

C.A. de Santiago

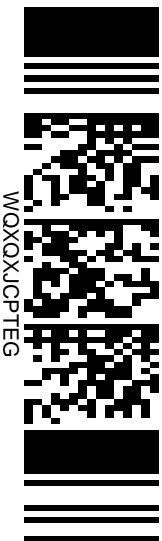
Santiago, seis de noviembre de dos mil veintitrés.

Visto y teniendo presente:

PRIMERO: Que, comparece el abogado don Gianfranco Lotito Aránguiz, en representación de FAST FOOD CHILE S.A., quien interpone acción de protección en contra de: la señora DIRECTORA DE OBRAS MUNICIPALES DE LA MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES, ROCÍO CRISOSTO SMITH, y la MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES, representada por su alcaldesa Daniela Peñaloza Ramos, por la actuación ilegal y arbitraria consistente en el dictado de la Resolución Sección 13° N° 238, de 1 de abril de 2023, que dispuso el rechazo del permiso de edificación solicitado para el inmueble ubicado en Las Condes N° 8.860.

Como antecedentes de la actuación ilegal y arbitraria de las recurridas, expone que el proyecto objeto de la solicitud de permiso que ha sido negado, consiste en la edificación del local comercial correspondiente a un restaurante, ubicado en avenida Las Condes N° 8850-8870. Mediante Resolución N° 13 de 4 de mayo de 2022 de la Dirección de Obras Municipales, se aprobó el anteproyecto de obras de edificación de *obra nueva* del Proyecto.

Indica que el 9 de enero de 2023, la actora ingresó la solicitud de permiso de obra, y las primeras observaciones de la Dirección de Obras Municipales fueron emitidas el 24 de enero de 2023, respecto de la superficie del predio, expresando: «*De acuerdo a la normativa vigente lo presentado no cumple con la superficie predial mínima de 1500 m2 para optar a las tablas de densificación del área de edificación E-Am1'»*. Añade que atendida la sorpresiva aplicación de la norma urbanística, la recurrente gestionó una reunión por la Ley del Lobby, donde el Jefe de Edificación les solicitó realizar una



presentación por escrito, siendo las primeras observaciones respondidas por Fast Food.

Refiere que el 20 de marzo de 2023, mediante el sistema web de la Dirección de Obras Municipales, tomó conocimiento de nuevas observaciones. Similares a las primeras observaciones, y con fecha 23 de marzo de 2023 el arquitecto a cargo del proyecto, Alex Streit, hizo un nuevo ingreso reiterando los mismos argumentos.

Manifiesta que la Dirección de Obras Municipales ha hecho presente que rechazará el permiso, insistiendo sobre las primeras observaciones, en cuanto a que lo presentado no cumple con la superficie predial mínima de 1.500 m² para optar a las tablas de densificación. Tal criterio finalmente se materializó en el acto recurrido. Dicho rechazo importa, en los hechos, que la actora no puede construir el Proyecto, por razones que se alejan totalmente de la normativa vigente, que no ha sufrido ningún cambio desde que fue aprobado el Anteproyecto.

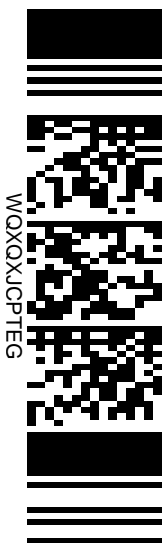
Sostiene que la actuación de la recurrida constituye tanto una ilegalidad como una arbitrariedad, pues no existe explicación para que la Dirección de Obras Municipales aplicara el Plan Regulador Comunal en la forma que lo está haciendo al denegar el permiso. Ello implica que su actuar se aparte de los límites legales y reglamentarios que rigen la potestad de conceder ese tipo de autorizaciones. Es un hecho público y notorio que no ha existido un cambio normativo respecto de los instrumentos de planificación territorial aplicable en la comuna de Las Condes, lo que se evidencia del solo examen del Certificado de Informaciones Previas N° 1309 de 24 de abril de 2023, recientemente emitido por la Dirección de Obras Municipales.



Manifiesta que de la sola lectura del Anteproyecto queda demostrado que la Dirección de Obras Municipales se encontraba en pleno conocimiento de que la superficie total del terreno en que Fast Food Proyecta edificar era de 1.248 m², y con esa información a la vista, la Municipalidad recurrida no realizó observación alguna que incluyera una referencia a la aplicación de los criterios relativos a la subdivisión predial mínima al momento de conceder el Anteproyecto. Hace presente que no se alega que el marco normativo aplicable ha sido vulnerado por no respetarse las condiciones del Anteproyecto, sino que de la aplicación de las normas urbanísticas que da cuenta la aprobación del anteproyecto, que fue variada por la recurrida sin existir sustento normativo para ello.

Explica que la Dirección de Obras Municipales insiste en que no corresponde conceder el Permiso, pues no se cumple con la subdivisión predial mínima de 1.500 m² para acceder a las tablas de densificación, pero Fast Food está solicitando un permiso de edificación de obra nueva, categoría respecto de la cual no corresponde la aplicación de la norma urbanística «Superficie de Subdivisión Predial Mínima» que pretende la recurrida, y en virtud de la cual ha rechazado el Permiso.

En cuanto a los derechos fundamentales vulnerados, menciona: **a)** el artículo 19 N°2 sobre igualdad ante la ley, que constituye un llamado a la autoridad a no disponer diferencias de carácter arbitrario. **b)** El artículo 19 N° 22 acerca de la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, que no proscribire de plano las diferencias, sino que sólo aquellas que resulten arbitrarias o carentes de razón en atención de las condiciones particulares de sus



destinatarios. **c)** El artículo 19 N° 21 respecto al derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, siendo evidente que los actos arbitrarios o ilegales cometidos por la Dirección de Obras Municipales, afectan el derecho de Fast Food a desarrollar su actividad económica dentro de los márgenes legales. El proceder de la demandante de protección se ha adecuado en todo momento a las exigencias derivadas de los instrumentos de planificación territorial y, particularmente, del Plan Regulador Comunal que, de ser correctamente aplicado, admitirían la construcción de su Proyecto sin problemas.

Por lo expuesto, solicita se ordene a la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Las Condes dejar sin efecto el acto recurrido, y en su lugar dicte el acto administrativo correspondiente, concediendo el permiso de edificación solicitado por Fast Food, o la medida que esta Corte estime conveniente y adecuada para reestablecer el imperio del Derecho, con expresa condena en costas.

SEGUNDO: Que, evacuando informe por las recurridas Directora de Obras Municipales de la Municipalidad de Las Condes, y la Municipalidad de Las Condes, comparece don Rogelio Erazo Román, abogado, quien solicita el rechazo de la pretensión constitucional de protección deducida, con costas, toda vez que las recurridas, al actuar como lo hicieron en relación con la materia que es objeto de la acción, actuaron conforme a Derecho, dentro del marco legal de sus atribuciones y en una forma exenta de arbitrariedades, no divisándose en su accionar ningún elemento que pudiera privar, amenazar o perturbar al recurrente en el ejercicio de alguna de las garantías establecidas en la Carta Fundamental.



Expone que con fecha 4 de mayo de 2022 la Dirección de Obras Municipales de Las Condes aprobó un Anteproyecto de obra de edificación de comercio con destino restaurante, ubicado en avenida Las Condes N° 8860 en la Zona EAm1/UC2 del Plan Regulador Comunal, dejándose constancia que su vigencia era de 180 días a contar de la fecha de la resolución. Hace presente que en la aprobación del Anteproyecto, por una inadvertencia, se dejó de aplicar la Tabla B de la Zona de Edificación EAm1.

Indica que con fecha 9 de enero de 2023, se hizo ingreso a la Dirección de Obras de la Solicitud de permiso de edificación de obra nueva SE N°6, para la propiedad ubicada en av. Las Condes N° 8860, para destino comercio y la actividad de restaurante de escala básica. El predio antes señalado tiene una superficie de 1.248 m² y se emplaza en el área de edificación EAm1' del Plan Regulador Comunal de Las Condes. Añade que el proyecto presentado debe acogerse a la Tabla B de dicha área de edificación, razón por la cual, con fecha 24 de enero de 2023, se emite la respectiva acta de observación que en su N°1 indica que la superficie predial mínima es insuficiente según las tablas de densificación del área de edificación E-Am1', y resaltando que el anteproyecto aprobado RAP N° 13 de fecha 04.05.2022 no se encuentra vigente de acuerdo a la OGUC: *«de acuerdo a la normativa vigente lo presentado no cumple con la superficie predial mínima 1500 m2, para optar a las tablas de densificación del área de edificación E-Am1'. El anteproyecto aprobado RAP N° 13 de fecha 04.05.2022 no se encuentra vigente. Art. o norma transgredida: Ord. N° 3830 de fecha 30.12.2020, Art 5.1.6. oguc»*. En razón de ello, con fecha 1 de abril de 2023 se dictó la Resolución Sección 13° N° 236 mediante la cual se rechaza la



solicitud de permiso de edificación expediente SE-6, fundado en el incumplimiento a la Observación N°1 del Acta, que constato lo indicado sobre subdivisión predial mínima de 1.500 m² para acceder a las Tablas de Densificación.

Refiriéndose al marco normativo aplicable, y citando jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y fallo de la Corte Suprema, afirma que la exigencia del cumplimiento de la superficie predial mínima requerida para acceder y aplicar las tablas de densificación establecidas para las diferentes áreas de edificación de la comuna, se entienden vigentes, y tanto la Contraloría General de la República como la Seremi Minvu validan que el texto «subdivisión predial mínima» se entiende para los efectos de acoger un proyecto a una tabla de edificación para densificación, como la superficie predial mínima que debe cumplir el predio de un proyecto a desarrollar en él.

Respecto a las garantías constitucionales vulneradas, la igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, se sostiene que en el recurso no se explicaría de qué manera se realizaría la vulneración, quedando de manifiesto que en el caso de marras no se ha producido ninguna privación, amenaza o perturbación en el ejercicio de alguna de esas garantías.

Concluye que de lo expuesto, debe necesariamente seguirse que las recurridas de autos, al actuar como lo hicieron en relación con la materia que es objeto de la acción de protección deducido por Fast Food Chile S.A., actuaron dentro de las claras atribuciones y obligaciones que el ordenamiento legal les confiere, lo que motiva que la acción de protección deba ser rechazada por ser legalmente improcedente.



TERCERO: Que, la acción constitucional de protección de garantías fundamentales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción tutelar de resguardo 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 cuidado o providencias urgentes para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace su ejercicio.

Conforme a lo anterior, para la procedencia del recurso de protección se requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos o condiciones de fondo: a) legitimación activa y pasiva; b) se compruebe la existencia de una acción u omisión reprochada; c) se establezca la ilegalidad —esto es, contrario a la ley— o arbitrariedad —producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él— de esa acción u omisión; d) que de la misma se siga directo e inmediato atentado —esto es, privación, perturbación o amenaza— contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; e) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la actual u oportuna protección, mediante la adopción de alguna medida que contrarreste, neutralice o anule los efectos indeseables de aquella acción u omisión; y f) que se ejerza dentro del plazo fatal previsto por el Auto Acordado de la Corte Suprema que regula el Recurso de Protección.

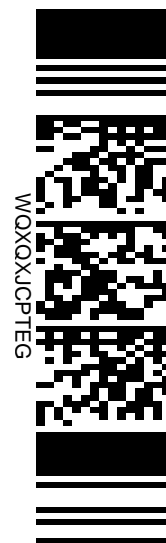
CUARTO: Que, la actora ha fundado su pretensión constitucional de protección en la negativa por parte de la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Las Condes en orden a otorgar el permiso de edificación que solicitó para el inmueble de Las Condes



N° 8860; lo que se materializó por medio de la Resolución Sección 13 N° 238, de fecha 1° de abril de 2023, siendo éste, en definitiva, el acto que identifica como ilegal y arbitrario. Ello pues vulneraría las garantías constitucionales que le asisten contenidas en los numerales 2, 22 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; y la libertad de emprendimiento, respectivamente.

QUINTO: Que, es necesario dilucidar la naturaleza de la protección jurídica pretendida por la actora mediante la interposición de esta acción tutelar. Al respecto, lo primero que se advierte es que la base de la alegación que sustenta la presente acción constitucional sostiene que debía aplicarse, al otorgamiento o denegación del Permiso de edificación solicitado, las mismas normas por las que se regía el Anteproyecto aprobado en su oportunidad. Por ende, se observa que la acción deducida no persigue contrastar el actuar del Director de Obras Municipales a la luz de la normativa a la que se hallaba sujeto al momento de emitir el acto administrativo decisorio de rechazo, que es en el fondo el examen jurídico en el que se traduce el permiso de edificación, sino que a la luz de las *condiciones jurídicas* observadas por la autoridad al aprobar el anteproyecto respectivo.

Ello se aprecia cuando la actora de protección manifiesta, en relación con las observaciones formuladas por la entidad municipal para el rechazo del permiso de edificación, que *«lo presentado no cumple con la superficie predial mínima de 1500 M2 para optar a las tablas de densificación, criterio que finalmente se materializó en el acto recurrido, rechazo que implica, en los hechos, que la recurrente no puede construir el Proyecto por razones que se alejan totalmente*



de la normativa vigente, que no ha sufrido ningún cambio desde que fue aprobado el Anteproyecto».

Por ende, debe tenerse que lo que discute y erige como sostén de la denuncia de la pretendiente, es que el aplicar la exigencia de una superficie predial mínima de 1.500 m², correspondiente a la tabla de densificación aplicable a la zona en la cual se emplaza el proyecto de edificación respectivo, no encontraría fundamento jurídico alguno, por cuanto sería una exigencia distinta y adicional a las observadas al momento de aprobar el anteproyecto.

SEXTO: Que, entonces dado que el fundamento de la cautela solicitada está en pretender que se declare una autorización favorable para construir, basada en la normativa aplicada a un anteproyecto aprobado con fecha 04 de mayo de 2022 por Resolución N° 13 de la Dirección de Obras Municipales de la mentada comuna, lo que en el fondo pretende es basarse en un instrumento que ya no se encontraba vigente al momento de que la solicitud fuese efectuada, esto es, con fecha 09 de enero de 2023, como se explicará.

De acuerdo con el artículo 116 inciso noveno de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, se señala un límite de vigencia o eficacia de la aprobación municipal de los anteproyectos como los que se discuten en el caso *sub lite*. Es así que la norma enuncia: *«Sin perjuicio de lo anterior, podrán someterse a la aprobación del Director de Obras Municipales, anteproyectos de loteo, de edificación o de urbanización. El anteproyecto aprobado mantendrá su vigencia respecto de todas las condiciones urbanísticas del instrumento de planificación territorial respectivo y de las normas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que se hubiere aprobado, para los efectos de la obtención del*



permiso correspondiente, durante el plazo que determine la misma Ordenanza».

En convergencia normativa con el artículo 116 inciso noveno precitado, concurre en apoyo y complementación el artículo 1.4.11 inciso segundo de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC). Con base en dicha última norma, en este caso, operaba una **vigencia de 180 días** desde su aprobación, al tratarse de una “obra nueva”, según lo estableció la Resolución N° 13 de 4 de mayo de 2022 de la Dirección de Obras Municipales. Es así que ello se corrobora de la OGUC, que señala en el mencionado artículo 1.4.11: *«Podrá solicitarse al Director de Obras Municipales la aprobación de anteproyectos de loteos o de obras de edificación (...).*

*El anteproyecto aprobado, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, mantendrá su vigencia respecto de todas las condiciones urbanísticas del Instrumento de Planificación Territorial respectivo y de las normas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que se hubiere aprobado. El plazo de vigencia será de **180 días**, salvo en los casos que a continuación se señalan, en que dicho plazo será de 1 año.*

1. Tratándose de anteproyectos de loteo cuya superficie sea superior a 5 hectáreas.

2. Tratándose de anteproyectos de edificación cuya superficie edificada sea superior a 10.000 m².

3. Tratándose de anteproyectos que requieran, para obtener el permiso de edificación o urbanización, el pronunciamiento de otra repartición pública».



Es menester señalar, además, que los hechos excluyentes que configuran la excepción o salvedad respecto del plazo, es de carga de la prueba de la actora que pretende beneficiarse de cierta norma que le favorece. Debe recordarse que la figura de la carga de la prueba —siguiendo al profesor M. Taruffo (*La Prueba*, Marcial Pons, trad. L. Manríquez y J. Ferrer, Madrid, 2008, pp. 148 y 149)— implica que en cualquier situación sustantiva regulada jurídicamente, cada parte tiene la carga de probar los hechos que constituyen los supuestos operativos o requisitos para aplicar la disposición material que produce la adjudicación de la consecuencia jurídica favorable para ella. En esta línea se corrobora en el sentido del artículo 1698 del Código Civil al disponer: «*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*»; éste traza una distinción de las normas sustantivas que se invocan como fundamento jurídico de la pretensión procesal o de la contrapretensión. Y en el caso *sub lite* no se encuentra ni invocado por el libelo de protección, ni probado que la actora se encuentre en las circunstancias de excepción legal, por lo que de ésta es el riesgo de la falta de invocación y prueba en materia constitucional, en tanto norma que la ampararía jurídicamente a su favor, la cual no puede operar en el caso *sub lite*.

SÉPTIMO: Que, además, es necesario considerar que la propia OGUC, contempla como requisito para proceder a la obtención del Permiso de Edificación de obra nueva —por ejemplo, un restaurante, como el del caso de marras—, acompañar los antecedentes del anteproyecto que esté *vigente*. Es así que el artículo 5.1.6 de la OGUC dispone: «*Para la obtención del permiso de edificación de obra nueva se deberán presentar al Director de Obras Municipales los siguientes documentos, en un ejemplar: 1. Solicitud firmada por el*



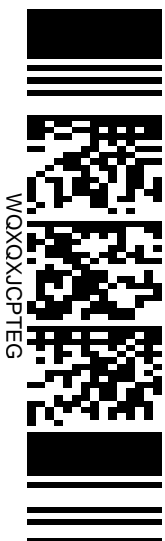
propietario y el arquitecto proyectista, indicando en ella o acompañando, según corresponda, los siguientes antecedentes: (...)

h) Si cuenta con anteproyecto aprobado y vigente que haya servido de base para el desarrollo del proyecto, acompañando fotocopia de la resolución de aprobación». De esta manera, se establece una conexión entre los dos actos administrativos en términos tales que se produce un diálogo coherente entre ellos respecto de sus contenidos, a condición de que el anteproyecto se encuentre vigente.

OCTAVO: Que, y como concuerdan las partes de este juicio de protección constitucional, que en virtud de la Resolución N° 13 de 4 de mayo de 2022 de la Dirección de Obras Municipales, se aprobó el anteproyecto de obras de edificación de obra nueva del Proyecto de autos. Por su parte, y en ello también concuerda la actora, recién el 9 de enero de 2023, ésta ingresó la solicitud de permiso de la obra del caso *sub lite*. De esta manera, transcurrió con creces el plazo de caducidad 180 días o 6 meses a los que estaba sujeto el Anteproyecto, al casi llegar a 2 meses de exceso.

De consiguiente, el anteproyecto no tiene si quiera la aptitud legal de originar una expectativa legítima a favor de la pretendiente de protección, pues al perder la vigencia, ha perdido la capacidad de vincular jurídicamente, en sus fundamentos y en su disposición. Luego, sin vinculación jurídica, no puede pretenderse que las condiciones jurídicas fijadas en su acto aprobatorio del anteproyecto —que legalmente ha perdido vigencia—, se trasladen de todas formas a otro acto diverso aunque “continuador” de la gestión administrativa, cual es el permiso de edificación municipal.

NOVENO: Por dichos motivos es que no se vislumbra en la especie un acto u omisión, ilegal o arbitrario, de acuerdo a lo



reclamado por la actora de protección, en la Resolución Sección 13° N° 238, de 1 de abril de 2023, que sea vulneratorio de derechos o garantías constitucionales por parte de la Directora de Obras de la Municipalidad de Las Condes o de la propia Municipalidad recurrida.

Por estas consideraciones y con lo previsto, además, en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, artículos 12, 118 y demás pertinentes del la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la materia, **se rechaza** el recurso de protección deducido por el abogado Gianfranco Lotito Aránguiz, en representación de Fast Food Chile S.A., y en contra de la señora Directora de Obras Municipales de la Municipalidad de Las Condes, Rocío Crisosto Smith, y la Municipalidad de Las Condes.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactó abogado integrante señor Gandulfo.

N°Protección-8513-2023.

No firma la ministra (s) señora Jorquera, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por haber cesado sus funciones.



Pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Mireya Eugenia López M. y Abogado Integrante Eduardo Nelson Gandulfo R. Santiago, seis de noviembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a seis de noviembre de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

