

* Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl. Código Orcid: 0000-0002-4006-2631. Agradecemos los comentarios y observaciones del profesor Felipe Bravo Allende al capítulo sobre competencia desleal.

I. INTRODUCCIÓN. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL DERECHO CHILENO. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS PLATAFORMAS

El “arriendo” (precisaremos esto más adelante) de inmuebles habitacionales amoblados a través de plataformas digitales u *online*, generalmente por plazos inferiores a 15 días, se ha masificado en Chile y el mundo, surgiendo al mismo tiempo una intensa discusión sobre su legalidad por la afectación del derecho de propiedad de otros comuneros y la explotación comercial de inmuebles de uso habitacional, sumado a su ausencia de regulación.

En estas plataformas se opera bajo un sistema de reservas de hospedaje, con garantías de pago de la estadía correspondientes al período total que se desea contratar, no existiendo limitación en cuanto a la extensión de la misma, la que puede ser de días u horas, según lo contratado por el cliente. Existen tres partes en la operación, la compañía, que ofrece una plataforma para llevar adelante la contratación en línea, el oferente de un inmueble amoblado para arriendos de corto tiempo, o anfitrión, y el demandante de esos inmuebles, o huésped¹.

Las empresas mencionadas se enmarcan en lo que se conoce como economía colaborativa (*sharing economy*) o “economía de plataforma”, que aunque no existe aún una definición comúnmente aceptada, se puede considerar que es aquella

“que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet. La economía colaborativa se caracteriza por una horizontalización de la estructura económica para el intercambio de bienes y servicios infrautilizados, basándose en ‘redes distribuidas’ de individuos y comunidades interconectados digitalmente, en contraste con el paradigma analógico de instituciones centralizadas, la propiedad como método predominante de acceso a los bienes económicos y la relación predominantemente unidireccional de consumidor-empresa”².

Respecto a los efectos, la economía colaborativa, se dice, presenta numerosos beneficios para los consumidores y usuarios, entre otros, facilita la entrada de nuevos proveedores

¹ La descripción de la operación contractual de estas plataformas donde intervienen la compañía, “anfitriones” y “huéspedes”, puede verse con más detalle en AMUNÁTEGUI (2019).

² Véase al respecto el acabado trabajo de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA (2016) p. 18. Boboc hace ver que la terminología empleada para referirse al fenómeno abordado no es homogénea. Entre las expresiones más comúnmente utilizadas se encuentran: “consumo colaborativo”, “economía compartida”, “economía bajo demanda”, “economía de acceso”, etc., si bien la más frecuente es la de “economía colaborativa”. Aunque el tema había sido tratado antes por otros autores, la popularización del concepto de economía colaborativa se atribuye a Rachel Botsman y Roo Rogers, autores del libro *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Tampoco existe un concepto unánime de economía colaborativa, pudiendo adoptarse uno amplio o restringido, esto es, si se considera que la economía colaborativa engloba todo tipo de intercambio en los que interviene una plataforma digital, o, por el contrario, solo aquellos entre iguales, o, incluso, únicamente entre particulares. BOBOC (2018) pp. 273 y 275.

de bienes y servicios, la mayor competencia conduce a precios más bajos, mayor calidad por un mismo precio, más oferta y fomento de la innovación³. Además, estos nuevos canales de intermediación, generalmente bajo la forma de plataformas digitales,

“pueden representar una reducción de costes frente a la forma habitual de actuar de los intermediarios tradicionales, tanto en lo que respecta a los costes de transacción (información, negociación, litigiosidad y garantía) como en la expugnabilidad de los mercados, así como los costes de entrada y salida de los mismos. Esto debería generar efectos procompetitivos a corto y a largo plazo”⁴.

II. LA CALIDAD JURÍDICA DE LAS PLATAFORMAS: ¿MEROS INTERMEDIARIOS O PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO?

Surge el problema de cómo calificar la actividad de las plataformas, siendo las alternativas o que se le considere simples intermediarias o bien que desarrollan efectivamente un servicio de hospedaje turístico. La importancia de una u otra calificación es que si se determina que Airbnb, u otra plataforma, sí ofrece un servicio de hospedaje –y que no presta solo un servicio de intermediación–, podría dar fundamento, al no cumplir con la normativa nacional vigente, para estimar, eventualmente, en alguna medida, su participación en una conducta de competencia desleal, cuestión que luego desarrollaremos.

Existen diversos factores que nos llevan a concluir que estas plataformas son solo intermediarias (“corredores” en los términos de los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio) y que no prestan un servicio de alojamiento. En efecto, las plataformas que tratamos lo que efectúan, fundamentalmente, es un acto de mediación entre la oferta y la demanda; por otra parte, no son ellas las oferentes de los inmuebles sino los propietarios que listan sus propiedades en esas plataformas las cuales solo ponen a disposición de los oferentes un medio o soporte tecnológico para que sus inmuebles tengan una suerte de vitrina virtual al alcance de usuarios en cualquier parte del mundo; los precios son fijados por los propios oferentes sin intervención de las plataformas⁵; éstas cobran por sus servicios una comisión con cargo en parte del oferente y en parte del usuario⁶, algo propio de la inter-

³ Véase por todos, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA (2016) p. 13.

⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA (2016) p. 19.

⁵ En este sentido, Airbnb “no dirige ni controla su Servicio de Anfitrión, y usted entiende que puede, a su exclusivo criterio, decidir si presta el Servicio de Anfitrión, cuándo y a qué precio y en qué condiciones”. AIRBNB, INC (2021b) apartado 5.3.

⁶ Así, “Cuando se reserva un espacio, la comisión de servicio puede estructurarse de dos formas distintas: o bien es compartida (es decir, la pagan entre el anfitrión y el huésped), o bien el anfitrión asume el importe completo. 1. Comisión compartida. Esta opción es la más común. La comisión de servicio del anfitrión se deduce del cobro que recibe; por otra parte, a los huéspedes se les cobra cuando abonaron el pago de la reserva...”. AIRBNB, INC (2021a)

mediación⁷; los impuestos los paga el oferente⁸; los ingresos son también para los oferentes recibiendo la plataforma solo una comisión, y, finalmente la plataforma carece de los activos necesarios para la prestación del servicio de alojamiento. En rigor, las tareas que asume y ejecuta la plataforma no dejan de ser auxiliares en relación con la prestación del servicio subyacente: encargarse del cobro del precio por adelantado y ofrecer a los clientes mecanismos de evaluación o calificación de los servicios y de los “anfitriones-oferentes”.

En el mismo sentido, las propias plataformas se califican como un espacio en línea de intermediación. Así, por ejemplo:

“Airbnb ofrece una plataforma que permite a los Miembros publicar, ofrecer, buscar y reservar Servicios de Anfitrión. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos. Airbnb no es una de las partes ni interviene de otro modo en la relación contractual entre los Miembros”⁹.

Es lo mismo que ha concluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) según pasamos a exponer.

No obstante la similitud entre Uber y Airbnb, ambas son plataformas digitales que ponen en contacto a oferentes y usuarios, el TJUE las ha calificado de distinta manera. Para dicho tribunal lo relevante, como cuestión *decisoria litis*, es si la plataforma tiene o no una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios. Así, al contrario de lo que resolvió en 2017 a propósito de Uber, al cual calificó como un servicio de transporte, en 2019 dijo que Airbnb solo era un mero intermediario que no formaba parte de un servicio global de alojamiento. Veamos.

En el caso Uber el razonamiento del TJUE fue como sigue:

“de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, **Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores**. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio

⁷ Esto acorde con que “el corredor es un simple intermediario, que ayuda a las partes a concluir sus negocios (...) la función primordial del corredor es mediar, esto es, acercar a las partes para que concluyan sus negocios. La mediación, que es siempre asalariada, no solo se limita a poner en contacto a las partes, sino que además contribuye enormemente a la preparación y celebración misma del contrato”. SANDOVAL (2015) pp. 109 y 198. Todos aspectos que se observan en las plataformas de alojamientos.

⁸ Por ejemplo, dentro de las normas de Airbnb se señala que el anfitrión “es responsable de averiguar y cumplir sus obligaciones legales respecto a declarar, recaudar, liquidar o incluir en el precio el IVA u otros impuestos indirectos aplicables, impuestos sobre el alojamiento, tasas turísticas, impuestos sobre la renta u otros gravámenes”. AIRBNB, INC (2021b) apartado 8.1.

⁹ AIRBNB, INC (2021b) apartado 16.

máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de ‘servicio de la sociedad de la información’ (...), sino a la de ‘servicio en el ámbito de los transportes’¹⁰.

Por el contrario, en 2019, en el caso Airbnb, el TJUE afirmó que si bien ha declarado que

“un servicio de intermediación que cumpla todos esos requisitos (de un servicio de la sociedad de la información) constituye, en principio, un servicio distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado y, por consiguiente, debe calificarse de ‘servicio de la sociedad de la información’, no ocurre así en el supuesto de que ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica”¹¹

y cita, en ese sentido, la sentencia Uber que hemos referido.

En la especie, AHTOP (*Association pour un hébergement et un tourisme professionnels*) alegaba, esencialmente, que el servicio prestado por Airbnb Ireland “es parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es una prestación de alojamiento (...) que no se limita a poner en contacto a dos partes a través de su plataforma electrónica, sino que también ofrece servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en transacciones inmobiliarias”¹².

El TJUE razonó que:

“ese servicio de intermediación es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha en la medida en que no solo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica epónima que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones. La creación de esa lista en beneficio tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan ese tipo de alojamiento constituye el principal rasgo de la plataforma electrónica gestionada por Airbnb Ireland”¹³.

¹⁰ ASOCIACIÓN PROFESIONAL ELITE TAXI CON ÜBER SYSTEMS SPAIN S.L. (2017) apartados 39-40.

¹¹ AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019) apartado 50.

¹² AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019) apartado 51.

¹³ AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019) apartado 53.

Agrega el TJUE que

“un servicio como el prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles”¹⁴

y que de la información que figura en los autos

“(no) resulta que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento. De ello se deduce que, en cuanto tal, un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento”¹⁵.

Concluye el TJUE marcando la diferencia entre Uber y Airbnb:

“el Tribunal de Justicia señaló en dichas sentencias que Uber ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los conductores no profesionales mediante la aplicación que les fue facilitada por dicha empresa (sentencias de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C434/15, y de 10 de abril de 2018, Uber France, C320/16). Ahora bien, los elementos tomados en consideración por el órgano jurisdiccional remitente (...), **no permiten demostrar que Airbnb Ireland ejerza tal influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento** a los que está vinculado su servicio de intermediación, puesto que, en particular, Airbnb Ireland no determina ni directa ni indirectamente el precio de los arrendamientos (...), al igual que tampoco selecciona a los arrendadores ni los alojamientos que estos ofrecen en su plataforma”¹⁶.

III. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NACIONAL

Como muchos países, el nuestro carece de una normativa específica para esta actividad. Lo único, al respecto, es la ley N° 21.210, del 24 de febrero de 2020, que estableció que los servicios remotos remunerados prestados por no residentes no domiciliados en Chile, deben pagar el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

¹⁴ *AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS* (2019) apartado 55.

¹⁵ *AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS* (2019) apartados 56-57.

¹⁶ *AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS* (2019) apartados 67-68.

De ahí, que se podría argumentar que este tipo de alojamientos, por tratarse de una actividad no regulada, no puede, entonces, incurrir en incumplimiento de norma legal alguna. Sin embargo, lo cierto es que el hecho que la actividad que comentamos no esté regulada solo significa que estamos en presencia de contratos innominados o atípicos a los cuales se les aplica la legislación común general y, por analogía, la de los actos típicos o nominados más semejantes o parecidos¹⁷, en la especie, la actividad hotelera. Los contratos innominados, esto hay que destacarlo, no se transforman, por ser tales, en “islas jurídicas” al margen de la ley. Todo contrato innominado debe celebrarse cuidando de no vulnerar la moral, el orden público y la ley, y se viola esta última cuando no se cumplen obligaciones tributarias, municipales y demás, como sucede en este tipo de negocios según explicaremos. Quienes participen del negocio de alojamiento turístico deben someterse a las normativas comerciales, tributarias y sectoriales básicas, tal como lo hacen todas las empresas y, específicamente, a las de la hotelería. Tienen que regirse por un marco legal mínimo, como emitir boletas y facturas, pagar impuestos, contar con una patente comercial y dar cumplimiento a normas sanitarias y de seguridad. De lo contrario, además de vulnerar muy diversa legislación, los pondría en una situación de competencia inmerecidamente mejorada respecto del resto de los actores de ese mercado.

En todo caso, sin duda sería conveniente que, en lo posible, en el corto plazo, como ya lo han hecho otros países y ciudades, el nuestro regule también esta actividad dada la masividad que ha alcanzado¹⁸. La necesidad de regulación se hace imperiosa para formalizarla y despejar toda incerteza jurídica a su alrededor.

¹⁷ Se han formulado varias teorías para determinar la legislación aplicable a los contratos innominados: “La teoría de absorción busca el elemento preponderante, y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico, se aplica su normativa. Por ejemplo: puede considerarse que en el ‘contrato de garaje’ se busca ante todo la custodia del vehículo, por lo que la prestación principal es la de custodia que ha de prestar el garajista, lo que permite acudir a la normativa del contrato de depósito. En contra, la teoría de la combinación construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos, teniendo presente el fin perseguido por los contratantes. La teoría de la absorción plantea una dificultad inicial, cual es la de calificar el elemento preponderante o, si se quiere, el verdadero objeto perseguido por los contratantes. Cabe dudar, por ejemplo, de si en el contrato de garaje se ha querido más que la custodia el arrendamiento de un espacio, o si en un contrato de hospedaje se quiere preponderantemente el alquiler de la habitación más que las prestaciones de manutención y servicios. Por eso, para los supuestos que no admitan la teoría de la absorción conviene la teoría de la combinación, que habrá de realizarse sin perder de vista el fin contractual pretendido. Hay una tercera teoría, llamada de la aplicación analógica, que recomienda la aplicación de la normativa de la figura tipificada más afín. Solución aparentemente simple, pero enormemente dificultosa, al tropezar con una realidad casi insuperable: la atipicidad del contrato, en otras palabras, su no encaje en los tipos legales, y lo que se quiere es precisamente lo contrario”. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001) p. 37.

¹⁸ Algunas legislaciones se han inclinado por colocar muchas restricciones, casi al nivel de prohibición, a Airbnb y otras plataformas con el ánimo de defender a la industria hotelera y eliminar los incentivos de que los propietarios “hotelicen” sus propiedades (por ejemplo, Berlín, *Zweckentfremdungsverbotsgesetz*, 2014), mientras que otros países o ciudades han permitido el funcionamiento de las mismas bajo la imposición de ciertas restricciones –por ejemplo, se prohíbe el arrendamiento de unidades por menos de treinta días (Nueva York, *New York State Multiple Dwelling Law*, 2016) o bien un número máximo de días que se puede alquilar la propiedad al año (San Francisco, *Ordinance No. 178-16, Short-Term Residential Rentals*, 2016; París, *Code du Tourisme*, article L324, Londres, *Deregulation Act*, 2015, Amsterdam, *Wet toeristische verhuur van woonruimte*, 2020)– que tienen el fin de mitigar las externalidades negativas causadas por los arrendamientos de corto plazo.

Si bien en nuestro país hay una ausencia de regulación especial, deben tenerse presentes varias disposiciones de la ley N° 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria que, en lo que interesa para este trabajo, regulan el ejercicio de las facultades que entrega el dominio a los propietarios de cada unidad. Así, el artículo 32 de la citada ley prescribe que:

“Los copropietarios, arrendatarios u ocupantes a cualquier título de las unidades del condominio, deberán ejercer sus derechos sin restringir ni perturbar el legítimo ejercicio de los derechos de los demás ocupantes del condominio. 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 (...). Tampoco se podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los copropietarios o comprometa la seguridad, salubridad y habitabilidad del condominio o de sus unidades”;

mientras que su artículo 17 N° 10 señala que solo podrán tratarse en sesiones extraordinarias de la asamblea el “cambio de destino de las unidades del condominio”. Además, debe tenerse presente el artículo 28 que dispone que los copropietarios de un condominio deberán acordar un reglamento de copropiedad con los siguientes objetos: “b) Imponerse las limitaciones que estimen convenientes”. Como se ve, esta norma permite imponer limitaciones recíprocas en el ejercicio de su dominio a los distintos copropietarios.

Generalmente, los Reglamentos de Copropiedad reproducen en una de sus cláusulas el artículo 32 citado y, además, prohíben a los propietarios destinar cualquier unidad a un uso que se aleje de su naturaleza, esto es, estrictamente habitacional. Algunos son más explícitos y establecen la prohibición de usar los departamentos como *apart hotel* y la de arrendar los departamentos por horas. En todo caso, es algo que debe evaluarse caso a caso, ya que hay diferencias entre un reglamento y otro.

Por otra parte, el artículo 582 del Código Civil dispone que: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. Como se sabe, las facultades esenciales del dominio son usar, gozar y disponer de un bien. Actos de disposición y administración (por ejemplo, ventas y arriendos, respectivamente) se pueden celebrar al amparo de la facultad de disposición; percibir los frutos civiles (rentas de arrendamiento, por ejemplo), en tanto, encuentran su fundamento en la facultad de goce¹⁹.

Referente al arrendamiento este no tiene limitación legislativa, en cuanto a su duración, sea mínima o máxima.

IV. LA TUTELA DEL PERJUDICADO A TRAVÉS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

La controversia respecto de estos arriendos de inmuebles, se ha planteado en sede de protección, alegándose, fundamentalmente, vulneración del N° 24 del artículo 19 de la

¹⁹ Véase por todos: PEÑAILILLO (2019) pp. 435-440, RAJEVIC (1996) pp. 23-97.

Constitución Política, esto es, el derecho de propiedad y que los departamentos son explotados comercialmente lo cual está prohibido por los respectivos reglamentos de copropiedad.

Los recursos, similares en su texto, en síntesis exponen que habría una explotación comercial de los inmuebles que generaría

“un continuo entrar y salir de turistas, lo que pone en riesgo a los copropietarios del edificio, a la vez que (...) los lugares comunes del edificio, tales como estacionamientos, gimnasio, lavandería, sala de eventos, entre otros, son publicitados como servicios, disponiendo los turistas de ellos mediante la entrega de llaves y controles para el acceso a ellos (...) existen constantes ruidos molestos, fiestas hasta altas horas de la noche, riñas, uso excesivo de espacios comunes, resultando éstos insuficientes en tamaño para el exceso de ‘pasajeros’ y suciedad que se generan, entre otras molestias”²⁰.

Los hechos descritos conculcarían la garantía del artículo 19 N° 24,

“toda vez que los propietarios adquirieron sus inmuebles teniendo certeza que se trataba de un edificio con fines habitacionales y no comerciales, sin perjuicio de que, además, el servicio a turistas afecta, especialmente, el uso de espacios comunes con fines y modalidad distinta de los señalados en el reglamento de copropiedad”²¹.

Desde luego, debemos señalar, que el hecho que la modalidad de alojamiento descrita no esté regulada en nuestra legislación no puede ser el motivo de su ilegalidad, pues, como es sabido, en uso de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual las partes son libres de celebrar cualquier acto o contrato, esté o no regulado positivamente, de ahí la figura de los contratos atípicos o innominados.

A nuestro juicio, la ilegalidad de estos alojamientos temporales debe encontrarse en: (i) el carácter comercial de la actividad, cuestión prohibida, generalmente, por los reglamentos de copropiedad (ii) la vulneración del derecho de propiedad de los otros propietarios, (iii) una eventual competencia desleal, y (iv) el abuso del derecho por parte de quienes comercializan sus unidades bajo estas modalidades. Los dos primeros, aunque no siempre, han sido invocados por los tribunales para acoger los recursos.

Así, en un comienzo, se rechazó un recurso de protección porque el impedimento de arrendar los departamentos por períodos breves afectaría las facultades del dominio y porque, además, no habría una explotación comercial de los mismos (se trataría de una actividad civil). Los actores reclamaban en contra de la administración del edificio por haberles prohibido de modo general arrendar sus departamentos por períodos inferiores a treinta días, razonando la Corte Suprema que “no puede el Reglamento de Copropiedad o un acuerdo del comité o de la asamblea, imponer una limitación que afecte directamente

²⁰ Así, *VELASCO CON CONDEZA* (2021), cons. 1°. Es lo que se conoce como “inmisiones” y que ha sido tratado ampliamente en nuestro país por AMUNÁTEGUI (2009) pp. 505-525, AMUNÁTEGUI (2012) pp. 77-120, AMUNÁTEGUI (2013) pp. 45-88.

²¹ Así, *VELASCO CON CONDEZA* (2021), cons. 1°.

y en su esencia los atributos que el derecho de dominio entrega a su titular²² y que debe objetarse toda constricción respecto del uso temporal del inmueble, puesto que su cesión transitoria por sus dueños tampoco encuentra limitación legal, afirmación que tiene sustento normativo en lo que disponen los artículos 14 y 30 de la Ley N° 19.537²³, que razonan sobre la base de ser factible arrendar los inmuebles de los que cada propietario es dueño, incluyendo, los espacios comunes²⁴. Concluye, nuestro más alto tribunal, que careciendo entonces la prohibición de arrendar los departamentos del edificio por menos de treinta días del necesario sustento normativo; tal prohibición, establecida en el Reglamento de Copropiedad, y la comunicación de la misma por la Administración -siempre que se les dé por los arrendatarios un uso lícito y habitacional, sin cambio de su destino y excluyendo una finalidad de carácter comercial- no solo es ilegal, sino que además, es arbitraria al estar desprovista de una mínima exigencia de racionalidad que la sostenga²⁵.

Sin embargo, posteriormente, en el causa Rol N° 8.366-2018, a diferencia del fallo precedente, la Corte Suprema descartó el actuar arbitrario de la administración de un edificio, tras establecer que el giro de apart hotel es un acto de comercio al tenor de lo establecido en el artículo 3° del Código de Comercio, en cuanto dispone que: “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 5° Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”. En efecto, agrega nuestro más alto tribunal, tradicionalmente se ha entendido que en este numerando queda incluida la actividad hotelera, que es precisamente la que entrega la actora y llevada a cabo, por ella, de manera habitual, característica que, según el artículo 7° del Código citado, distingue a los comerciantes, esto es, a las personas que “teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”²⁶. Continúa el razonamiento de la Corte Suprema afirmando que la cualidad atribuida al edificio en cuestión, vale decir, su condición de 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 por la recurrente para la explotación del quehacer comercial²⁷ y que, además, el Reglamento de Copropiedad del inmueble prohíbe explícitamente la destinación de los diversos departamentos al giro de “Apart Hotel”, que es preci-

²² *LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA* (2017), cons. 15°.

²³ La primera de dichas normas dice: “Los derechos de cada copropietario en los bienes de dominio común son inseparables del dominio exclusivo de su respectiva unidad y, por tanto, esos derechos se entenderán comprendidos en la transferencia del dominio, gravamen o embargo de la respectiva unidad. Lo anterior se aplicará igualmente respecto de los derechos de uso y goce exclusivos que se le asignen sobre los bienes de dominio común”. Por su parte, el artículo 30 inc. 1° dispone: “Las normas del reglamento de copropiedad serán obligatorias para los copropietarios, para quienes les sucedan en el dominio y para los ocupantes de las unidades a cualquier título”.

²⁴ *LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA* (2017), cons. 16°.

²⁵ *LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA* (2017), cons. 17°.

²⁶ *VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ* (2018), cons. 6°.

²⁷ *VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ* (2018), cons. 7°.

samente la definición más adecuada que se puede aplicar a los servicios de arrendamiento vacacional que se obligó a prestar la recurrente²⁸.

En otro caso, los dueños de un departamento en un condominio recurrieron de protección denunciando como acto ilegal y arbitrario, la emisión de una circular de la administración que notificaba que se cursarían multas a los propietarios que arrendaran sus unidades a través de la plataforma Airbnb basada en lo dispuesto en el Reglamento de Copropiedad que señalaba que quedaba prohibido utilizar las unidades habitaciones como “Apart Hotel” o en la modalidad de arrendamiento por hora. Las recurrentes señalaban que

“la recurrida yerra al equiparar las expresiones antes aludidas con la plataforma Airbnb, la que solo corresponde a una modalidad para rentar su propiedad a particulares o turistas, sin que comparta los aspectos relevantes y diferenciadores del ‘Apart Hotel’”²⁹.

La Corte Suprema, en línea con la anterior sentencia, razonó que la naturaleza de las labores que desarrollan las recurrentes se contraponen con el carácter y el destino habitacional del edificio, atendido a que el Reglamento de Copropiedad prohíbe explícitamente la destinación de los diversos departamentos o unidades al giro de “Apart Hotel”, reiterando que es “la definición que más se ajusta a la oferta de hospedaje estacional de la plataforma de Airbnb y que se puede aplicar a los servicios de arrendamiento generalmente por plazos de días, inferiores a 15”³⁰. La Corte, advierte, que otro criterio ineludible que se aplica al supuesto enjuiciado aparece 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. La habitualidad, continúa la sentencia, 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 habitacional³¹. También un elemento a considerar, dice la misma Corte, 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 *online*³².

Así, para la Corte Suprema, cuando se arrienda un departamento por un plazo inferior a 15 días utilizando la aplicación en referencia, no es posible observar, en principio, los elementos necesarios que permitan calificar de civil el contrato de arrendamiento por lo que no se afecta el derecho de propiedad del recurrente³³.

²⁸ *VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ* (2018), cons. 8°.

²⁹ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 1°.

³⁰ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 14°.

³¹ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 14°.

³² *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 14°. En el mismo sentido, *COMUNIDAD EDIFICIO PIAMONTE CON KOTHER* (2020).

³³ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 15°. Comentando esta sentencia Corral señala que parece acertada la decisión, así como su fundamento basado en la comercialidad de los arriendos vía Airbnb. Cree, sin embargo, que podría hacerse una mayor consideración al Reglamento de Copropiedad y al

La sentencia confirma la procedencia de la multa por haberse infringido el reglamento de copropiedad, pero omite indicar como fundamento el artículo 21 de la ley sobre copropiedad inmobiliaria que es clara al disponer que “el Comité de Administración podrá dictar normas que faciliten el buen orden y administración del condominio, como asimismo imponer las multas que estuvieren contempladas en el respectivo reglamento, a quienes infrinjan las obligaciones de dicha ley y del reglamento de copropiedad”. De esta manera, cada vez que se realice un arriendo turístico prohibido, el Comité puede multar al propietario infractor.

Complementando lo señalado en las sentencias referidas, hay que precisar que más que un arrendamiento estamos en presencia de un servicio de hospedaje consistente en el “alojamiento y asistencia que se da a alguien”³⁴; actividad de carácter comercial, primero, por su analogía con los actos de comercio del artículo 3° N° 5 del Código de Comercio, donde tradicionalmente se ha entendido incluida la actividad hotelera³⁵, y, luego, por la habitualidad con que esos propietarios ofrecen sus unidades para alojamiento de huéspedes por periodos estacionales.

Sobre este artículo 3° N° 5 Sandoval dice que

“el criterio seguido por el legislador es que la explotación de estos rubros se realice bajo la forma de empresas. Es la actividad del empresario que organiza los diferentes medios, humanos y materiales, para ponerlos a disposición del cliente, lo que configura el acto de comercio”³⁶.

Por tanto, como observa Amunategui,

principio de autonomía privada para regular las relaciones entre los copropietarios de una comunidad. Podría aplicarse en estos casos, agrega, la idea de limitaciones a la propiedad fundadas en la autonomía privada, como sucede cuando un propietario constituye un usufructo o una servidumbre voluntaria sobre un bien propio. No es necesario así justificar, a su juicio, la limitación sobre la base de la función social y discurrir sobre el núcleo esencial del derecho de propiedad. Bastaría como razón legitimadora el consentimiento del dueño. Debe considerarse que en materia de servidumbres los particulares tienen libertad para crear diversas modalidades sin que estén legalmente tipificadas (art. 880 CC). Como estas restricciones están en el Reglamento de Copropiedad, que es una convención que tiene su origen en un acto de voluntad del primer o los primeros propietarios, las limitaciones al dominio que se contienen en él deben considerarse autorizadas por la voluntad de los condóminos. Es cierto que los propietarios que adquieren las unidades después de la aprobación del Reglamento no han participado en su redacción, pero debe considerarse que al adquirir la propiedad han aceptado tácitamente dicha regulación. Por ello, se exige que el Reglamento sea inscrito en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces (art. 29 Ley N° 19.537), de manera que todos los que compren o adquieran las unidades sepan que al hacerlo están aceptando su obligatoriedad. CORRAL (2019).

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020).

³⁵ Véase por todos, SANDOVAL (2015) p. 91. Aunque en su último pronunciamiento la Corte Suprema ha dicho que: “Dicha modalidad responde a una situación no reglada en nuestro ordenamiento jurídico, que consiste en la oferta a terceros por medio 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”. VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 14°.

³⁶ SANDOVAL (2015) p. 90.

“si el departamento se destina exclusivamente a alojamientos turísticos, y aún más si se adquirió con esa finalidad, o si hay empleados destinados a la recepción de pasajeros y la limpieza del departamento, la organización del arriendo parece de carácter empresarial y comercial, por lo que el arrendador no solo quedará afecto a obligaciones tributarias, sino que además su actividad sobrepasa los fines netamente habitacionales, para convertirse en un uso comercial”³⁷.

En su más reciente pronunciamiento sobre la materia, nuestro más alto tribunal añade que el concepto de “habitualidad” que se recoge en el artículo 7° del Código de Comercio, resulta, en la especie, de ofrecer como anfitrión servicios de alojamiento con regularidad; del desarrollo de una misma conducta con ánimo profesional, programada anticipadamente y mantenida en el tiempo, contraponiéndose entonces a lo ocasional, singular o esporádico y, de considerar el espacio de tiempo por el cual la propiedad es puesta a disposición de un tercero para su uso y goce³⁸, descartando, nuevamente, de esta manera, los elementos necesarios que permitan calificar de civil tales contratos de arrendamiento³⁹.

En cuanto al derecho de propiedad de los otros copropietarios podemos decir que éste se ve afectado directa e inmediatamente (imposibilidad de hacer un uso y goce tranquilo y seguro de los departamentos o unidades y de los espacios comunes) y, también, indirecta o mediatamente (disminución del valor de los inmuebles).

De ahí que compartamos el razonamiento de la Corte Suprema que dichos tipos de alojamientos

“quebrantan el derecho garantizado en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto el alto tránsito de personas, derivado del arrendamiento, por breves espacios de tiempo, de distintos departamentos de un edificio no solo lesiona el uso y goce de los espacios comunes del inmueble por sus propietarios, sino que, además, desvaloriza las unidades de los restantes dueños y entorpece, cuando menos, el uso tranquilo y pacífico que estos últimos hacen de sus respectivos apartamentos”⁴⁰,

provocando la afectación del derecho de propiedad de los otros copropietarios y externalidades que incentivan las controversias entre los mismos.

³⁷ AMUNÁTEGUI (2019).

³⁸ VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 15°.

³⁹ VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 16°. En relación a la habitualidad Sandoval se pregunta si es necesaria la repetición de los actos para considerar que ellos determinan una profesión habitual. De manera general, dice, puede señalarse que sí es necesaria la repetición de los actos comerciales, porque se estima que su ejecución constituye una profesión habitual, aunque en el fondo, como observa Ripert, hay aquí una redundancia: la profesión implica el hábito de ejecución de ciertos actos. SANDOVAL (2015) p. 133. Repetición de actos que es observada en el tipo de alojamientos que comentamos.

⁴⁰ VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 17°.

V. EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES COMO UN EVENTUAL CASO DE COMPETENCIA DESLEAL

Además de los argumentos que se repiten en las sentencias citadas –afectación del derecho de propiedad y carácter comercial de los arriendos, cuestión prohibida por los reglamentos de copropiedad– queremos poner énfasis en otros dos aspectos que no han salido a colación en cuanto a su ilegalidad, como son la competencia desleal y el abuso del derecho.

1. EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES COMO UN EVENTUAL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. LA INFRACCIÓN DE LEY COMÚN COMO CONDUCTA CONSTITUTIVA DE COMPETENCIA DESLEAL

La doctrina especializada de nuestro país y la jurisprudencia han dedicado, prácticamente, nula atención a si el incumplimiento de obligaciones legales puede por sí mismo ser constitutivo de una conducta de competencia desleal. A nuestro juicio la respuesta es positiva, siempre que se cumplan dos condiciones: (i) que el incumplimiento de esas obligaciones sea relevante o significativo, y (ii) que como consecuencia de ello un competidor quede en una posición mejorada frente a los otros.

Si bien en nuestra legislación no se contempla específicamente como ilícito desleal la infracción de normas, estimamos que se puede acudir, para su configuración y sanción, a la cláusula general de competencia desleal del artículo 3° de la Ley N° 20.169, que dispone:

“En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

Como primera cuestión, nos parece del todo aplicable a estos nuevos negocios de hospedaje a través de plataformas digitales u *online* lo señalado por Contreras cuando dice que debe tenerse en cuenta que esta cláusula general que establece la Ley de Competencia Desleal debe ser entendida como una norma “expansiva” y sujeta a la interpretación judicial, en cuanto la misma debe cubrir las nuevas conductas que puedan crear los competidores que, no obstante exceder los tipos específicos que establece el artículo 4° de la ley, sí puedan caber dentro de la ilicitud general que establece el artículo 3° de la misma. En efecto, agrega el mismo autor, una normativa que regulase la materia mediante un listado cerrado o taxativo de actos sería claramente ineficaz, puesto que los actos o conductas abusivas de la buena fe comercial no son pétreos, fijos o estáticos, sino claramente evolutivos y dinámicos, y tienen la capacidad de adecuarse a los nuevos tiempos. Por todo ello es que las fórmulas generales sobre lo que son las conductas desleales han sido aprobadas por la doctrina como un remedio eficaz ante las nuevas maniobras de los competidores que buscan engañar al mercado⁴¹. De opinión similar, Inostroza apunta que teniendo en cuenta la imposibilidad del legislador para ponerse en todos los casos en que “la astucia de los competi-

⁴¹ CONTRERAS (2012) pp. 105-106.

dores pudiere afectar ilícitamente a sus pares”, la ley chilena siguió la tendencia comparada de tipificar de manera bastante amplia las conductas constitutivas de competencia desleal (art. 3°), sin perjuicio de tipificar algunas conductas desleales específicas (art. 4°)⁴² y que la denominada cláusula general de competencia desleal contenida en el art. 3° no es una norma abstracta o programática que solo reciba aplicación en los tipos específicos consagrados en el art. 4°. Muy por el contrario, el art. 3° constituye “una norma sustantiva completa, aplicable directamente a cualquier conducta concurrencial que cumpla con los requisitos en ella establecidos”⁴³.

Los elementos constitutivos de la cláusula general de competencia desleal o verbos rectores, ha dicho la doctrina, que le dan vida, son: (i) que una conducta sea contraria a la buena fe o, alternativamente, a las buenas costumbres; y (ii) que tal conducta, por medios ilegítimos, persiga desviar la clientela de un agente del mercado⁴⁴.

En cuanto a los “medios ilegítimos”, estos son, como su nombre lo indica, las actuaciones que materializan la actuación desleal. En gran medida esa noción en la definición de competencia desleal, según Tapia y otros autores, es una “repetición innecesaria”, pues no son otra cosa que las conductas contrarias a los usos comerciales aceptables y, por tanto, se insertan en la noción de actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres⁴⁵. También se ha dicho que los medios ilegítimos empleados para obtener el desvío de la clientela son “medios de distorsión o engaño que se ejercen para torcer la voluntad del consumidor medio, los cuales deben resultar –y en la práctica siempre será así– contrarios al deber de corrección que establece la ley”⁴⁶.

Obsérvese que el artículo 3° habla de “toda conducta” que puede consistir en una acción o bien en una omisión, por ejemplo, como sostenemos, el incumplimiento relevante de obligaciones legales que deje a un competidor en una posición mejorada frente a los otros. Bien destaca Tapia que la Ley de Competencia Desleal se refiere en términos amplios “a toda conducta, sin hacer distinciones, las que no se pueden crear, como se sabe, por vía de interpretación”⁴⁷. Contreras agrega, precisamente, que el actor deberá acreditar que la amenaza o acto de ejecución de la conducta reprochada se configura “a través de una acción u omisión”⁴⁸.

⁴² INOSTROZA (2017) p. 25.

⁴³ INOSTROZA (2017) p. 27.

⁴⁴ Véase por todos, CONTRERAS (2012) p. 100, INOSTROZA (2017) pp. 28 y ss., BERNET (2014) pp. 425 y ss., TAPIA (2017) pp. 173 y ss.

⁴⁵ TAPIA (2017) p. 179. En el mismo sentido, CONTRERAS (2012) p. 100-101, BANFI (2013), p. 235. En contra, Bernet para quien la referencia en la norma a los medios ilegítimos “no es superflua ni absurda, sino que es una constatación de que la orientación elegida por nuestro legislador para controlar la deslealtad de un comportamiento tiene una directriz objetiva, y con ello (...) pierde relevancia la indagación de un posible dolo del agente”. BERNET (2014) p. 440.

⁴⁶ CONTRERAS (2012) p. 105.

⁴⁷ TAPIA (2017) p. 173.

⁴⁸ CONTRERAS (2012) p. 104. En el sentido de considerar incluidas las omisiones se pronuncian también INOSTROZA (2017) p. 29, BERNET (2014), p. 426.

A nuestro entender el incumplimiento significativo de normas tributarias⁴⁹, municipales y sectoriales, entre otras, que luego señalaremos, claramente otorga una ventaja indebida al tipo de negocios que tratamos, lo cual se puede constatar empíricamente con los precios que ofrecen que son, a veces, ostensiblemente menores que los de los establecimientos formales que pagan impuestos, patente municipal, etcétera. Se produce así una desviación de clientela por medios ilegítimos o reñidos con el ordenamiento jurídico⁵⁰, en este caso, por el **incumplimiento sustancial y simultáneo** de obligaciones legales de muy diversa índole (lo cual debe ser debidamente probado de manera tal que formen, al respecto, una real convicción en el juez, sin olvidar que en materia de competencia desleal la prueba es legal o tasada y no se valora de acuerdo a las normas de la sana crítica como sí sucede en materia de defensa de la libre competencia conforme al art. 22, inciso final del Decreto Ley N° 211). El sistema de libre competencia supone una igualdad de armas entre los intervinientes, no pudiendo admitirse ventajas indebidas obtenidas por algunos por el incumplimiento de normas aplicables al sector. Por otra parte, el incumplimiento de obligaciones legales de distinta naturaleza o ponerse al margen de ellas no solo significa una infracción al ordenamiento jurídico, sino también una infracción al deber de corrección y buena fe que se exige a todos los competidores, configurándose así, en definitiva, los requisitos del referido artículo 3° de la ley sobre competencia desleal (conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres; y que tal conducta, por medios ilegítimos, persiga desviar la clientela de un agente del mercado).

Calificados incumplimientos dicen relación, por ejemplo, con el hecho que estas plataformas no pagaban hasta hace muy poco IVA; tampoco, en la mayor parte de los casos, lo hacen los oferentes de los inmuebles, no obstante que el artículo 8° del D.F.L. N° 825 sobre IVA dispone que:

“El impuesto de este Título afecta a las ventas y servicios. Para estos efectos serán considerados también como ventas y servicios, según corresponda: ...g) El arrendamiento, subarrendamiento, usufructo o **cualquier otra forma de cesión del uso o goce temporal** de bienes corporales muebles, **inmuebles amoblados**, inmuebles con instalaciones o maquinarias que permitan el ejercicio de alguna actividad comercial o industrial y de todo tipo de establecimientos de comercio” (énfasis agregado).

Si bien la ley N° 21.210, del 24 de febrero de 2020, estableció que los servicios remotos remunerados prestados por no residentes ni domiciliados en Chile, deben pagar el Impuesto al Valor Agregado a partir del 1 de junio de 2020, siguen subsistiendo diferencias en lo referente al impuesto a la renta. En efecto, mientras los hoteles pagan el impuesto de primera categoría, las plataformas no tributan, al menos en Chile, por las rentas que obtienen configurándose así un claro caso de competencia desleal. De ahí que

⁴⁹ Sobre este punto recomendamos el excelente trabajo de CALDERÓN (2020) pp. 1-22.

⁵⁰ En este sentido Inostroza estima que un medio puede calificarse como ilegítimo “cuando su utilización sea contraria al ordenamiento jurídico, y lo será cuando haya sido proscrito expresamente por la ley, o cuando, no estando expresamente prohibido, su utilización con la finalidad de desviar clientela ajena constituya un ejercicio abusivo de la libertad de competir”. INOSTROZA (2017) p. 42.

“un aspecto relevante es que el impuesto a la renta es un mecanismo aun no tratado por esta normativa (nueva ley N° 21.210) y que ciertamente a juicio de la OCDE requiere de acuerdos multilaterales; esta última propone mecanismos y la fijación de impuestos o tasas especiales⁵¹. Sin embargo, claro es que el problema de la erosión fiscal comienza a ser abordado, pero requiere de tener en mira que los impuestos directos como la renta sigue siendo un tema pendiente no abordado en Chile, para estas plataformas digitales extranjeras que no tienen residencia en Chile”⁵².

Por otra parte, desde el punto de vista de los oferentes-propietarios de los inmuebles la práctica muestra que, en muchos casos, estos son dueños de varias unidades, y no dan cumplimiento a la obligación que en caso de tener más de dos propiedades DFL N° 2, la tercera (o más), deben pagar un impuesto a la renta por las ganancias recibidas de éstas (artículos 1°, inciso 2°, y 15 del DFL N° 2)⁵³.

Por ejemplo, en Uruguay, a partir de enero de 2018, las empresas que prestan servicios digitales se encuentran gravadas tanto con el impuesto a la renta como con el IVA (cuya tasa asciende al 22%), lo que le convierte en uno de los primeros países de Latinoamérica en legislar a este respecto, a través de la Ley 19.535 y el Decreto 144/018 que vino a reglamentar esta ley. Respecto a las actividades de mediación e intermediación en la oferta o en la demanda de servicios prestados a través de Internet, plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas o similares, se establecieron dos porcentajes de gravamen a la renta, dependiendo del lugar en donde se encuentre el oferente y el demandante del servicio. Así, se grava la renta en un 100% cuando oferente y demandante se encuentren en territorio uruguayo, y con un 50% cuando oferente o demandante del servicio se encuentre en el exterior, presumiéndose que el solicitante del servicio se encuentra en territorio nacional cuando la contraprestación se efectúe a través de medios de pago electrónico administrado desde Uruguay. Reglamentariamente se dispuso que se entiende que el demandante se encuentra en territorio nacional cuando se localiza en Uruguay la dirección de IP (Internet Protocol) del dispositivo utilizado para la contratación del servicio o su dirección de facturación. Además, se estableció que estos servicios se gravarían con IVA sobre el 100% o 50% del precio dependiendo del lugar en donde se encuentren el oferente y el demandante⁵⁴.

Agréguese que tampoco hay pago de patente comercial.

Además, la Ley N° 20.423, sobre el sistema institucional para el desarrollo del turismo, luego de señalar que se entiende por servicios de alojamiento turístico los “estableci-

⁵¹ OCDE (2015).

⁵² PALAVECINOS y ZAMORANO (2021) p. 54.

⁵³ Justamente, comentando el artículo 15.1 de la ley de competencia desleal española, que considera desleal no solo la infracción de leyes de competencia sino también de cualquier otra naturaleza, con los requisitos que luego expondremos, Miranda explica que, al parecer, al redactar esta norma el legislador estaba pensando “principalmente en la violación de normas tributarias y de la seguridad social que se produce por las realidades empresariales que engloban lo que se conoce ordinariamente como economía sumergida. Ahora bien, a lo anterior se añade que los términos amplios en los que está redactada la norma permiten abarcar las infracciones de cualesquiera normas no concurrenciales tales como, por ejemplo, de prevención de riesgos laborales, de higiene, aduaneras, laborales, horarios de trabajo, convenios colectivos, etc.” MIRANDA (2018) p. 218, nota 47.

⁵⁴ SÁNCHEZ y TOLEDO (2019) p. 31.

mientos en que se provee comercialmente el servicio de alojamiento, por un período no inferior a una pernoctación, que estén habilitados para recibir huéspedes en forma individual o colectiva, con fines de descanso, recreo, deportivos, de salud, estudios, negocios, familiares, religiosos, u otros similares” (art. 5° letra h), dispone que “Los prestadores de servicios de alojamiento turístico deberán inscribirse en el Registro Nacional de Clasificación del Servicio Nacional de Turismo” (art. 34) sancionando con una multa al prestador que no cumpla con la obligación de registro establecida en el artículo 34 (art. 50 letra a). Nada de esto es observado por los oferentes de los inmuebles en cuestión.

En nuestra misma línea argumentativa, Bernet, que ha escrito en forma breve pero precisa sobre lo que nos ocupa, dice que

“no cabe duda que atentaría contra las exigencias de la buena fe (a que se refiere la cláusula general del artículo 3° de la Ley N° 20.169) aquel agente que falsee la competencia al obtener una posición privilegiada en el mercado como consecuencia de la infracción de una norma jurídica. Ello no significa, como dicen los tribunales italianos, estimar que toda violación de una prescripción de Derecho Público es a su vez un acto desleal, sino solo lo será en la medida que tal infracción incida en manera significativa en el proceso competitivo”.

Sin perjuicio de ello, agrega el mismo autor, tratándose de una infracción de una norma destinada a regular el acceso y el ejercicio de una actividad económica, “es posible al menos presumir que tal ventaja competitiva se obtiene por el infractor, debiendo este último, para evitar la condena, probar que tal violación no tiene un efecto sobre la *par conditio concurrentium*”. Este principio, cabe recordar, garantiza la igualdad de todos los operadores en un sector y, por tanto, “rechaza toda ventaja que no sea fruto de la propia eficiencia o mérito de los agentes, como lo sería aquella mejora que tenga como nexo causal la infracción de una norma obligatoria para todos los partícipes”⁵⁵.

Como dijimos, consideramos que el incumplimiento de obligaciones legales, para calificarlo como constitutivo de conducta desleal, además de ser relevante o significativo, debe tener como consecuencia que un competidor quede en una posición mejorada frente a los otros. En palabras de Rivas,

“el hecho de incumplir con obligaciones legales no es *per se*, contrario a una sana y leal competencia. De hecho, las infracciones a la ley son sancionadas por los distintos ordenamientos, en consideración a su naturaleza. Lo que sí resulta repudiable, agrega, desde el punto de vista de la competencia desleal es el hecho de que, a través del incumplimiento de determinada normativa, un agente alcance condiciones ilegítimamente más favorables para competir en el mercado, logrando con ello la preferencia de consumidores, que de otra forma no lo habrían elegido”⁵⁶.

⁵⁵ BERNET (2016).

⁵⁶ RIVAS (2010) p. 77.

Por tanto, habrá que examinar si el incumplimiento de las normas suponen para las propiedades listadas en las plataformas digitales ventajas económicas materiales –por incurrir en menores costos– que les permitan ofrecer precios más competitivos a los turistas para que se les considere competencia desleal con respecto al resto de los hospedajes.

Nuestra tesis que el incumplimiento de obligaciones legales –reiteramos, de manera relevante o significativo y que deje a un competidor en una posición mejorada frente a los otros– puede ser constitutivo, al amparo del artículo 3° de la ley N° 20.169, de una conducta de competencia desleal ha sido recogida jurisprudencialmente.

Así, en el caso Comar-Sunoco se trataba de una empresa distribuidora de combustibles a nivel nacional, que vendía a distribuidores minoristas. Algunos de ellos habían informado a su proveedora que habían recibido cartas suscritas por Gazpal, otra distribuidora competencia de Comar-Sunoco, en las que les ofrecían venderles clandestinamente combustibles, a precios inferiores, en camiones sin identificación y a altas horas de la madrugada, para que lo expendieran en sus bencineras. La Comisión Resolutiva resolvió:

“la proposición para incumplir un contrato que habrían recibido dos revendedores de Comar puede importar una trasgresión de otras normas legales o reglamentarias pero no constituyen un hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia. Lo anterior no significa que deban considerarse ajenas a las normas del D.L. N° 211 **las trasgresiones a la legislación tributaria, sanitaria, contractual, de seguridad y otras** que cometan los agentes económicos pues, en algunos casos ellas **pueden constituir una especie de competencia desleal respecto de quienes intervienen en el mercado acatando esa legislación**”⁵⁷ (énfasis agregado).

En otro caso, la empresa Kim Ltda. presentó una denuncia en contra de Korea Travel por haber sido objeto de competencia desleal por parte de esta última. Ambas empresas disputaban casi el 100% del mercado de boletos aéreos a Corea. La empresa denunciada había comenzado a rebajar fuertemente el valor de los pasajes aéreos a ese país, a precios que incluso estaban por debajo de los costos de los pasajes aéreos que ellos vendían y que lo anterior se debía, a juicio de la denunciante, a que la empresa requerida no declaraba y tampoco enteraba los Pagos Provisionales Mensuales, a que obliga la ley (sobre las comisiones que Kim Ltda. le cobraba a la empresa aérea que realizaba los vuelos desde Estados Unidos hacia Corea, Korean Air, y que correspondían a la venta de los pasajes por el tramo Santiago-Seúl, ida y vuelta) y que, además, reducía los costos no pagando patente comercial. La Comisión Resolutiva falló que: “de acuerdo a los antecedentes antes expuestos (y acreditados) la conducta de la requerida no puede sino calificarse como competencia desleal en perjuicio de su principal competidora, Kim Ltda., la que se ha manifestado en una rebaja indiscriminada e injustificada de tarifas de pasajes aéreos” y que “por otra parte, la actividad de la requerida desarrollada **sin cumplir con los requisitos legales** establecidos para el normal desenvolvimiento de una empresa, aparece a juicio de esta Comisión,

⁵⁷ *COMBUSTIBLES MARÍTIMOS S.A.* (1988).

como un comportamiento encubierto y clandestino, lo que se contrapone al actuar de la competidora”⁵⁸ (énfasis agregado).

Más recientemente, en 2014, la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que la demandada había incurrido en actos de competencia desleal al efectuar en forma deliberada y coordinada actos de propaganda (entrega de volantes) en los accesos de los tres locales de otro competidor en el rubro de cursos pre universitarios, considerando para ello, entre otros motivos, que “en la comuna de Santiago de conformidad a lo que dispone la Ordenanza de Aseo N° 62, se prohíbe repartir volante en la vía pública, motivo por el cual **los promotores que ejecutan esa actividad por encargo de la demandada trasgreden la norma reglamentaria comunal**”⁵⁹ (énfasis agregado).

La normativa española es un ejemplo de regulación del supuesto sugerido como acto de competencia desleal. Así, la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de competencia desleal, dispone:

“Artículo 15. Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”⁶⁰.

Nótese que mientras el numeral segundo sanciona la violación de la legislación específica sobre competencia, el numeral primero, en línea con nuestra tesis, considera desleal, sin distinción, la “infracción de leyes”, sean éstas tributarias, sectoriales o de otra naturaleza, que se traduzca en una ventaja para un competidor.

El Tribunal Supremo de España ha explicado con nitidez la diferencia entre estos numerales del artículo transcrito:

“Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material. Pero así como en el supuesto descrito en el apartado 2 las mismas han de tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan, las normas a las que se refiere el supuesto del apartado 1 no integran el ordenamiento concurrencial, razón por la que el legislador –que no pretende sancionar como desleal toda clase de violación norma-

⁵⁸ *TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA.* (2000). Confirmado por la Corte Suprema, *TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA.* (2000).

⁵⁹ *PREUNIVERSITARIO PEDRO DE VALDIVIA CON ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES LA ALAMEDA LIMITADA* (2014), cons. 12°.

⁶⁰ Similar regla se encuentra en Colombia donde la Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal, establece dentro de su catálogo de conductas, la infracción de leyes. En efecto, su artículo 18 dispone: “Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.

tiva— exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva, de la que, por ello mismo, no disfrutarán quienes hubieran optado por cumplir el mandato legal por aquel desatendido (...). Solo en este supuesto la conducta ilícita se entiende que afecta al correcto funcionamiento del mercado, falseándolo. En un caso —el previsto en el apartado 2—, se considera que el normal desenvolvimiento del sistema concurrencial sufre con la misma infracción, mientras que en el otro —el previsto en el apartado 1— la causa de la perturbación no es ésta, sino la obtención de un beneficio del que no disponen los agentes cumplidores, pues **no se toleran las ventajas competitivas obtenidas con el incumplimiento de normas generales**⁶¹.

En relación con el mismo artículo 15, la doctrina, con razón, ha observado que la libre competencia en el mercado parte de la base según la cual todos los competidores deben cumplir las obligaciones legales que les corresponden. Por ello quien compite violando las normas legales que debería cumplir se sitúa en una posición ventajosa frente al resto de los participantes en el mercado que compiten con él⁶² y que, sin perjuicio de que el ilícito del artículo 15 no constituye una sanción general al incumplimiento de concretas obligaciones legales o reglamentarias, sino una sanción diferente y compatible,

“puede decirse también que este ilícito por deslealtad contribuye indirectamente a fortalecer el cumplimiento de dichas obligaciones por los agentes económicos que concurren en el mercado, pues el reproche de deslealtad y la sanción de esa conducta por medio de la legislación de competencia desleal podrán sumarse a las sanciones previstas para el incumplimiento de las normas jurídicas en cada caso concreto”⁶³.

2. LA TUTELA DEL COMPETIDOR PERJUDICADO

La relevancia práctica de la calificación del incumplimiento de obligaciones legales, con los requisitos que hemos señalado, como acto de competencia desleal radica en que los competidores perjudicados pueden recurrir a los diversos remedios que franquea la ley contra esos actos que los facultan para ejercer, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: (i) acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica, (ii) acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste, (iii) acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo, y (iv) acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil (art. 5° de la ley N° 20.169)⁶⁴.

⁶¹ *LABORTEAM SL CON GUARISCO INDUSTRIA TESSILE SPA* (2011).

⁶² BERCOVITZ (2006) p. 377.

⁶³ CARBAJO (2011) p. 412.

⁶⁴ El desarrollo de estas acciones puede verse en CONTRERAS (2012) pp. 165-193; LÓPEZ (2021), pp. 81-95.

VI. EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES COMO UN CASO DE ABUSO DEL DERECHO: UN SUPUESTO DE ABUSO DE LIBERTAD DE EMPRESA; UN SUPUESTO DE ABUSO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD DE LOS OFERENTES DEL INMUEBLE

En lo que dice relación con el abuso del derecho, advertimos, a nuestro juicio, su presencia desde dos perspectivas. En primer lugar, la competencia desleal misma es un caso de abuso del derecho, en lo que nos ocupa, un abuso de la libertad de competir, pero, además, hay un abuso en el ejercicio del derecho de propiedad de parte de los oferentes de los inmuebles.

1. UN SUPUESTO DE ABUSO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Como hemos explicado, a nuestro juicio, el incumplimiento de obligaciones legales de forma relevante o significativa que tenga como consecuencia que un competidor quede en una posición mejorada frente a los otros constituye un acto de competencia desleal, y ésta, en opinión de una doctrina pacífica, es un caso de abuso del derecho.

Así Contreras explica que

“la teoría de la competencia desleal es una forma especializada de la teoría general del abuso de derecho; a saber, el abuso de la libertad de concurrencia. El derecho a competir forma parte del orden público económico y, en tal calidad, tiene una esencia social. Es por ello que su ejercicio fuera de los límites impuestos por la ley y el espíritu de la misma debe considerarse abusivo, constituyendo una fuente de responsabilidad para el infractor. Este abuso se materializa cuando las conductas competitivas exceden el interés jurídicamente protegido por las normas constitucionales y legales que reconocen la libertad de competir y desarrollar cualquier actividad económica, con lo cual dejan de estar autorizadas por la Constitución y la legislación”⁶⁵.

La misma idea se ha expresado señalando que el juez debe establecer la legitimidad o ilegitimidad del medio atendiendo a si su utilización para desviar la clientela del competidor afectado implica o no un abuso de la libertad de competir. Ello, “pues la utilización de medios ilegítimos implica un abuso o ejercicio antijurídico del derecho subjetivo que la Constitución y las leyes reconocen a los agentes de mercado para competir y desarrollar una actividad económica”⁶⁶.

2. UN SUPUESTO DE ABUSO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD DE LOS OFERENTES DEL INMUEBLE

Respecto de esto, Peñailillo hace ver que el adverbio “arbitrariamente” que incluye el artículo 582 del Código Civil, cuando define el dominio o propiedad, debe conjugarse con

⁶⁵ CONTRERAS (2012) p. 34.

⁶⁶ INOSTROZA (2017) pp. 42-43. En el mismo sentido, BANFI (2014) p. 40, BANFI (2013) pp. 120-132, 151 y 191, BARROS (2020) p. 689, BERNET (2014) p. 444, MASSAGUER (1999) p. 147.

su complemento “no siendo contra la ley o contra derecho ajeno” que permite morigerar y aún impedir la arbitrariedad y el abuso⁶⁷ y que se ha ido imponiendo la regla de que las colisiones en las relaciones de vecindad han de salvarse aplicando un criterio de **normalidad en el ejercicio** de los derechos que a cada vecino corresponde y conforme al **normal destino** de los bienes que físicamente originan la contigüidad, considerando las características materiales, ambientales, culturales, etc., del vecindario; así, quien se aparte de ese ejercicio o uso normal, considerando aquellos factores, se pondrá, a lo menos en principio, al margen de lo que puede denominarse “lícita relación de vecindad”⁶⁸.

En la misma línea argumentativa, se ha indicado como una de las restricciones al dominio el abuso del derecho. El ejercicio del derecho subjetivo, dice Alessandri, principalmente el de propiedad, puede realizarse conforme a las disposiciones legales y al destino social de aquél; pero aún así puede perturbar, en mayor o menor medida, el goce o ejercicio de otro derecho subjetivo (o el derecho de propiedad de otros). El titular de este último debe tolerar las molestias en cierto grado, porque la convivencia humana y la concurrencia de derechos obligan a soportar las perturbaciones consiguientes al ejercicio del derecho ajeno;

“pero la tolerancia tiene su límite. La teoría del **acto excesivo** trata de determinar cuál es ese límite y de evitar, así, la colisión de los derechos. En general, un acto es excesivo cuando la molestia o el perjuicio que causa a los terceros excede la medida de los inconvenientes normales que trae la convivencia humana y la concurrencia de derechos”⁶⁹.

Es ilustrativo a este respecto el Código Civil portugués que dispone en su artículo 334: “Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o el fin social y económico de ese derecho” (en términos muy similares, entre otros, artículo 7.2 del Código Civil español⁷⁰; artículo 10 inc. 2° del Código Civil y Comercial argentino⁷¹).

El abuso del derecho, puede resumirse, “es un ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se

⁶⁷ PEÑAILLO (2019) p. 293.

⁶⁸ PEÑAILLO (2019) p. 470.

⁶⁹ ALESSANDRI y otros (1993) p. 80. En términos similares Barros dice: “El abuso de derecho como correctivo del ejercicio excesivo o anormal del derecho. Por mucho que el ejercicio de un derecho se enmarque en los límites externos que le fija la ley, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo. Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso del derecho”. BARROS (2020) p. 670. Véase también GARCÍA (2017) pp. 275-287.

⁷⁰ “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice **sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho**, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso” (énfasis agregado).

⁷¹ “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el **que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres**” (énfasis agregado).

requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros”⁷².

Al igual que el resto de los derechos subjetivos el de propiedad reconoce límites definidos por el derecho ajeno (en este caso, el de los otros propietarios) o por las normas de derecho objetivo que le son aplicables.

De ahí que el Derecho no puede tolerar la satisfacción de los propios intereses, en la especie, de los propietarios oferentes, en desmedro de la tranquilidad, seguridad, ambiente (ruidos, higiene) y otros derechos del resto de los copropietarios en los edificios o comunidades. Las molestias no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar –en el caso, generalmente, propiedad horizontal–; así lo exige el uso normal y regular de la propiedad por oposición a un ejercicio abusivo de la misma.

En la actividad de hospedaje que comentamos, claramente los propietarios que ofrecen sus unidades para alojamientos turísticos se apartan del criterio de normalidad en el ejercicio de su derecho de propiedad y exceden los límites de la buena fe, desde que ellos saben, probablemente desde su adquisición, el destino o fin habitacional de los edificios o condominios en que se encuentran los inmuebles que ofrecen mediante plataformas digitales y, además, tienen conocimiento de las variadas externalidades negativas o perturbaciones que se producirán para el resto de los copropietarios. Se ataca el derecho de los vecinos y el interés general de la comunidad, cuando la intensidad y/o continuidad de esas molestias viene a ser intolerable para ellos, y excede la normal tolerancia y la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad; configurándose, así, un abuso o un acto excesivo en el ejercicio del derecho de propiedad.

En este conflicto de intereses –la facultad de disposición de los propietarios oferentes, por una parte, y el derecho a la tranquilidad y seguridad del resto de la comunidad– la balanza debe inclinarse, cumpliéndose los requisitos dichos, en favor de los últimos y el interés individual debe ceder ante el beneficio colectivo o común.

Cabe señalar que no es necesario el dolo o mala fe de parte de los oferentes de los inmuebles, pues como señala la doctrina en caso de ejercicio abusivo de un derecho, el daño producido usualmente será atribuible a la notoria desconsideración (en la especie, de parte de los oferentes) de un deber implícito de cuidado (culpa) o una intención desviada (dolo) y en este último supuesto aun cuando el causar daño a otro no haya sido el principal propósito perseguido por el agente. De este modo, es posible asumir que se ha incurrido en el ejercicio doloso de un derecho (propiedad) cuando este se ejerce con la intención de satisfacer el propio interés (de los oferentes en lo que venimos comentando), pero aceptando el perjuicio ajeno (de los otros copropietarios) como una consecuencia de la propia conducta. De ahí, que en las hipótesis de abuso que consisten en actos contrarios a las exigencias de conducta mínimas que plantea la sociabilidad (buenas costumbres) o contrarios a la lealtad debida en la relaciones recíprocas (buena fe), no resulta necesaria la intención de dañar para que el abuso quede configurado; buena fe que “hace referencia a las expectativas nor-

⁷² HERRERA y CAMELO (2015) p. 37.

mativas que se pueden tener respecto de los vecinos (esto es, lo que se tiene derecho a esperar de ellos en razón de deberes no escritos de consideración del interés ajeno)”⁷³.

La tutela que pueden impetrar los perjudicados consiste, fundamentalmente, en una indemnización de perjuicios, ya que el abuso del derecho, actualmente, la doctrina lo entiende y encuadra como un caso de responsabilidad extracontractual⁷⁴, lo cual está en armonía con lo dispuesto en la letra d) del artículo 5° de la ley sobre competencia desleal, al cual ya hicimos referencia, que permite ejercer, entre otras, una “acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”.

VII. CONCLUSIONES

El ofrecimiento de inmuebles por períodos cortos a través de plataformas digitales es ilegal, pues se afecta el derecho de propiedad de los otros copropietarios; lo es también, por el carácter comercial de los arriendos, cuestión prohibida por los reglamentos de copropiedad, y por ser esa actividad una conducta constitutiva de competencia desleal y abuso del derecho.

El incumplimiento relevante o significativo de la legislación común de orden tributario, municipal, sectorial o de otra naturaleza deja a los oferentes de esos inmuebles en una posición inmerecidamente mejorada que falsea las condiciones de la competencia, produciéndose así, por medios ilegítimos, una desviación de clientela que sanciona la legislación sobre competencia desleal. Hay que acoger la disrupción tecnológica, la innovación y nuevas modalidades de contratación que favorezcan a los usuarios, pero en igualdad de condiciones para todos los competidores u oferentes.

Las plataformas como Airbnb, y otras de similar naturaleza, son solo intermediarias entre oferentes y usuarios y no prestan un servicio de alojamiento, pues ellas no fijan los precios, no son propietarias ni oferentes de los inmuebles sino solo un soporte tecnológico para mediar entre la oferta y demanda de inmuebles para períodos breves de estadía.

Hay un abuso del derecho ya que los oferentes no ejercen su derecho de propiedad conforme al criterio de normalidad en el ejercicio de las facultades que les confiere el dominio ni conforme al normal destino de esos inmuebles, que ordinariamente es habitacional, y que no admiten una explotación comercial por las muchas externalidades negativas que conlleva el hospedaje temporal de personas extrañas a la comunidad.

La existencia de plataformas como Airbnb y otras permiten que inmuebles generen ingresos adicionales para sus propietarios y que usuarios encuentren alternativas más económicas de alojamiento. Sin embargo, debido a que las plataformas de alquiler de viviendas entre particulares de corto plazo generan externalidades negativas sustanciales, tales como la perturbación de la convivencia y la disminución de ingresos en el sector hotelero, sumado al incumplimiento de variada legislación, hacen que la industria necesite ser regulada.

⁷³ BARROS (2020) pp. 680, 694-695.

⁷⁴ Ver, por todos, BARROS (2020) p. 694.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIRBNB, INC (2021a): ¿Qué son las comisiones de servicio de Airbnb? Disponible en: <https://www.airbnb.es/help/article/1857/qu%C3%A9-son-las-comisiones-de-servicio-de-airbnb>. Fecha de consulta: 10/7/2021.
- AIRBNB, INC (2021b): *Términos de Servicio para Usuarios Europeos*. Disponible en: <https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#EU16>. Fecha de consulta: 10/7/2021.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1993): *Tratado de los derechos reales. Bienes*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2009): “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 3: pp. 505-525.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2012): “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. 38: pp. 77-120.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2013): “Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 1: pp. 45-88.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019): “Arrendamiento de apartamentos turísticos por internet”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N° 26.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2014): “Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anti-competitivos entre rivales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 1: pp. 37-58.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2013): *Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio del Derecho chileno y comparado* (Santiago, LegalPublishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (2006): *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial* (Pamplona, Aranzadi).
- BERNET PÁEZ, Manuel (2014): *La presentación comercial en el Derecho de la Competencia Desleal* (Santiago, LegalPublishing).
- BERNET PÁEZ, Manuel (2016): *Uber y la competencia desleal*, *El Mercurio Legal* (29/4/2016).
- BOBOC, Silvia (2018): “Blablacar: ¿economía colaborativa o competencia desleal? Una cuestión abierta”, en MIRANDA, Luís y COSTAS, Julio (directores), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad* (Madrid, Marcial Pons) pp. 263-277.
- CALDERÓN CORREDOR, Zulema (2020): “Economía de plataforma y fiscalidad: estrategias para un cumplimiento tributario sostenible”, *Ius et Praxis*, vol. 26 N° 3: pp. 1-22.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando (2011): “Artículo 15. Violación de normas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (director), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Pamplona, Aranzadi) pp. 405-431.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2016): *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. E/CNMC/004/15*. Disponible en: http://www.ascav.es/es/la-asociacion/biblioteca/item/download/33_adad1ca-079fb08990acd2b5df84b725f.html. Fecha de consulta: 25/6/2021.

- CONTRERAS BLANCO, Óscar (2012): *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019, “Airnb y copropiedad inmobiliaria: la Corte Suprema se pronuncia”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907376&Path=/0D/D8/> Fecha de consulta: 07/10/2021.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (Madrid, Tecnos).
- GARCÍA MEKIS, Benjamín (2017): “La teoría del abuso del derecho; *status quaestionis*”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 35: pp. 275-287.
- INOSTROZA SÁEZ, Mauricio (2017): “El ilícito concurrencial general en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal”, *Ius et Praxis*, vol. 23 N° 1: pp. 21-66.
- LEÓN URRUTIA, Rodrigo (2007): “La calificación contractual y el régimen jurídico de los contratos innominados”, en CORRAL TALCIANI, Hernán y RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LegalPublishing) pp. 651-664.
- HERRERA, Marisa y CAMELO, Gustavo (2015): “Comentarios a los arts. 1° a 18”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado* (Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2021): “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 250: pp. 59-101.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters, 6° ed.).
- MASSAGUER, José (1999): *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid, Civitas).
- MIRANDA SERRANO, Luis María (2018): “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la presentación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, N° 70: pp. 197-249.
- OCDE (2015): *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>. Fecha de consulta: 10/2/2022.
- PALAVECINOS PLACENCIA, Claudio y ZAMORANO HERNÁNDEZ, Rodny (2021): *Impuestos Digitales en Chile*, Memoria, Universidad Finis Terrae, Santiago. Disponible en: https://repositorio.uft.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12254/1948/Palavecinos_Zamorano_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta: 10/2/2022.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Thomson Reuters. 2ª ed.).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (1996): “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 N° 1: pp. 23-97.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020): *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/hospedaje?m=form->. Fecha de consulta: 14/7/2021.
- RIVAS SÁNCHEZ, María Virginia (2010): *Los ilícitos de responsabilidad civil por competencia desleal en la jurisprudencia sobre libre competencia*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015): *Derecho Comercial*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SÁNCHEZ, Christian y TOLEDO, César (2019): “Tributación de los ingresos generados por la economía digital. Perspectiva regional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 52: pp. 27-35.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017): “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 29: pp. 165-207.

JURISPRUDENCIA CITADA

VELASCO CON CONDEZA (2021): Corte Suprema, 17 de mayo de 2021, Rol N° 14.374-2021 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/55311/2021. Fecha de consulta 20 de abril de 2021.

COMUNIDAD EDIFICIO PIAMONTE CON KOTHER (2020): Corte Suprema, 6 de agosto de 2020, Rol N° 43.721-2010 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/72212/2020. Fecha de consulta 15 de abril de 2021.

AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 19 de diciembre de 2019, asunto C390/18 (decisión prejudicial).

VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN (2019): 18 de marzo de 2019, Rol N° 20.667-2018 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/1436/2019. Fecha de consulta 20 de abril de 2021.

VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ (2018): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2018, Rol N° 8.366-2018 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/5100/2018. Fecha de consulta 5 de abril de 2021.

ASOCIACIÓN PROFESIONAL ÉLITE TAXI CON UBER SYSTEMS SPAIN S.L. (2017): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 20 de diciembre de 2017, asunto C434/15 (decisión prejudicial).

LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA (2017): Corte Suprema, 31 de octubre de 2017, Rol N° 16.663-2017 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/7051/2017. Fecha de consulta: 20/4/2021.

PREUNIVERSITARIO PEDRO DE VALDIVIA CON ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES LA ALAMEDA LIMITADA (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, Rol N° 7334-2013 (recurso de apelación), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/4962/2014. Fecha de consulta: 12/7/2021.

LABORTEAM SL CON GUARISCO INDUSTRIA TESSILE SPA (2011): Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil), 16 de febrero de 2011, Resolución N° 38/2011 (recurso de casación).

TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA. (2000): Comisión Resolutiva, 29 de marzo de 2000, Resolución N° 568 (recurso de reclamación).

TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA. (2000): Corte Suprema, 4 de julio de 2000, Rol N° 1548-2000 (recurso de reclamación), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/389/2000. Fecha de consulta 10/4/2021.

COMBUSTIBLES MARÍTIMOS S.A. (1988): Comisión Resolutiva, 24 de mayo de 1988, Resolución N° 283 (recurso de reclamación).