

Procedimiento:	Especial.
Materia:	Recurso de protección.
Recurrente:	José Manuel Baquedano González.
RUT:	8.547.543-6
A favor de:	F & C EMPRESAS SpA.
Rut:	77.106.764-6
Abogado Patrocinante y Apod.:	José Manuel Baquedano González.
RUT.	8.547.543-6.
Recurrido:	I. Municipalidad de Osorno.
Representante:	Emeterio Carrillo Torres.
RUT:	69.210.100-6

EN LO PRINCIPAL: Interpone Recurso de Protección. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos en parte de prueba. **SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES.

JOSÉ MANUEL BAQUEDANO GONZÁLEZ, Abogado, actuando 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, a SS. Iltma., respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política y al Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección a Garantías Constitucionales, vengo en interponer 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 mi 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, según se acreditará, por lo que solicito a SS.Iltma., se sirva adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, ordenando al efecto el inmediato cese de la privación, perturbación y amenaza que pesa sobre las garantías denunciadas vulneradas por la recurrida, con costas.

Los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho en que baso este recurso son los siguientes:

1.- Que, mi representada 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 que represento 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, lo que obligó a mi mandante a desvincular personal ya que la caja no resistía sufragar los derechos municipales, remuneraciones de sus dependientes y leyes de seguridad social, entre otros gastos, en circunstancias que estaba prohibido su funcionamiento por la autoridad.

2.- Que, en este dramático contexto, una vez que la ciudad de Osorno logró avanzar hacia la apertura decretada por la autoridad competente, mi representada se vio obligada a cumplir con los protocolos sanitarios para la atención de público, en cuanto a medidas de distanciamiento social, separación de espacios, pases de movilidad, entre otras medidas. Es por esta razón, que al igual que lo hicieron otros locales del mismo giro, mi mandante decidió acondicionar para la atención de público, una terraza al exterior, procurando no

obstaculizar el libre tránsito de las personas sobre un bien nacional de uso público, como son las veredas aledañas.

3.- Que, no obstante haber tomado todas las medidas de resguardo para cumplir con los protocolos sanitarios y no obstruir el libre tránsito en espacios comunes, mi mandante 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. Es así que con fecha 18 de noviembre de 2021, mi representada dirigió una carta a la citada Dirección, explicando la situación generada por la contingencia sanitaria y solicitando el permiso correspondiente para funcionar en ese espacio, adjuntando un croquis al efecto y explicando que no se embarazaría el libre tránsito de peatones ni vehículos por las calles.

4.- Con fecha 25 de noviembre de 2021, la respuesta de la Dirección de Obras Municipales fue negativa argumentando que no se autorizan ampliaciones de edificaciones en bienes nacionales de uso público.

5.- Con fecha 28 de noviembre de 2021, mi representada apeló de dicha decisión y en sus argumentos hizo ver a la recurrida que dicha medida era transitoria, mientras dure la pandemia y con el fin de mantener la fuente laboral de sus garzones y dependientes, en tiempos especialmente complejos para la estabilidad laboral y economía familiar, especialmente de las personas más vulnerable, como son nuestros trabajadores.

6.- Finalmente, la recurrida comunica a mi mandante, mediante carta de fecha 02 de diciembre de 2021, 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, consumándose con esta fecha el acto arbitrario que se reclama.

7.- Que, dicha respuesta constituye una flagrante discriminación arbitraria cometida en perjuicio de mi mandante, toda vez que esta parte demostrará a VS., 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 mi representada que no obstruyó con su acción ningún espacio público y que, a diferencia de mi 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.

8.- Esta diferencia arbitraria se genera además, por cuanto la implementación de una terraza para atender público, apunta directamente a proteger la vida, integridad física y salud de las personas que concurren diariamente a almorzar o cenar, reduciendo considerablemente la posibilidad de contagio generada por el Covid 19 y sus diversas variantes, aspecto que la recurrida debió haber ponderado especialmente, teniendo presente además que el emplazamiento de la terraza no afecta en ningún caso el libre tránsito por bienes nacionales de uso público.

9.- En tiempos anormales de pandemia, la autoridad recurrida debió haber evaluado los bienes jurídicos que mi representada intenta proteger con su acción, por sobre cualquiera otra consideración, máxime cuando no perturban el libre desplazamiento de vehículos o personas sobre bienes nacionales de uso público, sin considerar por lo demás que son muchos los locales que han optado por esta solución para conciliar la vida y salud de sus usuarios con la estabilidad laboral de sus dependientes, por cuanto sin esta medida habría que desvincular a trabajadores que necesitan mantener a sus familias, lo que trae aparejado un considerable aumento de la cesantía en esta Provincia.

10.- **En cuanto al derecho.-**

Según la Jurisprudencia, "la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, lo que pugna contra la lógica y la recta razón" (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de marzo de 1992, Revista Gaceta Jurídica, N.º 141, página 90). La "arbitrariedad" es la negación del derecho en materia administrativa, haciéndose equivalente a "ilegalidad", a "no adecuado a la legalidad" (Miguel Beltrán de Felipe:

“Discrecionalidad Administrativa y Constitución”, Ed. Tecnos, Madrid,1995, página 51).

11.- Que, el artículo 19 prescribe: “La Constitución asegura a todas las personas:
2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. **Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.**

Como se sabe, la igualdad ante la ley, es un derecho constitucional que consiste en que toda persona debe recibir de la autoridad el mismo tratamiento que ha dado a otra u otras que se encuentren en situación de igualdad, lo que significa que la Constitución excluye todo tipo de discriminaciones, prohibiendo diferencias arbitrarias, es decir, que sean estas injustas o carentes de una adecuada motivación, prejuiciadas, excesivas, o desproporcionadas en relación al fin o adoptadas sobre la base del favoritismo (Rol Nº 1155 – 2010, Corte de Apelaciones de Temuco). De lo anterior podemos concluir que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren, o se hayan encontrado, en las mismas circunstancias y, consecuentemente, solo pueden ser diferentes cuando aquellas se encuentren en situaciones diferentes. Así lo han señalado numerosas veces nuestros máximos tribunales. Por ejemplo, un fallo de la Corte Suprema, declara que: “El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales” (publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2ª parte, sección 5ª, pag. 183).

12.- A fin de determinar si existió o no una violación a este derecho constitucional, es preciso determinar los contenidos y alcances del mismo. Sobre el particular, la doctrina señala: “En suma, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. No se trata de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias específicas. La

igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo” (Mario Verdugo: Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, páginas 215-216).

13.- En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha señalado en un fallo de fecha 15 de Junio de 1988 que: “La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85, sección 5ª, página 97). Esta jurisprudencia ha sido reiterada en otros fallos anteriores, entre los que se pueden citar los siguientes: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 65, Corte Suprema, 15 de mayo de 1968, II parte, sección 1ª, página 97; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 68, Corte Suprema, 24 de noviembre de 1968, II parte, sección 3ª, página 65; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 68, Corte Suprema, 15 de julio de 1970, II parte, sección 2ª, página 253).

Asimismo, un fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2ª P., S. 5ª, p. 176, por una Corte de Apelaciones, en sentencia confirmada por la Excma. Corte Suprema, dijo: “El principio de la igualdad ante la ley supone que todos los que se encuentren en una misma situación fáctica deben tener idéntico tratamiento y ser considerados bajo un mismo aspecto jurídico, y con ello salvaguardar el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, sin establecer respecto de nadie diferencias arbitrarias” .

14.- Atendida la naturaleza de esta garantía constitucional, lo que el constituyente repudia es la idea de "privilegio" y "diferencia arbitraria", originada en una actuación de la autoridad, frente a sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho o a quienes les son aplicables unas mismas normas jurídicas, imponiendo idénticos derechos y obligaciones. La Constitución permite hacer "diferencias", incluso a nivel de ley, siempre que éstas sean objetivas y razonables. De lo que se trata, precisamente, es que los iguales sean tratados iguales y los desiguales, en forma desigual.

15.- En el caso sub-lite, la "arbitrariedad" está dada y manifiesta en las causales y circunstancias que se expondrán a continuación:

a) La recurrida, al no acoger la solicitud de mi representada en orden a autorizar la terraza en un espacio abierto sin obstaculizar el libre tránsito, no tuvo en consideración al resolver, el peligro real, actual e inminente que la pandemia mundial causa en la vida, integridad física y salud de las personas, en tiempos excepcionales que requieren de medidas excepcionales en atención a la tutela de los bienes jurídicos que están en peligro, lo que conlleva a que el acto administrativo impugnado con esta acción no tomó en consideración un hecho público y notorio que está afectando a la población mundial y al no motivar su decisión haciéndose cargo de esta nueva realidad, la decisión impugnada con esta acción se convierte en arbitraria, en los mismos términos que lo ha entendido la jurisprudencia reiterada de nuestros Tribunales Superiores.

b) La recurrida ha centrado su acción arbitraria en mi mandante, sin considerar que en la plaza existen a lo menos cuatro locales del mismo giro que operan con una terraza al aire libre para atender a las personas que consumen en ellos, sin persecución alguna a su respecto.

c) El acto de la recurrida carece de razón y sentido al ignorar las circunstancias extraordinarias que Chile y el resto del mundo experimentan a raíz de la pandemia, en lo que respecta a la mantención y tutela de las fuentes laborales que mi mandante genera y que de consumarse el acto arbitrario impugnado, el efecto natural y obvio será aumentar el desempleo en la provincia, lo que contraría el principio de la igualdad ante la ley, el cual supone que todos los que

se encuentren en una misma situación fáctica deben tener idéntico tratamiento y ser considerados bajo un mismo aspecto jurídico, y con ello salvaguardar el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, sin establecer respecto de nadie diferencias arbitrarias.

16.- En suma, este recurrente solicita a VS., se sirva hacer 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 por mi mandante y adoptar las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho, ordenado 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.

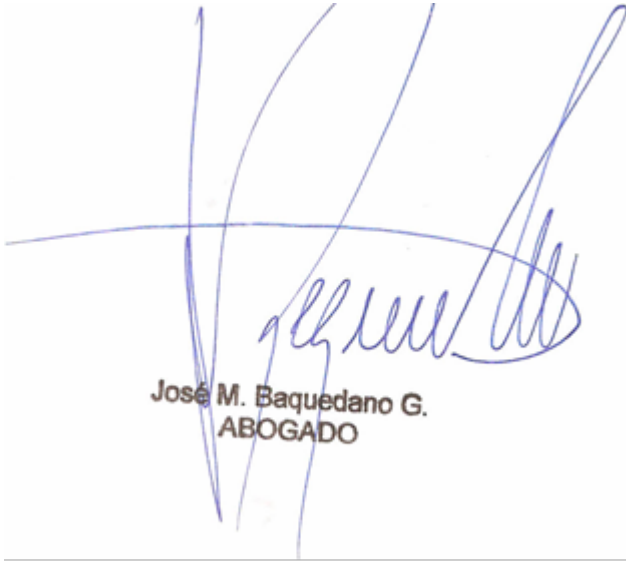
POR TANTO, con el mérito de lo expuesto, normas legales citadas y conforme a lo dispuesto en los artículo 19 número 2 y artículo 20 de la Constitución Política de la República; Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales y demás normas legales pertinentes;

RUEGO A SS.ILTMA., se sirva tener por interpuesto recurso de protección en contra de la I. Municipalidad de Osorno, Dirección de Obras Municipales, representada por su alcalde don Emeterio Carrillo Torres, ambos ya individualizados, por haber cometido **un acto arbitrario** en perjuicio de mi mandante, en cuya virtud se provocó una privación, perturbación y amenaza a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, que se encuentra consagrada y garantizada en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que solicito a SS. Iltma., acogerlo a tramitación y previo a los trámites de rigor, se sirva hacer cesar de inmediato la amenaza actual e inminente que pesa sobre la afectada, ordenado al efecto 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 nuevas variantes, adoptando con celeridad las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de este afectado, con costas.

PRIMER OTROSI: Solicito a US. Iltma., tener por acompañados, en parte de prueba, los siguientes documentos, que acreditan la veracidad de los hechos expuestos en lo principal.

- a) Solicitud de fecha 18 de noviembre de 2021 efectuada por mi mandante a la recurrida solicitando el funcionamiento de una terraza al aire libre, por las razones que allí se expresan.
- b) Solicitud de fecha 28 de noviembre de 2021 efectuada por mi mandante a la recurrida solicitando el funcionamiento de una terraza al aire libre, por las razones que allí se expresan.
- c) Respuesta negativa de la recurrida mediante documento de fecha 25 de noviembre de 2021.
- d) Respuesta negativa de la recurrida mediante documento de fecha 02 de diciembre de 2021 (fecha esta última de consumación del acto arbitrario que se reclama).
- e) Una fotografía explicativa de la terraza emplazada al aire libre por mi mandante en la cual se aprecia que no afecta el libre tránsito sobre bienes nacionales de uso público.
- f) Set de cuatro fotografías de los restaurantes: "El que Rico", "Parrillada de Pepe", "Gallardía" y "Bavaria", en la cual se aprecia que implementaron terrazas al aire libre en las mismas condiciones y por los mismos motivos que lo hizo mi representada.

SEGUNDO OTROSI: Ruego a US. Iltma., tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocinaré y procuraré personalmente esta gestión.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several large, sweeping loops and a horizontal line crossing through the middle. The signature is positioned above the printed name and title.

José M. Baquedano G.
ABOGADO