
Rol: 648-2011

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso(CVAL)

Partes: Telefónica Móviles Chile S.A. con Ilustre Municipalidad de El Quisco

Tipo Recurso: Recurso de Protección

Tipo Resultado: Acogido

Estado Procesal: Ejecutoriada, sin recurso interpuesto

Fecha: 24/01/2012

Cita Online: CL/JUR/243/2012

Sumarios:

1 . El primero de los fundamentos del Decreto impugnado no se encuentra acreditado, pretendiéndose la aplicación de una normativa que no se encontraba vigente a la fecha del aviso de instalación y, el segundo carece de toda relevancia, en cuanto se trata de un fallo que dice relación con una situación diversa, que se refiere a otra empresa y que, a mayor abundamiento, a la fecha del Decreto de demolición no se encontraba ejecutoriada, constando del sistema computacional que la misma fue revocada por esta Corte con fecha diecisiete de enero en curso, acogándose el reclamo y dejando sin efecto la orden de demolición. En consecuencia y atendido lo ya expresado, el Decreto Alcaldicio recurrido carece de fundamentación, lo que produce la arbitrariedad de la decisión en él contenida, determinación que a su vez vulnera el derecho de propiedad de la recurrente, motivo por el cual la presente acción constitucional será acogida

Texto Completo:

Valparaíso, veinticuatro de enero de dos mil doce.

Visto:

A fojas 46 Oscar Musalem Carrasco, abogado, en representación de Telefónica Móviles Chile S. A., quien recurre de protección en contra de la Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de El Quisco, Natalia Carrasco Pizarro, por el acto ilegal y arbitrario cometido por dicha autoridad al ordenar la demolición de las construcciones existentes en el inmueble ubicado en Av.Isidoro Dubornais N° 345, Sector Quisco Central, consistente en mástil y antenas a él adosadas, de propiedad de la recurrente.

Indica que el 18 de octubre de 1999, la Sociedad Rivera y Ferrer Ltda., celebró contrato de arrendamiento con la Sociedad de Comunicaciones de la Costa Ltda., quien a su vez suscribió contrato de subarrendamiento con Telefónica Móviles Chile S. A., respecto de un retazo de terreno de propiedad de la sociedad antes señalada, por 10 años, para la instalación de una antena celular.

Bajo el amparo de ese contrato, la recurrente efectuó la instalación de telecomunicaciones, cumpliendo la normativa entonces vigente y dando el aviso de instalación a la DOM de la I.Municipalidad de El Quisco.

Posteriormente, la Sociedad Rivera y Ferrer Ltda., dio por terminado el contrato de arrendamiento con Comunicaciones de la Costa Ltda., suscribiendo contrato de arriendo directamente con Telefónica Móviles Chile S. A., bajo las mismas condiciones anteriores, amparando la instalación ya efectuada.

Hace presente que la antena no es de propiedad de la arrendadora, sino de dominio exclusivo de su parte, situación de la que la DOM está en pleno conocimiento por haber recibido el correspondiente aviso de instalación.

Expone que el fundamento por el cual se dicta la orden de demolición es porque la torre y antenas emplazadas en la propiedad, no cumplen con el artículo 2.6.

3 de la OGUC, referido a los distanciamientos; sin embargo ello no es efectivo porque el 22 de agosto de 2001 se hizo ingreso en la DOM del aviso de instalación, sin que se recibiera ninguna observación por dicho ente.

Expone que la exigencia de distanciamiento mínimo a medianeros de 1/3 de la altura total de la torre, no se encontraba vigente al momento que se dio el aviso de instalación.

(la modificación se hizo el 25 de junio de 2001, y empezaba a regir dentro de 60 días desde la publicación del decreto en el Diario Oficial.

Expone que el sitio antes señalado ya había sido objeto de una denuncia ante el Juzgado de Policía Local la cual fue rechazada (sentencia de 10 de noviembre de 2009), por haberse dado cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones contenidas, a esa fecha, en la OGUC.

Asimismo, indica que, conforme el artículo 54 de la Ley 15.

231, las infracciones a que se refiere la OGUC prescriben en 5 años desde que la obligación se haya consumado, por lo que, si el incumplimiento se produjo el 21 de agosto de 2001, el plazo para reclamar está prescrito.

Lo anterior, vulnera las garantías constitucionales de los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República por lo que solicita se deje sin efecto el Decreto N° 1905 de 8 de septiembre de 2011 por el cual se ordena la demolición de la antena, que se declare que la instalación de telecomunicaciones no requiere cumplir con la distancia mínima a medianeros de 1/3 de la altura total y, se condene en costas a la recurrida.

Acompaña antecedentes.

A fojas 88 rola informe de la recurrida.

Indica que con fecha 1 de diciembre de 2009, el Director del Departamento de Obras Municipales informó a la Alcaldesa, por la denuncia realizada por contribuyentes, de la existencia de una antena que no cumple el distanciamiento mínimo fijado por Ley; ante lo cual, se esperó la resolución de otra causa Caratulada Entel con Municipalidad, por reclamo de ilegalidad de un decreto de demolición en iguales condiciones, el cual fue fallado el 30 de agosto de 2011, desechándose la reclamación de ilegalidad, ordenándose la demolición, hecho que sirvió de base al decreto materia del presente recurso.

Hace presente que no consta que el aviso de instalación de 22 de agosto de 2001 a que hace referencia el recurrente haya sido recibido por la DOM, lo que se indicó en la causa tramitada ante Policía Local.

A fojas 106 se trajeron autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Segundo: Que en la especie ha acudido a sede jurisdiccional por la presente vía don Oscar Musalem Carrasco en representación de Telefónica Móviles Chile S.

A.

, y en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de El Quisco, quien por medio del Decreto Alcaldicio N° 1906 de 8 de septiembre de 2011, ordenó la demolición del mástil y la antena de propiedad de la empresa telefónica recurrente, que se encuentran emplazados en Avenida Isidoro Dubournais N° 345 del sector del Quisco Centro, por incumplir lo ordenado en el artículo 2.3.6 de la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones referido a los distanciamientos respecto de los muros medianeros de un tercio de su altura total, situación que no resulta aplicable en la especie, por cuanto a la fecha del aviso de instalación a la Municipalidad 22 de agosto de 2001 el distanciamiento mínimo era de 4 metros, que es el existente.

Alega, además, que a la fecha de decretarse la demolición se encontraban prescritas las acciones que entrega

el artículo 54 de la Ley N° 15.231, sobre Atribuciones y Organización de los Juzgados de Policía Local, que es de seis meses, como aquél de cinco años establecido en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

Añade que con su actuar la recurrida ha vulnerado las garantías que le aseguran los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Tercero: Que informando la recurrida a fs.

26 señala en síntesis que luego de que la Alcaldesa de El Quisco recibió el oficio N° 147 2009 de 1 de diciembre de 2009 del Director de Obras Municipales, que le informaba, a consecuencia de una denuncia de contribuyentes, de la existencia de una antena ubicada en Isidoro Dubouornais de El Quisco, que no cumplía con el distanciamiento mínimo establecido por ley, por lo que debía procederse a su demolición, y en atención a que ya se había ordenado la demolición de otra antena ubicada en el sector de La Puntilla de propiedad de Entel PCS, decisión que fue corroborada por el Juzgado de Letras de Casablanca, que rechazó un reclamo presentado por la empresa telefónica mencionada, tomó la decisión de demolición que motiva este recurso.

Añade que la legislación aplicable no se determina por la época del aviso de instalación, sino de aquella en que se produjo efectivamente la instalación, lo que habría ocurrido con posterioridad a la modificación de la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones, que exige un distanciamiento de un tercio de la altura de la construcción, lo que se desprende del contrato de arrendamiento del terreno en que se emplaza la antena, acompañado por el propio recurrente que fue celebrado recién el 31 de agosto de 2001.

Cuarto: Que del mérito de los antecedentes allegados al proceso, ponderados de conformidad a las normas de la sana crítica, se pueden establecer los siguientes hechos:

a) Que con fecha 31 de agosto de 2001 la sociedad Comunicaciones de La Costa celebró con Telefónica Móvil Chile S.A. un contrato de subarrendamiento respecto del inmueble ubicado en calle Isidoro Dubournais N° 341 de El Quisco.

b) Que la Sociedad de la Costa Ltda., al momento del contrato anterior, revestía la calidad de arrendatario del mismo terreno por contrato celebrado con la sociedad Ferrer y Ferrer Ltda. según contrato de 18 de octubre de 1999.

c) Que con fecha 9 de junio de 2009, la sociedad Ferrer y Ferrer Ltda celebró contrato directo de arrendamiento con la recurrente.

d) Que con fecha 22 de agosto de 2001 Telefónica Móvil dio aviso a la I. Municipalidad de El Quisco de la instalación de un mástil de antena de una altura de 30 metros en la propiedad señalada.

e) Que por Decreto N° 657 de 23 de septiembre de 2002, la Subsecretaría de Telecomunicaciones otorgó la concesión de servicio público de telefonía móvil a la empresa Telefónica Móvil Chile S.A. en la que se incluye un emplazamiento en calle Dubournais sin número de El Quisco.

f) Que con fecha 10 de agosto de 2009 el Director de Obras Municipales de El Quisco presentó ante el Juzgado de Policía Local de esa ciudad una denuncia en contra de la Sociedad Rivera y Ferrer Limitada, por infracción por instalación de antena fuera de norma, según el artículo 2.6.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

g) Que por sentencia ejecutoriada de 10 de noviembre de 2009 la denuncia fue rechazada, por no haberse acreditado los hechos en que se fundaba, considerando el Juez de la causa que "Con el mérito de la declaración del representante legal de la Sociedad Ferrer y Ferrer Ltda., y con lo fotocopia del aviso de instalación de antena de telecomunicación, efectuada por la Dirección de Obras Municipales, con fecha 21 de agosto de 2001, fs. 19, se da por cumplido, todas y cada una de las obligaciones contenidas a esa fecha en el artículo 2,3.

6 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones".

h) Que con fecha 1 de diciembre de 2009 don Antonio Paredes Pérez, Director de Obras Municipales de El Quisco remitió a la señora Alcaldesa de esa ciudad el Ordinario N° 147/2009, en el cual solicita se decrete la demolición de las obras emplazadas en calle Dubournais N° 345, consistentes en una antena que no cuenta con aviso de instalación y no cumple con el distanciamiento de un tercio de su altura total, con lo que infringe el artículo 2.6.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

i) Que lo anterior motivó el Decreto Alcaldicio N° 1905 de 8 de septiembre de 2011 acto recurrido que ordenó la demolición del mástil y de la antena a él adosada de propiedad de Telefónica Móviles Chile S.

A.

Quinto: Que, además, es necesario consignar que el artículo 2.6.3 de la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones fue modificado por Decreto N° 75 de 25 de mayo de 2001, el que aumentó el distanciamiento mínimo que deben cumplir las antenas de telecomunicaciones con sus soportes y elementos rígidos de 4 metros a un tercio de su altura total.

Dicha modificación según lo dispuso el artículo tercero transitorio del mismo decreto, comenzó a regir sesenta días desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, lo que ocurrió el lunes 25 de junio de 2001, por lo que su vigencia se produjo el 25 de agosto de ese mismo año.

Sexto: Que no existe antecedente alguno que permita determinar la fecha en que se produjo el emplazamiento efectivo de la antena cuya demolición se ordena, siendo el único antecedente cierto que permite determinar la legislación aplicable al caso el aviso de instalación presentado el 22 de agosto de 2001, esto es, con anterioridad a la vigencia de la modificación introducida por el Decreto 75 de 21 de mayo de ese año.

Séptimo: Que el Decreto de demolición señala como fundamento únicamente el incumplimiento a las normas sobre distanciamiento mínimo, sin indicar la forma en que ello ha sido determinado y, además, la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juez de Letras de Casablanca en los autos Rol 11.

821 2009 de ese Tribunal, en la que rechazó el reclamo presentado por Entel PCS en contra del Decreto Alcaldicio que ordenó la demolición de una antena de su propiedad emplazada en el sector de La Puntilla del Quisco.

Octavo: Que como se ha venido razonando, el primero de los fundamentos del Decreto impugnado no se encuentra acreditado, pretendiéndose la aplicación de una normativa que no se encontraba vigente a la fecha del aviso de instalación y, el segundo carece de toda relevancia, en cuanto se trata de un fallo que dice relación con una situación diversa, que se refiere a otra empresa y que, a mayor abundamiento, a la fecha del Decreto de demolición no se encontraba ejecutoriada, constando del sistema computacional que la misma fue revocada por esta Corte con fecha diecisiete de enero en curso, acogiendo el reclamo y dejando sin efecto la orden de demolición.

Noveno: Que, en consecuencia y atendido lo ya expresado, el Decreto Alcaldicio recurrido carece de fundamentación, lo que produce la arbitrariedad de la decisión en él contenida, determinación que a su vez vulnera el derecho de propiedad de la recurrente, motivo por el cual la presente acción constitucional será acogida.

De conformidad, además con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma.

Corte Suprema sobre la materia, se acoge el recurso de protección deducido a fs.

46 por el abogado Óscar Musalem Carrasco en representación de Telefónica Móviles Chile S. A., en cuanto se deja sin efecto la orden de demolición contenida en el Decreto Alcaldicio N° 1905 de 8 de septiembre de 2011, sin costas, por estimarse que la recurrida tuvo motivos plausibles para litigar.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redacción a cargo de la Ministra señora Carolina Figueroa.

Rol N° 648 2011.

No firma el Abogado Integrante Sr.

Alberto Balbontín, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.