



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO: TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y
CONTROL

PROBLEMA DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL ALCALDE
EN EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS PATENTES COMERCIALES
PRECARIAS.

CESAR ALTAMIRANO CABEZAS

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis
Terrae, para optar al grado de Magister en Derecho Público: Transparencia,
Regulaciones y Control.

Profesor Guía: Gabriel Celis Danzinger

Santiago, Chile

2023

DEDICATORIA

A mi esposa Rocío, y mis hijos César y María Jesús,
ustedes son la razón por seguir luchando por lo que creo. Me
entregan las fuerzas necesarias cuando estoy a punto de caer.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	4
INTRODUCCION	5
CAPITULO I: GENERALIDADES	6
1.1 Antecedentes de las facultades del alcalde frente a patentes comerciales de tipo precarias.....	7
1.2 Patentes comerciales precarias, permisos municipales, definiciones y marco legal.....	9
1.3 Límites de las facultades discrecionales del alcalde.....	12
CAPITULO II: PROBLEMA DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL ALCALDE, DERECHO DE PROPIEDAD Y SOLUCION	14
2.1. Facultades discrecionales del alcalde, relación con la probidad administrativa y consecuencias.....	14
2.2. El problema de las facultades discrecionales de alcalde frente al derecho de propiedad.....	16
2.3. Como abordar la situación, y a su vez proporcionar una solución a través de la Implementación de concesiones.....	19
CONCLUSIONES	23
BIBLIOGRAFIA	24

Resumen

El propósito de este trabajo es examinar el problema de las facultades discrecionales del alcalde frente al derecho de propiedad al momento de caducar patentes comerciales de origen precario lo que plantea un desafío significativo. El trabajo se centra en el caso en que estas facultades excedan sus límites, el marco legal aplicable, y con ello los recursos para enfrentarlos.

De acuerdo con lo anterior, estas facultades podrían entrar en conflicto con los derechos consagrados en la constitución en especial con el derecho de propiedad. Situación que nos pueden llevar a confusiones en la aplicabilidad de sanción. Por eso, este trabajo busca adicionalmente proponer una alternativa de solución considerando el desarrollo del derecho administrativo.

Palabras claves: facultades discrecionales, patentes comerciales, derecho propiedad.

Abstract

The purpose of this work is to examine the problem of the mayor's discretionary powers versus property rights when these commercial patents of precarious origin expire, which poses a significant challenge. The work focuses on the case in which these powers exceed their limits, the applicable legal framework, and thus the resources to confront them.

According to the above, these powers could conflict with the rights enshrined in the constitution, especially the right to property. Situation that can lead to confusion regarding the applicability of the sanction. Therefore, this work additionally seeks to propose an alternative solution considering the development of administrative law.

Key words: Discretionary powers, commercial patents, property rights.

INTRODUCCION

La complejidad de las facultades discrecionales que entran en conflicto con el derecho de propiedad consagrado en la Constitución, resulta difícil de delimitar, al respecto no se puede ignorar que hay casos que exceden de sus facultades discrecionales, las que han producido inconvenientes en la aplicación de las mismas, haciéndolos caer en arbitrariedades administrativas por cada autoridad local, lo que afectaría gravemente el derecho de propiedad consagrado en la constitución.

A través de esta investigación, veremos sus fuentes y alcance jurídico de estas facultades, como una manifestación fundamental por su carácter de autónomo, en ese contexto, tratare antecedentes de estas facultades y su relación con las patentes comerciales precarias, como además veremos si estas tienen concepto legal en nuestro ordenamiento jurídico, seguido del problema que originan frente al derecho a propiedad.

Es importante señalar que la mayoría de las patentes comerciales precarias se conceden a ciertos tipos específicos de comerciantes, como aquellos que participan en ferias libres y quienes operan quioscos de venta de diarios, así como aquellos que utilizan espacios públicos como calles y plazas. Estos grupos a los que se les otorga esta patente comercial son bastante limitados, lo que resalta la naturaleza selectiva de este proceso de entrega de patentes.

En la práctica, la regulación de estos comerciantes se lleva a cabo mediante ordenanzas locales y la ley de rentas municipales. Sin embargo, esta regulación se vuelve compleja y difícil de aplicar debido a la necesidad de recurrir a una variedad de dictámenes, circulares y otros instrumentos como marco legal para su supervisión y control. Esta diversidad de fuentes normativas crea desafíos significativos en la regulación efectiva de estos comerciantes.

De acuerdo a lo anterior, el marco regulatorio que tiene el alcalde como autoridad municipal, con la dictación principal de ordenanzas, son por regla general las aplicable en la especie a los comerciantes que poseen patente comercial precaria, y a pesar de su regulación desprovista de la suficiente claridad, esta genera una desigualdad de las personas,

interesados y la administración local, en su potestad sancionatoria, las que deben entenderse como una facultad discrecional para aplicar la sanción, luego de haberse verificado alguna de las circunstancias descritas en las normas, para aplicar el poder sancionador.

Ante esta situación, surge la ardua tarea de delimitar los comportamientos. A través de la revisión de dictámenes y jurisprudencia, se buscará cómo enfrentar la aplicación de estas facultades discrecionales. Posteriormente, en el presente artículo, se ofrecerá una solución que abordará este desafío.

CAPITULO I. GENERALIDADES.

1.1 Antecedentes de las Facultades del Alcalde en Relación con los administrados.

El problema de las facultades discrecionales del alcalde se manifiesta cuando la autoridad decide caducar patentes comerciales de origen precario, lo que ha generado dificultades en su aplicación y ha llevado a situaciones arbitrarias. Estos inconvenientes comprometen seriamente el derecho de propiedad establecido en la constitución, ya que pueden implicar decisiones injustas y desiguales para los comerciantes afectados.

Para comprender adecuadamente el alcance de las facultades municipales, es esencial conocer sus fuentes. Estas fuentes, se encuentran en la legislación nacional, en el inciso primero del artículo 118¹ de la Constitución Política de Chile. Este artículo confiere a las municipalidades la administración local de cada comuna. Además, el inciso cuarto del mismo cuerpo legal, establece que la finalidad de la administración es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. Estos principios se encuentran también definidos de manera similar en el artículo 1 de la LOCM².

Luego, el artículo 118 se refiere a las funciones y atribuciones de las municipalidades, las que serán determinadas por una ley orgánica constitucional, estas funciones indican asuntos muy diversos por tratarse de necesidades que afecten a la comunidad, es así que dentro de las potestades reglamentarias, nos encontramos frente a aspectos propios de la comunidad regulados a través de ordenanzas, por ser de índole local.

El artículo 5, letra d) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), establece que los alcaldes tienen la facultad de emitir resoluciones obligatorias, tanto de manera general como particular. Esta capacidad para crear reglamentos y ordenanzas

¹ Artículo 118. La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde.

Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.

² Ley orgánica constitucional de municipalidades N° 18.695.

constituye una manifestación de sus poderes, los cuales se ejercen de manera autónoma, sin interferencia de otras autoridades o entidades gubernamentales. Estas facultades municipales operan fuera de los vínculos tradicionales de jerarquía y supervisión, lo que confiere a los alcaldes una considerable autonomía en la toma de decisiones y la aplicación de políticas locales.

Es importante destacar que la función pública de las municipalidades está regulada por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. Además, en caso de vacíos legales, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.880 y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 de forma supletoria. Esto significa que estas leyes actuarán como marco normativo complementario en situaciones no contempladas por la ley municipal. Es relevante mencionar que esta regulación también puede ser complementada por otras leyes especiales que aborden cuestiones relacionadas con el orden público y privado, garantizando así una normativa completa y adecuada para el funcionamiento de las municipalidades.

De acuerdo a lo anterior, es fundamental reconocer que las facultades conferidas al alcalde son extraordinariamente amplias, otorgándole poderes públicos de gran alcance según la ley. Estas facultades le permiten establecer conductas obligatorias para terceros o para los destinatarios de sus decisiones en las comunas bajo su jurisdicción. Esta amplitud es notable por dos razones: en primer lugar, los individuos comunes no disponen de estas facultades, ya que no actúan en el ámbito del derecho con poderes equivalentes a los de la administración. En segundo lugar, estas potestades desequilibran la relación jurídica entre el individuo y la administración, ya que generan un beneficio unilateral en favor de la administración, creando un desequilibrio en los derechos y obligaciones entre las partes involucradas en el proceso administrativo.

Es así, que los actos de la administración en general y en especial el del alcalde gozan de presunción de legalidad Art. 3 inciso final ley N° 19.880³, y acá vemos que la ley no distingue si la presunción está asociada a la toma de razón o no, y esta presunción nos da a entender que es el interesado que tiene que demostrar que el acto no se ajusta a derecho, y

³ Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.

esto se tiene que hacer por las vías recursivas ya sea vía administrativa o por la vía jurisdiccional, además debemos señalar que esa presunción es simplemente legal, pero sigue siendo un beneficio que tiene la administración liderada por el alcalde, como consecuencia le alivia la carga de la prueba a la administración, en cuanto si el acto se ajusta a derecho o no.

Según lo mencionado, no es necesario que un acto este ejecutoriado para poder cumplirse, como establece el art. 51 de la ley N°19.880⁴. Una vez que el acto ha sido incorporado al ámbito legal, puede ser cumplido, y para ello solo se requiere comunicárselo a las partes interesadas. A partir de este momento, el acto comienza a surtir efectos jurídicos, creando derechos y obligaciones. A partir de este punto, la municipalidad está autorizada para tomar todas las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento. En esencia, una vez que el acto ha sido comunicado a las partes involucradas y se ha incorporado legalmente, puede ser ejecutado y la administración está facultada para tomar las acciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, cabe destacar que dentro de las potestades del alcalde se encuentran las ejecuciones de oficio⁵. En otras palabras, puede garantizar su ejecución con los recursos municipales. Esta facultad implica que la municipalidad tiene la autoridad para aplicar medidas coercitivas contra el comerciante con el fin de asegurar el cumplimiento de los derechos y obligaciones establecidos por el alcalde. En este contexto, las ejecuciones de oficio permiten una intervención directa y eficaz por parte de la administración local para hacer cumplir las disposiciones establecidas.

1.2 Patentes comerciales precarias, permisos municipales, definiciones y marco legal.

Las patentes comerciales, conceptualmente no tienen una definición legal concreta, han sido conceptualizadas en diferentes contextos. La Corte Suprema, en una sentencia de 1932, las definió como *“el título o despacho que la misma ley concede a tales personas para que ejerzan una industria o comercio o privilegio de invención o de cualquier producto que sea patentable”*⁶. Por otro lado, la Real Academia Española (RAE) las describe como *“ el*

⁴ Los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

⁵ Art.3 inciso final, ley N°19.880

⁶ Corte Suprema, Sociedad de Maquinarias con Impuestos Internos, 1932

documento que es expedido por la hacienda pública, que acredita haber satisfecho determinada persona la cantidad que la ley exige para el ejercicio de algunas profesiones o industrias”⁷. Estas definiciones, aunque no estén específicamente reguladas en los artículos 23⁸ y 24⁹ del D.L. N°3.063 del año 1979, sobre rentas municipales, se vinculan con estos artículos. Según estos, la patente es la contribución que una persona paga al municipio donde se ubica su local, oficina o actividad lucrativa. A pesar de la falta de una definición legal precisa, estas interpretaciones proporcionan un contexto esencial para entender el significado y el propósito de las patentes comerciales en el marco legal y económico.

Cuando exploramos el concepto de permiso municipal, es relevante considerar la definición proporcionada por la ordenanza 104¹⁰ de la comuna de la Florida. En su artículo 2 letra w), se establece que el permiso municipal es *“el acto administrativo unilateral en virtud del cual el municipio autoriza a una persona determinada para ocupar, a título precario y en forma temporal parte de un bien municipal o nacional de uso público, sin crear otros derechos a su favor”*. Esta definición resalta la naturaleza transitoria y limitada de los permisos municipales, que se conceden para un uso específico y por un período determinado, sin generar derechos adicionales para la persona autorizada. En contraste con las patentes comerciales, los permisos municipales representan una forma más restrictiva de autorización para ocupar espacios públicos, reflejando así la diferencia clave entre estos dos conceptos en el ámbito legal y administrativo.

En conexión con los conceptos previamente discutidos, el artículo 2195 C.C¹¹., establece que *“se entiende precario cuando se presta la cosa para un servicio particular no se fija tiempo para su restitución”*. Al aplicar esta definición al contexto de las patentes comerciales, podemos entender que la administración proporciona un espacio público, basándose en un principio de derecho que habilita al administrado o comerciante para dicha ocupación. Este espacio público se convierte en un recurso precario, permitiendo su uso a

⁷ Definición de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/patente>

⁸ Art. 23 el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquiera otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente comercial, con arreglo a las disposiciones de la presente ley.

⁹ Art. 24 la patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente en su local, oficina, establecimiento, kiosko o lugar determinado con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda.

¹⁰ Publicada el 18 de Marzo del 2016, última modificación Junio 2021.

¹¹ Código Civil Chileno

través de una patente comercial que justifica la ocupación de estos lugares públicos. Así, las patentes comerciales se convierten en un mecanismo legal que valida y autoriza la utilización temporal y específica de áreas públicas para actividades comerciales, estableciendo un marco legal que equilibra los derechos de los comerciantes con las regulaciones municipales.

Cuando mencionamos bienes nacionales de uso público, no existe apropiabilidad si no un dominio público de la comunidad toda, por lo que solo es factible su uso común de manera anónima, o bien, previa autorización administrativa, nos referimos a las calles, avenidas y otras áreas donde se llevan a cabo actividades sociales y humanas dentro de la ciudad¹². Es importante tener en cuenta que, en última instancia, el suelo en estos lugares es de propiedad pública. Esta propiedad pública establece una coherencia con el concepto de patente comercial a título precario, ya que se refiere a los espacios que pertenecen a todos los habitantes. En este contexto, los comerciantes ocupan estos lugares de forma temporal y específica, pero es fundamental entender que estos lugares pueden ser restituidos en cualquier momento por la administración cuando así lo requiera. Esta dinámica refleja la naturaleza transitoria y condicional de la ocupación comercial en espacios públicos, donde la autoridad municipal tiene la facultad de gestionar y regular el uso de estos lugares en beneficio de toda la comunidad.

Lo interesante de las patentes comerciales precarias, no son de las clasificaciones típicas que conocemos las que son clasificadas en 4 tipos, patentes comerciales, patentes profesionales, patentes industriales y las patentes de alcoholes¹³, curiosamente, estas clasificaciones no abarcan el tipo de patente que estamos analizando. Lo distintivo de estas patentes radica en su uso de espacios públicos, transformándolos en zonas comerciales tipo feria. Esta práctica plantea desafíos para las autoridades municipales en términos de otorgamiento y renovación, dado su impacto en el desarrollo de las ciudades. Este impacto se manifiesta en el deterioro de calles, el aumento del flujo de personas, la saturación del tráfico vehicular y la generación de inseguridad, entre otros problemas. Un ejemplo notorio de este fenómeno se encuentra en la Estación Central, donde tanto viviendas como comercios ocupan las vías públicas, mayormente como espacios de paso, ambulantes y comercios temporales.

¹² Celis Gabriel. Los bienes de la Administración del Estado, editorial Thomson Reuters., 2018, página 2.

¹³ <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/patentes-municipales>

A la luz de estas complejidades, se vuelve crucial repensar la actividad de los comerciantes con patentes comerciales precarias. Es esencial considerar la reutilización de estos espacios en proyectos que maximicen su provecho y se alineen con las necesidades de las ciudades modernas. Este replanteamiento no solo abordará los retos actuales, sino también sentará las bases para una planificación urbana más sostenible y eficaz en el futuro.

1.3 Límites de las facultades discrecionales del alcalde.

El alcalde ostenta una serie de privilegios, previamente mencionados, que generan un desequilibrio en la relación entre los ciudadanos y la autoridad municipal. Para contrarrestar esta disparidad, los ciudadanos disponen de dos vías: los recursos administrativos y judiciales. Estos recursos les permiten impugnar los actos del alcalde, ya que dichos actos podrían afectar significativamente sus derechos e intereses. Así, estos mecanismos ofrecen una forma de equilibrar el poder y asegurar la protección de los derechos individuales como es el derecho de propiedad, frente a las decisiones del alcalde.

Los actos discrecionales deben ser realizados dentro de los límites establecidos por la ley, siguiendo el principio de juricidad. Esto implica que deben basarse en normas claras y racionales, justificadas por motivos fundamentados y un razonamiento justo, evitando así la arbitrariedad en su ejecución. Es esencial que estos actos se adhieran a las reglas legales y estén respaldados por argumentos lógicos y justos, garantizando de esta manera su validez y legitimidad.

Los actos de la administración deben llevarse a cabo en consonancia con las facultades que establece la Constitución. Esto significa que los órganos del Estado deben operar dentro de su competencia y conforme a las disposiciones de la ley, como se establece en los artículos 6¹⁴ y 7¹⁵ de la Carta Fundamental. Además, el artículo 3 de la ley 18.575¹⁶, establece

¹⁴ Artículo 6° Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

¹⁵ Artículo 7° Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

¹⁶ Artículo 3°. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover

claramente estas pautas, y el artículo 5 letra c)¹⁷, indica que, en el caso de decisiones del alcalde que involucren derechos fundamentales, estos no pueden ser aplicados por el directamente.

En ese contexto, cuando se trata de decisiones del alcalde que podrían afectar derechos fundamentales, este no tiene la autoridad para aplicarlas por sí mismo. Es importante tener en cuenta que las municipalidades emiten ordenanzas para regular diversos aspectos del comercio en general. Estas ordenanzas son una herramienta que permite a las autoridades locales gestionar y supervisar el comercio de manera específica, garantizando así el cumplimiento de las normas y salvaguardando los derechos de todos los ciudadanos involucrados.

Las municipalidades han sido encomendadas por el legislador con funciones que incluyen tanto un papel fiscalizador como sancionatorio. Entre las medidas compulsivas a su disposición, se encuentran la demolición de edificaciones y la clausura, así como la posibilidad de revocar patentes comerciales. Estas medidas se aplican como consecuencia de infracciones a leyes generales o a ordenanzas específicas. El alcalde, en virtud de estas infracciones, tiene la autoridad para imponer sanciones. Esta facultad sancionatoria se encuentra respaldada tanto por la ley de rentas como por las ordenanzas municipales. Además, el artículo 58 del Decreto ley 3.063 de 1979, sobre Ley de Rentas Municipales¹⁸, otorga al alcalde la atribución excepcional de clausurar un establecimiento comercial en

el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.

¹⁷ Artículo 5°.- 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. En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración.

¹⁸ Artículo 58° del Decreto Ley 3.063 de 1979, que establece la Ley de Rentas Municipales - La mora en el pago de la contribución de la patente de cualquier negocio, giro o establecimiento sujeto a dicho pago, facultará al alcalde para decretar la inmediata clausura de dicho negocio o establecimiento, por todo el tiempo que dure la mora y sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondiere ejercitar para obtener el pago de lo adeudado. Del mismo modo, podrá el alcalde decretar la clausura de los negocios sin patente o cuyos propietarios no enteren oportunamente las multas que les fueren impuestas en conformidad con los artículos precedentes. La violación de la clausura decretada por el alcalde será sancionada con una multa de hasta el equivalente a cinco unidades tributarias mensuales cada vez que sea sorprendido abierto el local o ejerciendo el giro.

casos de no pago o falta de una patente comercial.

Es importante destacar que las municipalidades también cuentan con la capacidad de establecer prohibiciones específicas en el ejercicio de la actividad comercial, como la agresión física hacia funcionarios municipales, clientes, líderes comunitarios, otros comerciantes o agentes de policía¹⁹. Sin embargo, estas prohibiciones están sujetas a las disposiciones particulares de cada municipalidad, lo que añade un nivel adicional de regulación y adaptabilidad a las circunstancias locales. Así, estas medidas y sanciones proporcionan a las municipalidades los recursos necesarios para mantener el orden y garantizar el cumplimiento de las normativas locales.

2.- CAPITULO II. PROBLEMA DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL ALCALDE, DERECHO DE PROPIEDAD Y SOLUCION.

2.1 facultades discrecionales del alcalde, relación con la probidad administrativa y consecuencias.

En virtud del artículo 118 de la Constitución Política, la administración local está delegada a las municipalidades. El alcalde, como máxima autoridad, tiene la responsabilidad de supervisar y dirigir el funcionamiento municipal. Su objetivo es satisfacer las necesidades económicas, sociales y culturales de la comunidad. Esta labor se lleva a cabo dentro del marco establecido por la Constitución, la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Sin embargo, surge un dilema cuando se considera la clausura de establecimientos con o sin patentes municipales. el uso de La palabra “podrá, en el artículo 58 del Decreto Ley 3.063, sugiere una discrecionalidad por parte del alcalde para decidir la clausura, lo que podría llevar a interpretaciones individuales y, en consecuencia, a una falta de igualdad ante la ley y discriminación arbitraria, contradiciendo así principios constitucionales fundamentales²⁰, como es el derecho de propiedad. En otras palabras, permitir que cada autoridad tome decisiones discrecionales de manera ilimitada en este contexto podría socavar la igualdad y

¹⁹ Art. 35 letra D) ordenanza 104 comuna de la Florida.

²⁰ Principio de igualdad, principio de proporcionalidad, principios de probidad administrativa, entre otros.

la justicia en la aplicación de las leyes económicas, contradiciendo así los principios fundamentales de la Constitución.

Aunque la palabra “podrá” aparentemente otorga discrecionalidad, la Contraloría General de la República tiene una interpretación diferente. Según este órgano, esta palabra no confiere una facultad discrecional al alcalde²¹, lo que plantea interrogantes sobre la aplicación de esta normativa.

El art. 56 de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establece que el Alcalde, que es su máxima autoridad y en tal calidad le corresponderá su dirección y la supervigilancia de su funcionamiento, en ese sentido dentro de sus finalidades es satisfacer necesidades de orden económico, social, y cultural ²². Por otro lado, las normas sobre probidad administrativa, delineadas en el artículo 64 de la ley 18.575, establecen que el alcalde puede ser removido de su cargo si contraviene estas normas. La probidad administrativa, definida en el artículo 54²³ de la misma ley, implica un ejercicio correcto y ético del poder público, garantizando la transparencia y la integridad en la gestión de los recursos públicos.

Dentro de las causales de cesación del cargo de alcalde encontramos la letra C), del art.60 de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Esta disposición establece que el alcalde será removido de su cargo por contravención a las normas sobre probidad administrativa²⁴. Estas normas están directamente relacionadas con la correcta aplicación de las facultades discrecionales del alcalde. En otras palabras, cualquier acción que implique un uso inadecuado o indebido de las facultades discrecionales, violando así los principios de integridad y ética en el ejercicio del poder público, puede llevar a la remoción del alcalde según esta disposición legal.

2.2 El problema de las facultades discrecionales de alcalde frente al derecho de

²¹ Dictamen N°15397 de 30 de marzo de 2005, Contraloría General de la República Municipalidad de Santiago solicitando la reconsideración de un dictamen sobre la sanción prevista en el artículo 52 del DL. N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales.

²² inciso 2° del artículo 2° de la ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

²³ El principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

²⁴ Art. 60 de la ley orgánica constitucional de municipalidades, letra c) Remoción por impedimento grave, por contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa, o notable abandono de sus deberes;

propiedad.

El gran problema que se presenta, que no existe un cuerpo normativo sistematizado que regule el funcionamiento de actividad comercial con patente precaria, actualmente es regulado a través de ordenanzas con artículos muy ambiguos, poco claros y dejados finalmente a la discreción del alcalde de turno.

Los derechos del administrado pueden ser revocados en cualquier momento, partiendo del hecho de que un individuo tiene ciertos derechos otorgados por la autoridad. Estos derechos son protecciones legales o permisos especiales que se han concedido, sin embargo, estos derechos están en peligro de ser perdidos en cualquier momento. Esta pérdida puede ocurrir por varias razones imputables al Comerciante, una de ellas que cometa acciones o incumple las condiciones impuestas por la autoridad. Esto implica que la pérdida de derechos puede ser consecuencia de acciones indebidas por parte del comerciante.

Además, los derechos también pueden perderse debido a la decisión discrecional del alcalde. Esto significa que el alcalde tiene el poder de decidir, basándose en su propio juicio, si los derechos deben ser revocados o no. Esta decisión puede tomarse incluso si el comerciante ha cumplido con todas las normas y regulaciones establecidas.

Esta pérdida de derechos puede ocurrir incluso si existen normas y ordenanzas específicas de cada organismo que regulan el proceso. La decisión del alcalde puede anular estas normas, lo que muestra la amplia autoridad discrecional que se le ha conferido en este contexto.

Hay que destacar que las facultades discrecionales del alcalde, no significa arbitrariedad, sino simplemente, como la facultad del poder público para apreciar la oportunidad o conveniencia de un determinado acto suyo²⁵. De acuerdo a la ley N° 18.695 no regula explícitamente la existencia de las facultades discrecionales del alcalde, y estas la encontraríamos a través de interpretaciones de sus facultades señaladas en el art. 63²⁶ de la ley ya señalada.

²⁵ Gonzales Ariel. la concesión de la acto administrativo, editorial universitaria s.a., 1965, página 69.

²⁶ El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: ...

Entre las medidas que puede imponer la administración tenemos la caducidad es la más grave, ella es la sanción propia del derecho público y procede en caso de grave incumplimiento a las obligaciones que le han sido impuestas al comerciante, y para ello la administración decide unilateralmente poner término al permiso precario que carecen de plazo, normalmente cesaran sus efectos con la extinción de la persona, porque estas son intuitu persona, pactada en relación a la persona, con una salvedad que estos permisos si se transmiten a sus herederos²⁷, dependiendo de cada municipalidad si permite las transmisiones y las encontraremos a través de sus ordenanzas.

Además el acto administrativo entrega un verdadero derecho subjetivo, con las cualidades de temporalidad, precariedad que le son inherentes, pero que permite al administrado para defenderlo frente a terceros y aun frente a la propia administración, mediante el ejercicio de los recursos jurisdiccionales o administrativos que señalan nuestro ordenamiento jurídico.²⁸

La idea central es que alguien es dueño de algo intangible, conocido como "cosa incorporal". En este caso, se trata de una "patente comercial precaria". Esta patente consiste en derechos que provienen de patentes. Estos derechos se renuevan cada seis meses por el comerciante, lo que implica que el titular tiene el permiso para usar algo especial, pero esa autorización necesita ser renovada regularmente. Sin embargo, si la municipalidad decide terminar esta patente comercial de manera unilateral existe un problema.

La preocupación radica en que al poner fin a esta patente de forma unilateral, se podría estar violando el derecho de propiedad del titular sobre esa patente. En otras palabras, el titular perdería su capacidad para usar esa cosa especial debido a la terminación abrupta de los derechos.

Ahora bien, tenemos el caso donde la municipalidad a través del alcalde decide caducar patentes de origen precario de forma previsional otorgado por el anterior jefe comunal, en un bien nacional de uso público. De acuerdo a las facultades discrecionales este permiso puede ser modificado o dejado sin efecto por parte del alcalde de turno, sin forma de juicio y sin derecho a indemnización, y el motivo seria liberar espacios públicos para evitar el

²⁷ Ordenanza N°104 comuna de la Florida, art. 21 inciso 6, en caso de muerte del titular, se aplicará el inciso anterior sin perjuicio que la solicitud la deberá realizar el o los interesados que integren el grupo familiar del titular difunto, con el respectivo certificado de defunción, en un plazo máximo de 1 mes.

²⁸ Recurso de reposición, jerárquico, además del recurso de protección, y nulidad de derecho público, reclamo ante la contraloría general de la república.

comercio ilegal y restituir los bienes nacionales de uso público, acá vemos como el alcalde como administrador de bienes municipales y nacionales de uso público son competencia de él, dictamen N° 30057/2001.²⁹

Otro caso, una comerciante de un persa se le pone término a su permiso por inasistencias, sanción establecida en la ordenanza municipal, fundado en el interés general, dictamen N°41.979/2016.³⁰

Un caso imaginario, la ordenanza municipal dentro de sus sanciones graves, tiene prohibido a los comerciantes de ferias libres amparar el comercio ilegal, uno de ellos es sancionado por el hecho de no impedir que este se instale a vender, situación que será sancionado con la cancelación inmediata de su patente y permiso.³¹

Hay que destacar la falta de procedimiento para constatar en forma objetiva las causales de revocación de los casos señalados, sumado a la imposibilidad de formular descargos, vulnerando además el principio de contrariedad.

Tenemos que destacar que la falta de un procedimiento claro y objetivo para determinar las razones por las cuales se revocan ciertos casos, agrava más la situación, por la falta de Procedimiento Objetivo, se menciona que no hay un proceso establecido para evaluar de manera objetiva las razones detrás de la revocación de ciertos casos. Esto significa que no existe un método claro para determinar si las razones para revocar son válidas o justificadas.

Sumado a la imposibilidad de Formular Descargos, se indica que las personas afectadas no pueden presentar sus argumentos o explicaciones (descargos) para defenderse. En otras palabras, no se les da la oportunidad de explicar su lado de la historia o proporcionar razones que podrían cambiar la decisión de revocación.

De acuerdo al párrafo anterior, existiría una grave vulneración del Principio de Contrariedad, este principio utilizado en el derecho penal³², implica que ambas partes

²⁹ Dictámenes relacionados 24006/89, 11548/94, 5491/2000.

³⁰ Dictámenes relacionados 26560/2016, 94239/2014, 25472/2012, 26186/2012, 59744/2011, 22963/2010, 89039/2014, 9109/2016, 17670/2016

³¹ Ordenanza 104 comuna de la florida, Artículo 35 letra D), amparar la instalación de comercio ambulante y estacionado sin permiso precario autorizado.

³² Román Cristian, Los principios del derecho administrativo sancionador, en Revista de Derecho Público, N° 69, 2016, página 35

involucradas en un conflicto deben tener la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas. La falta de un procedimiento para formular descargos viola este principio, ya que una de las partes se encuentra en una posición desventajosa al no poder expresar su punto de vista

2.3 Como abordar la situación, y a su vez proporcionar una solución a través de la implantación de concesiones.

Tenemos el art. 151 de la ley 18.695 que nos entrega recursos para reclamar ante el alcalde, contra resoluciones u omisiones ilegales, además tenemos el recurso de protección art.19 N°24³³ derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica establecido en el artículo único de la ley N°18.871³⁴, consagrado en el art. 19 N°21³⁵, como se podrá apreciar existen existe recursos, sumado a estas dos acciones constitucionales, que hacen frente a posibles ilegalidades o arbitrariedades en su administración.

Como posible solución, como el artículo 36³⁶ de la LOCM, nos señala las concesiones es así que atreves de este mecanismo, cada comerciante tenga derecho ejercer el comercio en el lugar o lugar autorizado, con un plazo de duración prorrogable, sumado al acuerdo que

³³ El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

³⁴ Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República de Chile. El autor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados. La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo. Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas. Si la sentencia estableciere fundamentamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado.

³⁵ El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan.

³⁶ Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos.

Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público.

El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél.

se celebre con la municipalidad.

Las concesiones municipales son diferentes a los patentes comerciales precarias, por cuanto dan derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Ésta podrá darles término en cualquier momento, siempre que sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público. En cuanto a indemnización del concesionario, la LOCM indica que tendrá derecho en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de sus obligaciones.

Es esencial comprender las diferencias entre las concesiones municipales, patentes comerciales precarias. Las concesiones implican un derecho al uso preferente del bien concedido, con condiciones determinadas por la municipalidad. Esta distinción es crucial para entender las implicaciones legales y las responsabilidades involucradas en las concesiones municipales.

Naturaleza y Alcance de las Concesiones Municipales, las concesiones municipales ofrecen a los beneficiarios un uso preferente del bien concedido. A diferencia de los permisos, las concesiones están sujetas a las condiciones establecidas por la municipalidad. Esta regulación asegura un uso adecuado y responsable del recurso en cuestión.

Causas de Terminación de las Concesiones Municipales, la municipalidad tiene el poder de dar por terminada una concesión en cualquier momento. Este poder se ejerce cuando el uso común del bien se ve gravemente afectado o cuando surgen razones de interés público. Esta flexibilidad es necesaria para proteger el bienestar público y garantizar que los recursos municipales se utilicen de manera efectiva y justa.

Derechos y Obligaciones del Concesionario, en caso de terminación anticipada de la concesión, la Ley Orgánica de Municipalidades (LOCM) establece que el concesionario tiene derecho a una indemnización, a menos que la terminación se deba a un incumplimiento por parte del concesionario. Esta disposición fomenta la responsabilidad por parte del concesionario, incentivándolo a cumplir con las obligaciones acordadas en el contrato de concesión.

En el ámbito tributario, la Contraloría General de la República ha señalado en los dictámenes 26.186-2012 y 50.139-2008 que, el comercio desarrollado en un bien nacional de uso público supone, por una parte, el pago de la patente que grava y ampara la actividad ejercida por el contribuyente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes del decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, y por otra, el permiso de ocupación del mismo.

Las concesiones municipales ofrecen un uso preferente del bien concedido bajo condiciones establecidas por la municipalidad. La capacidad de la municipalidad para dar por terminada una concesión se basa en la protección del interés común y público. Además, la LOCM garantiza que, en caso de terminación anticipada, el concesionario tenga derecho a una indemnización, a menos que la terminación se deba a su propio incumplimiento. Esta estructura legal y estas salvaguardias son esenciales para garantizar una gestión eficaz y justa de los recursos municipales.

Por otro lado, la concesión de servicios públicos es un instrumento legal que permite a entidades gubernamentales otorgar a empresas privadas la responsabilidad de proporcionar servicios esenciales a la comunidad. En este contexto, es fundamental establecer cláusulas específicas que regulen la extinción de la concesión para garantizar el cumplimiento adecuado de los objetivos del servicio público y proteger los intereses tanto de los ciudadanos como de las partes involucradas.

Cumplimiento del plazo por el que se otorgó, esta cláusula asegura que la concesión tenga una duración definida y limitada en el tiempo. Establecer un plazo específico proporciona claridad y previsibilidad a ambas partes, permitiendo una planificación adecuada para el futuro. Al cumplirse el plazo estipulado, la concesión se extingue naturalmente, lo que garantiza la revisión periódica del desempeño del concesionario y la oportunidad de evaluar la renovación del contrato en función de su rendimiento.

Incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario, esta causa de extinción se basa en la necesidad de mantener altos estándares de calidad en la prestación del servicio. Si el concesionario incumple gravemente las obligaciones establecidas en el contrato, como la falta de mantenimiento adecuado, la mala gestión financiera o la

negligencia en la atención a los usuarios, la entidad concedente tiene el derecho de poner fin al acuerdo. Esta medida asegura que los ciudadanos reciban servicios de calidad y promueve la responsabilidad por parte del concesionario para cumplir con los estándares acordados. Mutuo acuerdo entre la municipalidad y el concesionario, esta cláusula reconoce la importancia del diálogo y la flexibilidad en las relaciones contractuales. Si ambas partes están de acuerdo en poner fin a la concesión, pueden hacerlo mediante un proceso amigable y negociado. Este enfoque fomenta la colaboración entre ambos, permitiendo ajustes en el contrato según las necesidades cambiantes de ambas partes, siempre que se respeten los derechos de los usuarios y se cumplan las regulaciones legales. Finalmente, estas causales de extinción están diseñadas para garantizar la transparencia, la eficiencia y la calidad en la prestación de servicios públicos. Establecen un equilibrio entre la necesidad de proteger los intereses públicos y privados, al tiempo que promueven la rendición de cuentas y la responsabilidad en la gestión de los servicios esenciales para la comunidad.³⁷

CONCLUSIONES

Surge la problemática, entre las facultades discrecionales del alcalde frente al derecho de

³⁷ Bermúdez, Jorge. Derecho Administrativo General. 2ª.ed., Thomson Reuters, 2011. 266 p.

propiedad sobre una patente comercial precaria, por la falta de procedimiento para constatar en forma objetiva las causales de revocación de los casos señalados, sumado a la imposibilidad de formular descargos, vulnerando además el principio de contrariedad.

Este proceso está formalizado mediante ordenanzas, que son normativas o leyes locales establecidas por una autoridad municipalidad, sumado a los detalles o requisitos específicos de estas ordenanzas son ambiguos y poco claros. Los términos utilizados en los artículos de estas normativas no están definidos claramente, lo que puede llevar a confusiones o interpretaciones diferentes sobre lo que realmente significan.

La falta de claridad se agrava porque la interpretación y la aplicación de estos artículos son dejadas a la discreción del alcalde que esté en funciones en ese momento. Esto significa que el alcalde tiene la autoridad para decidir cómo aplicar estas reglas ambiguas según su propio criterio, como resultado podríamos encontrarnos en situaciones podrían carecer de equidad, ser desproporcionadas o no estar fundamentadas en principios justos y razonables, creando un sentido de injusticia o arbitrariedad en esas situaciones.

De acuerdo a la investigación realizada, se concluye que estamos frente a un problema ya que una de las partes se encuentra en una posición desventajosa al no poder expresar su punto de vista en un procedimiento regulado.

La solución que se propone para abordar este problema se encuentra en las concesiones, porque estas establecen un equilibrio entre la necesidad de proteger los intereses públicos y privados, ofrece más seguridad que un simple permiso en caso de caducar porque establece un marco contractual detallado y específico que define claramente los derechos, responsabilidades y condiciones para ambas partes, proporcionando un proceso formal para la terminación y, a menudo, estas incluyen cláusulas de indemnización y compensación en caso de caducidad, lo que brinda una mayor protección a ambas partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- 1.- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). Derecho Administrativo General. 2ª.ed. (Santiago, Chile, Thomson Reuters).
- 2.-Biblioteca del Congreso Nacional: Ley N° 19.880. Disponible en:
<https://bcn.cl/2f82e>
- 3.- Biblioteca del Congreso Nacional, Constitución de la República de Chile, disponible en:
<https://bcn.cl/2f6sk>
- 4.- Biblioteca del Congreso Nacional, Ley N° 3.063, Disponible en:
<https://bcn.cl/2fcus>
- 5.- Biblioteca del Congreso Nacional, Ley Fácil patentes municipales, Disponible en:
<https://www.bcn.cl/portal/leyfacil/recurso/patentes-municipales>
- 6.- Biblioteca del Congreso Nacional, Ley N°18.695, Disponible en:
<https://bcn.cl/2kd8s>
- 7.- Biblioteca del Congreso Nacional, Ley N°18.575, Disponible en:
<https://bcn.cl/3cz3d>
- 8.- Biblioteca del Congreso Nacional, Ordenanza N°104, comuna de la Florida, Disponible en: <https://bcn.cl/34h2u>
- 9.- Biblioteca del Congreso Nacional, Código Civil, Disponible en:
<https://bcn.cl/2f8ub>
- 10.- Biblioteca del Congreso Nacional, auto acordado Recurso de Protección, Disponible en: <https://bcn.cl/2fcqo>
- 11.- CELIS GABRIEL. (2018), Los bienes de la Administración del Estado, (Santiago, editorial Thomson Reuters.)
- 12.- GONZALES, Ariel, (1977): La concesión del acto administrativo, (Santiago, editorial universitaria s.a.)
- 13.- ROMAN, Cristian, (2016): Los principios del derecho administrativo sancionador, disponible en:

JURISPRUDENCIA CITADA.

- 1.- Dictamen N° 24006 de la Contraloría General de la Republica, 1989.
- 2.- Dictamen N° 11548 de la Contraloría General de la Republica, 1994.
- 3.- Dictamen N° 5491 de la Contraloría General de la Republica, 2000.
- 4.- Dictamen N° 30057 de la Contraloría General de la Republica, 2001.
- 5.- Dictamen N° 15397 de la Contraloría General de la Republica, 2005
- 6.- Dictamen N° 50139 de la Contraloría General de la Republica, 2008.
- 7.- Dictamen N° 22963 de la Contraloría General de la Republica, 2010.
- 8.- Dictamen N° 59744 de la Contraloría General de la Republica, 2011.
- 9.- Dictamen N° 25472 de la Contraloría General de la Republica, 2012.
- 10.- Dictamen N° 26186 de la Contraloría General de la Republica, 2012.
- 11.- Dictamen N° 94239 de la Contraloría General de la Republica, 2014.
- 12.- Dictamen N° 89039 de la Contraloría General de la Republica, 2014.
- 13.- Dictamen N° 50139 de la Contraloría General de la Republica, 2016.
- 14.- Dictamen N° 9109 de la Contraloría General de la Republica, 2016.
- 15.- Dictamen N° 17670 de la Contraloría General de la Republica, 2016.
- 16.- Dictamen N° 26560 de la Contraloría General de la Republica, 2016.

