

C.A. de Valdivia

Valdivia, veintiocho de enero de dos mil veintidós.

VISTOS:

Don José Manuel Baquedano González, Abogado, en representación de la sociedad “F & C EMPRESAS SpA.”, persona jurídica del giro gastronómico, ambos domiciliados para estos efectos en calle O’Higgins N° 1271, Osorno, interpone recurso de protección en contra de la I. Municipalidad de Osorno, Dirección de Obras Municipales, representada por su alcalde don Emeterio Carrillo Torres, ambos domiciliados en calle Mackenna N° 851, comuna y ciudad de Osorno.

La acción constitucional impetrada se basa en un acto arbitrario cometido por la recurrida en perjuicio de su mandante, en cuya virtud se provocó una perturbación, privación y amenaza a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Solicita se acoja el recurso y se haga cesar de inmediato los efectos del acto arbitrario denunciado, cometido por la recurrida con fecha 02 de diciembre de 2021, con la negativa injustificada de otorgar el permiso solicitado y adoptar las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho, ordenando a la recurrida autorizar el funcionamiento de la terraza al aire libre, a lo menos, mientras dure la pandemia mundial generada por el Covid 19 y sus diversas variantes, con costas.

La Empresa F & C Empresas SpA, se lee en el recurso *“es una empresa del rubro gastronómico que desarrolla la explotación de un restaurante de parrilladas, ubicado en calle Cochrane N° 889 esquina Manuel Rodríguez de la ciudad de Osorno. En esta situación y al igual que numerosos locales del mismo rubro a lo largo del país, producto de la pandemia mundial generada por el Covid 19, la sociedad gastronómica ha venido experimentando una situación financiera muy complicada, con motivo de las cuarentenas decretadas por la autoridad sanitaria, que implicó cerrar las puertas del local por un espacio superior a un año”*.

Añade que, al igual que lo hicieron otros locales del mismo giro, decidió acondicionar para la atención de público, una terraza al exterior, procurando no obstaculizar el libre tránsito de las personas. No obstante haber tomado todas las medidas de resguardo para cumplir con los



protocolos sanitarios y no obstruir el libre tránsito en espacios comunes, fue multada por inspectores municipales, quienes recomendaron efectuar una presentación a la Dirección de Obras Municipales, solicitando un permiso para poder funcionar con la terraza al aire libre.

Explica las diversas presentaciones que se hicieron al ente municipal, con respuesta denegatoria, por entender que se estaba ampliando el local sobre un bien nacional de uso público. Contra esa respuesta apeló, siendo también desfavorable la resolución a dicha apelación, lo que constituye el acto arbitrario e ilegal, que es de *fecha 02 de diciembre de 2021, y decreta “que no es factible acoger su requerimiento dado que dicha construcción no es una terraza, sino más bien una ampliación en bien nacional de uso público”*.

Fundamenta que, dicha respuesta constituye una flagrante discriminación arbitraria cometida en perjuicio de su mandante, toda vez que a lo menos cuatro locales del mismo rubro gastronómico, ejecutaron exactamente la misma acción que se le reprocha, ocupando notoriamente bienes nacionales de uso público, a diferencia de su representada, que no obstruyó con su acción ningún espacio público y que, a diferencia de su mandante, no han sido perseguidos por la recurrida. Tal es el caso de conocidos restaurantes de esta plaza, tales como: “El que Rico”, “Parrilla de Pepe”, “Gallardía” y “Bavaria”, entre otros.

Don César Guzmán Martínez, abogado, en representación de la Ilustre Municipalidad de Osorno, informa detallando los actos administrativos que se han generado en torno a la edificación irregular del recurrente, quien se encuentra denunciado.

Al respecto explica que con fecha 03.01.2022, en relación a la denuncia Parte N° 140 de fecha 26.11.2021, se celebra comparendo de contestación respecto a Causa Rol N° 9001-2021 del Primer Juzgado de Policía Local, con la asistencia de personal de la Dirección de Obras en conjunto a representante de la Dirección de Asesoría Jurídica y en rebeldía de la parte denunciada. De los antecedentes señalados, la Dirección de Obras se encuentra a la espera de la Sentencia del Primer Juzgado de Policía Local.

Cita el artículo N° 17 de la Ordenanza Local de Plan Regulador de la Comuna de Osorno, conforme al cual: *“Bienes Nacionales de Uso Público.3*



*En las áreas de uso público, como son las vías, **áreas verdes**, riberas de ríos, existentes o que se formen en el futuro, **no podrán realizarse construcciones de ningún tipo, salvo aquellas que sean complementarias a su uso específico**, tales como obras de defensa, mobiliario urbano, kioscos, fuentes de agua, juegos infantiles, embarcaderos, instalaciones turísticas, recreacionales y deportivas y otros similares, según corresponda. **Las condiciones de edificación para estas construcciones complementarias serán determinadas en los proyectos específicos, los cuales serán aprobados por la Dirección de Obras Municipales y deberán ser concordantes con el artículo 2.1.30. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones**”.*

A su vez, cita el artículo N° 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades señala: *“Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: c) **Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado**”.*

Concluye que, las construcciones que fueron solicitadas por el requirente a través de sus cartas, están expresamente prohibidas en virtud de la normativa anteriormente expuesta.

Niega el trato desigual, afirmando, que contra los locales comerciales citados por el actor, también existen denuncias y un juicio pendiente.

Al respecto, señala que los locales gastronómicos mencionados en el presente recurso, han sido debidamente denunciados, a fin de proceder con la demolición de dichas construcciones, por no contar con el permiso de edificación correspondiente y estar ocupando bien nacional de uso público, contraviniendo expresamente los artículos 116 y 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

Señala la causa Rol N° 8417-2021 llevada ante el Primer Juzgado de Policía Local de Osorno.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Los hechos que motivan la interposición del presente recurso dicen relación con la vulneración o perturbación de la garantía



constitucional de igualdad ante la ley y no discriminación, que, a juicio del recurrente, han sido conculcados por el rechazo de la I. Municipalidad de Osorno, de acceder a una solicitud de su parte en aras a funcionar con una terraza provisoria a las afueras de su local comercial, lo que sí realizan otros locatarios.

La Municipalidad como primera alegación plantea que su parte actuó dentro de la legalidad y cita al efecto la normativa infringida, la que prohíbe las construcciones en las condiciones que pretende la actora.

Al respecto, esta Corte entiende que efectivamente hay legislación vigente que impide construir sobre las aceras que constituyen bien nacional de uso público.

En efecto, del artículo 17 de la Ordenanza Local de Plan Regulador de la Comuna de Osorno, transcrito en lo expositivo de esa sentencia se lee que no podrán realizarse construcciones de ningún tipo, salvo aquellas que sean complementarias a su uso específico, en áreas verdes, entre otras.

Por su parte, de la norma contenida en el artículo N° 5 de la Ley Orgánica Construccional de Municipalidades se aprecia que se encuentra dentro de las funciones de las municipalidades, administrar los bienes municipales y nacionales de uso público.

Desde lo antes asentado se desprende que la actuación de la recurrida ha pretendido enmarcarse en los límites que la legalidad le autoriza.

SEGUNDO: Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, se deduce que lo verdaderamente cuestionado por el recurrente no es la facultad de la recurrida de otorgar o denegar la autorización de construcción, sino la oportunidad en que se ejerció ésta (en lo concreto, en el contexto de una situación excepcional motivada por la pandemia y sus conocidas consecuencias para la actividad comercial), así como enfatizando el hecho de haberse obrado de manera disímil respecto de otros comerciantes, en igualdad de circunstancias.

TERCERO: Al respecto, debe descartarse en esta sede de protección de garantías constitucionales, en primer lugar, que el acto sea ilegal, pues fue realizado por la Dirección de Obras dentro de sus facultades reguladas en el respectivo Plan regulador, así como de acuerdo a la normativa de los artículos 116 y 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Tanto



MLWJLXLTXC

es así, que conforme al procedimiento que describe la Ley antes citada (artículos 20 y siguientes de la LGUC), se encuentra en curso, en la actualidad, el procedimiento respectivo ante el Primer Juzgado de Policía Local de Osorno, para conocer de la presunta infracción a la normativa del ramo.

CUARTO: No obstante lo anterior, se estima que el actuar de la Dirección de Obras Municipales resulta arbitrario, pues del mérito de los antecedentes acompañados se desprende que precisamente importa una vulneración del uso razonable de sus facultades legales, debido a que procedió a denegar el permiso, tras la fiscalización del comercio del recurrente, en apariencia sólo a su respecto, constando que otros locales comerciales de similares características funcionan normalmente y con terrazas, incluso de envergadura mayor y de ocupación de una superficie superior de las aceras en relación a la que corresponde al actor, como se desprende de la observación de las fotografías acompañadas al recurso.

En el caso del recurrente se aprecia que se trata de una construcción con base de madera con un techo ligero, que no reviste necesariamente las características de supuesta ampliación que refiere la parte recurrida.

QUINTO: Mucho se ha dicho y escrito en doctrina y jurisprudencia sobre la arbitrariedad que da lugar a esta acción constitucional. Sólo referencialmente, valga decir que, en principio, algo arbitrario es aquello que depende del arbitrio o la mera voluntad de alguien. Por lo que se necesita discernir de cuándo ese arbitrio o mera voluntad, manifestada en una acción u omisión, debe ser corregido por medio del recurso de protección. La primera idea, es que la arbitrariedad, en este sentido, tiene un contenido de antijuridicidad, por lo que la mera contradicción a la ley (en sentido amplio) es, en principio, arbitraria. Pero además, ciertos actos en apariencia no contradictorios con la ley, pueden ser arbitrarios, cuando se trata de un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho. O como dictaminó la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 30 de junio de 2004, en autos Rol 332-2004, en que señala: "Para que exista arbitrariedad debe haber, entonces, carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad a alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios



empleados y el objetivo a obtener o, aún, inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, o sea, una actuación carente de fundamento".

En efecto, no obstante que la recurrida actuó en ejercicio de sus facultades legales, lo cierto es que el uso de forma discriminatoria de dichas prerrogativas en el caso concreto, torna dicho actuar en arbitrario, pues existiendo otros locales autorizados, o no fiscalizados a la fecha (según los propios asertos del representante del municipio en estrados, evidencia de lo cual fluye además de la circunstancia de haber sólo adjuntado datos de un caso adicional para cotejo), aparece de manifiesto un ejercicio poco razonable y arbitrario de sus facultades discrecionales, al instar por la imposición de medidas sancionatorias de carácter patrimonial respecto de construcciones, que, acorde a las máximas de la experiencia, se han verificado como consecuencia no deseada de las particulares circunstancias que se han materializado por la pandemia y, por sobre todo, sin que se advierta un trato igualitario respecto de otros sujetos en similares condiciones, no siendo por ende representativo de un comportamiento que haya respetado adecuadamente la garantía de igualdad ante la ley, por la mentada sola cita de un caso denunciado, además del que ha aquejado al actor.

SEXTO: Dicho actuar arbitrario de la recurrida ha vulnerado así el derecho de igualdad ante la ley del recurrente, al vislumbrarse en la especie haber recibido un trato desigual y discriminatorio en relación de otros locatarios que, enfrentados a semejante situación imprevista y prolongada, en tiempos de pandemia han utilizado parte de la acera para habilitar mesas de atención de público con construcciones más o menos provisorias. Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que las demás entidades administrativas y de orden jurisdiccional poseen, de constatarse una o más infracciones legales o reglamentarias; por lo que el presente arbitrio habrá de prosperar del modo cómo se dirá en lo resolutivo.

Y visto, además, lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo de los Recursos de Protección, se **ACOGE** el recurso interpuesto por la Sociedad "F & C EMPRESAS SpA.", en contra de la I. Municipalidad de Osorno, Dirección de Obras Municipales, por lo que, en consecuencia, se ordena la cesación inmediata de los efectos del acto



denunciado, correspondiendo a la recurrida autorizar el funcionamiento de la terraza provisional del local comercial ubicado en la esquina de Cochrane con Manuel Rodríguez (Parrilladas Osornina), sujeto a las prescripciones de la autoridad sanitaria y de obras municipales, sin entorpecer el paso peatonal, al menos mientras las condiciones derivadas de la planificación de esa entidad de salud lo hagan factible, en el contexto de la pandemia mundial generada por el Covid 19 y sus diversas variantes y, particularmente, en tanto sea evidente que otros locales de la ciudad que estén en análoga situación continúen con similar funcionamiento exterior.

Acordada con el voto en contra de la Ministra doña Marcia Undurraga Jensen, quien conforme a los argumentos que se detallan, estimó que no existe transgresión a la garantía constitucional invocada y que la recurrida actuó dentro del marco de su normativa.

1° Que, en el ejercicio de las labores fiscalizadoras propias de la Dirección de Obras, fiscalizadores, al constatar la ejecución de obras emplazadas en un Bien Nacional de Uso Público, específicamente sobre el césped situado en la acera aledaña a la propiedad del actor, cursó la denuncia, por no existir sin autorización municipal en la construcción.

2° Que, se encuentra en tramitación ante el Primer Juzgado de Policía Local causa Rol N° 9001-2021 en relación a la denuncia Parte N° 140 de fecha 26.11.2021, de la Dirección de Obras en contra de la parte recurrente de autos, por los hechos ya referidos.

3° Las facultades legales de la recurrida, se desprenden del artículo N° 5 de la Ley Orgánica Construccional de Municipalidades que señala: *“Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado”.*

4° Resulta de máxima relevancia lo que dispone el artículo N° 17 de la Ordenanza Local de Plan Regulador de la Comuna de Osorno, que indica: *“Bienes Nacionales de Uso Público. “En las áreas de uso público, como son las vías, áreas verdes, riberas de ríos, existentes o que se formen en el futuro, no podrán realizarse construcciones de ningún tipo, salvo aquellas*



que sean complementarias a su uso específico, tales como obras de defensa, mobiliario urbano, kioscos, fuentes de agua, juegos infantiles, embarcaderos, instalaciones turísticas, recreacionales y deportivas y otros similares, según corresponda. Las condiciones de edificación para estas construcciones complementarias serán determinadas en los proyectos específicos, los cuales serán aprobados por la Dirección de Obras Municipales y deberán ser concordantes con el artículo 2.1.30. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones”.

5° La parte recurrente no cuestiona que su construcción se encuentre emplazada en un bien nacional de uso público. Tampoco discute haber verificado la construcción sin haber obtenido el permiso de construcción, sino que su alegación descansa, en la transgresión al artículo 19 N° 2 de la Constitución.

6° La presunta falta a la norma citada, no es tal, desde que existe en tramitación, otra causa contra otra locataria con construcciones sin permiso en la acera, doña Monica Epple Hahn, lo que se desprende de la documentación aparejada por la recurrida, respecto de infracción contra las normas de los artículos 116 y 145 de la LGUC. Por su parte, la fiscalización de los distintos locales, cuyas fotografías con terrazas exteriores, adjunta la recurrente, se encuentra próxima a su verificación, según ha quedado de manifiesto en los alegatos en estrados.

7° Por ultimo resulta de trascendencia apreciar que se halla en curso, próxima a fallo, la tramitación en sede de policía local, de la denuncia que cursó la Dirección de obras por las construcciones sin permiso, desarrolladas por la actora, siendo ostensible, que ésta no acudió a la audiencia de rigor, de acuerdo a los dichos de la Municipalidad. Por lo expuesto, es aquel el procedimiento que debe servir de base para dilucidar la cuestión planteada en autos.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministra doña Marcia Undurraga Jensen.

N°Protección-2482-2021.





MLWJLXLTXC

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por Ministra Sra. Marcia Del Carmen Undurraga J., Ministro Sr. Luis Aedo Mora, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse con permiso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales y Abogado Integrante Sr. Mauricio Fehrmann M. Valdivia, veintiocho de enero de dos mil veintidós.

En Valdivia, a veintiocho de enero de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.