

Antofagasta, a veintiséis de enero de dos mil veintidós

VISTOS:

La comparecencia de Cristian Aedo Barrena, quien en representación de Marcela de Andraca Schele, inmunóloga y Harold Gent Franch, traumatólogo, quienes a su vez actúan por sí y en representación de sus hijos Gabriela, Camila y Sebastián Gent de Andraca, todos domiciliados en calle Pratt N°2014, oficina 506 de esta ciudad, interpuso recurso de protección en contra del Club Social Autoclub Antofagasta, solicitando que se ordene el ingreso de los recurrentes para ocupar los espacios abiertos del club y los espacios cerrados o semicerrados, en la medida que se cumplan los aforos y medidas de seguridad decretadas por la autoridad sanitaria, y que se permita la asistencia regular y normal, para la práctica de deportes al aire libre, con costas.

Informó la recurrida, solicitando el rechazo del recurso.

Puesta la causa en estado, se trajeron los autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la acción se funda en la existencia de un acto ilegal y arbitrario, consistente en exigir el pase de movilidad a todos los mayores de 12 años que ingresen a la totalidad de las instalaciones (abiertas y cerradas) de la recurrida, según les fue informado mediante carta enviada el 25 de noviembre de 2021. Lo anterior, vulnerando las garantías contenidas en el artículo 19 N°2, 3 y 24 de la Constitución Política de la República, las resoluciones emanadas de la autoridad sanitaria y el artículo 1545 del Código Civil.



Señaló que el matrimonio recurrente es socio de la recurrida hace diecinueve años, y que sus hijos menores de edad se encuentran incorporados en las ramas de futbol y tenis, deportes que practican en los recintos de la recurrida. Dicho lugar es de amplio emplazamiento, contando con playas privadas, canchas y quinchos, todos al aire libre, además de salones, restaurante y terrazas, los cuales cuentan tanto como espacios cerrados y otros al aire libre.

Hizo presente que los hechos denunciados se producen en el contexto de la actual etapa de pandemia, puesto que en forma previa, para ingresar al recinto únicamente se requería una declaración jurada de que el socio no presentaba síntomas ni contactos con covid. Además, el pase de movilidad era solicitado cuando el socio quería ingresar a un lugar cerrado con aforo limitado. No obstante, desde el 28 de octubre de 2021, los recurrentes comenzaron a tener problemas para ingresar, ya que se comenzó a exigir el pase de movilidad, pese a que la medida fue adoptada sin previa consulta, publicidad o anticipación debida.

Por dicho motivo, se envió comunicación al gerente el 2 de noviembre, lo que fue respondido el 25 del mismo mes, comunicando de manera oficial la decisión y fundándola en el estado de emergencia constitucional y en la resolución exenta del Ministerio de Salud. Sin embargo, estimó que los fundamentos de la comunicación contienen falacias técnicas, medicas y científicas, ya que no es efectivo que quienes se encuentren vacunados no puedan ser portadores del virus; tampoco que una persona no vacunada exponga más al resto al contagio ni que la vacuna es un inmunizador del virus.



Hizo presente que los recurrentes son médicos y adoptaron la decisión de no vacunarse ni de vacunar a sus hijos, ya que consideran que el proceso de vacunación tiene fallas técnicas y requiere evaluarse a largo plazo, considerando los riesgos del proceso vacunatorio. Por lo tanto, estimaron que tienen el derecho a evaluar y ponderar los mismos, sin que sea posible para un particular cuestionar dicha decisión de forma indirecta.

Agregó que lo que pretende la recurrida es actuar como un órgano fiscalizador sanitario y obligar a vacunarse - cuando ello no lo realiza la autoridad sanitaria ni el ordenamiento- sin tener facultades para ello, ya que la vacuna no es obligatoria.

Por lo tanto, considerando que los recurrentes no pretenden ocupar espacios cerrados ni traicionar los aforos, no hay razones para pedir el pase de movilidad. Sin embargo, desde el 15 de diciembre no han podido ingresar a ningún sector de las instalaciones y sus hijos no han podido participar en sus academias deportivas.

En consecuencia, el actuar del recurrido vulnera la resolución exenta N°43 del Ministerio de Salud, y sus modificaciones por resoluciones N°590, N°994 y N°1266, que establecen el plan paso a paso y se refieren a las medidas a adoptar durante la práctica de actividades deportivas y a los aforos en lugares abiertos y cerrados. Ello, porque de conformidad a la regulación vigente, sin pase de movilidad no se puede ingresar a restaurantes o gimnasios cerrados, lo que jamás han pretendido los recurrentes. Además, se puede restringir el aforo, cuando asisten personas sin pase de movilidad, pero lo que realiza el recurrido es no



diferenciar, y solo prohibir el ingreso, lo que no es pretendido por la autoridad sanitaria.

Adicionalmente, hizo presente que es erróneo lo afirmado en la carta, en relación a la conexión del pase de movilidad, la vacunación y el registro de las personas contagiadas (contagio confirmado), caso sospechoso o contacto estrecho. Asimismo, no existe base científica que permita afirmar que la personas vacunadas se encuentren más expuestas si tienen contacto con personas que no lo están. Por lo tanto, prohibir de forma absoluta el ingreso a personas no vacunadas no se traduce en una mayor protección a los vacunados.

Añadió que el acto es ilegal por vulnerar la ley del contrato, al no permitir a los asociados el uso de las instalaciones del club y de los espacios abiertos, cuando las medidas sanitarias lo permitan.

Asimismo, estimó que es arbitrario, ya que no se ajusta a criterios científicos y de razonabilidad, basándose en opiniones y sin ajustarse a los parámetros de la autoridad sanitaria.

Concluyó solicitando que se ordene el ingreso de los recurrentes para ocupar los espacios abiertos del club y los espacios cerrados o semicerrados, en la medida que se cumplan los aforos y medidas de seguridad decretadas por la autoridad sanitaria, y que se permita la asistencia regular y normal, para la práctica de deportes al aire libre, con costas.

SEGUNDO: Que por el recurrido, informó el Presidente del Directorio, Pablo García Gajardo, solicitando el rechazo del recurso por haber perdido oportunidad,



atendido a que el 14 de los corrientes se les informó -mediante correo electrónico- a los recurrentes el acuerdo que adoptó el Directorio, autorizándoles el ingreso a sus instalaciones sin exigir el pase de movilidad, siempre que cumplan con las medidas de seguridad, acompañen examen de antígeno de una data no superior a 15 días y solo se ingrese a lugares abiertos. Ello, pues la autoridad permite limitar el acceso de las personas a lugares con aforo restringido o cerrado cuando no porten el pase de movilidad, por lo que para permitir su acceso, se solicitará la presentación del examen, lo que considera una medida necesaria y proporcional.

Así, estimó que el acuerdo alcanzado permite conciliar el objetivo del Directorio y el interés de los recurrentes de ingresar a las áreas abiertas del club, permitiendo la práctica de deportes al aire libre.

Por lo tanto, los hechos que se califican como ilegales y arbitrarios habrían cesado, así como la vulneración de las garantías invocadas.

En subsidio, solicitó el rechazo de la acción, considerando que no existe vulneración de derechos constitucionales ni una acción ilegal o arbitraria de parte de la recurrida al exigir el examen al que se hace referencia.

TERCERO: Que de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de la República el recurso de protección de garantías constitucionales constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de



medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

CUARTO: Que el recurso de protección, como acción cautelar de urgencia, carece de las garantías procesales de un juicio declarativo de lato conocimiento, razón por la que sólo ampara derechos no controvertidos o indubitados.

En este sentido, un acto u omisión es arbitrario cuando carece de razonabilidad, de fundamentación suficiente, de sustentación lógica, es decir, cuando no existe razón que lo fundamente y quien actúa lo hace por mero capricho.

El acto u omisión será ilegal cuando no reúne los requisitos legales, es contrario a derecho o a la ley o no se atiende estrictamente a la normativa legal vigente.

QUINTO: Que de las presentaciones de las partes se desprende que lo que se debe determinar es la existencia de un acto ilegal o arbitrario del Autoclub, consistente en exigir el pase de movilidad a todos los mayores de 12 años que ingresen a la totalidad de las instalaciones (abiertas y cerradas), según les fue informado mediante carta enviada el 25 de noviembre de 2021.

SEXTO: Que para resolver, se tendrá presente que la regulación y adopción de medidas referentes a aforos y exigibilidad de los pases de movilidad viene dada por la autoridad sanitaria, quien de conformidad a la normativa vigente, se encuentra habilitada para aplicar las medidas correspondientes para la protección de la salud pública. Así, estas medidas son aplicadas en base a estudios de carácter técnico, científico y estadístico, y son de única responsabilidad de las autoridades pertenecientes a la



administración del Estado, cuya pertinencia no corresponde analizar a los Tribunales de Justicia.

Por lo tanto, y como ya lo ha sido resuelto por la Excma. Corte Suprema, "(...) *las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonable, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores*", conforme a la sentencia de diecinueve de octubre de dos mil veintiuno, Rol N° 78.839-2021.

SÉPTIMO: Que teniendo en consideración lo precedentemente expuesto, corresponde analizar la normativa de salud aplicable en la especie, particularmente la resolución exenta N°994 de septiembre de 2021, emanada del Ministerio de Salud, en cuyo capítulo II se refiere a las medidas del plan "paso a paso".

En lo pertinente y considerando la etapa en la que se encuentra nuestra comuna, en el numeral IV se refiere al paso 3 de preparación, estableciendo lo siguiente: "89. *Del funcionamiento de restaurantes, cafés y análogos. La atención de público en restaurantes, cafés y análogos estará sujeta a las siguientes reglas: a. En espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un Pase de Movilidad habilitado; b. Las mesas deberán estar separadas entre sí por una distancia mínima de dos metros lineales, medidos desde sus bordes; c. En espacios cerrados, la ventilación deberá cumplir con norma estándar de ventilación.*

90. *De los gimnasios y análogos. El funcionamiento de gimnasios estará sujeta a las siguientes reglas: a. En espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un*



Pase de Movilidad habilitado. b. Las personas y las máquinas deberán estar separadas entre sí por una distancia mínima de dos metros lineales. c. Las actividades grupales deberán cumplir con lo dispuesto en el numeral 91. d. En espacios cerrados, la ventilación deberá cumplir con norma estándar de ventilación.

91. De la actividad física y las actividades deportivas. La actividad física y las actividades deportivas estarán sujetas a las siguientes reglas: a. En espacios abiertos, la práctica de actividad física individual o en grupo será con un máximo de 100 personas. Si todos los asistentes tienen su Pase de Movilidad habilitado, podrán convocarse hasta 200 personas. b. En espacios cerrados, la práctica de actividad física en grupo será con un máximo de 25 personas. Si todos los asistentes tienen su Pase de Movilidad habilitado, podrán convocarse hasta 100 personas. El espacio cerrado deberá cumplir con norma estándar de ventilación.”

OCTAVO: Que por lo tanto, conforme a la normativa aplicable al presente recurso, la recurrida tienen dentro de sus obligaciones -para cumplir con la normativa sanitaria- exigir el pase de movilidad para el ingreso a las instalaciones cerradas del recinto, especialmente en el caso de instalaciones que tengan como objeto el consumo de alimentos (restaurantes y similares) y gimnasios, siempre que estos sean cerrados. Por lo tanto, no puede observarse ilegalidad o arbitrariedad en este punto, no siendo posible acceder a lo solicitado por los recurrentes en cuanto a ordenar el ingreso a los sectores cerrados o semi cerrados



cuando el aforo lo permita, ya que ello se encuentra prohibido por la normativa sanitaria vigente.

En consecuencia, no advirtiéndose un actuar contrario al ordenamiento, necesariamente la acción debe ser desestimada en este punto.

NOVENO: Que por otro lado, respecto de los recintos donde se realizan actividades físicas, la regulación referente a estos recintos es distinta.

Al respecto, se debe tener presente que en este caso, los aforos dependerán del hecho que todos los participantes en la actividad tengan o no pase de movilidad, por lo que la medida exigida (ya morigerada con las modificaciones comunicadas) aparecen como razonables y proporcionales al fin perseguido, en especial considerando que tratándose un club social de personas, en una crisis pandémica como la presente debe estarse más al interés del colectivo, y hacer la excepción requerida significara inmediatamente la reducción del aforo, afectando por beneficiar a uno, a los demás socios, por lo que medida adoptada por los órganos de gestión de la entidad no puede ser considerada ilegal ni menos arbitraria, sino que plenamente fundada en limitaciones sanitarias y en el bien común, siendo claro, por último, que el recurrente siempre podrá cuestionar las decisiones de los órganos de administración a través de los procedimientos contenidos en los estatutos sociales.

DÉCIMO: Que por último, en relación a las nuevas alegaciones efectuadas en la vista de la causa y que tienen que ver con la morigeración de las medidas inicialmente adoptadas, estas no alteran lo resuelto. Ello, ya que se



validó lo originariamente decidido, siendo las medidas producto de las negociaciones entre los socios -conforme a los procedimientos internos de la institución- a través de las cuales se pretende seguir resguardando la salud de los mismos, facilitando el ingreso de los recurrentes u otras personas que estén en su misma posición.

Sin embargo, aquello en nada altera la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los órganos de administración del Club -conforme a las facultades que le entrega los Estatutos del mismo- haciendo frente a las limitaciones que les ha impuesto la autoridad sanitaria.

UNDÉCIMO: Que en consecuencia, como se ha razonado precedentemente, no advirtiéndose ilegalidad o arbitrariedad en el actuar de la recurrida, la acción deducida necesariamente debe ser rechazada.

DUODÉCIMO: Que no se condenará en costas a la recurrente, por estimarse que tuvo motivo plausible para litigar.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE RECHAZA sin costas**, el recurso deducido por Cristian Aedo Barrena, en representación de **Marcela de Andraca Schele y Harold Gent Franch**, quienes a su vez actúan por sí y en representación de sus hijos **Gabriela, Camila y Sebastián Gent de Andraca** en contra de **Club Social Autoclub Antofagasta**.

Regístrese y comuníquese.

Rol 12.040-2021 (PROTECCIÓN)





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE DE APELACIONES ANTOFAGASTA



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los Ministros (as) Myriam Del Carmen Urbina P., Jasna Katy Pavlich N., Juan Opazo L. Antofagasta, veintiséis de enero de dos mil veintidós.

En Antofagasta, a veintiséis 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>.