

C.A. de Santiago

Santiago, dieciséis de mayo de dos mil doce.

Advirtiendo esta Corte la existencia de una presentación cuyo folio es 94859, efectuada el día 24 de abril último, que no está materialmente disponible, agréguela para ser prontamente proveída.

A fojas 273: a todo, estese a lo que se resolverá.

A lo principal de fojas 276: atendido el mérito de los antecedentes, en especial, la renuencia inexcusable del recurrido a cumplir lo ordenado por esta Corte por sentencia de fecha 9 de septiembre de 2011, escrita a fojas 209 y siguientes, ejecutoriada desde el 4 de octubre del mismo año, y lo dispuesto en el numeral 15 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales, se impone al Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Ñuñoa, la medida de suspensión de sus funciones por el periodo de un mes, tiempo en el cual dicho funcionario gozará de medio sueldo; sin perjuicio de otros derechos que el recurrente podrá hacer valer en la sede que corresponda.

N°Proteccion-3646-2011.

Pronunciada por la **Quinta Sala de esta Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora Gloria Ana Chevesich Ruiz e integrada por la Ministra (S) señora Jenny Book Reyes y el Abogado integrante señor David Peralta Anabalón.

Santiago, nueve de septiembre de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que a fojas 75, María Mackarena Seppi Cartes, ingeniera en alimentos, en representación de Empresa Comercial María Seppi Cartes, ambas domiciliadas en Avenida Irrazaval números 1966 al 1970, comuna de Ñuñoa, deducen recurso de protección en contra del Concejo Municipal de Ñuñoa, compuesto por sus concejales señoras Claudia Vera Barría y Maya Fernández Allende y señores Andrés Zarhi Troy, José Luis Rosasco Zagal, Manuel Guerrero Antequera y de su Alcalde, señor Pedro Sabat Pietracaprina, por las actuaciones ilegales y arbitrarias que la privan y perturban en los derechos reconocidos por el artículo 19 números 2, 3, 21 y 22 de la Constitución Política.

Fundamenta su acción en que el acuerdo adoptado en sesión ordinaria N°8 del Concejo Municipal de Ñuñoa, de fecha 9 de marzo de 2011, con la asistencia de los concejales Vera, Fernández, Zarhy, Rosasco, Guerrero y presidido por el Alcalde, Pedro Sabat, que rechazó una solicitud de patente de alcoholes, notificada mediante Ord. D.A.F N° 442/2, que adjunta, con fecha 29 de marzo pasado, sin razones ni fundamentos, constituye un acto arbitrario.

Refiere que en el año 2007 se acercaron a la Municipalidad de Ñuñoa para ver la posibilidad de instalar un salón de baile, centro de eventos y restaurante en Avenida Irrazaval entre los números 1968 y 1970. En ese tiempo, tres empleados del Departamento de patentes le expresaron que no había problemas, por ser un sector comercial; por ello procedió a comprar las propiedades correspondientes. Posteriormente, la Municipalidad le entregó un permiso de obra menor en enero de 2010 y ante la envergadura del proyecto, se exigió un arquitecto, arquitecto revisor, calculista y calculista revisor. Dice que, además, como se demolieron otras cinco propiedades en la misma calle, frente al local, quedando un sitio eriazo, propusieron a los propietarios del mismo hacer estacionamientos públicos y para el local en construcción y es así como llegaron a tener 117 estacionamientos. Luego indica que el 28 de febrero de 2011 mediante informe favorable del Departamento de Inspección se certificó que estaban a 100,73 metros del establecimiento educacional más cercano y finalmente lograron la recepción final de las obras, para lo que debieron obtener

previamente certificaciones respecto del agua potable al alcantarillado, instalaciones eléctricas y de gas, de aplicación de pintura intumescente, de sistema de extracción e incluso, certificado acústico, por incluir un salón de baile. Asimismo, antes de la construcción, el Departamento de Obras emitió un certificado de zonificación Zona-Z1A, que les permitió construir un local de las características expresadas, dado que la zona es de carácter comercial y no residencial.

Expone que cada una de las exigencias y observaciones relacionadas con la petición de patente N° 1555 (de restaurante de turismo), fueron cabalmente cumplidas, lo que acredita con la documentación que adjunta: estacionamientos, recepción final permiso 01/2010; aclaración del destino final del inmueble, estudio acústico, resolución sanitaria y distanciamiento con respecto a un colegio, como también con normativa posterior, como es la relacionada con Emisión de Ruidos Molestos y todo lo que requirió la Municipalidad para obtener las patentes solicitadas; sin embargo, en la sesión del Concejo, la decisión incluyó el rechazo de “patente de restaurante de turismo, salón de baile, restaurante diurno, nocturno, discoteca y bar”, es decir, solicitudes no hechas, como la de discoteca y bar. Por lo que tienen entendido, por no constar en el acta de la sesión ni en la notificación, se habría aducido el rechazo de los vecinos, pero entienden que sólo se opuso un club cultural, a quien le estaría prohibido manifestarse legalmente al respecto, como podría hacerlo una Junta de Vecinos.

Indica que el 6 de abril pasado, en una especie de acto revocatorio, el Concejo aprobó la patente de restaurante diurno y nocturno, lo que aún no se le habría notificado y que a su juicio, confunde aún más la situación. Estima que ello pudo provenir de la experiencia derivada de los problemas que otro local llevó a la comuna, local que funcionaba sin patente y quebrantando la legislación en más de un aspecto.

Dice que el acto municipal afecta la garantía constitucional reconocida en el N°21 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que la regulan, ya que la recurrente aduce haber solicitado en 2010 las patentes de salón de baile (N°1555) y de restaurante de turismo (N°1556), que fueron objetadas en junio de 2010, mediante decreto DAF 1316/2, para determinar previamente que la distancia con el Liceo N°7 de Ñuñoa fuera superior a

cien metros. En una etapa posterior, también se dio cumplimiento a las cinco observaciones hechas por la Dirección de Administración y Finanzas mediante oficio N°55/2, referida a la solicitud N° 1556, mediante documentos que adjunta. Señala que además se afecta lo preceptuado en el N°22 del artículo 19 ya citado, que garantiza la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, garantía que es consecuencia de la establecida en el N°2 del mismo artículo, que prohíbe hacer discriminaciones arbitrarias, haciendo presente que en la misma zona se han otorgado diversas patentes de alcoholes y una discoteca que debió ser clausurada por ruidos molestos. Por último, dice que la falta de fundamentación del rechazo le impide el derecho a defensa, prevista en el N°3 del tantas veces indicado artículo 19.

Finalmente, solicita se acoja el presente recurso, restableciendo el imperio del derecho y la debida protección al afectado, declarando que las actuaciones denunciadas en él son ilegales y arbitrarias, afectando los derechos garantizados que señala y se deje sin efecto el acuerdo del Concejo Municipal de 9 de marzo de 2011, ordenando que dicho Concejo se pronuncie como en derecho corresponda respecto de la solicitud del recurrente.

2º) Que a fojas 101 y siguientes, Pedro Sabat Pietracaprina, Alcalde de la Municipalidad de Ñuñoa, Claudia Vera Barría, Maya Fernández Allende, Andrés Zarhi Troy, José Luis Rosasco Zagal y Manuel Guerrero Antequera, Concejales de la misma, evacúan su informe en los términos siguientes, solicitando se desestime el recurso por carecer de fundamentos de hecho y de derecho, con expresa condenación en costas:

Refiere que la empresa comercial María Mackarena Seppi durante el período 2010-2011 ha presentado cinco solicitudes de patentes, dos de las cuales son comerciales (restaurante comercial y estacionamiento) y tres, de patentes de alcoholes (restaurante diurno y nocturno, restaurante turismo y salón de baile) y que las patentes comerciales fueron otorgadas en marzo y abril de 2011.

Respecto de las patentes de alcoholes, señalan que el 27 de mayo de 2010 los recurrentes presentaron la solicitud N°1016, -para restaurante diurno y restaurante nocturno- que fue enviada a la Dirección de Obras para la emisión de un informe de uso de suelo y condiciones del local, la que informó el 24 de agosto del año pasado que existían observaciones en cuanto a terminar la habilitación del local, instalaciones y servicios y obtener el certificado de recepción final; adjuntar resolución favorable de la Seremi de Salud e implementar dispositivos de emergencia, extintores y luces.

Paralelamente, indica, se enviaron los antecedentes al Concejo para que los analizara la Comisión de Seguridad Ciudadana, que los pre aprobó el 4 de agosto de 2010. Por otra parte, el 16 de marzo de 2011, la Dirección de Obras informó favorablemente algunas observaciones subsanadas y, con todo, se envió la solicitud a Concejo para ponerla en tabla y fue aprobada el 6 de abril de 2011, dictándose el Decreto N°668, de 2 de mayo de 2011 para restaurante diurno y nocturno de la recurrente.

Agrega que con antelación, el 27 de diciembre de 2010, la empresa presentó las solicitudes N° 1555, para salón de baile y N°1556, para restaurante de turismo, que también fueron observadas por la Dirección de Obras el 10 de enero de 2011, dando cuenta que se encontraban pendientes las condiciones del local en relación a obtener la recepción final del permiso 01/10, aclarar con el Departamento de Edificación de la Dirección de Obras el destino específico del local, estudio acústico, contemplando mediciones al exterior de propiedades vecinas y aclarar con ese Departamento, el distanciamiento de colegios. Como las mediciones del Departamento de Inspección de la Municipalidad dieron como resultado menos de cien metros, la empresa cambió su acceso primitivo al otro extremo, lo que fue corroborado y tomando la línea de acceso principal más corta, era superior al mínimo de cien metros establecido en el artículo 8° inciso cuatro de la Ley N° 19.925. El 2 de marzo de 2011, se envían los antecedentes a Preacuerdo del Concejo Municipal y, al día siguiente, la empresa solicita una reconsideración que subsana las observaciones, ante lo cual la Dirección de Obras informa nuevamente que está pendiente con observación, porque el estudio acústico debe contemplar mediciones al exterior de la propiedad en horario nocturno.

Continúa informando que los miembros del Concejo, en comisión de Seguridad Ciudadana- Patentes de Alcoholes de 9 de marzo de 2011, analizaron el proyecto de salón de eventos y lo rechazaron con la votación de los concejales señores Labbé, Rosasco, Zarhi, Guerrero, Vera y Fernández, dejando constancia en el acta que se presentaron y consideraron todos los aspectos positivos y negativos que tendría para la comuna, expresándose que "los concejales plantean que, acuerdo a los antecedentes presentados por la representante legal del proyecto, quien había hecho una demostración de las características del local en la comisión de 1 de diciembre de 2010, según consta en el acta y de los vecinos del sector colindante al local que también habían hecho llegar sus inquietudes". El mismo día, en sesión ordinaria, se trató la patente de alcohol nueva "restaurante de turismo, salón de baile, restaurante diurno, nocturno, discoteca y bar" de la empresa comercial María Mackarena Seppi

Cartes EIRL, siendo rechazada en forma unánime, lo que fue informado mediante Ord. DAF N°442/2 de 24 de marzo pasado.

Además, indica que a fin de “dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la I. Corte”, por haberse detectado un cambio en el acceso de público, se procedió a tomar una nueva medición entre los extremos más próximos a los accesos de dos establecimientos educacionales, que se efectuó el 12 de mayo de 2011, asistiendo dos inspectores de la Dirección de Seguridad Ciudadana e Inspección, el inspector de obras y el director de asesoría jurídica, constatando que ambas eran inferiores a cien metros, lo que impedía otorgar patente de alcoholes, de acuerdo a lo establecido en la Ley N°19.925, artículo 8, incisos cuarto y quinto. Por ello, estima que el Municipio no ha hecho otra cosa que aplicar la ley y en este caso, lo que habría correspondido es un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y no uno de protección.

Finaliza su informe descartando que el Municipio y su Concejo hayan infringido las garantías que se reclaman, ya que, respecto de la establecida en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política la recurrente sólo considera la primera parte de la norma, pero no lo demás, que pone diversas restricciones y ordena el respeto de normas legales que regulan la actividad económica, así es como ella ha tramitado y obtenido las patentes de alcoholes que en derecho procedía otorgarle, es decir, de restaurante diurno y nocturno. Tampoco se vulnera la garantía del N°2 del citado artículo 19, ya que la norma respecto de la distancia de establecimientos educacionales se ha aplicado igualitariamente, pero respetando el derecho de quienes habiendo obtenido patente de alcoholes se vean afectados por un tercero que se instale a menos de cien metros del expendio, por cuanto la ley de alcoholes no estableció que dichos negocios dejen de funcionar por la instalación de otro expendio a menos de la distancia referida, con lo que la discriminación sería en perjuicio de los primeros y no contra la recurrida.

3°) Que a fojas 110 los concejales Claudia Vera, Maya Fernández, Andrés Zarhi y Manuel Guerrero ratifican el informe presentado por el alcalde señor Sabat y por el concejal señor Rosasco a fojas 101, lo que se tuvo presente a fojas 111;

4°) Que al recurso se acompañaron diversos documentos: a) el de fojas 33, Ord D.A.F. 442/2 de 24 de marzo de 2011, que responde a solicitudes de patente 1555 y 1556 de la Empresa Comercial María Mackarena Seppi Cartes, en el que se comunica que la solicitud fue tratada en la sesión ordinaria N° 8 del Concejo Municipal de 9 de marzo de 2011 y que fue rechazada en forma unánime; b) copia del Acta de dicho Concejo Municipal, en el cual la solicitud figura en el punto 4 “Tabla

Ordinaria”, con la letra c) “patente de Alcohol –nueva- restauran de turismo, salón de baile, restauran diurno, nocturno, discoteca y bar- empresa comercial María MacKarena Seppi Cartes EIRL Avenida Irarrázaval N° 1968 -1970”. El Acuerdo que rechaza esta solicitud, sin indicar causa; c) copia conforme de contrato de arrendamiento de 3 de enero de 2011 celebrado por la recurrente como arrendataria del terreno de Av. Irarrázaval N° 1989, que será destinada para parking o estacionamiento exclusivo para Club Mandril ubicado en la misma avenida N° 1970, de Ñuñoa; d) certificado de recepción definitiva de obra menor destinada Equipamiento Comercial –Restaurante- Salón de Baile ubicado en Irarrázaval 1968-1970 con fecha de aprobación de 1 de marzo; e) copia de la Resolución N°21 de la Dirección de Obras Municipales de Ñuñoa que aprueba las modificaciones menores del permiso de Obra Menor N°01/2011 contenidas en láminas adjuntas a la solicitud anterior; f) copia de la Resolución N°19 DOM, de 28 de febrero de 2011, que corrige el destino del recinto en el primer piso a Salón Multiuso, Pista de Baile; g) copia de Resolución del Seremi de Salud que autoriza a la firma recurrente para que en la dirección señalada antes funcione Restaurant, Bar; h) copia de Resolución del Departamento de Acción Sanitaria de la Seremi de Salud de esta Región que informa favorablemente las condiciones sanitarias del inmueble de Irarrázaval 1968-1070 para que funcione Cabaret, Discoteca, Salón de Eventos; i) copia de Ord D.A.F. N°55-2 que comunica que la Dirección de Obras exigió el cumplimiento de las observaciones que indica; j) copia de Ord. D.A.F. N°112-2 fechado el 28 de febrero de 2011 (fojas 51) que señala que la medición efectuada por los Inspectores del Departamento de Inspección Municipales, en relación con las solicitudes de patentes N ° 1555 y 1556, arrojó 100 metros con 73 centímetros de distancia; k) copia de informe en que consta la medición anterior desde el local de la recurrente a la entrada principal del Liceo N° 7; l) copia de informe técnico “Patente de Turismo” del Servicio Nacional de Turismo, de 27 de octubre de 2010, que recomienda como favorable conceder la patente de restaurant de turismo en relación con la recurrente y el inmueble de que se trata; m) informe de evaluación de impacto acústico preparado por CIBEL Ingeniería en Proyectos Acústicos Ltda, de febrero de 2011, que contempla el procedimiento empleado y concluye que los niveles de ruido generados por el normal funcionamiento del Centro de Eventos Club Mandril, hacia receptores cercanos, cumple con los niveles máximos permitidos por el DS N° 146/97 del Minsepres, en período de evaluación nocturno y bajo las condiciones de emisión descritas en el informe, no generando impacto acústico alguno hacia la comunidad;

5º) Que al informe se adjuntaron copia del dictamen 50494-2008 de la Contraloría General de la República; de los dictámenes 58916 de 26 de octubre de 2009, 43055 de 10 de agosto de 2009 y 3234 de 19 de enero de 2006, sobre forma de medición de los 100 metros a que se refiere el artículo 8º de la Ley N° 19.925. También copia autorizada del Acta de instalación del Concejo Municipal de 6 de diciembre de 2008; Acta de Medición de 12 de mayo de 2011 que arroja menos de 100 metros en las dos mediciones de que da cuenta (fojas 144); copia del informe sobre medición del mes de febrero ya acompañado por la recurrente; acta de patente de 6 de abril de 2011 del Concejo, que aprueba una patente nueva (alcohol) – restauran diurno y nocturno a la empresa recurrente en el domicilio indicado; copia del decreto N°668 de 2 de mayo de 2011 que autoriza patente nueva giro “Restaurant diurno y restaurant nocturno” para el establecimiento ubicado en Avenida Irarrázaval N° 1968-1970, Ñuñoa, a nombre de la Sociedad Comercial María Mackarena Seppi Cartes, aludiendo en su considerando letra a) a la solicitud de patente nueva N°1556 de 7 de diciembre de 2010; copia del Acta de 9 de marzo de 2011 en cuya sesión N ° 8 se rechazó la solicitud de patentes 1555 y 1556 y copia del D.A.F. N ° 442-2 que comunica la decisión anterior (también acompañados por la recurrente). Asimismo, se acompaña copias de otras actuaciones de la carpeta de antecedentes de las mencionadas patentes: Informe de situación con un resumen de la tramitación, las correspondientes solicitudes y sus observaciones, solicitud de reconsideración relativa a otra patente aprobada, solicitud de reconsideración del informe de la DOM en el caso de estas patentes (fojas 127), informes sobre estas reconsideraciones (fojas 128 y 129) de fecha 8 de marzo de 2011, en que se indica que Estudio Acústico debe contemplar mediciones al exterior de la propiedad en horario nocturno y un acta del mismo 9 de marzo de 2011 de la Comisión de Presupuesto y Finanzas, Comisión de Seguridad Ciudadana- Patente de Alcoholes. En ésta se señala, respecto del proyecto Salón de Baile de Eventos ubicado en Irarrázaval N°1970, que se presentan y consideran todos los aspectos positivos y negativos que un proyecto de las características del solicitado tendría para la comuna. Según esto los concejales plantearon que de acuerdo a antecedentes presentados por la representante legal del proyecto, quien había hecho una demostración de las características del local en la comisión del 1º de diciembre de 2010 conforme el acta, y de los vecinos del sector

colindante al local que también habían hecho llegar sus inquietudes a los miembros del Concejo, se considera el rechazo de la petición;

6º) Que la parte recurrente acompañó a fojas 182, otros documentos: a) declaración del arquitecto a cargo de las obras de la recurrente, de que con posterioridad a la medición del 28 de febrero de 2011 no se han efectuado mediciones de ningún tipo al local; b) acta y conjunto de fotos notariales y plano, sobre los accesos al local; c) certificado de recepción definitiva

de obra menor y resoluciones de corrección del destino y de aprobación de las modificaciones, ya acompañados a fojas 45, 46 y 47; d) certificado del director de Obras Municipales de 1 de octubre de 2010 que señala que la medición efectuada arroja 101,50 metros de distancia del establecimiento educacional más cercano, desde los accesos principales de ambas propiedades.

A fojas 188, acompañó un certificado emitido por la Dirección de Obras Municipales de 20 de junio de 2011 sobre que no ha habido trámites posteriores a la recepción final de la propiedad de la recurrente y una acta notarial sobre la existencia en el lugar, Avenida Irarrázaval 1951, de una discoteca, de mediciones realizadas, y de la existencia de una botillería en las inmediaciones;

7º) Que esta Corte decretó como medida para mejor resolver que la recurrida informara acerca de la Evaluación de Impacto Acústico acompañada al recurso, habiendo informado a fojas 200 sobre el particular, que este informe fue ingresado a la DAF de la Municipalidad el 11 de marzo de 2011, o sea, después que el Concejo se pronunció sobre las solicitudes de patentes. En dicha oportunidad, la recurrente no hizo petición alguna, y por ende, no se ha cotejado la verosimilitud y exactitud técnica del señalado estudio;

8º) Que apreciados los antecedentes conforme las reglas de la sana crítica, se tiene que las solicitudes de patente 1555 y 1556 tuvieron diversas observaciones los días 10 y 11 de enero de 2011, entre las cuales la de un estudio acústico que debía comprender mediciones al exterior de propiedades vecinas y la de aclarar la distancia respecto de colegios (fojas 123 y 125). Las demás exigencias, hay acuerdo entre las partes de que se cumplieron y se han acompañado además los documentos obtenidos. Con respecto al estudio acústico, y asimismo sobre el cumplimiento de la distancia que establece la ley, el acta de la sesión N°8 del Concejo Municipal nada dice. Tampoco ello aparece expresado en el acta, también de 9 de marzo de 2011, de la Comisión de Presupuesto y Finanzas, Comisión de Seguridad Ciudadana-Patentes de Alcoholes a fojas 130. Ahora bien, el informe evacuado con motivo de la

interposición del recurso centra sus argumentaciones en torno a que la distancia entre el establecimiento de la recurrente y el colegio más cercano (el Liceo N°7) es menor de cien metros, por lo que la petición contravendría el artículo 8° de la Ley N° 19.925 que al respecto dispone “Tampoco se concederá patentes para el funcionamiento indicados en el inciso primero, que estén ubicados a menos de cien metros de establecimientos de educación, de salud o penitenciarios, de recintos militares o policiales...” (inciso cuarto). Es decir, el informe no se fundamenta en la falta del estudio de impacto acústico o en que éste resulte desfavorable o insuficiente;

9°) Que, acerca del mismo requisito del que aparece que no fue causa del rechazo impugnado, sólo existe constancia que fue una de las observaciones efectuadas en su momento. No obstante ello, al evacuarse la medida para mejor resolver, la recurrida hace presente que la empresa recurrente sólo ingresó al municipio el estudio de impacto acústico después de que la Municipalidad resolvió el rechazo de las patentes, para lo cual adjuntó diversos antecedentes al informe y que, en consecuencia era una observación que se habría hallado pendiente. Sobre este particular cabe hacer algunas precisiones. Primero, que las observaciones hechas a las solicitudes de patente 1555 y 1556, al respecto, exigieron un estudio de impacto acústico de mediciones exteriores a las propiedades vecinas. Sólo al informar la reconsideración pedida para que se otorgara desde luego las patentes solicitadas, se observó que el estudio debía contemplar mediciones en horario nocturno el 8 de marzo de 2011 (fojas 129 y 130). En todo caso, el Memorandum N°13/11, de 1 de agosto de 2011, acompañado al cumplimiento de la medida para mejor resolver, puntualiza que hubo una copia de impacto acústico presentada en noviembre de 2010, el que no contenía las mediciones, pero que sí las contiene el estudio acompañado fechado en febrero de 2011 (Carpeta custodia N° 133-11). Vale decir, que no hay duda que el estudio se presentó en noviembre de 2010 y que, al menos, el de febrero de 2011 cumple con las mediciones exigidas, las que fueron requeridas por el Departamento de Patentes Comerciales de la Dirección de Administración y Finanzas, pero no en la fecha que indica el documento de fojas 129, o sea, el 8 de marzo, sino el día 11 de marzo, según lo manifiesta el señalado memorándum. Por tanto, este requerimiento concreto, de acuerdo con lo visto, es posterior a la fecha de rechazo de las patentes;

10°) Que, de esta forma, el motivo esgrimido como fundamento del acto recurrido, el cual sólo ha sido plasmado en el informe del recurso, es el relativo a que la distancia entre el local para el que se pide las patentes y el colegio o

establecimiento educacional más cercano sería inferior a los cien metros que determina la Ley N° 19.925. Pues bien, a este respecto cabe consignar que, acorde con la documentación acompañada por ambas partes, resulta que funcionarios del Departamento de Inspección Municipales efectuaron la medición del caso con fecha 24 de febrero de 2011 y ésta arrojó 100 metros y 73 centímetros de distancia (ORD. DAF N°112-2, fojas 51 y 140). O sea, la observación había sido hecha en enero y la medición de febrero demostró que la recurrente cumplía con el requisito. Además, existe el documento de fojas 180, del Director de Obras Municipales, que en relación al local comercial emplazado en Av. Irrázaval 1970, informa que se encuentra a 101,50 metros del establecimiento educacional más cercano, desde los accesos principales de ambas propiedades (Adjunta plano). A mayor abundamiento, en este aspecto, el informe del Director de Obras Municipales de fojas 187 dice que revisado el expediente de la propiedad de Av. Irrázaval N °1968-1970 el último trámite que se registra es el de Recepción Final de 1 de marzo de 2011.

Los recurridos, pese a lo anterior, han defendido el acto impugnado de contrario, señalando que no se cumpliría con la distancia prevista en la ley para el otorgamiento de patentes como las solicitadas. Para ello, aducen que se hizo una nueva medición –de la que se informa a fojas 144- cuyo resultado es desfavorable para la recurrente (82 metros o 90,5 metros, según se haga desde el acceso poniente o desde el oriente del local comercial al acceso principal del liceo José Toribio Merino). Este documento está fechado el 12 de mayo de 2011;

11º) Que de lo anterior se desprende que el fundamento que invocan los recurridos, no existía a la fecha en que se resolvió el rechazo de las solicitudes Números 1555 y 1556 de la recurrente. Por consiguiente, si bien esto constituyó una observación que en enero de 2011 no había sido cumplida –documento de fojas 138 del Departamento de Inspección, en relación con los de fojas 123 y 125-, la interesada efectuó cambios (a los que se refiere el informe de situación de fojas 114) que llevaron a que se efectuara una nueva medición, la de febrero de 2011 que determinó una distancia superior a los cien metros. Y con este antecedente en la carpeta respectiva, resolvió el Concejo Municipal el día 9 de marzo de 2011, el rechazo de las solicitudes;

12º) Que, en consecuencia, la empresa recurrente cumplió con las exigencias requeridas y en lo que hace estrictamente al recurso, con la distancia legal necesaria respecto del establecimiento educacional más cercano. Ahora, en cuanto al acto mismo, en él no se incorporó ninguna motivación que diera cuenta de las causas de la

decisión adoptada, y luego, en esta sede, se ha informado un obstáculo que, en realidad, no existía a la fecha de la sesión N° 8, y que, por ende, no podía ser causa de la negativa. Lo primero, importa una vulneración al artículo 16 de la Ley N° 19.880, en tanto el principio de transparencia y de publicidad requiere que los fundamentos de los actos administrativos sean también públicos, y en este caso, no se dieron a conocer. Lo segundo, la invocación de una norma legal contra el mérito de los antecedentes que obraban en poder del Municipio, puesto que de aquéllos, emanados de funcionarios con competencia para hacerlo, fluía que el imperativo legal había sido observado conforme las mediciones efectuadas en terreno;

13°) Que, las anteriores, son razones suficientes para acoger el recurso, comoquiera que el acto de rechazo de las patentes solicitadas resulta ilegal y arbitrario, según se ha visto, y afecta la garantía prevista en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que impide el ejercicio legítimo de una actividad económica, regulada por la ley, mas no prohibida por ella, por ende, lícita y cumplidas que han sido las observaciones y exigencias que ha efectuado la autoridad comunal;

14°) Que, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N°18.965, contempla como atribución del alcalde y los concejales el otorgamiento de patentes, pero ello no puede significar que la autoridad pueda denegar sin motivo legal ni a simple discreción el ejercicio de una actividad que la ley permite en tanto no contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional;

15°) Que, por último, cabe señalar que con posterioridad a la interposición del recurso de protección, por Decreto 668 de 2 de mayo de 2011, la Municipalidad autorizó patente nueva del giro “Restaurant Diurno y Restaurant Nocturno” para el establecimiento ubicado en Av. Irarrázaval N° 1968-1970, Ñuñoa, a nombre de Sociedad Comercial María Mackarena Seppi Cartes. Consta que en sesión ordinaria N°10 de 6 de abril de 2011 se adoptó el acuerdo de aprobar dicha patente (fojas 136 y 141). Pues bien, este decreto alcaldicio se refiere en su consideración a) a la solicitud N°1556 de 7 de diciembre de 2010. Empero, si bien podría entenderse *prima facie* que ha revocado su decisión anterior de rechazar esta solicitud, lo cierto es que no hay elementos bastantes que avalen tal juicio, desde que la solicitud N° 1556 se refiere a Restaurant de Turismo y la que se refiere a Restaurant Diurno y Restaurant Nocturno es la N° 1016 que no es materia de este recurso, aunque tal vez también forme parte de la 1556, lo que no consta en autos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Política y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema en la materia, **se acoge** el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 65 y se dispone que se deja sin efecto el acuerdo del Concejo Municipal de la I. Municipalidad de Ñuñoa que en sesión N° 8 de 9 de marzo de 2011, rechazó las solicitudes de patente N° 1555 y 1556 presentadas por la empresa Sociedad Comercial María Seppi Cartes o Sociedad Comercial María Mackarena Seppi Cartes E. I. R. L., y se decide como medida para restablecer el imperio del derecho que el mencionado Concejo emita un nuevo pronunciamiento al respecto considerando las mediciones efectuadas por los funcionarios del Departamento de Inspecciones Municipales con anterioridad al 9 de marzo de 2011 y los estudios de impacto acústicos presentados por la recurrente conforme el Memorandum 13/11 de 1 de agosto de 2011.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro señor Silva Cancino.

Protección N° 3.646-2.011.

Pronunciada por la **Quinta Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez, conformada por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino y el Abogado Integrante señor Enrique Pérez Levezow.