

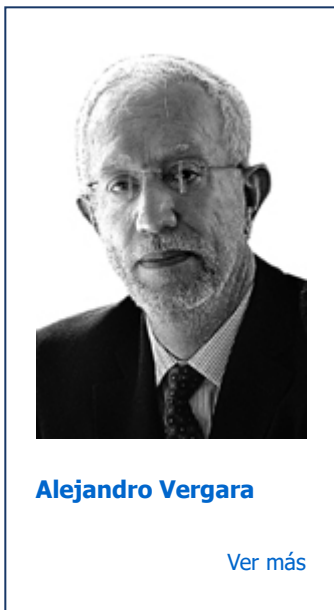
Legal |
Análisis Jurídico | Regulatorio económico | Artículo 1 de 1

Permisos municipales para ocupar bienes públicos: ¿es aceptable su “precariedad”?

Dispersión jurisprudencial (Parte II)

"...Modestos permisionarios de espacios públicos quedan así entregados a la desnuda discrecionalidad de los alcaldes, quienes (dada la desorientación de la jurisprudencia) gozan actualmente de una efectiva ausencia de control jurisdiccional, pues sus reclamos ante los tribunales no tienen por resultado un efectivo control jurídico como el que se espera en un Estado de Derecho..."

Viernes, 26 de noviembre de 2021 a las 10:48



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Alejandro Vergara

El tema de los permisos municipales para ocupar bienes públicos (usualmente para diversas ocupaciones: kioscos, vegas de productos agrícolas, vendedores de alimentos en plazas, terrazas de cafés y restaurantes) se conecta con la excesiva discrecionalidad de los alcaldes para poner término anticipado o intempestivo a los permisos, afectando a los derechos de esos usuarios, quienes supuestamente estarían condenados por la regulación jurídica a una situación *precaria*. No es un tema nuevo ni reciente la preocupación mía, que abordo nuevamente al observar la mantención de una errónea praxis y una gran dispersión jurisprudencial. En un [comentario anterior](#) de 2019 sobre el tema muestro el panorama jurisprudencial de una década, pero puedo remontarme aún más atrás.

Un comentario de hace casi 30 años

En 1992, en un comentario de jurisprudencia publicado en un boletín que circuló en Santiago en esa época, el hoy desaparecido *Informe Constitucional*, pude constatar la misma situación actual. Transcribo con leves ajustes unos párrafos (*):

"En el Recurso de Ilegalidad *Sepúlveda Barrera y otra con Alcalde de Santiago* (Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de diciembre de 1992 [ministros señores Sergio Valezuela Patiño, Aída Travezán Lara y Rosa María Maggi Ducommun (redactora)] una concesión municipal (llamada 'permiso'), por su supuesta 'ínsita' precariedad fue objeto de una descarada caducidad anticipada, y un quiosco situado en un bien público fue destruido y retirado, por vías de hecho administrativas. El alcalde de Santiago de la época se permitió retirar el kiosco denominado 'Valparaíso', ubicado en la calle Bombero Ossa, en el centro de Santiago. Pero

la Corte rechaza el reclamo de ilegalidad con los siguientes fundamentos (para la antología de los fallos injustos):

“Si el alcalde de una municipalidad, mediante decreto municipal, otorgó un permiso de ocupación de un bien nacional de uso público para la instalación de un kiosco por un plazo de 80 días, puede declarar su caducidad antes de tal plazo y ordenar y ejecutar su remoción y traslado a un recinto municipal, pues en ello no ha mediado ilegalidad ni arbitrariedad de parte de la municipalidad ya que el artículo 30 [hoy, 36] de la Ley N° 18.695 [Orgánica Constitucional de Municipalidades] dispone que los permisos de que pueden ser objeto los bienes de uso público que esta entidad administre son esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización”.

Y este fallo, como otros similares, no causan especial preocupación en la doctrina, pero cabe señalar que el tema de la pretendida precariedad de las concesiones (que la ley llama “permisos”) de bienes públicos que otorgan las municipalidades es el resultado de una incomprensión de lo que significa el Estado de Derecho. Es un tema gravísimo.

La *precariedad* es, a mi juicio, un resabio casi feudal, que nuestra doctrina y jurisprudencia (siguiendo servilmente un texto legal abusivo) mira en forma superficial sin observar, con ojo avizor, la iniquidad que conlleva. Por lo tanto, en todos estos casos se debe recurrir a la justicia (principio del control judicial) para el efectivo control judicial de las motivaciones del acto de caducidad (principio de legalidad) y verificar los posibles daños patrimoniales del afectado (principio de la garantía patrimonial). La interpretación contraria es sencillamente dejar al concesionario (“permisionario”) de bienes municipales desnudo de toda protección jurisdiccional”.

[Hasta aquí la transcripción de lo que decía en mi antiguo comentario]

La situación actual: panorama jurisprudencial 2019-2021

Veamos ahora las seis sentencias que desde 2019 hasta 2021 la Tercera Sala de la Corte Suprema (CS) ha dictado sobre la materia (**). En mi comentario de 2019 analizo 12 sentencias de 2010 hasta mediados de 2019, por lo que, en total, en 20 años, ya tenemos 18 sentencias, suficientes para formarnos una idea del panorama jurisprudencial.

Los casos de estos tres últimos años son todos relativos a modestos permisionarios de bienes públicos, con pocas probabilidades de una defensa intensa y que recurren esperanzados en el buen criterio de las cortes. Los casos son relativos a comerciantes en la vía pública: *Aburto* (2019); a vendedores de un estadio municipal: *Sindicato de trabajadores* (2019); a una arrendataria de servicios higiénicos: *Vera Castro* (2020); al ocupante de un quiosco durante décadas: *Mora* (2020); al ocupante para sillas y mesas para café: *Guajardo* (2020), y al ocupante de un terreno público para estacionamientos: *Nicolaidis* (2021). En todas las sentencias del período la CS ha persistido casi siempre en la *aceptación acrítica* de la precariedad de los derechos de estos permisionarios, a tal punto que redactora y firmantes de la sentencia de *Guajardo* (2020) llegan a decir que la titularidad nacida del permiso de ocupación de bienes públicos sería “perecedera” y que “impide consolidar derecho alguno”; esta enormidad es como decir que los permisionarios no tienen derechos y que estarían expuestos a la más completa discrecionalidad por parte de la autoridad, como si ellos no tuviesen dignidad personal y jurídica; ¡como si no existiera Constitución! Es casi una denegación de justicia no exigir siquiera un control jurídico de la racionalidad o

proporcionalidad de las decisiones respectivas, pues no se trata de postular que se impida el ejercicio de la potestad de los alcaldes de poner término a tales permisos en los casos y en la forma que corresponda, sino de evitar el modo intempestivo y anticipado usual (en lo que recuerdo el paralelismo de este tema con el del empleo a contrata).

La única excepción en este período es el caso *Sindicato* (2019), en que la CS falla en sentido contrario (lo que produjo un zigzag) basada en el principio de la confianza legítima. Igualmente, cabe destacar un razonado voto disidente del ministro Sergio Muñoz en *Mora* (2020), en que sigue una correcta pero esporádica línea suya anterior de no aceptación de la precariedad; pero, lamentablemente, contrasta con la conducta paralela de ese mismo ministro, quien zigzaguea y cambia su voto en otros cuatro casos idénticos en los que sí acepta la precariedad.

Pareciera que la Sala, como en otras materias de derecho administrativo (observo ese fenómeno en [comentario anterior sobre el tema de demoras excesivas](#)), se ha sumido en la perplejidad; esto es, la desorientación en que no ha logrado llegar a una doctrina al respecto. Esto es ostensible, pues al observar el panorama de 20 años de jurisprudencia en el tema del término anticipado o intempestivo de la ocupación de bienes públicos, solo en tres casos bien singulares la CS no acepta la precariedad (*Esval*, de 2014, y *Aranda y Sindicato*, ambos de 2019) de frente a 15 casos en que sí la acepta. La conducta de los integrantes es aún más dispersa y se observa a cinco ministros (Prado, Egnem, Sandoval, Sergio Muñoz y Pierry), quienes ante casos idénticos emiten votos contradictorios, para ambas doctrinas; igual que los abogados integrantes Lagos y Pallavicini. De ahí que cabe calificar esta situación de desorientación jurisprudencial.

La mansa aceptación de la precariedad 30 años después

Entonces, la doctrina jurisprudencial que critico en esa nota de 1992 no ha cambiado, pues la actual jurisprudencia sigue aceptando mansamente la *precariedad* de los derechos de tales modestos ocupantes de bienes públicos, salvo los tres casos citados de 2014 y 2019.

Igualmente, es notorio el silencio de la doctrina del derecho administrativo (***), la que pareciera dirigir su mirada a otras materias de supuesta mayor relevancia y cerrar los ojos a estos casos que afectan usualmente a modestos permisionarios de espacios públicos que quedan así entregados a la desnuda discrecionalidad de los alcaldes, quienes (dada la desorientación de la jurisprudencia) gozan actualmente de una efectiva *ausencia de control jurisdiccional*, pues sus reclamos ante los tribunales no tienen por resultado un efectivo control jurídico como el que se espera en un Estado de Derecho.

Es verdad que cabe enfrentar la gran dificultad de tener que lidiar con el texto expreso de una ley; en efecto, el art. 36 de la Ley N° 18.695 de 1986, de Municipalidades, dispone que "los permisos son esencialmente *precarios*". Pero cabría una mayor profundización de la materia y un intento de la CS por adquirir una convicción más acorde con el Estado de Derecho, pues así como lo ha intentado en esos tres casos citados, es posible ampliar la mirada a otras normas constitucionales y legales o a principios generales del derecho, pudiendo exigir a la Administración la motivación de sus actos, o racionalidad o proporcionalidad en su decisión; o todo ese arsenal de técnicas que utiliza la CS en otras oportunidades en que realmente demuestra mayor prestancia jurisdiccional.

Es curiosa, por otra parte, la inexistencia de sentencias del Tribunal Constitucional al respecto, lo que es

indicativo de la ausencia de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad denunciando la ilegitimidad del art. 36 inc. 2º de la LOC de Municipalidades citado (el que, cabe recordar, no es de carácter orgánico constitucional).

(*) Cito según su transcripción en: Vergara, A.: "Nota sobre la caducidad como fuente de extinción de derechos y del decaimiento del procedimiento administrativo", en: *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, 2004, pp. 567-572.

(**) Sentencias sobre precariedad de permisos municipales de ocupación de bienes públicos (2019-2021):

Aburto Zúñiga, Marcos con Municipalidad de Santiago (2019): CS, 12 agosto 2019 (Rol 20.939.2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; AI: Pallavicini (r), Quintanilla. [casación].

Sindicato de Trabajadores Independientes con Club de Deportes Antofagasta S.A.D.P. (2019): CS, 26 septiembre 2019 (Rol N° 19686-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz, Prado; AI: Lagos (redactor), Pallavicini [protección].

Vera Castro, Elia del Carmen con Municipalidad de Buin (2020): CS, 21 febrero 2020 (Rol 2082-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, J.M. Muñoz, Sandoval, Vivanco; AI: Pallavicini (r). [casación].

Mora Figueroa, María con Municipalidad de San Bernardo (2020): CS, 12 Mayo 2020 (Rol 32.088-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d)(r), Sandoval; MS: Gómez; AI: Pierry, Quintanilla [protección].

Rafael Guajardo Donoso E.I.R.L. con Municipalidad de Antofagasta (2020): CS, 19 de mayo de 2020 (Rol 8190-2019), 3ª Sala. M: Mera, S. Muñoz, Sandoval (r); AI: Barra, Lagos. [casación].

Nicolaidis S.A. con SERVIU (2021): CS, 17 febrero de 2021 (Rol N° 104638-2020), 3a Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; A.I.: Pierry, Gajardo. [protección].

(***) Con la excepción del trabajo de: Román, Cristián: "Permisos municipales de ocupación de bienes nacionales de uso público: tendencias jurisprudenciales", en: *El derecho administrativo y la protección de las personas*, Santiago: Ediciones UC, 2017, pp. 79-100; recuento jurisprudencial en que el autor apoya la precariedad de los derechos de los permisionarios.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online