



**UNIVERSIDAD FINIS TERRAE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**CRITERIOS DE OTORGAMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE  
PERMISOS MUNICIPALES DE BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO  
CONTENIDOS EN LA LEY N°18.695: ANÁLISIS LEGAL,  
JURISPRUDENCIAL Y CRÍTICA.**

**FELIPE IGNACIO VIVALLO REVECO**

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis  
Terrae, para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Pablo Andrés Alarcón Jaña.

Santiago, Chile

2024

*A la Psicóloga, doña Mariela Reveco Leyer, para quien las palabras no alcanzan al agradecer su infinito apoyo y amor incondicional, quien ha sido un pilar fundamental en esta etapa de la vida y me entregó valores que han hecho de mí el hombre que soy, mi madre.*

*A mi abuela, doña María Luisa Leonor Leyer, quien si bien no pudo acompañarme materialmente en este camino, tengo absoluta convicción que estaría orgullosa de mí.*

*A mis bisabuelos don Enrique Leyer Osorio y al Guardián de Policías Fiscales, don Juan de Dios Reveco Donoso a quienes admiro y respeto. Quienes si bien vivieron hace ya varios años, fueron hombres ejemplares que forjaron el carácter de la familia y consecuentemente de mi persona.*

*A Luna Frigerio Farías, mi compañera y en un sentido quijotesco, mi fiel escudera que me acompaña y apoya en la mayoría de las variadas ideas que cruzan mi mente, la mujer a quien elegiría mil veces para enfrentar esta etapa de la vida.*

*A mi profesor guía, don Pablo Alarcón Jaña por su gran compromiso con esta memoria.*

*A los profesores Cristóbal Aguilera Medina, Jaime Phillips Letelier y Gabriel Celis Danzinger por mostrarme el fascinante mundo del Derecho Administrativo.*

*A todas las personas que me acompañaron, apoyaron y enseñaron a lo largo de este proceso.*

*A todos, gracias infinitas.*

## **ÍNDICE.**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **CAPÍTULO I: MUNICIPALIDAD EN CHILE: CONCEPTO Y ORIGEN HISTÓRICO.**

- 1) ¿Qué es la Municipalidad? Origen y Aspectos Generales.....11**
- 2) Antecedentes Históricos en Chile.....14**

#### **CAPÍTULO II: LEY N°18.695.**

- 1) Organización y Contenido.....22**
- 2) El Alcalde y sus Atribuciones.....26**

#### **CAPÍTULO III: PERMISOS MUNICIPALES DE OCUPACIÓN DE BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.**

- 1) ¿Qué entendemos por Potestad Discrecional?.....31**
- 2) Potestad Discrecional y Facultad de Otorgamiento, Renovación y Término.....36**

#### **CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA RELEVANTE.**

- 1) Sentencia de la Corte Suprema Rol N°7.076 - 2012.....45**
- 2) Sentencia de la Corte Suprema Rol N°19.686 - 2019.....50**

<b>3) Sentencia de la Corte Suprema Rol N°32088 - 2019.....</b>	<b>57</b>
<b>4) Sentencia de la Corte Suprema Rol N°21583 - 2023.....</b>	<b>67</b>
<b>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....</b>	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>83</b>
<b>NORMAS JURÍDICAS CITADAS.....</b>	<b>87</b>
<b>JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>	<b>88</b>

*“Si se elimina la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes bandas de ladrones?”*

*(San Agustín de Hipona)*

## RESUMEN

La presente memoria abordará la Ley N°18.695 denominada “Ley de Municipalidades”, las atribuciones de la Municipalidad y el Alcalde, y en específico la potestad de éste para otorgar, modificar y revocar permisos municipales que recaen sobre bienes nacionales de uso público, abordado desde elementos propios de la Doctrina Social de la Iglesia y el Humanismo Cristiano.

Al dotar el legislador a la figura del alcalde con esta potestad discrecional respecto a los permisos sobre bienes nacionales de uso público, este es susceptible a que sus actos o más bien sus decisiones sean consideradas como arbitrarias y no apegadas a la justicia, e incluso cuestionables en cuanto no existen parámetros o límites para el otorgamiento, modificación o revocación de estos. Es por todo lo anterior, que nos preguntamos: ¿Cuál fue la intención del legislador y con qué rigurosidad jurídica otorgó la potestad discrecional al alcalde para otorgar, modificar o revocar permisos municipales de bienes nacionales de uso público?

***Palabras claves: Derecho Municipal, Ley de Municipalidades, Alcalde, Potestad Discrecional, Administración, Doctrina Social de la Iglesia, Humanismo Cristiano.***

## ABSTRACT

This report will address Law N° 18,695 called “Law of Municipalities”, the powers of the Municipality and the Mayor, and specifically the power of the latter to grant, modify and revoke municipal permits for public use, addressed from the Social Doctrine of church and Christian Humanism.

By giving the figure of the mayor this discretionary power with respect to permits on national assets for public use, he susceptible to these actions, or rather these decisions, begin considered arbitrary and not in accordance with justice and even questionable in so far as there no parameters or limits for the granting, modification or

revocation of these. It is because of all the above, that we ask ourselves: What was the intention of the legislator and with what legal rigor did he grant the discretionary power to the mayor to grant, modify or revoke municipal permits for national assets for public use?

***Key Words: Municipal Law, Law of Municipalities, Mayor, Discretionary Power, Administration, Social Doctrine of the Church, Christian Humanism.***

## INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo está orientado fundamentalmente, a plantear una crítica a la legislación referida a la potestad discrecional en sentido amplio que otorga la Ley N°18.695 (en adelante también “ley de municipalidades”). Abordaremos el tema anteriormente mencionado a través del desarrollo y análisis del concepto, origen, historia y funciones de la municipalidad como órgano de la Administración del Estado en Chile.

Posteriormente a dar inicio al análisis de la ley, revisaremos las atribuciones de la municipalidad y, consecuentemente, del alcalde como su máxima autoridad. Será posible concluir que puntualmente, y en lo relativo al artículo 36, se concede al alcalde casi plena potestad de otorgamiento, modificación y revocación de permisos municipales de uso público. Señala a propósito el profesor Román: “De ahí que el control respecto de su ejercicio fuera muy menor, reducido muy especialmente a la interdicción de la arbitrariedad”.<sup>1</sup> Importante también, es señalar que respecto a la naturaleza precaria del permiso, si bien pareciera ser que podría beneficiar a quien solicite su otorgamiento por ser de carácter precario, es justamente debido a su carácter precario que se entiende como legítima la improcedencia de indemnización al permisionario en caso de ser revocado, salvo en un caso particular del último inciso del precepto que se refiere a las concesiones. Lo anterior, se abordará en profundidad a través de un riguroso análisis, recogiendo algunos elementos propios de la Doctrina Social de la Iglesia, de la cual es posible desprender varios principios consagrados en nuestra Constitución Política. Se trata de una noción, creemos, proclive a facilitar la comprensión de la realidad de aquellas personas que naturalmente y en mayor medida, solicitan formal y responsablemente un permiso para ejercer su principal actividad económica, cumpliendo así, con los requisitos que la ley exige para tal propósito.

Cabe señalar al respecto que, de ninguna manera y en caso alguno, buscamos justificar o dar amparo a la irregularidad, ilegalidad, negligencia o autotutela que pudiese

---

<sup>1</sup> ROMÁN, (2017) p. 98.

emplear una persona para conseguir y/o mantener la titularidad del permiso. Por el contrario, la presente memoria se encamina a reconocer el esfuerzo, constancia y trabajo con el cual una persona busca solventar su vida y lograr su realización material y espiritual en nuestra sociedad.

Se expondrá y analizará jurisprudencia, con el fin de contrastar algunos fallos de líneas argumentativas inclinadas hacia el legalismo, con aquel razonamiento de ministros integrantes de algunos tribunales superiores de justicia que, en su decisión, denotan una interesante tendencia al considerar que el permisionario ya no tendría el carácter de precario, tal como señala el artículo en forma literal al referirse a la naturaleza del permiso.

De la lectura del precepto, es posible desprender que, al tiempo de su redacción, el legislador pudo tener la intención de garantizar cierto orden al momento que un contribuyente presentare una solicitud de permiso, por ejemplo, para desarrollar su actividad económica en la calle, quizás ejerciendo el comercio ambulante. Y es que, resulta fundamental considerar que usual y naturalmente, quien decide solicitar un permiso para vender en la calle, no tiene otra forma de conseguir una renta si se trata de su única actividad económica. Por tanto, no es justo ni digno para la persona del permisionario que su estabilidad económica esté sujeta a un criterio tan arbitrario, como es aquel que la ley concede a cada municipalidad y, por tanto, a su respectivo alcalde. Un criterio que en su amplia potestad discrecional se encuentra amparado por la ley, y que ésta, en su afán de preservar el orden y la certeza jurídica, se desarrolla y traduce como un par de atributos del dominio (uso y goce) en la titularidad del permisionario.

## **CAPÍTULO I: MUNICIPALIDAD EN CHILE: CONCEPTO Y ORIGEN HISTÓRICO.**

Actualmente si cualquier persona desea tener una breve noción acerca del rol que tiene la Municipalidad como institución en nuestro país, lo más recomendable sería primeramente recurrir a nuestra carta fundamental, puntualmente su artículo 118. En el primer inciso del precepto se señala que: *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, que es su máxima autoridad y por el concejo.* El Concejo Municipal<sup>2</sup>, tal como señala el artículo 71, es aquel órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local.

Del estudio sistemático acerca de la organización administrativa chilena, resulta factible plantearse las siguientes cuestiones: ¿Acaso la organización jurídico-administrativa se habrá mantenido esencialmente intacta, a lo largo de nuestra historia como nación? ¿Ha respondido a las transformaciones, cambiando y actualizándose en función del paso del tiempo y los diversos sucesos históricos? Naturalmente, respondemos que ha experimentado profundos cambios en función del contexto y del crecimiento territorial, demográfico y económico de Chile. Y es que, el derecho como conjunto de normas y principios encargados de regular las relaciones interpersonales del hombre en las sociedades, donde las directrices son la razón, la lógica y la básica concepción de que el ser humano es un fin en sí mismo y tal como señaló en 1978 San Juan Pablo II, el hombre es de naturaleza subjetiva e irreductible.<sup>3</sup> Así, el derecho constituye una herramienta fundamental para el desarrollo de la sociedad y lograr la realización material y espiritual de las personas. Lógicamente debe ser así, por cuanto la sociedad cambiará toda vez que exista una mente libre que produzca ideas. En este sentido, podemos señalar que el foco de estudio es la comuna y su organización administrativa, lo que responde a un proceso de transformación que ha estado sometido al devenir histórico. Es decir, cambios propios que ha experimentado nuestra sociedad

---

<sup>2</sup> En adelante también "Concejo".

<sup>3</sup> WOJTYLA, (1993).

desde tiempos coloniales, influenciada estructuralmente por nociones concebidas hace más de mil años, propias de la organización social y jurídica de la civilización grecorromana, sirviendo de base para la consolidación del derecho continental, utilizado en nuestro país desde sus orígenes como colonia hispana y mantenido a lo largo su historia como república.

### **1) ¿Qué es la Municipalidad? Origen y Aspectos Generales**

Desde el punto de vista etimológico, la palabra municipalidad proviene del latín “*municipalitas*”, que de conformidad a la definición que entrega la Real Academia Española, municipalidad es el ayuntamiento del término municipal<sup>4</sup>, cuyos componentes léxicos son: *munus* (cargo, deber u obligación), *capere* (tomar o coger) y el sufijo -alidad (calidad relativa a).

De conformidad al concepto que nos entrega la Constitución Política de la República de 1980 modificada bajo el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar en 2005 y el inciso 2º del artículo 1º de la ley N°18.695, las municipalidades son: “*Corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.*”. De esta forma, podemos señalar que la municipalidad se configura como el órgano de la administración del Estado que se encuentra más cercano a la comunidad y, por ende, al alcance de las personas que la conforman. Nosotros sostenemos además que la municipalidad como institución legalmente reconocida actualmente, se origina del concepto de municipio que, a su vez, entendemos como un concepto que se fundamenta esencialmente por la primitiva idea de la existencia de un grupo de personas que habitan un lugar geográfico determinado y que se asocian para tomar decisiones respecto a su organización, convivencia cotidiana y en general cualquier situación que les pudiese atañer. Por lo

---

<sup>4</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado el 17 de agosto de 2022].

tanto, apoyamos la afirmación que realiza el profesor Fernández Richard al señalar que el municipio es anterior al Estado<sup>5</sup> como forma de organización social.

Para referirse al origen del municipio, es necesario remontarnos a la sociedad clásica grecorromana que confunde la noción de ciudad, Estado y municipio. En la antigua Roma, la ciudad en sí era concebida por los romanos como el Estado y con el tiempo se acuñó el término de municipio. Este último, tenía el carácter de sujeto de derecho no humano y fue un ente cuyo poder era ejercido por ciudadanos romanos, es decir hombres libres y de cierto rango etario. El gobierno del municipio se ejercía a través de los magistrados<sup>6</sup>, sobresaliendo los siguientes cargos:

- 1) El Edil Curul: Encargado del aseo, ornato y celebraciones y/o festividades.
- 2) El Cuestor: Se le encomendaba la ejecución de instrucciones del senado en materia de hacienda, como la recolección de impuestos.<sup>7</sup>

Fernández Richard señala también, a propósito del municipio que este se compuso de un núcleo central que corresponde al casco urbano, denominado *urbe* y de un espacio circundante llamado *territorium*. El derecho a sufragio se ejercía en la asamblea del pueblo, llamada Foro.<sup>8</sup>

Con el fin de profundizar en el concepto romano del municipio y tal como señala Errázuriz Eguiguren, los municipios en roma fueron comunidades humanas que se incorporaron a Roma durante la República y que en virtud de conquista o de un tratado de alianza con los romanos perdieron su anterior soberanía, conservando una relativa autonomía.

Estas comunidades tenían bienes que pertenecían a ellas y no a cada uno de sus miembros en particular. En las relaciones patrimoniales actuaban como “personas no humanas”. Tenían una existencia independiente a la de cada uno de sus miembros. Lo

---

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ, (2017) p. 10.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>7</sup> DE ÁVILA (1964).

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ, (2017) p. 15.

que se debe a la “*universitas*”, no se debe a sus miembros ni lo que deben sus miembros lo debe la “*universitas*”, dice Ulpiano para reafirmar la diferencia.<sup>9</sup>

Siglos más tarde, durante la edad media, puntualmente en los reinos que conformaban la península ibérica medieval, el municipio se consolidó como un organismo destinado a defender los intereses de aquellas personas que habitaban las villas o poblaciones. A estas villas, le fueron entregadas franquicias llamadas “cartas pueblos”, en las cuales se abordaban temas relativos a legislación civil, penal, procesal y administrativa con el fin de administrar y gobernar la localidad.

A propósito de la forma de gobierno de la villa, es indispensable referirse a los llamados “concejos” que destacaron, particularmente los municipios de Castilla. Este organismo esencialmente democrático, se consolidó como el máximo ente de gobierno de la villa y se conformaba por un grupo determinado de vecinos, también llamados villanos. Dependiendo de la circunstancia o situación y de si afectaba a todos los vecinos, se convocaba a todos los villanos a tomar una decisión sobre el asunto, tal conformación de asamblea recibió el nombre de “cabildo abierto”.

Más adelante y aproximándonos al municipio que hoy conocemos, debemos mencionar algunos aspectos que consideramos relevantes de la huella que dejaron los conquistadores españoles no solamente en nuestra religión, costumbres y cultura en general. Sino también, en lo relativo a la institucionalidad enraizada en nuestro continente proveniente ultramar. Particularmente en lo referido a materia municipal, existe una fuerte herencia castellana, relativa a la organización de municipios y cabildos. El Rey Felipe II, promulgó una ordenanza encaminada a establecer una clasificación de ciudades que pertenecieron a colonias, las cuales podían ser: metropolitanas, diocesanas o sufragáneas y villas. Estas ciudades, dependiendo del volumen de su población, podían conformarse por 12, 8 o 6 regidores<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> ERRÁZURIZ, (1991) p. 258.

<sup>10</sup> Los regidores eran funcionarios que se encargaban a grandes rasgos, de la administración y gobierno de la villa, ocupando un puesto (designado o comprado) en el cabildo respectivo.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes y en lo que respecta al origen del municipio tal como hoy lo conocemos, es correcto señalar que, si bien este ha experimentado cambios formales, claramente ha logrado mantener la misma esencia que tuvo en su origen grecorromano. Es decir, una institución tan arraigada a la vida cotidiana de los habitantes de un territorio determinado, dentro de un Estado. Sirviendo de canal de comunicación entre las personas y sus gobernantes, independiente al sistema de gobierno y el período histórico que se trate, la municipalidad se ha consolidado –en nuestra opinión– como la forma más inmediata de comunicación con la autoridad a la que la comunidad puede echar mano para plantear y resolver sus problemas.

## **2) Antecedentes Históricos En Chile**

Para comprender la organización y existencia de la municipalidad en Chile como organismo de la administración del Estado, debemos partir con el inicio de nuestro período republicano, se mantiene en los primeros textos normativos la institución del concejo. Así, en el reglamento Constitucional de 1812, reconocen al municipio y su estructura organizacional, como una institución fundamental en el ordenamiento jurídico y administrativo que Chile se empezaba a dar.<sup>11</sup>

Señala Jiménez de la Jara, a fin de lograr una mayor comprensión acerca de la estructura, dinámica y organización de lo que hoy conocemos como municipalidad. Es necesario remontarse más atrás en el tiempo, puntualmente al contexto histórico de los “Cabildos” o cuerpos colegiados, trasplantados a las colonias latinoamericanas a imagen y semejanza de la España peninsular. Los “Consejos”, “Comunidades”, o “Ayuntamientos” existentes en Castilla y León desde el Siglo XII, son instituidos en la

---

<sup>11</sup> SANTIBÁÑEZ, (2017) p. 106.

Asamblea Colonial, como instancias político-administrativas representativas de la corona.<sup>12</sup> Las funciones de estos cuerpos colegiados eran múltiples, centrándose fundamentalmente en problemas de aseo, salubridad y ornato de la población, aunque abarcando también en los primeros tiempos, tareas de gobierno, hacienda y guerra.<sup>13</sup>

Pedro de Valdivia funda el 7 de marzo de 1541, el primer Cabildo de Santiago de Chile, con el fin de dar cumplimiento a la Real Cédula de Carlos V, promulgada en España en el año 1523.<sup>14</sup> Entre las disposiciones de la Real Cédula de Carlos V, el “Conquistador”, “Adelantado” o “Descubridor” debía designar regidores o representantes del Cabildo que recibían el nombre de “Capitulares”. Así mismo, el documento señalaba que el número de Capitulares estaría sujeto al volumen de población, de esta forma, antes de haber transcurrido un mes de la fundación de Santiago, el mismo Gobernador y Capitán General, Pedro de Valdivia designó los Capitulares a fin de que *“administrasen la justicia en nombre de Su Majestad”*. Sin embargo, por Real Cédula de 1548, el Virrey del Perú don Pedro de la Gasca, ordenó que determinados cargos entrasen al Cabildo como representantes perpetuos, situación que se mantuvo en Chile hasta 1557. Posterior a 1557, el Cabildo de la ciudad de Santiago consiguió designar anualmente a sus representantes, con elecciones a viva voz y más adelante sería con votos secretos en *“papelitos doblados introducidos en cántaros o sombreros...”*.<sup>15</sup> Sin embargo esta práctica de elección directa, degeneraría en la venta de cargos.<sup>16</sup>

Carlos V y Felipe II, con el fin de recaudar fondos en las colonias, instruyeron que se llevase a cabo una antigua práctica medieval, el remate público de bancas, plazas o cargos. Y es que, pese a ser una forma eficaz para nutrir las arcas de la corona durante la España medieval del Siglo XII, la iniciativa fracasó. Por consecuencia, al no existir

---

<sup>12</sup> JIMÉNEZ, (1983), pp. 11 - 19.

<sup>13</sup> ZORRILLA, (1942), p. 52.

<sup>14</sup> ZÚÑIGA, (1978).

<sup>15</sup> Extracto del texto original del Cabildo del 2 de enero de 1609, citado por Zorrilla, p. 52.

<sup>16</sup> *Ibíd*em, p. 15.

postores que se hicieran del cargo por su compra, no se alcanzó el quórum necesario para constituir el Cabildo. Más adelante, en 1758 y para terminar definitivamente con las dificultades que traía esta forma de designación de cargos, se decidió por volver al régimen perpetuo de cargos.

El Gobernador Francisco García Carrasco instruye la elección de doce regidores auxiliares entre los vecinos más destacados,<sup>17</sup> logrando así que los Cabildos se consoliden como organismos funcionales. Estos últimos, estaban conformados esencialmente por dos Alcaldes o Jueces Municipales, cuyo rol correspondía al de administrar justicia local y por seis Regidores, que se encargaban de satisfacer las necesidades de las personas que integraban la comunidad. Sumado a los cargos anteriores, podemos mencionar al Procurador de la Ciudad quien ejercía su cargo en su labor de vocero de los vecinos, representando a los vecinos ante el Cabildo; el Tesorero; el Escribano, quien ejercía labores postales y de redacción de documentos administrativos; el Alguacil Mayor encargado de la policía en la ciudad; el Fiel Ejecutor encargado de controlar y gestionar el abastecimiento de la ciudad, los precios de los mercados e inspeccionar las pesas y las medidas y el Alferez Real, encargado este último de ser portaestandarte de la ciudad.

Respecto a la forma de actuar de los Cabildos, debemos señalar que estos sesionaban según la situación y que además las sesiones podían ser abiertas o cerradas. De esta forma, en cuanto a los tipos de Cabildos que podían funcionar, distinguimos tres:

- 1) Cabildos Ordinarios.
- 2) Cabildos Extraordinarios.
- 3) Cabildos Abiertos.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Ibídem.

A lo largo de nuestra historia y después de haber dado los primeros pasos para llegar a lo que hoy conocemos como municipalidad, podemos identificar en el Cabildo colonial, *la primera forma de representación autónoma, ante el aparato administrativo colonial, expresivo del absolutismo de la monarquía*<sup>19</sup> española. Habiendo abordado entonces, el período colonial, debemos apuntar a seguir con el desarrollo de la municipalidad durante el período de independencia. Así, ya en el Chile republicano, en 1812 el Reglamento Constitucional otorgó reconocimiento al municipio y su estructura organizacional,<sup>20</sup> dos años más tarde, el Reglamento del Gobierno Provisional estableció que los miembros del Cabildo serían elegidos por el pueblo y luego, cuando nuestra institucionalidad se encontraba ya contenida en la constitución política de 1818, puntualmente en lo que respecta a los Cabildos, la carta fundamental lo consideró en un capítulo entero.

Señala el profesor Aylwin, a propósito de los Cabildos que, en la constitución de 1818, se les atribuye funciones de “fomento del adelanto local, industria, educación, hospitales, etc.... y de recaudación, mantenimiento de los dineros de las ciudades y villas, para invertirlos en obras de beneficio público”. Más adelante, en la Constitución Política de 1828, se enumeran las atribuciones de los Cabildos con mayor precisión, señalando entre otras funciones que los Cabildos debían promover el desarrollo agrícola industrial y comercial, cultural y sanitario y la construcción y mantención de las vías de comunicación...”<sup>21</sup>.

Aporta el profesor Borel que habiéndose designado ya y por primera vez como “municipalidades” a los Cabildos en 1823, en la Constitución de 1833, se les encomienda a las municipalidades la tarea de cuidado del aseo, salubridad, ornato y recreo; estímulo de la educación, agricultura, industria y comercio; el cuidado de escuelas primarias,

---

<sup>19</sup> AHUMADA y FUENSALIDA, (1981).

<sup>20</sup> SANTIBÁÑEZ, (2017), p. 106.

<sup>21</sup> AYLWIN, (1971).

hospitales, cárceles y establecimientos de beneficencia<sup>22</sup>. Sin embargo, agrega Santibáñez, se trataba de una “*regulación de la institución municipal más bien precaria*”.

Resulta indispensable reflexionar, acerca del marcado rol comunitario y social que tiene la municipalidad, particularmente desde la primera mitad del siglo XIX, ambos conceptos –comunitario y social– forman parte de la esencia de la municipalidad. El rápido engrosamiento de las atribuciones que la ley otorga a los antiguos Cabildos obliga al legislador tramitar una ley que se encargue especialmente de establecer, regular y terminar de dar forma a lo que hoy conocemos como municipalidades. Así es como en el año 1854, se promulga la primera ley orgánica de municipalidades que, entre sus disposiciones, se encuentra el imperativo de que exista una municipalidad en cada población cabecera de un departamento. Al respecto, cabe destacar que, junto a lo anterior, con la dictación de la ley orgánica de municipalidades, administrativamente se consagró a un sistema centralizado de organización municipal, donde las Municipalidades se seguían componiendo por tres alcaldes y nueve regidores elegidos en votación directa. Pero eran presididas por el gobernador o un subdelegado,<sup>23</sup> quien era representante del ejecutivo, y a cuya aprobación estaban sujetos los acuerdos de los alcaldes y Regidores.<sup>24</sup> En 1887, se promulga la nueva ley orgánica de municipalidades que amplía un tanto más las atribuciones que tenían los regidores y alcaldes, encaminándose a una mayor independencia. Paralelamente, se objeta la posibilidad de que el Gobierno Central pueda intervenir en la elección del alcalde, dando paso consecuentemente a la *Ley de la Comuna Autónoma*, promulgada en 1891. Esta ley otorga al cargo de alcalde el sello de líder de la comuna, asegurándose sólida independencia y poder absoluto en lo que resta del siglo XIX.

Durante la primera mitad del siglo XX, pareciera ser que el legislador comienza a observar que si bien existía una sólida legislación con respecto al rol social y comunitario de la municipalidad, las atribuciones del alcalde –máxima autoridad municipal– se

---

<sup>22</sup> BOREL, (1976).

<sup>23</sup> SANTIBÁÑEZ, (2017), p. 106.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

encontraban sin una delimitación clara de las atribuciones del cargo, resalta en este período un movimiento conformado por alcaldes y regidores encaminados a recuperar el rol social e independiente del municipio, esto a propósito de las demandas<sup>25</sup> del movimiento obrero del salitre apoyados por la Federación de Estudiantes de Chile. Así en el año 1915, se promulga la ley N°2.960 sobre *Organización y Atribuciones de las Municipalidades* que, junto a la Constitución Política de la República de 1925, lograron significativos cambios sociales en materia de municipalidades y donde si bien, las atribuciones propias de la municipalidad se habían mantenido sin cambios sustanciales desde 1833, se decidió controlar el marcado poder del Alcalde, dado el amplio campo de actuación comunal que este tenía, desde la promulgación de la *Ley de la Comuna Autónoma*.

A partir del año 1950, observamos un cambio sustancial en la organización político-administrativa del país que tendrá resultado la modificación de las funciones del municipio como institución. Dicho proceso, fue propiciado por la Corporación de Fomento de la Producción (en adelante CORFO) y consistió en agrupar el territorio en relación a factores geográficos, económicos y demográficos. Lo anterior, con el propósito de encaminar la implementación del concepto de *descentralización* a través de la inminente creación de regiones para dividir el territorio. A Través de la propuesta de división administrativa y territorial, la CORFO<sup>26</sup> propuso la división en 6 regiones, número contrastante a las 16 actuales.

Desde 1955, en lo referido a organización y atribuciones del municipio (en una etapa pre regional), el municipio estaba compuesto por el alcalde, quien era designado directamente por el ejecutivo<sup>27</sup> o bien elegido por mayoría de votos de los regidores, quienes a su vez eran elegidos por mayoría popular. Así las funciones y atribuciones del

---

<sup>25</sup> Demandas de índole social contenidas esencialmente, en la encíclica papal "Rerum Novarum", propuesta por el Papa León XIII casi dos décadas antes, a través de una mirada propia de la Iglesia, acerca de los problemas sociales que enfrentaba la sociedad en ese momento. Esto es, una vía distinta a los extremos del marxismo ideológico y el liberalismo capitalista en su forma más dura. Lo anterior, en un afán conciliador, planteando al ser humano y su vida como un fin en sí mismo.

<sup>26</sup> Corporación de Fomento de la Producción, en adelante "CORFO".

<sup>27</sup> Esto era aplicable sólo a comunas que contasen con más de 100.000 habitantes.

municipio consistían a grandes rasgos en: Salubridad, ornato comodidad y recreo, promoción de la educación, agricultura, industria y comercio y la resolución de problemas relacionados a la administración de servicios locales.

A modo de síntesis, las atribuciones del municipio se centraban esencialmente en la entrega de determinados servicios básicos, destacando en la práctica: aseo, ornato, distribución de patentes comerciales, vehiculares y documentación relativa a la conducción.

A partir de la dictación del Decreto Ley N°1.289 de 1976 que crea la Ley Orgánica de las Municipalidades, se deroga la Ley N°11.860 del año 1955 de Organización y Atribuciones de las Municipalidades. Chile, experimenta una modernización en lo que respecta a organización administrativa y territorial de la municipalidad, partiendo por la forma en cómo se define a la municipalidad. Así, la ley N°1.289 entrega una definición de municipalidad pionera en la legislación precedente al calificarla como corporación de derecho público y dotándola de personalidad jurídica y patrimonio propio. Lo anterior con vistas a contribuir a la necesaria e inminente descentralización del país, y es que si bien entre las disposiciones de la Constitución Política de 1925, se esbozó la idea de descentralizar el país, solo se quedó en la teoría, mas no en la práctica. Sería correcto afirmar entonces que el decreto ley N°1.289 sirvió de precedente para la redacción de la Constitución Política del año 1980, particularmente en su artículo 118 que aborda la municipalidad en los mismos términos que el decreto ley.

Vale la pena señalar que en lo que a nuestra visión respecta, esta modificación vino a refrescar y dar orden a la organización administrativo municipal chilena. Lo anterior, por cuanto vino a delimitar las facultades y atribuciones del municipio, además ser la antesala del carácter subsidiario que necesitaba el Estado chileno y su institucionalidad ya desde la segunda mitad del siglo XX. Así, la Carta Fundamental de 1980 terminó por establecer los cimientos necesarios para impulsar un nuevo modelo. Un modelo donde Chile es regionalizado, la libertad está garantizada, la persona precede al Estado y este último se encuentra a su servicio, encargándose de satisfacer las necesidades de ésta a

fin de que pueda realizarse material y espiritualmente. Una Constitución impregnada por el *Principio de Subsidiariedad*, una propuesta filosófico-política y definida por Santo Tomás de Aquino como: “*La ley de la perfecta libertad*”. Encaminado en la práctica a la descentralización administrativa en la toma de decisiones, encuentra su origen en la *Doctrina Social de la Iglesia* y que podríamos decir consiste en: Aquella obligación que recae sobre el Estado de ejercer su labor enfocada en lograr el bien común, toda vez que el particular no pueda, no quiera o no deba realizar una determinada acción con miras al bien común<sup>28</sup>.

Nuestro territorio se subdivide en 16 regiones administrativamente descentralizadas y 346 comunas y 345 municipalidades con un nexo de dependencia al poder central. Esto con la finalidad de poder obtener los debidos recursos para su desarrollo, crecimiento y aporte a la población en general. Actualmente, cada región se subdivide en provincias y a su vez cada provincia está conformada por un conjunto de comunas, las cuales son entes descentralizadas y autónomas del órgano central –en sí del poder ejecutivo– por lo cual su administración está a cargo del alcalde, quien, entre otras funciones, contribuye encabezando la dirección y administración superior y la supervigilancia del funcionamiento del municipio. Por otro lado, el Concejo se encarga de normar –si el alcalde lo requiere– y evaluar el desempeño del alcalde, entre otras cosas. Llevando ambos de forma conjunta, la dirección de la comuna en todas sus aristas, en la forma que señala la ley.

---

<sup>28</sup> Propio.

## CAPÍTULO II: LEY N°18.695.

### 1. Organización y Contenido.

La Constitución Política de la República, aborda particularmente la organización del Estado en el capítulo XIV que trata las materias de Gobierno y Administración Interior del Estado, señalando en el artículo 118: *“que 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, que es su máxima autoridad, y por el Concejo”*. Así, el legislador, siguiendo el mandato delegatorio constitucional, se ha encargado de crear y establecer el marco jurídico necesario para lograr, consecuentemente, el correcto funcionamiento y respectiva organización de los municipios en Chile. Esto, a través de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades<sup>29</sup> (en adelante también LOCM) N°18.695.

Cabe preguntarse ¿Qué debemos entender por comuna o municipio?, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo se pronunciado, señalando que: *“el ámbito territorial local definido por un conjunto de características geográficas, económicas, demográficas y culturales, en la cual la población habita, participa y se desarrolla, siendo el municipio el encargado de satisfacer las necesidades de la comunidad local y de asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural”*<sup>30</sup>. De la definición anterior podemos desprender y afirmar entonces que: La comuna es aquel territorio habitado que se encuentra definido por una serie de factores geográficos y sociales. Mientras que el municipio es aquella institución de carácter

---

<sup>29</sup> En adelante también LOCM o Ley N°18.695.

<sup>30</sup> DAZAROLA LEICHTLE, Gabriela. Procedimientos y criterios para la creación de nuevas comunas. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile- BCN*[en línea]. Abril de 2019 [Consultado el 18 de mayo de 2022]. Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27167/1/BCN\\_Criterios\\_creacion\\_Nuevas\\_comunas\\_2019.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27167/1/BCN_Criterios_creacion_Nuevas_comunas_2019.pdf)

administrativo encargada de incentivar y apoyar a las personas que habitan el territorio donde se ubica, para la obtención de su realización espiritual y/o material.

Como se ha señalado anteriormente, la normativa que rige la organización y establece las funciones de las municipalidades, es la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, que, dicho sea de paso, presenta siete títulos que más adelante abordaremos con más detalle.

El título I llamado *De La Municipalidad*, se desglosa en 7 párrafos, siendo el primero: *“Naturaleza y Constitución”*. Aquí, se aborda lo relativo a la administración local de cada comuna, que, dicho sea de paso, recae en la Municipalidad. También, el legislador nos entrega la definición de municipio, señalando que estos son: “Corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo fin es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural.”. En el mismo párrafo, se refiere a la forma en que se constituye el municipio, esto es: Por un alcalde, quien es la máxima autoridad administrativa; el Concejo Municipal, que es aquel organismo normativo, regulador y fiscalizador (de la labor y actuar del alcalde) y que, además, se encarga de hacer efectiva la participación de la comunidad local, entre otras funciones; Y, por último, del Concejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil<sup>31</sup>, siendo este último un órgano de carácter consultivo, presidido por el alcalde, debiendo éste último informar al primero acerca de los presupuestos de inversión, el plan de desarrollo comunal y sobre las modificaciones al plan regulador correspondiente a la respectiva comuna.

El segundo párrafo se encarga de señalar, establecer y delimitar las Funciones y Atribuciones de las municipalidades. Aquí, se indican taxativamente las funciones de carácter privativo de las municipalidades, así, por ejemplo: Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo, entre otros. Así mismo, el artículo 4º de la ley N° 18.695, referido a las funciones que la municipalidad

---

<sup>31</sup> En adelante también: “COSOC”.

puede desarrollar señala que: “Las municipalidades podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: a) La asistencia social; b) La salud pública; c) La protección del medio ambiente; d) La educación y la cultura; e) La capacitación y la promoción del empleo; f) El deporte y la recreación; g) El turismo; h) El transporte y tránsito públicos; i) La vialidad urbana y rural; j) La urbanización; k) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias; l) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, y ll) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local”.

El párrafo quinto de la Ley que trata sobre el régimen de bienes, partiendo por el artículo 32 que se refiere a la inembargabilidad de los bienes municipales destinados al funcionamiento de servicios y además de los depósitos a plazo en cuentas corrientes. Se menciona además que toda sentencia condenatoria respecto a una municipalidad se efectuará por decreto alcaldicio y que aquella resolución que ordene pago de deuda, ya sea por parte de la misma municipalidad o corporación municipal, y que arriesgue medida de arresto contemplada en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, solo procede respecto al Alcalde del periodo en el que se adquirió la deuda.

En su artículo 33, se determina la aplicabilidad de las normas de derecho común a la adquisición de dominio de los bienes muebles, sin embargo para dar cumplimiento al plan regulador comunal, la municipalidad cuenta con la facultad de adquirir bienes raíces de utilidad pública por medio de expropiación, es decir, aquellos que estén destinados a vías locales y de servicio definidos como tales por el concejo municipal a propuesta del alcalde, siempre y cuando se cuente con la provisión de fondos para proceder con la expropiación.

Su artículo 34 establece que tanto la enajenación, como el gravado y arrendamiento solo se puede llevar a cabo en caso de necesidad o utilidad manifiesta. Así mismo, el procedimiento por el cual se rige será el remate o la licitación pública, siendo el valor mínimo para este el avalúo fiscal, el que puede ser rebajado solo con acuerdo del concejo.

El artículo 35 trata acerca de la disposición de bienes muebles dados de baja que se efectuará por remate público, sin embargo, en casos calificados, la municipalidad puede donar estos a instituciones públicas o privadas de la comuna que no persigan fines de lucro.

El artículo 36 aborda lo relativo a la administración de los bienes municipales o nacionales de uso público, y que incluso el subsuelo de estos puede estar sujeto a concesiones o permisos. A estos últimos se les otorga el carácter precario, y otorga facultad al alcalde para modificar o dejar sin efecto, sin derecho a indemnización alguna. A diferencia de la concesión, respecto a la cual su término depende directamente de un menoscabo o detrimento grave al uso común u otras razones de interés público, además de contar con indemnización en el caso de un término anticipado, salvo por incumplimiento de obligaciones.

Nos resulta un tanto incomprensible el trato diferente que ofrece el legislador para el titular de un permiso con respecto al que recibe el titular de una determinada concesión. Gozando este último en primer lugar, del derecho a ser indemnizado de haberse puesto término anticipado a la concesión otorgada por el alcalde con autorización del concejo. Mientras tanto, al titular del permiso otorgado por el alcalde, de cierta forma se le advierte acerca de la naturaleza jurídica del permiso y de la posibilidad de ser modificado o revocado, siendo tajante el legislador al incluir en el artículo en forma literal “sin derecho a indemnización”, evidente diferencia con el caso de las concesiones municipales. De acuerdo al fallo de la excelentísima Corte Suprema Rol N°7976-2011 en su considerando séptimo, es posible advertir, en lo relativo al sentido que la ley confiere al otorgamiento del permiso *“Que, en consecuencia, de lo señalado precedentemente, no puede sino concluirse, por encontrarse así establecido, que el permiso otorgado para ocupar un bien nacional de uso público, atendido su origen, naturaleza y precariedad de que se encuentra revestido, lo que lo hace incierto, eventual y transitorio, pudiendo dejarse sin efecto por quien lo otorga en el momento que estime pertinente y el que además no otorga derechos que puedan ser adquiridos y considerando también que dichos permisos, así otorgados, son*

*personales, individuales e intransferibles, no pueden considerarse como una concesión y, por ende, no le son aplicables las normas legales y reglamentarias que la recurrente estima como infringidas, específicamente la referida en el artículo 37 de la Ley 18.695.”<sup>32</sup>*

El artículo 37 de este párrafo quinto, señala que la concesión para construir y explotar subsuelo se otorga previa licitación pública y será transferible, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato. Además, establece el procedimiento de aprobación de la solicitud, los requisitos con los que debe contar, sus causales de extinción y la aplicación de la Ley N°19.300, sobre bases del Medio Ambiente en el caso de encontrar agua o sustancias minerales como consecuencia de ejecución de las obras.

El artículo 38 ordena rendir caución a las personas que contraigan obligaciones con la municipalidad por sumas no inferiores a 2 unidades tributarias mensuales.

Finalmente, el artículo 39 menciona el derecho del alcalde a usar vehículos municipales para el desempeño de sus actividades propias del cargo.

## **2. El Alcalde y sus Atribuciones.**

Resulta necesario señalar algunas de las atribuciones propias del alcalde, para detenernos en el punto 3 de esta tesis y prestar especial atención a la potestad que ostenta la autoridad municipal de: otorgar, modificar y poner término a los permisos municipales de bienes nacionales de uso público.

La ley 18.695 dedica todo su título II para abordar la figura del alcalde, particularmente en el párrafo 1º, encontramos las disposiciones generales. De esta forma

---

<sup>32</sup> Corte Suprema, Contra Municipalidad de Coyhaique (2011, rol n° 7976-2011) considerando 7º.

en el inciso primero del art. 56 se define el concepto de alcalde y al mismo tiempo se le otorga la calidad de máxima autoridad municipal. A su vez, le entrega la dirección, administración superior y la supervigilancia del funcionamiento de la municipalidad.

Así, en el art. 56 desarrolla los deberes del alcalde como máxima autoridad municipal señalando entre otras cosas que este deberá someter a aprobación del Concejo Municipal: El presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y políticas de educación, políticas y normas generales de sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y **permisos** y, por último, las políticas referidas a recursos humanos.

En los siguientes artículos<sup>33</sup> se abordan principalmente, cuestiones relativas a la forma en que se elige al alcalde, la duración de su mandato, su ejercicio, los requisitos exigidos por la ley para que una persona pueda postularse como candidato a alcalde, las incompatibilidades, inhabilidades, causas de cesación del cargo y casos de vacancia del cargo de alcalde.

A continuación, dentro título II, párrafo 2º, art. 63 la ley se encarga de establecer las atribuciones del alcalde desde el literal “a)” al “p). De su lectura podemos señalar, dentro de las atribuciones son las de: Representar judicial y extrajudicialmente a la municipalidad; Proponer al Concejo la organización interna de la municipalidad; Nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan; Velar por el cumplimiento del principio de probidad administrativa al interior del municipio y aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia; Administrar los recursos financieros municipales; **Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna; Otorgar, renovar y poner término a permisos municipales**; Adquirir y enajenar bienes muebles; Dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular; Delegar el ejercicio de parte de sus atribuciones exclusivas en funcionarios de su dependencia o en delegados que el mismo alcalde designe (salvo

---

<sup>33</sup> 57, 58, 59, 60, 61, 62 y 62 bis.

atribuciones de nombrar y remover funcionarios de su dependencia y de aplicar medidas disciplinarias por transgredir el principio de probidad administrativa) y la presidencia del Concejo Comunal de Seguridad Pública. Igualmente podrá delegar la facultad para firmar, bajo fórmula “por orden del alcalde” sobre materias específicas; Coordinar el funcionamiento de la municipalidad con los órganos de la Administración del Estado que corresponda; Coordinar con los servicios públicos la acción de éstos en el territorio; Ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el art 37 de la ley 18.575; Convocar y presidir, con derecho a voto, el Concejo y además convocar y presidir el COSOC y el Consejo Comunal de Seguridad Pública; Someter a plebiscito las materias de administración local según lo establecido por los artículos 99 y siguientes; Autorizar la circulación de los vehículos municipales fuera de los días y horas de trabajo, para el cumplimiento de las funciones inherentes a la municipalidad; Aprobar observar o rechazar las solicitudes de materializar los aportes al espacio público que contempla la Ley General de Urbanismo y Construcciones a través de la ejecución de estudios, proyectos obras y medidas de acuerdo a lo que dispone el mismo cuerpo legal; Requerir de la Fiscalía del Ministerio Público y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, que ejerzan sus funciones en la comuna respectiva, los datos oficiales que éstas posean en sus sistemas de información, sobre los delitos que hubiesen afectado a la comuna durante el mes anterior, con el objetivo de cumplir la función establecida en la letra j) del art. 4 de la misma ley.

El Art. 64 se limita a establecer la forma en que el alcalde debe efectuar la designación de delegados que se refiere el art, 68.

El Art. 65 establece desde el literal “a)” hasta el “s)”, los casos en que el alcalde debe contar con el acuerdo del Concejo, estos son: Aprobar el plan comunal de desarrollo y el presupuesto municipal y sus modificaciones, como asimismo los presupuestos de la salud y educación, los programas de inversión correspondientes y las políticas de recursos humanos, de prestación de servicios municipales y de concesiones, permisos y licitaciones; Aprobar el plan regulador comunal, los planes seccionales y sus planos de

detalle, el plan de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público y los estudios, proyectos, obras y medidas no incluidos en éstos que sean propuestos por lo interesados conforme lo establece el artículo 179 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en su caso, y el proyecto de plan regulador comunal o de plan seccional en los casos a que se refiere la letra k) del art. 5; Aprobar el plan comunal de seguridad pública y sus actualizaciones; Establecer derechos por los servicios municipales y por los permisos y concesiones; Aplicar, dentro de los marcos que indique la ley, los tributos que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación local y estén destinados a obras de desarrollo comunal; Adquirir, enajenar gravar, arrendar por un plazo superior a cuatro años o traspasar a cualquier título, el dominio o mera tenencia de bienes inmuebles municipales o donar bienes muebles; Expropiar bienes inmuebles para dar cumplimiento al plan regulador comunal; Otorgar subvenciones y aportes, para financiar actividades comprendidas entre las funciones de las municipalidades, a personas jurídicas de carácter público o privado, sin fines de lucro, y ponerles término; Transigir judicial y extrajudicialmente; Suscribir los convenios de programación a que se refieren los artículos 8 bis y 8 ter y celebrar los convenios y contratos que involucren montos iguales o superiores al equivalente a 500 UTM, y que requerirán el acuerdo de la mayoría absoluta del Concejo; no obstante, aquellos que comprometan al municipio por un plazo que exceda el período alcaldicio, requerirán el acuerdo de los dos tercios de dicho Concejo. Asimismo suscribir los convenios sobre aportes urbanos reembolsables que regula la Ley General de Urbanismo y Construcciones; Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término; Dictar ordenanzas municipales y el reglamento a que se refiere el art. 31; Omitir el trámite de licitación pública en los casos de imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas, en conformidad con lo dispuesto en el art. 8 de la misma ley; Convocar, de propia iniciativa, a plebiscito comunal conforme a lo dispuesto por el Título IV; Readscribir o destinar a otras unidades al personal municipal que se desempeñe en la unidad de control y en los juzgados de policía local; Otorgar, renovar, caducar y trasladar patentes de alcoholes. El otorgamiento, la renovación o el traslado de estas patentes se practicará previa consulta a las juntas de vecinos respectivas; Fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas existentes en la comuna, dentro de los márgenes

establecidos en el art 21 de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas. En la ordenanza respectiva se podrán fijar horarios diferenciados de acuerdo a las características y necesidades de las distintas zonas de la correspondiente comuna o agrupación de comunas. Estos acuerdos del concejo deberán ser fundados; Otorgar patentes a las salas de cine destinadas a la exhibición de producciones cinematográficas de contenido pornográfico; El alcalde podrá otorgar la autorización de la letra c) del art. 5, es decir el cierre de calles, pasajes o conjuntos habitacionales; Podrá también aprobar todos los informes que le sean requeridos a la municipalidad en virtud de la Ley Marco Cambio Climático.

En los siguientes artículos<sup>34</sup>, la ley trata fundamentalmente lo relativo al procedimiento administrativo de contratación y de otorgamiento de concesiones destinadas a la prestación de servicios por parte de la municipalidad; Del deber y forma del alcalde para rendir cuenta pública a los Concejos<sup>35</sup>, acerca de su gestión anual (del alcalde) y de la marcha general de la municipalidad; La facultad del alcalde de designar delegados; La contemplación legal a modo de renta de la Asignación de Dirección Superior y por último la imposibilidad del alcalde para tomar parte en la discusión y votación de determinados asuntos en que él mismo o sus parientes tengan interés.

---

<sup>34</sup> 66, 67, 68, 69 y 70.

<sup>35</sup> Al Concejo Municipal, Concejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil y al Concejo Comunal de Seguridad Pública.

## **CAPÍTULO III: PERMISOS MUNICIPALES DE OCUPACIÓN DE BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.**

Con el fin de complementar lo que ya hemos señalado anteriormente y a modo de introducción del capítulo, analizaremos la potestad que la ley otorga al alcalde para decidir discrecionalmente acerca del otorgamiento, renovación o término del permiso – en adelante también permiso o permiso municipal– que recaiga sobre un bien nacional de uso público (municipal). Conjuntamente, profundizaremos en la misma facultad de otorgamiento, renovación y término señalada con anterioridad.

Además, se criticará la potestad que la ley otorga a la administración municipal, cuestionando la constitucionalidad de esta y, por ende, cuestionando las decisiones administrativas que se pudiesen tomar en el amparo de la ley.

### **1. ¿Qué entendemos por Potestad Discrecional?**

Según la Real Academia Española, “discreción” proviene del latín “discretio” y puede tener tres acepciones: la primera, “Sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar”; La segunda, como el “Don de expresarse con agudeza, ingenio y oportunidad.” Y la tercera como la “Reserva, prudencia, circunspección”. Así, ya podemos tener más o menos una idea del significado práctico del concepto. Que, al menos, guarda relación con el parámetro o graduación de sensatez y prudencia que debe tener un individuo al realizar una determinada acción. En este sentido y con el fin de analogar esta básica noción de discreción, es necesario extrapolar la necesidad de discreción al actuar de cualquier autoridad administrativa.

Para dar mejor contexto al concepto de discrecionalidad administrativa, debemos tener siempre en cuenta el supuesto de una necesidad colectiva –de las personas– que requiere ser satisfecha por el Estado. Para nosotros, es posible afirmar esto a raíz de lo que se puede desprender de la lectura del artículo 1º de la Constitución Política de la

República, puntualmente en los incisos 2<sup>036</sup> y 3<sup>037</sup> respectivamente. Y es que, tal como se señala en el libro del profesor Alarcón Jaña, lo que está en la médula de la discrecionalidad es un *discernir*, un distinguir entre las múltiples circunstancias que rodean a un hecho –necesidad pública que satisfacer– y ello supone, exige y requiere un margen de apreciación sobre ellas a fin de decidir<sup>38</sup>. Tentativamente, podemos afirmar, en la misma línea de la obra citada, que la discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos –que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública–, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad. No es sino el margen de libertad otorgado por el Derecho para utilizarse por los medios que éste confiere con el objeto de obtener un fin que el mismo Derecho ha preestablecido, como es satisfacer una determinada necesidad pública.<sup>39</sup> Ahora bien, la libertad que señala el profesor, no puede ser tomada como una libertad de carácter absoluto, sino más bien como una facultad para elegir libre y razonablemente –siempre dentro de parámetros establecidos previamente por ley– entre diversas posibilidades, aquella que se adecue de la mejor forma<sup>40</sup> al caso concreto, con el fin último de lograr satisfacer una necesidad pública. Esto en la práctica, se traduce como un mandato dirigido a la administración, donde su actuar debe limitarse a la razonabilidad, a consecuencia de la libertad otorgada por ley. Lo anterior, con el fin de evitar cualquier arbitrariedad en el ejercicio discrecional de la potestad.

Con el propósito de lograr explicar al lector el concepto de discrecionalidad administrativa, resulta imprescindible analizar parte de la doctrina nacional. Para el profesor José Luis Cea, la discrecionalidad administrativa, es el marco limitado de libertad para el actuar de la administración. Esta, se encuentra concebida en forma expresa por

---

<sup>36</sup> “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

<sup>37</sup> El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

<sup>38</sup> SOTO KLOSS, (2000) p. 5, en prólogo al libro *Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, de Pablo Alarcón Jaña, Editorial Jurídica Conosur, 1ª edición, diciembre de 2000.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>40</sup> Medios aptos, idóneos, eficaces y proporcionados.

la ley, sometiéndose –la discrecionalidad– al principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6, inciso 1º y 2º de la Constitución Política. Es posible distinguir entre actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales, variando su grado de regulación y discrecionalidad. Agrega, por último, que la discrecionalidad de los actos administrativos es pertinente en la apreciación de las consecuencias futuras de los hechos existentes y comprobables; en la decisión de actuar o no y en el evento afirmativo; y finalmente en la elección de la oportunidad, el momento y la conveniencia de la decisión administrativa correspondiente. Por otro lado, según Silva Cimma, la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad permite al órgano actuar según criterios de conveniencia u oportunidad. Pudiendo incluso, el superior jerárquico, en el ejercicio de sus funciones, autor reglamentar el ejercicio de una facultad discrecional con el propósito de evitar los peligros que pudiese significar para los particulares, el abuso de la facultad. Con todo, si la administración llegase a tener un actuar calificable como antijurídico, sería sinónimo de haber faltado gravemente al principio de legalidad exigido por la Constitución Política. Patricio Aylwin, al igual que Cea, ve necesaria la distinción entre actos reglados y actos discrecionales. Pero, no sería del todo preciso afirmar que existen actos puramente reglados o actos puramente discrecionales. En los primeros, predominaría lo reglado y en los segundos la discrecionalidad. De esta forma, Aylwin nos entrega una definición de actos discrecionales al señalar que son *aquellos autorizados por la ley, pero sin señalar los motivos que lo determinan*<sup>41</sup>. En consecuencia, si la legitimidad del acto se constituye en primer lugar, por el motivo, objeto y fin con que se dicta; y la discrecionalidad, sólo se refiere a los motivos, el objeto del acto y la finalidad con la cual fue dictado, serán consecuentemente estos elementos, los límites del mismo. Todo esto, permite concluir que los actos discrecionales son susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente. Finalmente, debemos considerar el punto de vista propio de la doctrina francesa que nos ofrece el autor nacional Pedro Pierry. El autor, no distingue entre actos reglados o actos discrecionales, sino que afirma que, por regla general, dentro de cada acto administrativo, existe un aspecto reglado y uno discrecional. Siendo excepcionales los actos exclusivamente reglados o exclusivamente discrecionales.

---

<sup>41</sup> AYLWIN, (1969) p. 69 y 70.

Señala que el *poder discrecional* consiste en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta se encuentre previamente determinada por ley.

Tal como mencionamos en su momento, la tercera acepción de la palabra “discreción” según la Real Academia Española, guarda íntima relación con la “prudencia”. Esta última, a su vez, ha sido definida de tantas formas como autores existen en las disciplinas de filosofía. Particularmente nos inclinamos por aquellas que nos entregan las corrientes de pensamiento ligadas a una visión aristotélico-tomista. De esta forma, para Aristóteles, la prudencia es sinónimo de virtud y como tal, se encamina a encontrar la felicidad, permitiendo a cada persona resolver entre aquello que considera bueno o malo. Según Immanuel Kant, la prudencia es la máxima expresión de amor a sí mismo, cumpliendo la función de “aconsejar” al individuo que, llegado el momento de escoger entre varias opciones, –en teoría– debiese inclinarse por aquella que le reporte mayor satisfacción personal. Desde otro punto de vista, el N.º 1806 del artículo 7º del Catecismo de la Iglesia Católica, a propósito del título “Las Virtudes”, la prudencia, es *la virtud –cardinal– que dispone la razón práctica a discernir en toda circunstancia nuestro verdadero bien y a elegir los medios rectos para realizarlo.*

De acuerdo a nuestra disciplina, la noción o concepto de prudencia que nos convoca, consideramos que al menos, debiese guardar relación con la forma o modo de actuar que tienen las personas e instituciones en el mundo del derecho. Así, a medida que profundizamos en el estudio de la prudencia y habiendo abordado algunas de sus definiciones, se hace necesaria una clasificación del concepto. Al respecto, el filósofo español Leopoldo Eulogio Palacios, clasifica la prudencia entre: *Prudencia Individual o Monástica* (orientada al bien propio), *Prudencia Doméstica o Económica* (referida al orden del hogar) y *Prudencia Política o Gubernamental* (referida al bien común). Alarcón, define la prudencia gubernativa como aquella *recta razón que debe emplear el gobernante en el cumplimiento de su deber.*<sup>42</sup> Concluimos entonces que la prudencia,

---

<sup>42</sup> ALARCÓN, (2000) p. 25.

comprendida como gubernativa, es sinónimo de discrecionalidad administrativa. Esto, toda vez que se ajusta al parámetro de probidad y legalidad exigido por mandato constitucional, en los actos de la administración, para lograr en definitiva, compatibilizar el bien individual con el bien común; porque el bien común, justamente por ser común, no excluye ningún bien, ni siquiera el bien propio.<sup>43</sup> Junto a lo anterior, creemos que si bien la discrecionalidad trae consigo libertad de elección, ésta, antes del marco establecido por ley, se encuentra delimitada intrínsecamente por la razón en la toma de decisiones.

A modo de reflexión, llama la atención que la discrecionalidad administrativa, pareciera ser una suerte de excepción de que “*en Derecho público, sólo es posible hacer aquello expresamente permitido*”<sup>44</sup>. Adagio exigido a cualquier persona que se vea en la necesidad de interactuar con el Estado y “aparentemente” también a cualquier autoridad administrativa, ambas situaciones regidas por el Derecho público. Decimos “aparentemente” porque al parecer, a partir de la potestad discrecional, la administración que –como bien sabemos– conforma el Estado, tiene libertad de elección en determinadas situaciones para tomar una decisión, porque la ley así lo ha permitido. En tal caso, si en el Derecho público solamente se puede hacer aquello expresamente permitido por la ley y, es ésta última que otorga libertad a la autoridad administrativa para que actúe según el propio criterio, como estime pertinente –creemos– se cae inevitablemente en un absurdo jurídico. Afirmamos aquello, porque si bien, se exige un cierto grado de razonabilidad en el criterio adoptado por la administración en la toma de una decisión, ello no obsta a que, en la praxis, se incurra en una arbitrariedad injusta por la ausencia de prudencia y/o por capricho. Y es que si bien, el acto al ser arbitrariamente injusto, ocasionaría la nulidad del acto que en el supuesto, lesiona el derecho de una persona, facultándole para solicitar que se declare la ineficacia del acto por la vía de acción de nulidad de derecho público o bien, restablecer el derecho vulnerado y asegurar su protección, por medio de la acción de protección.

---

<sup>43</sup> PALACIOS, (1978) p. 26.

<sup>44</sup> VERGARA, (2010).

Como sea, lo cierto es que si por ley, se otorga tal libertad a un funcionario que, en la práctica, es la persona que se encuentra detrás de la toma de decisiones del organismo. Se dejaría al criterio de una sola persona que solamente por su calidad de funcionario, se asume de antemano, la presencia de probidad y razonabilidad en sus decisiones. Afirmar lo anterior, no es más que desconocer rasgos innegables de la naturaleza humana. Es decir, si bien, el ser humano es libre e igual a sus pares en dignidad y derechos, en el proceso de la constante búsqueda de la conservación del bienestar propio. No es posible asumir su igualdad para con sus pares, en lo referido al desarrollo de su potencial moral e intelectual, resultando, por tanto, inevitablemente permeable a las externalidades de la vida. En otras palabras, no es posible asumir el mismo grado de desarrollo moral en toda persona y hacerlo sería negar la infinidad de realidades –y consecuentemente de personas– que existen en la sociedad. Así, al menos, para el caso de a quien la ley otorgue poder y legitimación de sus actos, frente a la comunidad (nos referimos al funcionario). Indudablemente debe sujetarse a un mayor grado de control en su actuar, siendo incompatible la libertad de acción que legitima la decisión administrativa, con el sistema de contrapesos que pretenderá en todo caso, asegurar la existencia de una democracia sana.

## **2. Potestad Discrecional de la administración municipal y Facultad de Otorgamiento, Renovación y Término.**

Como hemos señalado anteriormente, sabemos que la atribución de administrar los bienes nacionales de uso público recae sobre la municipalidad, tal como señala la norma en su artículo 5º, letra c). Junto a esto, es pertinente mencionar que la ley contempla con mayor detalle en el artículo 36, la posibilidad de que la municipalidad pueda otorgar concesiones y permisos respecto de bienes municipales o bienes nacionales de uso público que fueran administrados por esta.

De acuerdo a la lectura y redacción del artículo 63, letra g)<sup>45</sup>, pareciera ser que el legislador, al calificar de “precario” el permiso (para referirse a su naturaleza), permite que éste quedare sujeto a la discrecionalidad del alcalde, otorgándole así a la autoridad municipal, la posibilidad de modificarlo o dejarlo sin efecto en cualquier momento y dada la naturaleza del permiso, despojando al permisionario de ejercer su derecho a ser indemnizado por la decisión administrativa. Incluso, afirmamos preliminarmente que se puede concluir que la ley desconoce la titularidad del derecho del permisionario. Al respecto, si bien el legislador agrega posteriormente en el artículo 65 letra j), a propósito de las concesiones, que: *“El alcalde requerirá el acuerdo del Concejo para: Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término. En todo caso, las renovaciones sólo podrán acordarse dentro de seis meses que precedan a su expiración, aún cuando se trate de concesiones reguladas en leyes especiales.”*. Y es que si bien la ley, no parece mencionar nada acerca de la situación de los permisos municipales y la necesidad de acuerdo con el Concejo para su otorgamiento, modificación o término (ausencia regulatoria que también es cuestionable) a nuestro juicio, el requerimiento de acuerdo con el Concejo para tomar la decisión no es en absoluto una garantía de imparcialidad.

Como bien es sabido, la imparcialidad es garantía de probidad en el actuar de la administración, así entonces no es errado afirmar que la municipalidad si bien goza de autonomía, no se presenta como un ente aislado y descoordinado del resto de los servicios públicos, sino que forma parte de la administración del Estado y como tal, su actuar debe apegarse necesariamente a los preceptos y principios contenidos en la Constitución Política o en términos más literales, apegarse estrictamente al contenido del artículo 7º –a fin de reconocer el estado de derecho– y al artículo 8º –donde se consagra explícitamente el principio de probidad administrativa– que dicho sea de paso, impregna toda la administración del Estado. Sin embargo, el organismo en cuestión al momento de tomar la decisión de dar término a un permiso –creemos– está contraviniendo el mandato constitucional, por tomar una decisión que pudiese afectar directamente, por ejemplo, al

---

<sup>45</sup> Artículo 63.- El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: g) *Otorgar, renovar y poner término a permisos municipales*; (D.F.L 1-19.704 ART. 63 D.O. 03.05.2002).

derecho fundamental de la iniciativa privada en materia económica y su contenido<sup>46</sup>. Tal decisión, es tomada por el alcalde y sometida a la decisión del concejo, ambas autoridades y organismos administrativos que ostentan el poder, sin salvaguardar en la práctica, una real independencia.

Un contraargumento que se pudiese esgrimir –eventualmente– para refutar tal planteamiento, podría ser que el municipio tiene una autoridad que recae sobre la persona del alcalde, quien se encuentra facultado por la ley para tomar determinadas decisiones, requiriendo éstas del acuerdo del Concejo Municipal. Así entonces, se pretende asegurar la independencia e imparcialidad en su actuar administrativo. Sin embargo, lo anterior implicaría aceptar el absurdo jurídico de que la ley pudiese reconocer y otorgar idéntica potestad de juzgar<sup>47</sup> a cualquier municipio (es decir al alcalde y al Concejo) que otorga y reconoce nuestra Constitución Política, a los tribunales de justicia que se encuentran establecidos por la ley. Y es que, el gran “pero” que condena el actuar de la administración, al momento de tomar una decisión que no responda necesariamente al debido proceso justo y racional, es que esta es y será siempre “juez y parte”, vulnerando en esencia derechos fundamentales. Tal decisión resulta imposible de ser calificada como imparcial e independiente, porque como mencionamos anteriormente, ningún juez puede ser imparcial si es parte de su propia causa. Así señala Montesquieu: *“No hay libertad –así de simple– si quien juzga no es alguien diferente y separado de quien legisla y ejecuta la ley. Si el poder de juzgar está unido al poder de legislar, tal poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos es arbitrario puesto que el juez se transforma en legislador. Y si el poder de juzgar estuviera unido al poder de ejecutar la ley, tal juez tendrá la fuerza de un opresor”*<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Art. 1º y 19 N°s 21 y 26.

<sup>47</sup> Del latín *iudicāre*, dicho de un juez o tribunal: Determinar si el comportamiento de alguien es contrario a la ley, y sentenciar lo procedente.

<sup>48</sup> De SECONDAT, Charles, barón de Montesquieu (1748) p. 151.

A propósito de los permisos municipales, podemos distinguir las siguientes observaciones:

- a) Respecto a la posibilidad de ponerle término: El alcalde, atendida la naturaleza precaria del permiso, puede ponerle término en cualquier momento y prácticamente por cualquier motivo que encuentre sustento en el laxo y amplio concepto de “interés comunal”. Esto, debido a la naturaleza eminentemente política del cargo de alcalde y, dicho sea de paso, de los miembros del Concejo. En la misma línea que sostiene el profesor Soto Kloss, a propósito de la potestad sancionadora de la administración, creemos que esta situación constituye una peligrosa “arma” de gran poder destructivo de los derechos fundamentales de las personas y, además, con la posibilidad de ser utilizada como venganza política por quienes, encaramados en el poder público no tienen ninguna honestidad en su ejercicio, desde los operadores políticos que persiguen intereses partidistas<sup>49</sup>. Dejando así, en un segundo plano, el mandato de primacía del interés público por sobre el particular, que, de conformidad al principio de probidad administrativa, consagrado en la Constitución Política, su cumplimiento es exigido a todo funcionario de la administración. Lo anterior hace posible concluir entonces, que la potestad en cuestión, otorgada por ley respectivamente al alcalde y al Concejo, resulta en este caso esencialmente inconstitucional.
- b) Respecto a la constitucionalidad de la Ley 18.695: Resulta particularmente interesante analizar la creciente intervención estatal en la actividad de los privados, cada vez más legitimada y que es llevada a cabo por el congreso a través de la creación de leyes y por el ejecutivo, mediante la dictación de decretos con fuerza de ley. Lo anterior, no es más que una clara vulneración de todo derecho fundamental que pudiese emanar de la propia condición humana y del necesario principio de subsidiariedad estatal. Así, para el caso de las municipalidades, el poder que la ley otorga al alcalde y al Concejo para establecer discrecionalmente

---

<sup>49</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (2014) p. 40.

cargas públicas –muchas veces– carentes de proporcionalidad, termina en situaciones como esta, donde el cuestionar la constitucionalidad de una norma se presenta no sólo como una posibilidad, sino más bien, como deber ciudadano y particularmente, una obligación en nuestra posición como estudiosos del derecho y juristas. Porque si bien, en un momento dado puede resultar más cómodo y práctico, hacer oídos sordos ante la inconstitucionalidad e injusticia por parte del Estado, tarde o temprano esta actitud pasiva traerá consecuencias insoportables para la sociedad e insostenibles para la institucionalidad. Así entonces, solamente el actuar ético, la recta moral y el cumplimiento de la ley natural, permitirá corregir situaciones que atentan contra la dignidad humana, razonamiento análogo a las palabras con que Jesús se dirigió a los judíos a propósito de Juan 8:32: “Y conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres”.

En palabras del profesor Evans Espiñeira, citado por el maestro Soto Kloss, *la intervención estatal o eufemísticamente llamada “regulación”, se ha encargado de tejer una verdadera telaraña de normación en la cual se debate el ciudadano emprendedor en una nueva “agonía”/lucha, combate, sea para iniciar sus actividades, sea especialmente para sobrevivir.*<sup>50</sup> Entonces, el legislador roza (por no decir cae) en la inconstitucionalidad, cuando, al ejercer su potestad legislativa, otorga facultades y atribuciones a órganos de la administración –como es la municipalidad– toda vez que repercute en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A propósito del ejecutivo y la dictación de decretos con fuerza de ley (en adelante D.F.L.), encaminados a otorgar atribuciones y facultades diversas a las que corresponden por mandato constitucional a la administración, no mejora la situación, sino más bien empeora. Lo anterior, toda vez que constitucionalmente, se prohíbe al legislador que delegue el ejercicio de atribuciones legislativas en el Presidente de la República para que dicte los D.F.L., en “materias comprendidas en las garantías constitucionales” (artículo 61 inciso 2º); al hacerlo cae *ipso iure*, además, en la violación del artículo 7º incisos 1º y 2º, cuyo efecto no es otro que

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 41.

la nulidad/inexistencia del acto delegatorio y del consiguiente D.F.L., consecuencia de aquel<sup>51</sup>.

- c) Respecto a la armonía entre el contenido de la ley 18.695 y el debido proceso y sus principios: Sostenemos que es pertinente la extrapolación de los derechos y garantías que articulan y dan forma al debido proceso. Con lo anterior, nos referimos a aplicar principios que conforman el debido proceso al caso particular del término del permiso por parte de la autoridad municipal. Y es que, en primer lugar, creemos que el trabajo legislativo en lo que respecta a la posibilidad de poner término al permiso, no ha sido guiado por principios constitucionales. Afirmamos esto, por cuanto al examinar la ley en su artículo 36, inciso 2º, nos encontramos con que el legislador además de darle al alcalde la atribución de modificar o dejar sin efecto el permiso, imposibilita al permisionario –quien perfectamente puede ser un ciudadano emprendedor<sup>52</sup>– de ejercer su derecho de reclamar ser indemnizado ante lo que, en muchos casos, resulta ser la pérdida de su fuente de ingresos. En consecuencia, al permisionario no le queda más que acudir por auxilio ante la justicia, buscando una difícil solución a su problema, por cuanto queda fuera de las atribuciones de los tribunales ordinarios la posibilidad de modificar la ley o legislar. Salvo determinados casos en que el juez puede dejar sin efecto la decisión administrativa, dicha situación es abordada por una parte de la doctrina al señalar que la actuación del juez carecería de legitimidad orgánica, pues siendo del dominio de los tribunales la justicia imparcial del acto impugnado, y de la Administración la dictación del acto en razón de un interés parcial, al juez sólo correspondería dejar sin efecto un acto injusto, pero no dictar uno nuevo<sup>53</sup>. También otra posibilidad, es que el juez pueda fallar *contra legem* de modo fundado y prudencial, esto puede suceder cuando las consideraciones de equidad prevalezcan sobre las razones sustantivas y formales que ameriten la vigencia de la norma<sup>54</sup>, es decir cuando el grado de injusticia que se deriva de la aplicación

---

<sup>51</sup> Ibídem, p. 50.

<sup>52</sup> Como se refiere Evans Espiñeira.

<sup>53</sup> ARANCIBIA, Jaime (2016) p. 183.

<sup>54</sup> Ibídem, p. 167.

concreta de la norma es superior al de su inaplicabilidad<sup>55</sup>. Tal como deja de manifiesto un fallo de la Corte Suprema relativo a materia tributaria<sup>56</sup>. Lo anterior, es una muestra clara de la explícita inconstitucionalidad de la norma, por cuanto vulnera innegablemente la garantía fundamental del acceso al debido proceso que reconoce en toda persona, nuestra Constitución Política.

Sostenemos al respecto entonces, que el legislador evidentemente desconoce el debido proceso al permitir que un órgano de la administración juzgue o sancione la situación del permisionario, mas no un juez permanente, imparcial e independiente, sino un órgano de la administración que naturalmente carece de permanencia, tiene un origen político y depende del superior jerárquico, quien es en este caso el alcalde. Así, puede decirse con toda propiedad jurídica, que órganos administrativos como el alcalde y el Concejo Municipal, no son “jueces naturales”, sino muy por el contrario, son identificables claramente como “comisiones especiales”<sup>57</sup>, situación que todo jurista sabe, es condenada por nuestra Constitución. Tomando elementos del debido proceso, cabe preguntarnos: ¿Existe realmente el derecho a la defensa en el proceso administrativo? Sostenemos que no, por cuanto consideramos se trata meramente de una pantomima, cuya finalidad es ocultar el hecho de que sólo es posible defenderse una vez tomada la decisión administrativa. Tampoco se contempla la posibilidad de recurrir ante el alcalde o el concejo para solicitar una reconsideración, mucho menos una indemnización. Empero, ¿es posible alegar el cumplimiento del derecho a ser oído, a la defensa y a la contrariedad? A nuestro juicio evidentemente no, por cuanto no existe realmente en esta instancia, un reconocimiento de los derechos que posee naturalmente el hombre y que aseguran el debido proceso. Así, tanto el legislador al crear una ley inconstitucional y el alcalde junto al Concejo, al ejercer la facultad entregada por el legislador, contribuyen a este círculo viciado, promoviendo y siendo sujetos activos en el

---

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Corte Suprema, *Caso Reclamación de Giros Emitidos por Diferencia de Impuesto Territorial Iniciado por el Contribuyente don R.P.T.* (2013, rol nº 734-2013) considerandos 1º al 14.

<sup>57</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (2014) p. 46.

desconocimiento de derechos fundamentales, distanciándose del mandato constitucional que ordena a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, consagrado en su artículo 5, inciso 2º.

Esta situación de desconocimiento del debido proceso por parte del Estado es especialmente preocupante, por cuanto se trata de uno de los derechos fundamentales más relevantes para la sociedad y que forma parte de la ley natural. Es decir, la participación de la ley eterna en la criatura racional<sup>58</sup>, aquello que habita dentro de cada persona y es innegable ante la recta conciencia que propone la doctrina tomista. Podemos esgrimir al respecto, un argumento del código moral quizás más difundido en la cultura occidental y por herencia, en la sociedad chilena, nos referimos a la Biblia. Así, en Génesis 3, 8-19., podemos encontrar la máxima expresión del debido proceso cuando al enterarse Dios de lo que había hecho Adán, le pregunta, lo escucha y procede a hacer lo mismo con Eva, para condenar primero a la serpiente, por haber engañado a la mujer. El reptil es condenado a arrastrarse, comer tierra todos los días de su vida y a que existiera enemistad entre la descendencia de la serpiente y la mujer. Afirmando que la segunda le pisará la cabeza, mientras la primera y su descendencia, morderá el talón de la otra. Después, condenó a la mujer por haber escuchado a la serpiente, multiplicando el dolor del embarazo, afirmando que ahora dará a luz con dolor y que sería dependiente del hombre. Por último, al hombre, por haber escuchado a la mujer y desobedecido a Dios al comer del árbol. Le condenó a buscar su comida a través del trabajo y el esfuerzo, hasta que volviese a la tierra, porque polvo es y al polvo volverá.

- d) Respecto a la juridicidad de la ley N°18.695 y consecuentemente de los actos administrativos dictados discrecionalmente por la autoridad municipal:

---

<sup>58</sup> De Aquino. Summa Theologiae, I-II, q. 91, a.2. [En línea]. 1485. [Fecha de consulta 7 diciembre 2022]. Disponible en: [https://opusdei.org/es-cl/article/tema-25-la-vida-cristiana-la-ley-y-la-conciencia/#\\_ftn4](https://opusdei.org/es-cl/article/tema-25-la-vida-cristiana-la-ley-y-la-conciencia/#_ftn4).

Sostenemos que al desconocer directamente el derecho del permisionario de ser indemnizado, en el inciso segundo del artículo 36 de la ley, el legislador ha incurrido en un vicio de antijuridicidad de especie toda vez que además de lo anterior, ha guardado silencio respecto a la posibilidad de reclamar por la vía administrativa acerca de la decisión del alcalde. Incluso pareciera que utilizó la naturaleza precaria del permiso para “legitimar” las decisiones que se tomaren en el futuro. Esto, como ya hemos señalado anteriormente, consideramos se trata de un acto de claro desconocimiento directo del derecho fundamental del debido proceso. Contraviniendo así la prohibición que recae sobre la autoridad administrativa de privar, proscribir, o desconocer de modo directo la titularidad de los derechos fundamentales<sup>59</sup> y por tanto su afectación directa, constituiría un acto *intrinsece malum* o de objeto ilegítimo, con prescindencia de la posible utilidad que lo justifique<sup>60</sup>.

Igualmente sostenemos que la materialización de la potestad entregada por la ley, es decir el acto mismo que ordena el término del permiso es un acto que carece de juridicidad de especie por cuanto el sólo hecho de que el alcalde y el Concejo puedan tomar tal decisión, para nosotros constituye el ejercicio material de una función propiamente judicial, careciendo así de la legitimidad orgánica mínima<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> ARANCIBIA, (2016) p. 181.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 182.

## CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA RELEVANTE.

Antes de adentrarnos en el análisis jurisprudencial, consideramos prudente señalar que nos enfocaremos en exponer argumentos en favor del permisionario que han sido esgrimidos en el contexto de la dictación de fallos de recursos de protección por los tribunales superiores de justicia. Esto, como consecuencia de haber solicitado su tutela, a raíz de un determinado acto de la administración municipal que, con motivo de su dictación o existencia, generase un conflicto entre ésta y el o los permisionarios.

### 1. Sentencia de la Corte Suprema Rol N°7.076 - 2012:

1.	<b>Fecha:</b>	7 de noviembre de 2012
2.	<b>Materia:</b>	Bienes nacionales de uso público, municipales y servicios públicos
3.	<b>Palabras Clave:</b>	Apelación recurso de protección; Derecho de propiedad; Recurso de protección; Derecho a la integridad física y psíquica; Derecho a la igualdad ante la ley; Derecho a desarrollar cualquier actividad económica; Derechos fundamentales; Motivación acto administrativo; Acto administrativo no es arbitrario ni ilegal; Actuaciones de las Municipalidades
4.	<b>Caso:</b>	Neira Zapata Carlos Segundo/ Ilustre Municipalidad de Santiago
5.	<b>Recurrente:</b>	Carlos Segundo Neira Zapata
6.	<b>Recurrido:</b>	Ilustre Municipalidad de Santiago
7.	<b>Tribunal:</b>	Corte Suprema
8.	<b>Sala:</b>	Tercera, Constitucional
9.	<b>Ministros:</b>	Sergio Muñoz G., Héctor Carreño S., Ministro Suplente Sr, Carlos Cerda F., y los abogados integrantes Sr, Emilio Pfeffer U., y Sr. Alfredo Prieto. B

10.	<b>Votación:</b>	Se rechaza el recurso con votos a favor de los ministros: Héctor Carreño S., Ministro Suplente Sr, Carlos Cerda F., y los abogados integrantes Sr, Emilio Pfeffer U., y Sr. Alfredo Prieto. B  En Contra: Sergio Muñoz G.
11.	<b>Rol:</b>	7076-2012
12.	<b>Resuelve:</b>	Confirma sentencia apelada
13.	<b>Considerandos Relevantes:</b>	1° Conforme a los valores asumidos por la <u>Constitución Política de la República</u> las personas son iguales en dignidad y derechos, sin que respecto de ellas puedan asumirse discriminaciones sin fundamento, pero más que eso, es deber del Estado atender el principio de subsidiariedad activo, en orden a amparar y procurar el desarrollo de las personas y de todas las actividades económicas, por cuanto con la mayor realización material y espiritual de los individuos se alcanza el bien común. Es más, no se entiende Estado o Autoridad alguna que no tenga en consideración el bienestar de todos y cada uno de sus habitantes, en que aquellos que requieran de mayor apoyo, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad, deberán ser los primeros a tener presente en la planificación y puesta en marcha de las políticas y medidas que se adopten. Sin un estatuto de favor, sino que atendiendo a las necesidades de manera adecuada. Al tener las autoridades en mente tales antecedentes, se evitarán conflictos sociales derivados, que se generan por el menosprecio o insensibilidad social en las planificaciones que se adoptan, a las que atienden como consecuencia de medidas desesperadas de los afectados, por la notoriedad de las mismas y presentándose ante la comunidad como personas ecuanimes, magnánimas y condescendientes con el afligido, a quien

		<p>no le dieron solución cuando se hizo presente por los causes que la legislación contempla.</p> <p>2°.- Que en el caso de autos, señala el recurrente que hace años intenta regularizar la situación que le afecta en su calidad de comerciante, quien ejerce la actividad hace 25 años, en un primer momento al interior de la Universidad Central, y una vez que dicha casa de estudios licitó los servicios de un casino, la actividad fue realizada en un kiosco en las afueras del Campus Parque Almagro de esa casa de estudios, cuestión acreditada con documento de fojas 22, pues bien, sostiene en su relato haber sido engañado por un funcionario municipal quien entregó una patente comercial que amparaba su giro, la que finalmente resultó ser falsa, quedando desde ese momento -año 1997- al margen de la legalidad, tratando infructuosamente que la autoridad municipal estudie su caso, sin conseguirlo, porque en definitiva el ente edilicio, ni siquiera le deja ingresar la solicitud, limitándose los funcionarios municipales a señalarle -en forma verbal- que no se están dando permisos.</p> <p>3° Que la recurrida al informar, se limita a señalar a esta Corte, que no está otorgando ningún permiso en la vía pública, por cuanto se existe un plan de regularización y ordenamiento del comercio en la vía pública.</p> <p>4° Que conforme a lo expuesto, se advierte que nos encontramos ante un trabajador, que se encuentra vulnerable, solicita se le otorgue una respuesta igual a otros ciudadanos, que de ser necesario se regule particularmente su actividad, busca desesperadamente se entienda que de otra manera se verá afectada su fuente de trabajo, el sustento de él y su familia. Ese</p>
--	--	---

		<p>es el trasfondo humano y jurídico de la presente acción cautelar de derechos fundamentales. La respuesta se busca en la legislación, la cual entrega criterios generales y no otorga siempre una solución adecuada para cada caso. No se desconoce la discrecionalidad en el otorgamiento de permisos de ocupación de los bienes nacionales de uso público. Sin embargo, el ciudadano recurrente tiene el derecho a requerir de la autoridad una respuesta concreta, que analice las peculiaridades de su caso. Así, resulta que el actuar del ente edilicio, se torna ilegal y arbitrario, por cuanto vulnera el artículo 11 de la <u>Ley 19.880</u>, al no permitirle al recurrente ingresar con las formalidades correspondientes su solicitud de permiso municipal y luego de tramitada que sea ésta, darle una respuesta fundada, que se haga cargo de las particularidades por él expuestas. Es así que la falta de preocupación o indiferencia de la recurrida permite igualmente calificar de arbitraria la conducta.</p>
--	--	--

El caso trata acerca de un hombre no vidente que mediante la interposición de un recurso de protección alega que, si bien ha cumplido con solicitar formalmente y en reiteradas ocasiones se le otorgue un permiso para comercio minorista o en términos más jurídicos, permiso municipal de ocupación de bien nacional de uso público, los funcionarios de la Municipalidad de Santiago se niegan a darle recepción, afirmando que “ya no se están otorgando permisos”, imposibilitando entonces, el ingreso de la solicitud vía carta-solicitud presentada por el comerciante. El recurso fue rechazado por la Corte, señalando en el fallo que, debido a la facultad discrecional de la administración municipal, la municipalidad no se encuentra obligada a otorgar permisos. Sin embargo, llama la atención el voto disidente del Ministro señor Muñoz que –pensamos– cuyo argumento cuenta con una notoria carga social al señalar:

*“Que conforme a lo expuesto, se advierte que nos encontramos ante un trabajador, que se encuentra vulnerable, solicita se le otorgue una respuesta igual a otros ciudadanos, que de ser necesario se regule particularmente su actividad, busca desesperadamente se entienda que de otra manera se verá afectada su fuente de trabajo, el sustento de él y su familia. Ese es el trasfondo humano y jurídico de la presente acción cautelar de derechos fundamentales. La respuesta se busca en la legislación, la cual entrega criterios generales y no otorga siempre una solución adecuada para cada caso. No se desconoce la discrecionalidad en el otorgamiento de permisos de ocupación de los bienes nacionales de uso público. Sin embargo, el ciudadano recurrente tiene el derecho a requerir de la autoridad una respuesta concreta, que analice las peculiaridades de su caso. Así, resulta que el actuar del ente edilicio, se torna ilegal y arbitrario, por cuanto vulnera el artículo 11 de la ley 19.880, al no permitirle al recurrente ingresar con las formalidades correspondientes su solicitud de permiso municipal y luego de tramitada que sea ésta, darle una respuesta fundada, que se haga cargo de las particularidades por él expuestas. Es así que la falta de preocupación o indiferencia de la recurrida, permite igualmente calificar de arbitraria la conducta”.*

**2. Sentencia de la Corte Suprema Rol N°19.686 - 2019:**

1.	<b>Fecha:</b>	29 de septiembre de 2019
2.	<b>Materia:</b>	Bienes nacionales de uso público, municipales y servicios públicos.
3.	<b>Palabras Clave:</b>	Confianza legítima; Municipalidad; Permiso Municipal; Recurso de protección; Actividad Comercial; Permiso Precario; Actuar ilegal y arbitrario; Administración de bienes municipales; Club deportes Antofagasta; Sindicato de trabajadores.
4.	<b>Caso:</b>	Sindicato de trabajadores independientes/ Club deportes Antofagasta SADP
5.	<b>Recurrente:</b>	Sindicato trabajadores independientes
6.	<b>Recurrido:</b>	Club deportes Antofagasta SADP
7.	<b>Tribunal:</b>	Corte Suprema.
8.	<b>Sala:</b>	Tercera Sala, Constitucional.
9.	<b>Ministros</b>	María Eugenia Sandoval G., Carlos Aránguiz Z., Arturo Prado P., y los abogados integrantes Sr. Jorge Lagos G. Y Sr. Julio Pallavicini M.
10.	<b>Votación</b>	Unanimidad, se acoge el recurso.
11.	<b>Rol:</b>	19.686- 2019
12.	<b>Resuelve:</b>	Acoge recurso
13.	<b>Considerandos Relevantes:</b>	Primero: Que en estos autos se recurre de protección en representación del Sindicato de Trabajadores Independientes, Comerciantes Ambulantes de Dulces, Pastillas, Helados y

		<p>Actividades Conexas de Antofagasta, en contra del Club de Deportes Antofagasta S.A.D.P., denunciando que el recurrido le impide realizar su actividad -vender productos- en el Estadio Regional, aduciendo su calidad de arrendador del recinto deportivo, a pesar que quienes integran el sindicato tienen permiso municipal.</p> <p>Tercero: Que, además, se pidió informe a la Municipalidad de Antofagasta, quien adjunta el <u>Decreto N°128-2019</u>, acto administrativo que renueva los permisos para el primer semestre del año en curso a los miembros del Sindicato Comerciantes Estadio Calvo Bascuñán que se individualizan, para que estos ejerzan su actividad en el interior del recinto deportivo, haciendo presente el carácter precario de los mismos.</p> <p>Quinto: Que si bien de lo establecido en las citadas normas se desprende con claridad que todo permiso otorgado por la Municipalidad respectiva para hacer uso de un bien municipal o nacional de uso público es, por su propia naturaleza, de carácter precario, hasta el punto de que pueden ser dejados sin efecto sin derecho a indemnización, lo cierto es que mientras tal permiso esté vigente, su titular tiene derecho a desarrollar la actividad amparada por él, ciñéndose, claro está, a la normativa que la regule.</p>
--	--	--

		<p>Lo anterior reviste la máxima trascendencia, toda vez que consta en autos que la Municipalidad de Antofagasta, a la par que renovó los permisos a los vendedores ambulantes, para que ofrezcan sus servicios, exclusivamente, en el interior del Estadio Regional, además, arrendó el referido recinto deportivo, entregando la administración del mismo al club deportivo recurrido. Pues bien, en el contrato de arrendamiento acompañado en autos, suscrito el 12 de abril de 2019, aprobado por <u>Decreto N°832</u>, de 10 de mayo último, no se consigna la existencia de los permisos municipales renovados a través del Decreto Alcaldicio N°128, de 23 de enero último. Se desprende del referido instrumento, cuestión que es refrendada por el recurrido, que el arrendamiento del estadio se pacta por evento deportivo, cuestión que se ha realizado de manera sistemática en el tiempo.</p> <p>Sexto: Que de lo expuesto fluye que la Municipalidad de Antofagasta, a quien se le requirió informe, creó una situación ambivalente, toda vez que arrienda a un tercero el Estadio Regional, y a la vez, entrega permiso a los miembros del sindicato recurrente, para que presten sus servicios en el interior de este recinto, siendo evidente que la venta de los productos se debe realizar en los eventos para los que el municipio arrienda el estadio, sin que tal cuestión fuera prevista y resuelta en los instrumentos correspondientes.</p> <p>Así, atendido que no se encuentra</p>
--	--	---

		<p>discutido que los miembros del sindicato recurrente realizan sus actividades desde el año 1964, la protección de la confianza legítima, impide alterar situaciones de hecho respecto de los administrados que tienen una justa aspiración en la estabilidad de las decisiones administrativas, puesto que existiría en el ordenamiento jurídico una especie de necesidad de permanencia en la regulación y aplicación de las normas jurídicas que obligaría a la Administración a actuar de manera que no provoque una alteración intempestiva en la interpretación que ella misma viene dando a las normas o un cambio en la manera de regular o de resolver. Lo que se pretende proteger no es sólo una especie de invariabilidad de las decisiones públicas sino la buena fe de los administrados que confían legítimamente que aquellas decisiones que les han entregado ciertas ventajas o derechos se mantendrán en el tiempo, conforme a la trascendencia que implica proteger las expectativas que los ciudadanos poseen en la aplicación que las autoridades hacen del ordenamiento jurídico (<a href="http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&amp;pid=S0718-34372014000200009#k11">http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&amp;pid=S0718-34372014000200009#k11</a> , "Contra la Confianza Legítima como Límite a la Invalidación de los Actos Administrativos", por Raúl Letelier Wartenberg).</p> <p>Séptimo: Que, en consecuencia, se puede concluir que tanto el Club Deportivo recurrido, como la Municipalidad de Antofagasta, han incurrido en un acto arbitrario, habida consideración que el</p>
--	--	---

		<p>primero, al negar a los actores, en las condiciones antes descritas, el desarrollo de sus actividades en el interior del recinto durante la realización de los eventos deportivos, puesto que ha desconocido los derechos que a aquellos le asisten en virtud de los permisos vigentes; en tanto, el ente Municipal, al no regular las condiciones en que se deben prestar los servicios de venta en el interior del estadio, durante los eventos a cargo del arrendatario del recinto, menoscaba la situación de los actores, en tanto desconoce sus derechos, sin ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga para incluso, si lo estima pertinente, no renovar o terminar aquellos.</p> <p>Octavo: Que, en consecuencia, se vulnera el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental, puesto que, sin fundamento que lo justifique, se impide a los actores ejercer su actividad comercial en el Estadio Regional, mientras que otras personas, beneficiarias de permisos precarios similar al de los actores, pueden ejercerlas en entornos públicos, por lo que es imprescindible entregar la cautela solicitada, debiendo el Club Deportes Antofagasta entregar a los actores, que tengan permiso municipal vigente, las facilidades para que lleven a cabo su actividad comercial al interior del recinto durante la realización de los eventos deportivos, estableciendo condiciones racionales de ingreso, incumbiendo a aquellos, en todo caso, cumplir con toda la normativa municipal y sanitaria que rige su</p>
--	--	--

		actividad.
--	--	------------

En este caso, la Tercera Sala de la Corte Suprema acogió un recurso de apelación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores Independientes, Comerciantes Ambulantes de Dulces, Pastillas, Helados y Actividades Conexas de Antofagasta en contra del Club de Deportes Antofagasta S.A.D.P. y la Ilustre Municipalidad de Antofagasta. Lo anterior por impedirle vender sus productos en el Estadio Municipal de Antofagasta mientras se estuvieran desarrollando eventos deportivos.

Menester es señalar que los vendedores ambulantes ya contaban con sus permisos municipales al día, de tal forma que contaban consecuentemente con la potestad para vender sus productos al interior del Estadio Regional. Teniendo en consideración lo anterior, la municipalidad decidió arrendar el recinto deportivo al Club de Deportes Antofagasta, entregando así, su administración a dicha sociedad. Sin embargo, al momento de la celebración del contrato de arrendamiento entre la municipalidad y el club deportivo, no se consignó por la parte arrendadora, la existencia y vigor de los permisos que existían con anterioridad y que por lo demás se encontraban en plena vigencia.

Por ende y tal como señala el considerando sexto del fallo de la Corte Suprema, la municipalidad, creó una situación ambivalente que terminó por desconocer –en la praxis– ante el club deportivo, el derecho de los permisionarios a ejercer su actividad principal, incurriendo consecuentemente ambas instituciones en un acto arbitrario. Y es que, es indispensable considerar la situación de los miembros del sindicato, toda vez que desde el año 1964 se encuentran realizando la misma actividad por tanto, y tal como afirma el excelentísimo tribunal, se debe propender a salvaguardar *la confianza legítima que impide alterar situaciones de hecho respecto de los administrados que tienen una justa aspiración en la estabilidad de las decisiones administrativas, puesto que existiría en el ordenamiento jurídico una especie de necesidad de permanencia en la regulación*

*y aplicación de las normas jurídicas que obligaría a la Administración a actuar de manera que no provoque una alteración intempestiva en la interpretación que ella misma viene dando a las normas o un cambio en la manera de regular o de resolver. Lo que se pretende proteger no es sólo una especie de invariabilidad de las decisiones públicas sino la buena fe de los administrados que confían legítimamente que aquellas decisiones que les han entregado ciertas ventajas o derechos se mantendrán en el tiempo, conforme a la trascendencia que implica proteger las expectativas que los ciudadanos poseen en la aplicación que las autoridades hacen del ordenamiento jurídico.*

### 3. Sentencia de la Corte Suprema Rol N°32088 - 2019

1.	<b>Fecha:</b>	12 de mayo de 2020
2.	<b>Materia:</b>	Bienes nacionales de uso público, municipales y servicios públicos.
3.	<b>Palabras Clave:</b>	Administración de bienes municipales; Permiso de ocupación; Recurso de protección; Abandono; Municipalidad de San Bernardo; Permisos; Condiciones estructurales de la edificación; Ejercer comercio sin patente comercial; Retiro de kiosko; Bienes nacionales de uso público, bienes fiscales y municipales.
4.	<b>Caso:</b>	Mora Figueroa María/ Ilustre Municipalidad de San Bernardo.
5.	<b>Recurrente:</b>	María Mora Figueroa
6.	<b>Recurrido:</b>	Ilustre Municipalidad de San Bernardo
7.	<b>Tribunal:</b>	Corte suprema.
8.	<b>Sala:</b>	Tercera Sala, Constitucional.
9.	<b>Ministros:</b>	Sergio Muñoz G., María Eugenia Sandoval G., Ministro Suplente Sr. Mario Gómez M., y los abogados integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Pedro Pierry A.
10.	<b>Votación:</b>	Se rechaza el recurso con votos a favor de los ministros: María Eugenia Sandoval G., Ministro Suplente Sr. Mario Gómez M., y los abogados integrantes Sr.

		Álvaro Quintanilla P. y Sr. Pedro Pierry A. En Contra: Sergio Muñoz G.
11.	<b>Rol:</b>	32088- 2019
12.	<b>Resuelve:</b>	Confirma sentencia apelada
13.	<b>Considerandos Relevantes:</b>	<p>1°) Que en estos autos doña María Mora Figueroa ha interpuesto recurso de protección en contra de la Municipalidad de San Bernardo, en resguardo de su derecho a desarrollar una actividad económica lícita garantizado en el <u>artículo 19 N°21 inciso 1 ° de la Constitución Política de la República</u>, el que se habría vulnerado por la recurrida por cuanto dicha entidad ha imposibilitado que la amparada desarrolle la actividad prevista en su giro, al retirar sorpresivamente la ubicación del kiosco del que se vale como estructura fija para ejercer el comercio en la vía pública.</p> <p>2°) Que informando la Municipalidad de San Bernardo señaló que actuó sobre la base de que la estructura a la que alude la recurrente excede la norma, se encuentra abandonada por un largo período de tiempo, emplazada en un bien nacional de uso público, y sin permiso municipal para ocupar tal espacio ni para ejercer una actividad comercial. En cuanto al derecho, asevera que los <u>artículos 36 y 63 letra g ) de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades</u>, la habilitan</p>

		<p>para proceder del modo en que lo hizo, habiendo dictado el correspondiente acto administrativo formal por <u>Decreto Alcaldicio N°4.505 de 24 de julio de 2019</u>, el cual estima suficientemente fundado y respaldado, además, por el <u>artículo 8 de la Ordenanza Municipal de San Bernardo N°38 de 3 de diciembre de 2018</u>, que regula las actividades comerciales en la vía pública.</p> <p>4°) Que dicha preceptiva debe adicionarse con la contenida en las leyes que rigen a los órganos de la Administración del Estado. Así sus resoluciones deben ser fundamentadas, como lo impone el <u>artículo 41 de la Ley N°19.880, de Bases de los Procedimiento Administrativos</u>, entendiéndose que las motivaciones de hecho en que se funda el acto administrativo deben encontrarse razonablemente comprobadas. Por su parte, la <u>Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado</u> dispone en su artículo 2°: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". Luego el <u>inciso 1 ° de su artículo 3 °</u> señala que: "La</p>
--	--	---

		<p>Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal". Añadiendo posteriormente esta disposición que la actuación de los referidos órganos se rige por los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativa, y participación ciudadana en la gestión pública.</p> <p>5°) Que de la normativa expuesta fluye que corresponde a las Municipalidades la administración de los bienes nacionales de uso público. Dentro de esta facultad se pueden otorgar permisos de ocupación de dichos bienes, los que son esencialmente precarios, por lo que se pueden dejar sin efecto sin derecho a indemnizaciones. Así, se está frente a una facultad discrecional que es entregada por el legislador a la autoridad municipal, quien tiene la potestad de determinar, tras realizar un examen de conveniencia, el otorgamiento y extinción del permiso.</p>
--	--	--

		<p>Ahora bien, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales. En las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación con la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente existen etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho.</p> <p>Tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura, toda vez que todo acto administrativo debe cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. En efecto, la facultad discrecional</p>
--	--	---

		<p>sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues de lo contrario se incurre en la denominada desviación de fin o poder.</p> <p>Asimismo, los tribunales de justicia están habilitados para realizar un control de razonabilidad de la decisión, toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al sólo capricho.</p> <p>6°) Que en ese contexto jurídico resulta a primera vista que hay insuficiencia de los motivos expresados en el decreto que ordenó el retiro del kiosco, pues el acto administrativo se reduce a consideraciones relativas a que la estructura "excede la norma", sin aclarar en modo alguno a qué norma se refiere la autoridad; al estado de abandono durante un "largo período de tiempo", el que tampoco fue especificado por la recurrida, en circunstancias que se trata de una expresión manifiestamente vaga e imprecisa; y a que se encontraría emplazada en un bien nacional de uso público, careciendo la recurrente tanto de permiso de ocupación como de patente municipal.</p> <p>7°) Que en ese análisis resulta que esos fundamentos son insuficientes, puesto que no se reprocha a la actora una conducta específica que pueda implicar el retiro del kiosco y en la que se pueda constatar que con su actuar perturbará a la</p>
--	--	---

		<p>comunidad, tanto más si la misma actividad ha sido desarrollada durante décadas en el mismo sitio, con independencia de que el permiso municipal haya sido concedido a un tercero, el que a su vez transfirió la estructura a la recurrente en mayo del año 2017. Por otra parte, resulta antojadizo que la autoridad intente en su informe sustentar que se afectaba la seguridad pública fundado en circunstancias hipotéticas sin vinculación con la recurrente, tales como el "posible foco de delincuencia", respecto de lo cual es la autoridad quien debe adoptar las medidas pertinentes, especialmente la racionalización del sector en todas sus actividades y no otorgar permisos sin control, afectando luego a los más vulnerables.</p> <p>8°) Que, por otro lado, la ausencia de patente municipal no lleva consigo el retiro de la estructura, sino otro tipo de medidas establecidas en el <u>artículo 58 del Decreto Ley N°3063 sobre Rentas Municipales</u>, específicamente la clausura del establecimiento, local o estructura en el que se ejerce la actividad comercial sin el correspondiente permiso, y la denuncia al Juzgado de Policía Local competente, pero no su retiro material, menos aún si la sanción no ha sido precedida de un procedimiento administrativo legalmente tramitado conforme a las disposiciones pertinentes de la <u>Ley N°19.880</u>, en particular</p>
--	--	---

		<p>sus <u>artículos 28 y siguientes</u>, que aseguran al interesado el derecho a formular descargos, ofrecer pruebas e impugnar el acto terminal. Sobre el punto, la recurrida se limitó a señalar en términos vagos y genéricos que los inspectores municipales "no pudieron ubicar al dueño", aserción que resulta inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, pues es evidente que la Municipalidad, en tanto órgano del Estado dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, dispone de los recursos y puede requerir informes de otras autoridades a fin de recabar información, conforme tanto a su Ley Orgánica como a lo preceptuado en el <u>artículo 37 bis de la Ley N°19.880</u>.</p> <p>9°) Que, por último, resulta de interés destacar lo que prescribe el <u>artículo 58 bis del Decreto Ley N°3063</u> a propósito de las "propiedades abandonadas, con o sin edificaciones, ubicadas en zona urbana". Si se acude a las reglas contenidas en los <u>artículos 568 y 570 del Código Civil</u>, en relación con el <u>artículo 41 N°4 de la Ley de Rentas Municipales</u>, es posible inferir que un kiosco es una estructura que se instala o construye en un bien nacional de uso público. Luego, cabe preguntarse cuál es su naturaleza jurídica en tanto objeto que se instala o construye en un bien nacional de público. Desde luego, un kiosco no es una estructura móvil (como un carro de venta de confites, de</p>
--	--	--

		<p>comida rápida y otros similares) sino, como se dijo, una estructura sólida que se adosa, instala o construye en un bien nacional de uso público. Según el Código de Bello, las opciones se reducen a dos: mueble o inmueble. En el último caso, podría tratarse de un bien inmueble por adherencia o por destinación. Sea como fuere, es claro que su tratamiento puede asimilarse, por analogía in bonam partem, al procedimiento contemplado en el referido <u>artículo 58 bis del Decreto Ley N°3063</u>, el que otorga suficientes garantías al dueño, poseedor o mero tenedor del bien raíz en el evento que el municipio le asigne el carácter de "propiedad abandonada".</p> <p>10°) Que por todo lo razonado la decisión de retiro, al proceder en la forma indicada, posibilita calificarla de carente de razonabilidad y de sustento. Por lo tanto, en concepto de este disidente, la decisión de la autoridad administrativa vulnera el derecho a desarrollar una actividad económica, garantizado por el <u>artículo 21 inciso primero de la Carta Fundamental</u>.</p>
--	--	--

En mayo de 2020, la Corte Suprema confirmó una sentencia apelada de octubre del año 2019, destacando nuevamente el voto en contra del Ministro señor Muñoz, de la tercera sala constitucional. En la sentencia, se rechaza el recurso de protección deducido por la recurrente "M.M.F", en contra de la Ilustre Municipalidad de San Bernardo, fundado en que desde el año 2017 operaba un quiosco ubicado en el paradero 40 de la Gran

Avenida. En el cual, no se encontraba trabajando, ya que según la recurrente “se estaban realizando arreglos” en su estructura. La recurrente recibe un llamado telefónico, medio por el cual, le informan que inspectores municipales habían retirado el quiosco del lugar, argumentando estos últimos que el quiosco ya no generaba ingresos, y, además, era un posible foco de delincuencia.

La recurrente estima que la decisión de la Municipalidad corresponde a un acto arbitrario e ilegal, por cuanto sufre una privación y perturbación en el legítimo ejercicio de sus derechos. En consecuencia, decide solicitar la devolución del permiso que permitía operar el quiosco, junto a la respectiva indemnización por daños y perjuicios y, que el empalme de luz, que habría sido retirado junto a la estructura del quiosco, vuelva a su lugar.

La Corte de Apelaciones, rechazó el recurso, argumentando que la autoridad administrativa actuó conforme a la normativa que la rige, y atendiendo al interés general de los vecinos de la comuna. Señalando por tanto que la decisión de retirar el quiosco no es ilegal o arbitraria.

Decisión que, si bien fue confirmada por la Corte Suprema, destacamos el voto en contra del Ministro señor Muñoz.

**4. Sentencia de la Corte Suprema Rol N°21583 - 2023:**

<b>1.</b>	<b>Fecha:</b>	9 de marzo de 2023
<b>2.</b>	<b>Materia:</b>	Amparo Económico
<b>3.</b>	<b>Palabras Clave:</b>	Amparo económico; Medidas de seguridad; Ausencia de actuación arbitraria o ilegal; Derecho a desarrollar una actividad económica lícita; Ilustre Municipalidad de la Florida; Administración municipal de bienes nacionales de uso público; Actuaciones de las Municipalidades; Carácter esencialmente precario del permiso de ocupación.
<b>4.</b>	<b>Caso:</b>	Sibilla Olivares Rodrigo y otros/ Ilustre Municipalidad de la Florida.
<b>5.</b>	<b>Recurrente:</b>	Rodrigo Sibilla Olivares y otros.
<b>6.</b>	<b>Recurrido:</b>	Ilustre Municipalidad de la Florida.
<b>7.</b>	<b>Tribunal:</b>	Corte Suprema.
<b>8.</b>	<b>Sala:</b>	Tercera Sala, Constitucional.
<b>9.</b>	<b>Ministros:</b>	Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Adelita

		Ravanales A., Sr. Jean Pierre Matus A., ministro suplente Juan Manuel Muñoz P., y abogada integrante María Angelica Benavides C.
10.	<b>Votación:</b>	Unanimidad, se acoge recurso.
11.	<b>Rol:</b>	21.583- 2023
12.	<b>Resuelve:</b>	Confirma sentencia apelada
13.	<b>Considerandos Relevantes:</b>	<p>Primero: Que según quedó expresado en la sentencia consultada, en estos autos se ha ejercido, por Rodrigo Sibilla Olivares, Cristian Eduardo Araya Vargas, Nicole Andrea Espinoza Lobos, Belisario Chureo Zúñiga, Alejandro Mauricio Zúñiga Salazar y Marcela Elizabeth Araya Vargas, comerciantes, la denominada acción de amparo económico prevista en el <u>artículo único de la Ley N°18.971</u> en resguardo de su derecho a desarrollar una actividad económica lícita garantizado en el artículo 19 N°21 inciso 1 ° de la Constitución Política de la República,</p>

		<p>impugnando la decisión de la Municipalidad de la Florida de dejar sin efecto sus permisos de ocupación de bien nacional de uso público.</p> <p>Segundo: Que son hechos acreditados en autos los siguientes:</p> <p>a) Por <u>Decreto Exento N°330</u> de 24 de agosto de 2021, modificado por el <u>Decreto Exento N° 3.547</u> de 8 de <u>septiembre de 2021</u>, se declaró otorgados permisos precarios de ocupación de bien Nacional de Uso Público a contar del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2021.</p> <p>b) Por Decreto Exento N°412 de 18 de enero de 2022, se declararon renovados a contar del 1 de enero hasta el 30 de junio de 2022.</p> <p>c) Luego, a través de diversas resoluciones, los permisos de ocupación de bien nacional de uso público, fueron renovados hasta el 31 de diciembre de 2022.</p>
--	--	--

		<p>d) Por otra parte, con fecha 25 de agosto del 2022, el municipio adoptó las medidas de intervención en ciertos lugares del territorio de la comuna en atención a la implementación del plan de recuperación de espacios públicos con el objeto de brindar mayor seguridad a los vecinos.</p> <p>e) Para lo cual, a través de Ord. N°555 de 30 de agosto de 2022, la Subdirección de Rentas Municipales solicitó dejar sin efecto los permisos precarios en comento, en aquellos lugares que debía realizarse la ejecución de las medidas adoptadas en cumplimiento de las funciones de seguridad pública.</p> <p>Tercero: Que el artículo 50 letra c) del DFL 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la <u>Ley N°18.695, Orgánica de Municipalidades</u>, establece que:</p> <p>Artículo 5°.- Para el cumplimiento de sus funciones las</p>
--	--	---

		<p>municipalidades tendrán las siguientes atribuciones:</p> <p>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.</p> <p>Agrega que el artículo 36 del mismo cuerpo legal prescribe que:</p> <p>Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objetos de concesiones y permisos.</p> <p>El inciso segundo: Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.</p> <p>En ese orden de ideas, el <u>artículo 63 letra f) de la Ley de</u></p>
--	--	--

		<p><u>Municipalidades</u>, expresa que:</p> <p>El alcalde tendrá las siguientes atribuciones:</p> <p>f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley.</p> <p>Cuarto: Que, resulta importante destacar, que la circunstancia que un acto administrativo nazca a la vida del derecho producto del ejercicio de una potestad discrecional, no implica que los órganos jurisdiccionales deban inhibirse de su control. En efecto, si bien la revisión que se ejerce jamás puede determinar una nueva apreciación de los antecedentes sustituyendo la decisión de la Administración, lo cierto es que sí se debe controlar el acto debiendo verificar que la decisión de la autoridad se ajustó al ordenamiento jurídico.</p> <p>Lo anterior, determina que se debe constatar</p>
--	--	--

		<p>no sólo la existencia de la ley que habilite a la autoridad para ejercer la potestad discrecional, sino que se configuren los supuestos de hecho, el cumplimiento del fin previsto en la norma y se cumpla con el requisito de razonabilidad, estrechamente vinculado a la exigencia de proporcionalidad. (SCS ROLES N° S 3.598-2017 y 3581-2022).</p> <p>Quinto: Que, asentado lo anterior, queda en evidencia del mérito de los antecedentes del proceso, que el municipio no incurre en infracción a la garantía fundamental alegada, desde que, los permisos otorgados a los actores tenían la calidad de precario y fueron concedidos por un lapso determinado, de manera que habiéndose cumplido éste unido a las nuevas prioridad que justifica el municipio tener, respecto de la seguridad de la comuna, fluye que la recurrida actuó dentro del ámbito de su</p>
--	--	---

		<p>competencia al no renovar los permisos y siguiendo el procedimiento previsto en la ley.</p> <p>Sexto: Que, en consecuencia, el acto que no puede ser tildado de ilegal, como tampoco de arbitrario, pues no responde al mero capricho de la autoridad, sino que, como se dijo, es una decisión razonada y fundada en antecedentes de carácter objetivos, por lo cual, sólo cabe descartar la denuncia de vulneración del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, norma esta última que protege el ejercicio de aquella actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, la que además debe desarrollarse respetando las normas legales que la regulen.</p>
--	--	---

En este caso, se interpuso un recurso de amparo económico por siete comerciantes ambulantes, en contra de la Ilustre Municipalidad de La Florida y de su Alcalde, Rodolfo Carter Fernández. A través del cual, solicitan el resguardo de su derecho a ejercer actividades económicas lícitas, con el propósito de que este sea reconocido y, en subsidio, la invalidación del acto administrativo dictaminado por la Municipalidad de

La Florida. En dicho acto, se determinó la caducidad de sus respectivos permisos de ocupación del bien nacional de uso público, utilizados para desarrollar la actividad económica.

Alegan los recurrentes que, tras varios años de ejercer el comercio ambulante en la comuna de La Florida y a raíz de una campaña publicitaria llevada a cabo por el mismo Alcalde Rodolfo Carter Fernández, fueron desalojados sin aviso previo del lugar donde desempeñan su actividad económica. Se menciona que este acto, fue llevado a cabo por el Alcalde en compañía de la prensa, dando a conocer a los medios que se estaba llevando a cabo el desalojo de los comerciantes ambulantes, señalando que se encontraban ilegalmente en la vía pública. Esto, como medio de publicidad de la decisión tomada por parte de la municipalidad.

Los permisos precarios de ocupación de bien nacional de uso público del caso fueron otorgados por el Decreto Exento N°330, modificado por el Decreto Exento N°3.547 de septiembre de 2021, a partir de agosto hasta 31 de diciembre de 2021. Luego, en enero 2022, se renuevan por Decreto Exento N°412, desde el día 1 enero hasta el día 30 de junio 2022. Finalmente, se renuevan hasta el 31 de diciembre de 2022. El día 25 de agosto de 2022, se lleva a cabo el desalojo de los comerciantes, en el contexto de la implementación de un plan de recuperación de espacios públicos y con el objeto de ofrecer mayor seguridad a la ciudadanía. Sin embargo, es el día 30 de agosto que por medio de la Orden N°555, la Subdirección de Rentas Municipales deja sin efecto los permisos precarios, con el fundamento de resguardar la seguridad pública.

Es necesario mencionar que en virtud de lo establecido en el artículo 5 letra c) del DFL 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.695, Orgánica de Municipalidades. Dispone que la Municipalidad tiene la atribución de administrar los bienes municipales de uso público, como el subsuelo de la comuna, salvo que en conformidad a la ley la administración corresponda a otro órgano del estado. Además, en el artículo 36 de la misma ley, se establece que estos mismos bienes, bajo la administración de la municipalidad, pueden ser objeto de permisos o concesiones. En

el inciso segundo del mismo artículo, se menciona que estos permisos de carácter precario pueden ser modificados o ser dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

El artículo 63 letra f) de la Ley de Municipalidades, dispone que el alcalde posee la atribución de administrar dichos bienes en conformidad a la Ley.

Es relevante señalar, que el hecho de que el acto administrativo nazca, como fruto o resultado del ejercicio de la potestad discrecional, no significa que deban los órganos jurisdiccionales abstenerse de su control. Ciertamente, a pesar de que la revisión ejercida, nunca determina una nueva valoración o estimación de los antecedentes, reemplazando la decisión de la Administración, si se debe ejercer control sobre el acto, para comprobar que la decisión de la autoridad se encuentra conforme al ordenamiento jurídico. Es decir, que no tan sólo se debe constatar de la existencia de una norma que faculte a la autoridad a ejercer dicha potestad discrecional, sino también que existan las suposiciones de hecho, que se lleve a cabo el objetivo o fin establecido en la norma, y además que se cumpla con el requisito de razonabilidad, estrechamente vinculado a la exigencia de proporcionalidad. (SCS ROLES N°S 3.598-2017 y 3581-2022). Por tanto, se considera que la Municipalidad de La Florida, no vulnera la garantía constitucional alegada, ya que los permisos tenían el carácter de precarios, es decir, que al ser obtenidos por un periodo de tiempo determinado adicionado a la prioridad de la Municipalidad, de dar mayor seguridad a la ciudadanía, la Municipalidad actuó dentro de su competencia y facultades legales. Además, el acto corresponde a una decisión fundada en antecedentes objetivos, lo cual no constituye un acto arbitrario o ilegal que vulnere la garantía del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, la Corte Suprema confirma la sentencia de fecha 3 de febrero de 2023, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en conformidad a lo establecido en la Ley N°18.971 de 1990.

## **CONCLUSIONES.**

De la lectura de los artículos 56 y 63 de la Ley anteriormente desglosada, es posible desprender que el legislador ha otorgado al alcalde una amplia potestad para decidir acerca del otorgamiento, renovación y término de permisos municipales. En consecuencia, y de conformidad a lo expuesto y desarrollado durante la investigación, es posible concluir que:

- 1) El legislador, al calificar de “precario” el permiso, otorga una naturaleza similar, sino idéntica a la contenida en el artículo 2.174 del Código Civil, correspondiente al contrato de comodato precario, resultando consecuentemente similar su tratamiento jurídico (o al menos esa parece ser la intención del legislador). Sin embargo, dado el bien jurídico que podría verse afectado, es decir la estabilidad económica del permisionario, quien perfectamente puede ser sostenedor principal del núcleo familiar, en nuestra opinión, tal criterio correspondiente a la figura del contrato regulado por el Código Civil, no basta para ser aplicado a rajatabla en un acto celebrado por un particular y un organismo que pertenece a la administración del Estado, cuyo deber –dicho sea de paso y entre otras– es garantizar a todas las personas el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, al trabajo y a ejercer libremente una actividad económica, siempre dentro del margen establecido por el orden público económico. Consideramos entonces y como hemos expuesto anteriormente, se trata de un precepto que, si bien facilita el acceso de bienes municipales al

permisionario, es sinónimo en muchos casos de transgredir la Constitución Política. Afirmamos esto por cuanto el legislador, en el ejercicio de sus atribuciones, no tuvo la precaución y pertinencia de crear una nueva figura jurídica, sino más bien se limitó a utilizar terminología propia del contrato regulado por el código de Bello, estandarte de las relaciones jurídicas entre privados. Sin crear una norma plenamente compatible con aquellas situaciones que son propias del derecho público. Así las cosas, pareciera ser una suerte de “copiar y pegar” al tomar una figura propia del derecho privado como es el concepto del contrato de precario, quizás esperando que no surgiera ninguna discrepancia o antinomia al aplicar dicho concepto propio del derecho privado a la relación que existe entre el particular y el Estado, regulada por el derecho público.

- 2) Por otro lado, y tal como señala el profesor Román, una medida jurídica empleada en el último tiempo es la dictación de abundantes ordenanzas que intentan abordar el asunto. Esto, con la finalidad de dar control a la potestad ampliamente discrecional del alcalde, a través de la fijación de los deberes del permisionario. Así entonces, a su vez se intenta dar legitimidad a las sanciones administrativas una vez que el permisionario incurre en una falta, establecida con anterioridad por una ordenanza. Al respecto, sostenemos que esta solución administrativa no es más que una clara muestra de la telaraña de normación mencionada por el profesor Evans. Vale decir, una forma más de intentar dar legitimidad a una sanción administrativa cuyo ejecutor es quien también dictó la norma que autoriza su actuar y otorga legitimidad formal a su veredicto, distanciando al juez (a quien la ley reconoce como tal), de su deber de juzgar desde la imparcialidad e independencia. Es por lo anterior que no podemos estar más en desacuerdo con el criterio citado, utilizado por las municipalidades para intentar dar coherencia a su actuar y al resto del ordenamiento jurídico.

- 3) Además, es posible advertir la inconstitucionalidad de la ley que crea a la municipalidad, es decir, desde el punto de vista de las facultades que constitucionalmente se otorgan a los poderes del Estado, resulta inconstitucional la delegación que realiza el Poder Legislativo del ejercicio de atribuciones legislativas al Presidente de la República para la dictación de Decretos con Fuerza de Ley, tal como ocurre con el D.F.L. que crea las municipalidades.

Por otro lado, es posible afirmar que no existe plena armonía entre el referido contenido de la Ley N°18.695 (expuesto en el presente texto) y el debido proceso y sus principios, toda vez que el legislador ha desconocido el debido proceso al permitir que un órgano de la Administración juzgue o sancione, tomando una decisión sobre el permisionario, mas no un juez permanente, imparcial e independiente. Concluyendo además que en este caso, no existe la posibilidad real del permisionario de ejercer su derecho a la defensa.

- 4) Sería óptimo fijar un mínimo legal (aplicable así a todo municipio) de permisos ambulantes que se otorguen al año en una determinada cantidad que la misma ley señale y que, de conformidad a éste, la municipalidad respectiva proceda a la dictación o modificación de ordenanzas. Lo anterior, siempre en el contexto del respeto de la legislación acerca de comercio, tributación y planificación urbana.
- 5) Otro aspecto que vemos necesario abordar es la necesidad de modificar la ley y suprimir el término que le confiere una determinada naturaleza jurídica con que el legislador dio el estatus jurídico de “precario” a los permisos municipales, toda vez que, si bien durante su vigencia se puede exigir respeto por su cumplimiento, entrega la posibilidad a la administración municipal de disponer arbitrariamente acerca de su continuidad, dejando muchas veces en total desprotección del sustento económico, a familias que, en la mayoría de los casos, miran el comercio ambulante como única

fuentes de ingresos. Además, la ley no contempla una vía específica para reclamar acerca de la decisión unilateral administrativa de esta naturaleza; de hecho, desconoce y niega expresamente la posibilidad al permisionario de reclamar y ser indemnizado, situación que desde nuestra visión, cristiana, o para aquellos no creyentes, a los menos humanista. Constituye evidentemente, una injusticia per se que dependiendo sea el caso, podría atentar claramente contra la dignidad humana y/o la libertad que tiene cada persona de emprender a fin de lograr su realización material y espiritual. No está demás mencionar que nuestra propuesta contempla también por implicar la modificación de la ley, y pensar en permitir exigir una indemnización por una vía formal ante los tribunales de justicia, con el motivo de haber puesto término de forma arbitraria al permiso.

- 6) Podemos señalar como mecanismo paliativo del desaire o, a lo menos, falta de reconocimiento hacia la figura del comerciante ambulante regular, siendo además plenamente compatible con la aplicación del principio de subsidiariedad estatal y un eventual aporte a solucionar o prevenir conflictos de índole jurídico administrativo, consideramos relevante mencionar el “Programa Descubre”. Dicho programa, impulsado por el Gobierno Regional Metropolitano y por su máxima autoridad, el Gobernador Regional Claudio Orrego Larraín, y la Fundación Emplea del Hogar de Cristo, que junto a integrar y, dicho sea de paso, incentivar la participación privada en asuntos de relevancia público-estatal; dicho programa busca dar reconocimiento al vendedor ambulante informal a través de la reconversión laboral, esto es, ofreciendo una suerte de asesoría laboral y posterior acompañamiento laboral, con el fin de que el vendedor ambulante ilegal abandone la idea de que el comercio ambulante es su única herramienta para encontrar sustento económico.

Creemos que este tipo de iniciativas público-privadas, además de contribuir al cumplimiento del rol que debe tener el Estado en un modelo impregnado

por la subsidiariedad de éste, contribuye a incentivar la superación del individuo de forma voluntaria, sin caer en lógicas de paternalismo estatal que finalmente terminan por coartar la libertad de las personas. Además, resultaría útil para valorar al comerciante ambulante que mantiene su situación de forma regulada, manteniendo su permiso al día. Es decir, sirve para quitar el estigma que puede tener quien cumple con sus cargas en el contexto de un permiso municipal vigente y al día. Pudiendo –creemos– en algún momento, recobrar el carácter social con el cual en algún momento fue asociada su existencia.

Creemos y esperamos que este trabajo, con ansias de justicia en lo referido a criticar de forma constructiva aquellos espacios oscuros y/o grises de nuestra legislación, ya sea desde una tesis de pregrado, hasta una tesis doctoral, contribuya al espíritu crítico de la academia e investigación del derecho administrativo y sus respectivas variantes, y en nuestro campo de investigación. Tenemos la convicción de que mientras existan en Chile –país legalista– mentes inquietas que cuestionen aquello que puede ser impuesto arbitrariamente por una ley, ordenanza o la misma Administración en la dictación u omisión de un acto, la libertad, la justicia y la democracia se mantendrán intactas ante discursos prefabricados, populismos y posverdad.

Por último, compartimos cada palabra del profesor Eduardo Soto Kloss cuando se refiere al deber que tienen los ciudadanos de hacer valer sus derechos frente al aparato administrativo del Estado: *“Hoy que tanto se habla de libertad, derechos e igualdad, bien vale la pena preguntarse sobre qué significan estos términos para quien gobierna, administra y legisla, porque la realidad de cada día dista sideralmente de concretarlos en la práctica, en la que la concentración de poderes en manos de la Administración es, sin duda, el mayor peligro que se cierne sobre los ciudadanos en sus libertades, derechos e igualdad; concentración estatista que lleva indefectiblemente a la tiranía, y a la peor de las tiranías como es la tiranía administrativa, una tiranía usualmente disfrazada,*

*subrepticia, solapada, y que termina, por desgracia, adormeciendo la indispensable energía ciudadana para resistir a la opresión.*

*De allí que sea indispensable insistir una y otra vez en denunciar estas flagrantes inconstitucionalidades, que van minando, lenta pero obstinadamente, el ejercicio de los derechos de las personas hasta transformarlas en siervos. Jamás cabe olvidar que sólo en la libertad que respete en la verdad la dignidad de la persona humana, vale la pena vivir en comunidad<sup>62</sup>”.*

---

<sup>62</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (2014) p. 52.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

AHUMADA y FUENSALIDA. *El Proceso de Planificación Municipal: Actualidad y Futuro de lo Local*. Santiago: E/CEPAL/ILPES, 1981.

ALARCÓN, Pablo (2000); *Discrecionalidad Administrativa: un estudio de la jurisprudencia chilena* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.) 98 pp.

ARANCIBIA, Jaime y ROMERO, Alejandro (2016): *La Prueba en la Litigación Pública en Los Puntos de Prueba en Litigios de Impugnación de Actos Administrativos* (Santiago, Librotecnia) 614 pp.

AYLWIN, Patricio (1969); *Derecho Administrativo: Teoría del acto administrativo y del contencioso administrativo* (Santiago, Editorial Universitaria) 135 pp.

AYLWIN, Arturo (1971); *Análisis Crítico del Régimen Municipal y Proposiciones para una nueva legislación* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica) 263 pp.

BOREL, Edmundo (1976); *Algunos Aspectos Administrativos del Gobierno Regional y Perspectivas de Desarrollo del Nuevo Municipio Chileno* (1ª edición, Santiago, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile) 269 pp.

Corte de Apelaciones revoca sentencia y acoge recurso de protección interpuesto por comerciantes ambulantes interpuesto contra municipalidad y club deportivo.

Microjuris [En línea], Chile. [Fecha de consulta 31 de enero de 2023]. Disponible en: <https://aldiachile.microjuris.com/2019/10/22/corte-suprema-revoca-sentencia-y-acoge-recurso-de-proteccion-interpuesto-por-comerciantes-ambulantes-interpuesto-contra-municipalidad-y-club-deportivo/>.

DAZAROLA LEICHTLE, Gabriela. Marco Jurídico de las Municipalidades, Principales Disposiciones Normativas. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile- BCM*[en línea]. Agosto de 2018 [consultado el 28 de noviembre de 2022]. Disponible

DAZAROLA LEICHTLE, Gabriela. Procedimientos y criterios para la creación de nuevas comunas. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile- BCM*[en línea]. Abril de 2019 [Consultado el 18 de mayo de 2022]. Disponible

DE AQUINO, Tomás (1485); “Summa Theologiae, I-II, q. 91, a.2., disponible en: [https://opusdei.org/es-cl/article/tema-25-la-vida-cristiana-la-ley-y-la-conciencia/#\\_ftn4](https://opusdei.org/es-cl/article/tema-25-la-vida-cristiana-la-ley-y-la-conciencia/#_ftn4), fecha de consulta: 7 diciembre 2022.

DE ÁVILA, Alamiro (1964); *Derecho Romano* (1ª edición, Ediciones del Tridente) 150 pp.

DE HIPONA, Agustín (426); *De civitate Dei contra paganos, liber IV, capitulum IV* (Traducc. Rosa María Marina Sáez, Barcelona, Gredos) 560 pp.

DE SECONDAT, Charles, barón de Montesquieu (1748); *De l' esprit de lois, Livre XI, Chapitre VI, De la constitution de l'Angleterre, paragraphe 5* (Traducc. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos) 477 pp.

ERRÁZURIZ, Maximiliano (1991); *Manual de Derecho Romano: Historia Externa de Roma, Del Acto Jurídico, De las Personas; Tomo I* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 270 pp.

FERNÁNDEZ, José (2017); *Derecho Municipal Chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 497 pp.

HUEPE, Fabián y Francisco SANTIBÁÑEZ. *Sistema Municipal Chileno: Desafíos y Perspectivas Para el Siglo XXI*. Concepción: Librotecnia, 2017, 318 pp.

JIMÉNEZ, Marcela (1983): "Antecedentes sobre el origen y evolución del municipio en Chile" *Revista de Trabajo Social* (Nº 40): pp. 11 - 19.

LEÓN XIII, Papa (1891); *Rerum Novarum.*, disponible en: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html), fecha de consulta: 30 marzo 2023.

LETELIER WARTENBERG, Raúl (2014): "Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 Nº2) pp. 609-634.

ORTEGA, Jorge (2018); *La Autonomía Municipal En El Marco De La Organización Administrativa Del Estado De Chile* (1ª edición, Santiago, Editorial Hammurabi) 204 pp.

PALACIOS, Leopoldo (1978); *La Prudencia Política* (4ª edición, Madrid, Editorial Gredos) 168 pp.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado el 17 de agosto de 2022].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de consulta 15 de marzo de 2023].

ROMÁN, Cristian (2017); *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas: Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (1<sup>a</sup> edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 223 pp.

SAGRADA BIBLIA; *Ilustrada a Todo Color* (Traducc. P. Petisco, Editorial Grupo Océano) 1535 pp.

SILVA CIMMA, Enrique (1968); *Derecho Administrativo chileno y comparado* (3<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 449 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2014); “Otra vez sobre la potestad sancionadora de la administración”, en *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*. Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña (coordinadores), Thomson Reuters, 2014, pp. 41-52.

VERGARA, Alejandro (2010) “La Summa Divisio Iuris Público/Privado de las Disciplinas Jurídicas” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Nº 1).

WOJTYLA, Karol (1993); *Person and Community, Selected Essays of Karol Wojtyla* (traducción de Ángel Correa, Berna, Peter Lang).

ZORRILLA, Enrique. *Esquema de la justicia en Chile Colonial*. Santiago, Colección de Estudios y documentos para la Historia del Derecho Chileno. 1942.

ZÚÑIGA, Ana María (1978) "La Administración Comunal en Chile" *Boletín de Legislación Nacional* (Nº 6).

### **NORMAS JURÍDICAS CITADAS:**

Constitución Política de la República de Chile, de 18 de septiembre de 1925.

Constitución Política de la República de Chile, de 21 de octubre de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley Nº1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº18.695. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial de la República de Chile, 26 de julio de 2006.

Decreto Ley Nº1.289. *Ley Orgánica de Municipalidades*. Diario Oficial de la República de Chile, 14 de enero de 1976.

Decreto Ley Nº3.063. *Establece Normas sobre Rentas Municipales*. Diario Oficial de la República de Chile, 29 de diciembre de 1979.

Lei Nº2.960. *Reforma la Lei Orgánica de Municipalidades*. Diario Oficial de la República de Chile, 23 de enero de 1915.

Lei S/N. *Ley Orgánica Constitucional Proyecto de Ley sobre Organización y Atribuciones de Municipalidades*. Diario Oficial de la República de Chile, 12 de septiembre de 1887.

Lei S/N. *Organización i Atribuciones de las Municipalidades-Lei Jeneral Sobre la Materia*. Diario Oficial de la República de Chile, 5 de diciembre de 1891.

Ley N°11.860. *Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades*. Diario Oficial de la República de Chile, 14 de septiembre de 1955.

Ley N°18.575. *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. Diario Oficial de la República de Chile, 5 de diciembre de 1986.

Ley N°18.971. *Establece Recurso Especial que Indica*. Diario Oficial de la República de Chile, 10 de marzo de 1990.

Ley N°19.880. *Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de Administración del Estado*. Diario Oficial de la República de Chile, 29 de mayo de 2023.

Ley N°19.925. *Sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas*. Diario Oficial de la República de Chile, 19 de enero de 2004.

Ley N°21.455. *Ley Marco de Cambio Climático*. Diario Oficial de la República de Chile, 13 de junio de 2022.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Corte Suprema 7 noviembre 2012, rol n° 19676-2012. Disponible en línea [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?74o4>].

Corte Suprema 26 septiembre 2019, rol n° 816-2019. Disponible en línea [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?jywg>].

Corte Suprema 12 mayo 2020, rol nº 32088-2019. Disponible en línea [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?mh8q>].

Corte Suprema 9 marzo 2023, rol nº 21583-2023. Disponible en línea [<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b7bfy>]