



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE.
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**“LAS FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LAS
MUNICIPALIDADES EN MATERIA DE PATENTES DE
ALCOHOLES”**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Alumno: Guicela Carolina Saldivia Herrera.
Profesor Patrocinante: Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Valdivia, Marzo de 2010

Valparaíso, 18 de marzo de 2010

Señor
Andrés Bordalí Salamanca
Director
Instituto de Derecho Público
Presente

De mi consideración:

Por la siguiente cumpla con informar y evaluar la Memoria de Prueba de doña Guicela Carolina Saldivia Herrera, titulada “Las facultades y atribuciones de las municipalidades en materia de patentes de alcoholes”.

El trabajo de la Srta. Saldivia consiste en un análisis doctrinal y jurisprudencial de las atribuciones que tienen los municipios en materia de patentes de alcoholes, especialmente desde la perspectiva de la revisión de los elementos y características de los actos administrativos autorizatorios, como de los mecanismos de impugnación de la validez de los mismos.

En este contexto, en el primer capítulo, la Srta. Saldivia realiza una descripción general de los elementos que configuran las potestades administrativas, los actos que emanan de ella y el control a que están sometidos dichos actos. Este capítulo es descriptivo y general, conteniendo una buena síntesis de la materia, lo que permite configurar una buena base de análisis para el desarrollo posterior del trabajo.

En el segundo capítulo, la estudiante aborda el tema de las concesiones y autorizaciones como actos administrativos. En este capítulo destaca la capacidad de conceptualización y síntesis desarrollado en el trabajo, sin perjuicio de lo cual comete algunos errores formales y excesos innecesarios. Así, la presentación formal de cada punto o la mención a normas generales en la materia (pp.15-16) que poco aportan al desarrollo posterior, quitan brillo y prestancia al trabajo, sin que ello implique un yerro insalvable del mismo.

En el tercer capítulo dedicado a la potestad municipal en materia de alcoholes, capítulo más relevante y creativo del trabajo, la Srta. Saldivia hace una exposición correcta de los principales problemas en esta área, enunciando algunos criterios de

solución relevantes. Si bien la exposición es en general correcta, es aquí donde se aprecian las principales falencias, ya que se realizan afirmaciones genéricas sin fundamento suficiente o se sigue de forma acrítica doctrina o pronunciamientos jurisprudenciales que deberían motivar un espíritu más crítico de la memorista. Así su afirmación categórica de la intangibilidad de los derechos que otorga la patente de alcoholes, haciendo imposible su revocación o invalidación, conectando su revisión con la expropiación (p.32) es una cuestión en extremos discutible, que ameritaría una discusión y problematización. Lo mismo ocurre con la afirmación acerca de la “naturaleza” reglada o discrecional del acto emanado del Concejo municipal (p.34), lo que si bien es coherente con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, requeriría un análisis más fino y crítico.

Por último, valga la pena hacer alguna observación a algunos errores formales que presenta la memoria, tanto en la digitación, la redacción y la ortografía (pp. 1, 4, 12, 17 y 21), los que sería pertinente revisar y corregir.

Ahora bien, las observaciones críticas anteriores no desmerecen el esfuerzo y el trabajo desarrollado por la Srta. Saldivia, lo que debe ser valorado en el contexto y nivel en que desarrolla esta tarea. Ello, además, sin dejar de valorar el gran trabajo de recopilación y síntesis que contiene este trabajo, lo que cumple con creces los estándares mínimos exigidos por la Escuela de Derecho.

Por lo antes expuesto, este profesor es de la opinión de calificar esta tesis con nota seis coma cero (6,0), salvo su mejor parecer.

pp. *Juan Carlos Ferrada Bórquez*
Juan Carlos Ferrada Bórquez

INDICE

<u>Introducción</u>	2
----------------------------	----------

Capítulo I “Potestades, actos administrativos y su control”

1.- Las potestades administrativas. Consideraciones generales	3
2.- Potestades administrativas y actos reglados y discrecionales	
2.1.- Elementos del acto administrativo	3
2.2.- Actos reglados y discrecionales. Distinción conceptual	4
2.3.- Distintas concepciones en torno a la discrecionalidad administrativa	5
3.- El control de los actos administrativos	6
3.1.- Fundamento y tipos de control de los actos administrativos	7
3.2.- Sobre el control de la discrecionalidad y técnicas de control	8

Capítulo II “Concesiones y autorizaciones como actos administrativos”

1.- Distinción conceptual entre: concesiones y autorizaciones	
1.1.- Introducción	10
1.2.- Autorización: concepto, clases y régimen jurídico	11
1.3.- Concesión, su relación con la autorización	13
2.- Concesiones y autorizaciones en el ámbito municipal	
2.1.- Normativa aplicable	15
2.2.- Concesiones	16
2.3.- Autorizaciones	17
3.- Los elementos que configuran las potestades administrativas en concesiones, autorizaciones en la esfera municipal	19
3.1.- En concesiones	19
3.2.- En autorizaciones de funcionamiento	20

Capítulo III: “Las potestad municipal en materia de patentes de alcoholes y su control”

1.- Aspectos generales	21
1.1.- Normativa aplicable	22
1.2.- Clasificación de patentes de alcoholes	23
2.- Elementos reglados y discrecionales de la potestad municipal de alcoholes	24
3.- Naturaleza del acto que autoriza un expendio de bebidas alcohólicas	32
4.- El control jurídico de las potestades municipales	
4.1.- Generalidades	36
4.2.- Tipos de control y mecanismos de impugnación de los actos administrativos municipales	36
4.2.1 Control administrativo	37
4.2.2 Control Jurisdiccional	38

<u>Conclusiones</u>	41
----------------------------	-----------

<u>Bibliografía</u>	44
----------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de cualquier actividad económica como manifestación de la libertad empresarial, no implica que su ejercicio sea efectuado de modo libre y absoluto, sino que debe estar sujeto a su compatibilidad con el interés público en sus más amplias manifestaciones (orden, seguridad etc.), en conjunto a comprobar el cumplimiento de las circunstancias objetivas que la regulan. Un ejemplo de aquello lo constituyen concesiones y autorizaciones, actos administrativos que respectivamente crean derechos o facultades y que permiten el ejercicio de una determinada actividad.

Es en este contexto donde municipios juegan un rol importante respecto a la puesta en marcha de tales actividades, a través del otorgamiento de concesiones y autorizaciones o permisos de funcionamiento. Específicamente, el despliegue de esta potestad y como la de muchos órganos de la Administración del Estado, implica un grado de intervención mayor o menor sobre los derechos de los particulares.

Es así como deviene relevante la configuración de la potestad en comento, en torno a si aquella debe ceñirse a parámetros objetivos y claramente establecidos en las normas que regule la actividad en concreto, generando a su vez certeza jurídica en el particular o si se crea una cierta incertidumbre en el solicitante de la concesión o autorización, por concurrir una potestad de carácter discrecional, donde el órgano autorizante posee un cierto margen de elección para actuar o no, o para elegir entre diversas alternativas igualmente posibles.

El presente trabajo intentará dilucidar el carácter que posee la potestad de la autoridad edilicia y como fruto de ésta, los actos que en virtud de ella se emiten y que en sentido amplio permiten el ejercicio de una actividad económica con o sin fines de lucro.

Específicamente las patentes de alcoholes es un acto que esconde una autorización de funcionamiento, donde por las características que reviste este tipo de actividades puede eventualmente generar situaciones constitutivas de amenaza al interés público (seguridad u orden público).

Determinar la configuración del acuerdo del concejo municipal en este ámbito, tiene por objeto perseguir la observancia en el cumplimiento del correcto ejercicio de poder y por tanto de fijar el tipo o régimen de control al que estarán sometidos. El control de los actos de la Administración municipal deviene importante cuando en virtud de la potestad administrativa que los reviste, se afecte o vulnere derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados, para lo cual es necesario determinar los distintos recursos administrativos o judiciales con los cuales contaríamos los particulares, al vernos afectados por las resoluciones municipales dictadas en materia de patentes de alcoholes.

Capítulo I: “Potestades, actos administrativos y control”

1.- Las potestades administrativas. Consideraciones generales

En todo ordenamiento jurídico el legislador atribuye a cada órgano de la Administración del Estado, una serie de potestades. Éstas se identifican con la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, esto es, “aquel dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”¹, lo que en el ámbito jurídico supone el ejercicio de poder de un órgano atribuido previamente por ley². De este modo, constituye el presupuesto de la actuación administrativa, un título que la habilita, programa y determina en distintos ámbitos, vinculando a un ente administrativo específico con la realización de un deber jurídico que implica la gestión de políticas públicas³.

La situación de general sumisión que genera hacia los administrados por el hecho de tolerar cada uno de los efectos jurídicos que de esas potestades se deriven, es uno de los rasgos que las caracteriza y diferencia a su vez de otro tipo de poderes jurídicos. Las potestades en comento encarnan a un poder especial, el llamado *Poder Público*, que crea supremacía frente a una masa de personas de modo genérico y abstracto. Funcionalmente, la Administración obedece a un interés extraño al que podría considerarse como propio de estos órganos, cuyos beneficiarios o titulares son la comunidad entera, un interés superior que es ejercitado de manera objetiva y que lo incita a actuar cuando éste lo requiera⁴. Esa es la razón por la que se le ha sido denominado *potestad/función*, donde el poder que ostenta, es del mismo carácter que la función administrativa para la cual ha sido creada, de modo que la actividad que ejerce se justifica por los fines que debe perseguir⁵.

De este modo entre la Administración y la ley, existe un vínculo de carácter positivo, donde el Derecho y ya no sólo la misma ley circunscribe de manera completa el ámbito de actuación administrativa⁶, de lo cual se deriva que la Administración debe someterse a aquella, objetivo que se logra a través de la definición legal de la esfera de actuación del órgano administrativo⁷.

2.- Potestades administrativas, actos reglados y discrecionales.

2.1.- Elementos del acto administrativo.

El cauce por el cual se concretiza una potestad administrativa es el acto administrativo, esto es, aquella “declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento, de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁸.

Los actos administrativos engloban distintas clases de elementos, que se pueden bifurcar en subjetivos, objetivos y formales⁹:

¹Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. <http://www.rae.es>

² Cfr. García de Enterría, E.; Fernández, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2008, Tomo I, p.451.

³ Cfr. Parejo, L.; Jiménez-Blanco A.; Ortega, L. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 460.

⁴ Cfr. García de Enterría, E.; Fernández, T-R. Ob. cit. pp. 453-455.

⁵ Cfr. De la Cuétara, J. *Las Potestades Administrativas*. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 20-21.

⁶ Cfr. García de Enterría, E.; Fernández, T-R. Ob. cit. pp. 445-450.

⁷ Cfr. Garrido, F. “La Administración y la Ley”, en *RAP*, Nº 6, sept.-dic.1951, pp. 127-128.

⁸ García de Enterría, E.; Fernández, T-R. Ob. cit. p. 552.

⁹ Ídem. pp.556-574.

Los elementos subjetivos, aluden a que un órgano de la Administración investido legítimamente y dentro de su competencia, puede dictar actos administrativos.

Los objetivos, comprenden por una parte el presupuesto de hecho, fin, causa, motivo, y por otra, la declaración, su contenido y objeto. El supuesto de hecho, corresponde a las circunstancias fácticas previstas en la norma que habilita la actuación del órgano, pudiendo ser en algunos casos de fácil constatación o involucrar una situación de mayor complejidad, donde se requerirá para su apreciación el uso de conceptos de valor o experiencia, u otras calificaciones jurídicas. El fin u objetivo a perseguir, se traduce en la satisfacción de una necesidad pública concreta que se proyecta como directriz de la actuación, en la que debe existir congruencia entre el acto y el fin (causa del acto administrativo), porque de lo contrario, se configuraría una desviación del fin impuesto a la potestad. El motivo, comprende las consideraciones que en concreto se presentan y que fundamentan el acto, siendo en consecuencia los motivos de hecho y derecho que lo ha impulsado a actuar.

En cuanto a la declaración, ésta puede ser de juicio, constancia o conocimiento. El contenido de la declaración se prevé siempre en la ley, refiriéndose a los efectos jurídicos que el acto pretende. A este respecto, se ha planteado la cuestión en torno a la inclusión de modalidades en ella (condición, plazo y modo), lo cual dependerá si la norma en concreto lo permite. El objeto, que debe ser lícito, determinado y posible, se refiere al comportamiento del administrado, de otro órgano o del titular de éste mismo, y que se manifiesta en dar, hacer o no hacer algo.

Por último, los componentes formales implican que el acto debe sujetarse a un procedimiento, a la forma en que se produce, en conjunto a que la decisión debe externalizarse hacia los demás sujetos de la manera en que se haya establecido en la norma (que generalmente será escrita).

2.2.- Actos reglados y discrecionales. Distinción conceptual.

Las potestades, como así también los actos administrativos, se pueden distinguir en reglados y discrecionales. La potestad reglada “es la que determina -en el plano normativo habilitante- la acción administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales, materiales y sustantivos, de suerte que dicha acción aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de la misma, mediante subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella”¹⁰. En este caso, se ha entendido que ocurre una “verificación o aplicación automática” de lo que ha establecido la normativa, en lo concerniente al presupuesto de hecho y sus consecuencias, de modo que la conducta desplegada no permite atisbo alguno de subjetividad¹¹.

Aquel tipo de potestad, contrasta notoriamente con lo que se entiende por potestad o actos discrecionales, “que en su definición normativa, no anticipa ella misma en todo o al menos en algunos de sus aspectos el resultado de su ejercicio, de suerte que en los

¹⁰ Parejo, L.; Jiménez-Blanco A.; Ortega, L. Ob. cit. p. 462.

¹¹ Cfr. García de Enterría, E.; Fernández, T-R. Ob. cit. p. 463.

correspondientes aspectos, remite la toma de decisión pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la propia Administración Pública”¹². Aquí ya desaparecería la aplicación automática de la norma atribuyente de potestad, surgiendo a favor de la Administración un *margen de apreciación* para configurar lo no establecido por la norma.

A su haber, la verdadera discrecionalidad a la que se hace referencia no es la discrecionalidad cognitiva (propia de la interpretación), sino que es la llamada discrecionalidad volitiva, la cual se desarrolla en el plano de la extracción de la consecuencia jurídica una vez predeterminado el supuesto de hecho, en el que la autoridad es libre para actuar o no (discrecionalidad de actuación) o bien, para elegir entre diversas alternativas previstas en la ley (discrecionalidad de elección)¹³.

Tal antagónica conceptualización, originó el criterio de distinción entre aquellas potestades: la adecuación entre el acto y el ordenamiento jurídico, excluyéndose de éste a los actos discrecionales (ya que para éstos no existía una normativa a la cual someterse), frente a la situación de los actos reglados, los únicos controlables por la jurisdicción¹⁴.

Este panorama configurado en la primera mitad del siglo XX, fue calificado como un “sistema de inmunidad judicial de los actos discrecionales”, en que prácticamente donde el juez constataba actos de ese tipo, renunciaba a su revisión. Situación revertida por el cambio de criterio doctrinal que permeabilizó a la jurisprudencia comparada, gracias a la constatación de elementos reglados en el acto discrecional (como en efecto lo es la potestad y competencia para ejercerla), aspectos que tuvieron la fuerza necesaria para no excluirlos de una fiscalización, constituyendo así la primera reducción a la discrecionalidad¹⁵.

2.3.- Distintas concepciones en torno a la discrecionalidad administrativa

Puesto de manifiesto que la discrecionalidad ha sido un fenómeno que ha originado profundas discusiones, esto lleva a analizar dos puntos no pacíficos ni consensuados: las principales concepciones que han girado en torno a tal concepto y cómo se articula el control judicial de los actos discrecionales, las tendencias y propuestas frente al tema.

Desdentado expone distintas concepciones de discrecionalidad¹⁶. La primera de ellas la considera como una actividad derivada entre la relación de la actuación administrativa y la ley, surgiendo la idea esencial del *margen de apreciación* que la caracterizaría. La apreciación subjetiva remitida por la ley respecto de las condiciones de ejercicio no reguladas por la norma, le otorga en consecuencia una facultad de elección en un contexto de indiferencia entre distintas soluciones posibles conforme a dicha norma. Pero tan sólo no habrá de atenerse a las alternativas que la norma habilitante estipule, sino que la norma se deberá tomar en cuenta respecto a su conformidad con el ordenamiento jurídico completo, de modo tal que el campo de indiferencia en el que se mueve la discrecionalidad ya no es relativa a la norma, sino que es total.

¹² Parejo, L.; Jiménez-Blanco A.; Ortega, L. Ob. cit. p. 462.

¹³ Por todos, Ídem, p. 469; Cordero, L. “Los hechos y supuestos de hecho para el ejercicio de las potestades administrativas. Aplicación a un caso práctico”, en *Revista de Derecho Público*, Nº 62, 2000, p. 187.

¹⁴ Cfr. Boquera Oliver, J. *Estudio sobre el Acto Administrativo*. Civitas, Madrid, 1990, p. 91.

¹⁵ Cfr. García de Enterría, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 34, mayo-agosto 1962, pp.167-168.

¹⁶ Cfr. Desdentado, E. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Distinción teórica y análisis jurisprudencial*. Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 55-65.

La segunda de ellas, niega que el elemento relevante sea el margen de apreciación. Se argumenta que la Administración al perseguir la satisfacción del interés público, (concepto jurídico indeterminado), no permite que exista margen para elegir la solución entre diversas alternativas igualmente posibles, sino que está condicionada a optar por la solución más adecuada, es decir, el órgano sólo concreta una idea previa de interés público. En definitiva, tal aseveración llevaría a postular la inexistencia de discrecionalidad en el actuar administrativo, dado que sólo se puede apreciar y valorar en cada caso la solución más adecuada al interés público. Esta visión, ha sido criticada por Desdentado en orden a que el obrar jurídica y técnicamente, no tiene cabida en una Administración inserta en un Estado que en la actualidad es socialmente complejo.

Las concepciones restantes, apuntan en primer lugar a que este concepto se refiere a actuaciones no susceptibles de control judicial; la segunda de ellas, la entiende como un campo de libertad de la Administración frente a los restantes poderes del Estado; y la última, la vincula con un núcleo de decisión condicionado por los términos legales en que se confiere la potestad y la actitud adoptada por los tribunales, en relación a reconocer un ámbito de discrecionalidad a la Administración excluido de control. Respectivamente, han sido criticadas por la autora en cuanto a que la falta de control no dice relación con lo reglado o discrecional del acto, siendo ambos conceptos distintos. En segundo término, la discrecionalidad no debe confundirse con la libertad, la que implica un poder de actuación exenta de controles o limitaciones. Y por último, que la política a seguir por los tribunales no puede ser la que configure la discrecionalidad de los órganos administrativos.

En último término, se ha dejado en claro que la toma de decisiones en un marco de discrecionalidad contiene un componente político, esto es, la apreciación de circunstancias particulares u oportunidad de la medida a adoptar. Este elemento sirve de fundamento a la necesaria existencia de discrecionalidad en las decisiones, puesto que frente a la imposibilidad de reducir los actos a una lógica reglada, la creación de este tipo de potestades es indispensable para que la Administración ejerza su apreciación subjetiva en pro del interés público¹⁷, constituyéndose en la “traducción jurídica más directa del poder político”¹⁸. Lo anterior no implica que la actuación discrecional se abstraiga del Derecho, de un control jurídico, circunscribiéndose a contrario al ámbito político, dado que las potestades nacen del mismo ordenamiento y al encontrarse componentes políticos en sus decisiones, no quiere decir más que los parámetros a los que se recurren no son sólo jurídicos¹⁹.

3.- El control de los actos administrativos

El control de los actos administrativos como cauce de materialización de la actuación de los órganos de la Administración del Estado, se encuentra ligado con la absoluta obligación de sujeción al ordenamiento jurídico. Así, la concurrencia de todo

¹⁷ Cfr. García de Enterría, E.; Fernández, T-R. Ob. Cit. p. 465.

¹⁸ Bocanegra, R. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas, Madrid, 2004, p. 49.

¹⁹ Cfr. Beltrán de Felipe, M. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 46-48.

poder jurídico requiere la existencia de un conjunto de vías de control, con el objeto de preservar la observancia del correcto ejercicio de tales potestades²⁰.

3.1.- Fundamento y tipos de control de los actos administrativos

Siguiendo a Pantoja, se puede caracterizar al control como “una actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo, según los patrones objetivos que sirven de base al control”²¹.

Se ha expuesto por Ferrada los distintos tipos de control existentes en general en nuestro ordenamiento y que han sido elaborados por la doctrina²². Se han reseñado las tipologías que distinguen entre:

- a) Control administrativo, jurisdiccional o parlamentario: según el órgano que lo realiza.
- b) Control interno y externo: en virtud de la relación del fiscalizado con el ente fiscalizador.
- c) Control a priori o posteriori: en razón de la oportunidad en que se efectúa.
- d) Control jurídico y de mérito, oportunidad y conveniencia: relativo al alcance del control.

Estas dos últimas clases cobran relevancia en el contexto de aplicación y control de los actos reglados y discrecionales, ya que si se observa el control en razón de la oportunidad de su realización, nos trasladará hacia dos estadios completamente distintos: el primero, en un órgano inserto en la Administración, como lo es la Contraloría General de la República (a priori) y el segundo, en un ente foráneo a la organización administrativa, los tribunales de justicia (a posteriori). Y naturalmente, el tema que atañe en mayor medida a tal tipo de actos: si la revisión se llevará a cabo centrándose en los aspectos reglados por el ordenamiento jurídico (control de legalidad), o bien, se basará en “todos aquellos aspectos constitutivos de la oportunidad o conveniencia del acto mismo”, en que se analizará además de su legalidad, su conveniencia para la Administración (control de mérito)²³.

Se ha estimado por Silva Cimma, que al ser el mérito del acto un aspecto subjetivo sometido a juicio del órgano que lo emite, el control debe llevarse a cabo por órganos administrativos de control interno, pero en el evento de realizarse un control externo, debe efectuarse con prudencia al punto de centrarse en los elementos objetivos que permiten su ejercicio, para así no coartar la función de la Administración²⁴. Por el contrario, otra posición doctrinal, ha entendido que el control de mérito se puede enmarcar dentro del control de legalidad y por tanto posible de llevarse a cabo y no ser excluido de la potestad jurisdiccional de los tribunales de justicia²⁵.

La dicotomía legalidad/ mérito, oportunidad y conveniencia, deviene relevante a propósito de la extinción del acto administrativo en sus variables revocación e invalidación, por cuanto esta distinción se funda en que la primera procede por causa de mérito, oportunidad y conveniencia -en tanto el bien común así lo merezca- y la segunda procede

²⁰ Cfr. Ferrada, J. “El principio de control en la Administración del Estado”, en *La Administración del Estado. Decenio 1990-2000* (Coord. Rolando Pantoja), ConoSur, Santiago, 2000, p. 593.

²¹ Pantoja, R. *La Organización Administrativa del Estado*. Editorial Jurídica, Santiago, 2004, p. 351.

²² Cfr. Ferrada, J. Ob.cit. pp.596-599.

²³ Silva, E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica, Santiago, 1992, p.47.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Soto Kloss, E. “Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, Nºs 43-44, enero-diciembre 1988, p.117 y ss.

por causa de ilegalidad. De esta forma, en nuestro Derecho a fin de establecer si procede o no la revocación de los actos, se efectúa el distingo entre actos reglados y discrecionales, siendo éstos últimos por esencia revocables por las mismas causas que permitieron que fuera dictado, a contrario de lo que sucede con los actos reglados que generalmente no admiten revocación²⁶.

En el Derecho comparado español, la revocación se haya limitada por el respeto a los derechos adquiridos, no así cuando recae sobre actos referentes a la organización administrativa o si son de gravamen o desfavorables para los privados, siendo problemático la situación de los actos declarativos de derechos (caso de algunas autorizaciones y concesiones), donde sin perjuicio de ser legítima su revocación, se cuestiona la causa y si procede o no derecho a indemnización²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, existe alguna posición en la doctrina que mantiene la posición de entender que se torna inadmisibile la revocación de un acto que si bien no crea derechos subjetivos, origina una condición de eficacia para el ejercicio de un derecho preexistente, debido a que la teoría de los derechos adquiridos ha evolucionado hasta englobar toda situación de ventaja o efecto favorable hacia un particular²⁸.

3.2.- Sobre el control de la discrecionalidad y técnicas de control

Como se expuso anteriormente, el control que versa sobre si el acto administrativo se ajusta a lo dispuesto tanto en la Constitución, como en leyes o reglamentos, es el llamado control de legalidad que puede ejecutarse de modo previo o posterior a su dictación²⁹.

En lo relativo al control de la discrecionalidad, una posición influyente en la jurisprudencia comparada ha sido la defendida por T-R. Fernández, que ha conllevado a un control judicial total o pleno. Según su opinión, no ve complicación alguna en la exigencia constitucional de control judicial con el propósito de diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad. Todo esto, a la luz de una motivación suficiente de las decisiones de la Administración, en que ésta de cuenta de sus propios actos, que vierta las razones por las cuales se mueve a elegir entre diversas alternativas posibles y cotejarlo con la realidad, lo que a su vez que constituye una garantía esencial de un Estado de Derecho. Que los órganos administrativos sean juzgados, requiere que estos mismos examinen y razonen de una forma más adecuada las distintas soluciones posibles y de modo ecuánime³⁰.

Desde otra perspectiva opuesta, Parejo sostiene que el exorbitante control judicial de los actos emanados de potestades discrecionales se ha originado por una inadecuada y excesiva interpretación del principio de legalidad de la Administración, lo cual suscita que se replantee a la luz del Estado democrático de Derecho, lo relativo al alcance e intensidad de ese control. Según este autor, el paso desde un Estado liberal a un Estado democrático y

²⁶ Cfr. Silva, E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992, pp.152-160. También se distingue entre actos con efectos generales y particulares, siendo revocables absolutamente los primeros y dependiendo de si conceden un beneficio o gravamen en la segunda situación.

²⁷ Cfr. Parada, J. *Derecho Administrativo. Parte General*. Marcial Pons. Madrid, 2000, p. 249.

²⁸ Cfr. Morell, L. *Curso de Derecho Administrativo*. Aranzadi, Pamplona, 1999, Tomo II, p. 276.

²⁹ Silva, E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Ob. cit. p. 46.

³⁰ Cfr. Fernández, T-R. "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 76, oct.-dic.1992, p.511 y ss. (CD Reda).

social de Derecho, ha implicado un cambio en el reparto de competencias hacia la Administración (en el que han ido perdiendo terreno las potestades absolutamente regladas) y que frente a los postulados tradicionalistas de la concepción de Estado de Derecho, esto es, un total sometimiento de la Administración al Derecho a través del control de su actuación, es menester que ya no se analice el control judicial en términos estrictos de sumisión del poder administrativo al Derecho. Las consecuencias generadas de tal estado de la cuestión, ha conducido a la pérdida de seguridad jurídica, desde que es el juez quien tiene la última palabra en cuanto a establecer el límite entre la legalidad y la oportunidad³¹.

Este replanteamiento, se ha manifestado a través de la *reivindicación de la discrecionalidad administrativa*, a partir de la variación de modelo estatal en comento, lo que justificaría fuertemente las potestades discrecionales. Juega así un rol central la predeterminación legal del acto, ya que en tal supuesto el control debe ser pleno al punto de que ante alguna inconsecuencia entre el acto y su programación, podría el juez anular o sustituir tal acto. En caso contrario, si hay discrecionalidad, el control toma ribetes destinados exclusivamente a verificar el cumplimiento de los elementos reglados o jurídicos de la actuación, no procediendo en ese caso la sustitución de la decisión³².

Por lo visto, el tema de la existencia de la discrecionalidad y de un control jurídico no es problemático ni cuestionable, sino que la discusión se traslada al control mismo, al alcance de la intervención judicial en un plano de discrecionalidad administrativa.

En cuanto a las técnicas de control, García de Enterría distingue a la discrecionalidad de los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, categoría jurídica que no obstante a que su mención en la norma no se desarrolle con exactitud, no involucra que su aplicación sea indeterminada, ya que sólo permiten una única solución justa en cada caso. Con todo, se ha entendido que es un proceso de carácter reglado resultante de encuadrar a una determinada categoría legal, circunstancias fácticas específicas mediante un proceso que relaciona la comprensión de la realidad y el sentido que la misma norma le ha querido otorgar al concepto, lo que carece de similitud con la discrecionalidad, en tanto aquí existe libertad de elegir entre varias soluciones aplicables³³. Asimismo, en tales conceptos existiría un ámbito certeza positiva (supuestos que caben en el concepto), un halo de incertidumbre (supuestos de dudoso encaje) y un ámbito de certeza negativa (supuestos que no se engloban en el concepto), donde en el halo de “incertidumbre” surge un cierto margen de apreciación, pero no de discrecionalidad³⁴.

Por otra parte, el mismo autor estableció las primeras técnicas de reducción que sirvieron de base a un control judicial³⁵. En primer lugar, el control a través de los *elementos reglados* del acto discrecional, donde el *fin*, generó una de las primeras técnicas de control: “la desviación de poder”. En segundo lugar, el control a través de los *hechos determinantes de la decisión*, configuran el supuesto de hecho, la realidad sobre la que se

³¹ Cfr. Parejo, L. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Tecnos, Madrid, 1993. pp. 22-31.

³² Cfr. Ídem. pp.102-103. Según Parejo, en la sustitución de la decisión, radicaría la ruptura de los límites del control judicial, ya que la razonabilidad, no es una entidad objetiva y concreta, ni menos manejable objetivamente.

³³ Cfr. Por todos, García de Enterría, E.; Fernández, T-R. Ob. cit. pp. 467-469.

³⁴ Parada, J. Ob. cit. p. 102.

³⁵ Cfr. Ídem. pp. 476-487.

mueve la potestad discrecional. Esta realidad al ser una sola, su constatación es precedente a que la misma Administración califique jurídicamente los hechos. En tercer lugar y cerrando el círculo de técnicas clásicas de control, se encuentran los *principios generales del derecho*, que otorgan el fundamento a todo ordenamiento jurídico, buscando de este modo que la decisión cuestionada se explique o fundamente mediante alguno de estos principios (buena fe, proporcionalidad, confianza legítima, igualdad etc.).

Por último, las técnicas tildadas como modernas, aluden a que la actuación de un órgano administrativo debe responder a dos cuestiones esenciales dentro del contexto constitucional. Primero, que su actuar se conforme a los intereses generales en conjunto con ser razonable, racional, proporcional y no arbitraria, caracteres que en su totalidad, tendrán como finalidad la tutela judicial efectiva de derechos de los ciudadanos³⁶.

En cuanto a la *racionalidad*, se examina la coherencia interna de la decisión, la adecuación lógica entre ésta y el supuesto de hecho en el que se basa y como se efectúa el proceso interno de la toma de decisión, esto es, de los factores relevantes considerados en la medida adoptada, ya que puede suceder que la decisión se base en aspectos irrelevantes o que se haya prescindido de cuestiones de importancia capital³⁷.

El principio de *proporcionalidad*, implica analizar en primer lugar la idoneidad de la medida en relación al fin, cuestión no del todo sencilla, porque demanda efectuar un presagio de los efectos del acto; en segundo lugar, que la alternativa escogida sea la menos gravosa, atendiendo a la afectación de los derechos e intereses de las personas en relación a la alternativa electa: en tercer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto convoca al juez a estudiar la medida de manera apartada, de modo tal que se sopesen las ventajas y desventajas de la decisión tomada, con el único fin de estimar si se conforma o no al interés público³⁸.

Finalmente, la discrecionalidad se debe distinguir de un concepto radicalmente opuesto: la *arbitrariedad*, constituyendo la diferencia entre ambos un aspecto que recae en todo acto administrativo, la motivación. El fundamento apropiado dependerá en cada caso del tipo de discrecionalidad, cuestión que en principio no puede ser predeterminada, siendo posible afirmar que mientras mayor sea el margen de subjetividad, el esfuerzo de fundamentar correctamente las decisiones debe ser hecha en un sentido más fuerte³⁹.

Capítulo II: “Concesiones y autorizaciones como actos administrativos”

1.- Distinción conceptual entre autorización y concesión

1.1.- Introducción

La doctrina comprada establece que los actos que difieren en razón de los efectos que generan hacia los particulares, son aquellos que crean o no derechos o facultades y aquella actuación que limita, impone o extingue derechos por razones de interés público⁴⁰.

³⁶ Cfr. Beltrán de Felipe, M. Ob. cit. pp. 82-83.

³⁷ Cfr. Desdentado, E. Ob. cit. pp. 221-224. No se ha expuesto el principio de razonabilidad debido a que este se ha tratado en el Derecho Anglosajón y ha sido fuertemente cuestionada su inclusión como criterio por la doctrina española.

³⁸ Cfr. Ídem. pp. 241-248.

³⁹ Cfr. Fernández, T-R. *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. Civitas, Madrid, 1991. pp. 105-111.

⁴⁰ Cfr. Cassagne, J. *La intervención administrativa*. Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1992, p. 75.

Esta tipología entraña a un poder del Estado que a fin de mantener el orden público, intervino en la actividad de los particulares limitando sus derechos. Esta actuación conocida como “actividad de policía”, evolucionó hasta alcanzar variados ámbitos (economía, salud), abandonando la concepción que la caracterizó en sus albores, reducido a mantener la seguridad ciudadana. Así las cosas, la justificación de esta intromisión fue reemplazado por una expresión abstracta e indeterminada, el “interés público protegible o relevante” que pretendía entonces abarcar un sin fin de materias en sectores de diversa índole⁴¹.

En el contexto de las técnicas de intervención administrativa, cobra relevancia la incidencia de tales actos sobre los derechos que nacen y se incorporan al patrimonio de los sujetos, los que están cubiertos por distintas garantías a nivel constitucional y legal⁴².

1.2.- Autorización: concepto, clases y régimen jurídico.

Sin perjuicio de que amplíe la esfera jurídica del particular, la autorización se erige como limitación de los derechos o libertades que se han permitido ejercer a causa de ella⁴³.

Dos posiciones tradicionales y aparentemente contrapuestas, emprendieron una aproximación conceptual en torno a esta institución jurídica. La primera de ellas impulsada por Mayer, indica que la autorización levanta una prohibición previa impuesta al ejercicio de una actividad. La doctrina italiana de Raneletti, señala que detrás de una autorización encontramos un derecho subjetivo preexistente para ejecutar la actividad, la que elimina las cortapisas que impiden su ejercicio. Con todo, tales posturas son perfectamente constatables dependiendo del carácter de la autorización, que en un caso se asemejará a la primera acepción si es discrecional o se acercará a la segunda si es de orden reglada⁴⁴.

La técnica autorizatoria cobija tanto autorizaciones en sentido estricto (autorizaciones de policía), permisos o licencias, etc., que no obstante su distinta denominación y objeto, la doctrina trató de unificar en un concepto único. Se realizaron diferenciaciones y semejanzas poco felices, resultando infructuoso el esfuerzo de reunir en una sola categoría a tan variable gama de actos en común⁴⁵. Aquellos supuestos, serían “estructuralmente análogos en razón de la titularidad del derecho que se ejercita y de la posición que respecto al mismo ofrece la conducta de la Administración”⁴⁶.

A modo de crítica a las concepciones tradicionales, alguna doctrina la entiende como una “declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad....sin prejuzgar, pues, la preexistencia de un derecho, su ejercicio vendrá supeditado a la correspondiente declaración administrativa sobre su compatibilidad con el bien público...”⁴⁷, ante lo que Desdentado estima como un concepto capaz de

⁴¹ Cfr. Villar, J. *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*. Civitas, Madrid, 1999, pp. 43-56.

⁴² Cfr. Cassagne, J. Ob. cit. p. 75.

⁴³ Cfr. Ídem. p. 87.

⁴⁴ Cfr. Villar, J. Ob. cit. pp. 82-83.

⁴⁵ Cfr. García de Enterría E.; Fernández, T-R. Ob. Cit. Tomo II, pp. 133-135. En la legislación española, el vocablo licencia se utiliza generalmente en material urbanística y los permisos en la legislación de tráfico y de armas.

⁴⁶ Martín-Retortillo, S. “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, en *Revista de Administración Pública*, N° 24, sept.-dic. 1957, p.149.

⁴⁷ Cfr. Martín, R. “Silencio administrativo y actividad autorizante”, en *Revista de Administración Pública*, N° 48, sept.-dic.1965, p.214.

abarcar tanto autorizaciones regladas o discrecionales, como declarativas y constitutivas, pero al que debe adjuntarse aspectos distintivos, como bien lo son, la prohibición previa que existe al ejercicio de la actividad, en conjunto con tener presente la existencia de autorizaciones donde efectivamente preexiste un derecho⁴⁸.

El autor Laguna de Paz, quien aún propugna a la autorización como categoría unitaria, expone sus rasgos comunes: es una declaración de voluntad y declarativa de derechos; su fundamento se encuentra en el daño eventual -hacia terceros o interés general- o en la intensidad del uso que requiere; se efectúa por medio de ella un control de legalidad u oportunidad, donde en muchos casos existe un derecho preexistente al ejercicio de una actividad⁴⁹. Por tal razón, se ha establecido que la autorización no siempre alude a derechos subjetivos en sentido estricto, sino también a una libertad o a un interés legítimo en obtenerla, esto es, se refiere a un acto que constituye una condición de eficacia de una situación jurídica activa⁵⁰.

Precisada una aproximación, García de Enterría ha elaborado clases de autorizaciones, las que no son excluyentes entre sí. Distingue entre:

a) Autorizaciones simples u operativas: si el control de la actividad se efectúa a priori limitándola negativamente según ciertos parámetros, o si además de aquello, encamina la actividad a través de determinadas directrices, planes o programas.

b) Por operación o de funcionamiento: si el objeto de la autorización es una operación específica, o si por el contrario la actividad se extenderá indefinidamente en el tiempo, creándose una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado.

c) Reales o personales: si la autorización se concede en función de las circunstancias personales del solicitante, del objeto de la autorización o si conjugan ambos tipos.

d) Regladas o discrecionales: si se otorgan en base a requisitos preestablecidos, o si existe un margen de decisión en su otorgamiento⁵¹.

Para reforzar lo anterior, en la legislación española se ha afirmado que el vocablo “licencia” se utiliza para aludir a autorizaciones de orden reglada, donde si existe un derecho preexistente del particular para exigir su otorgamiento, lo que a contrario no equivale a plantear que generalmente cuando hay potestad discrecional en su otorgamiento, no existe un derecho subjetivo preexistente⁵². Adicionalmente, se ha asentado en doctrina el principio de que no existen autorizaciones absolutamente regladas o discrecionales, por cuanto ambos elementos se encuentran, dependiendo del caso, en proporciones distintas⁵³.

En último término, Santamaría Pastor expone que “no es posible trazar las líneas generales de un régimen común que sencillamente no existe”, por tanto su regulación se

⁴⁸ Cfr. Desdentado, E. *El precario administrativo: Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones a precario*. Aranzadi, Pamplona, p.67.

⁴⁹ Cfr. Laguna de Paz, J. “La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y el caribdis del relativismo”, en VVAA, *La autorización administrativa, la autorización electrónica, la enseñanza del derecho administrativo hoy: Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 27-29.

⁵⁰ Cfr. Morell, L. Ob. cit. p. 67.

⁵¹ Cfr. García de Enterría; Fernández, T-R. Ob. cit. Tomo II, pp. 137-148.

⁵² Cfr. Villar, J. Ob. cit. p. 84.

⁵³ Cfr. Santamaría, J. *Principios del Derecho Administrativo General*. Iustel, Madrid, 2004, p. 265.

encontraría prevista en diversas normas sectoriales, pudiéndose plantear generalidad en 3 aspectos:

a) Otorgamiento: a través de un procedimiento reglado iniciado a instancia de parte.

b) Transmisibilidad: la autorización como acto no es transmisible, pero sí los derechos que de ella emanen, siempre que en principio se trate de autorizaciones reales y no personales.

c) Cláusula sin perjuicio de tercero: indica que el órgano que expide una autorización no cuestiona la titularidad de quien la solicita y se otorga sin perjuicio de intereses que posean terceros respecto del objeto o contenido del acto⁵⁴.

Respecto a su revocación, se ha tendido que al ser la autorización un acto declarativo de derechos que se incorporan de modo definitivo al patrimonio, encuentra permitida su revocación en casos especialísimos a fin de resguardar las causas de interés público, cuando éstas puedan variar de modo posterior a la autorización⁵⁵. No obstante a ello, la revocación posee el carácter de última *ratio*, porque se hará efectiva cuando se hayan agotado las instancias de corrección y adaptación de la actividad a las nuevas normas y exigencias de interés público, inclusive, el órgano autorizante debe modificar el contenido de la autorización inicial. Este tema se conecta en concreto con las autorizaciones de funcionamiento, donde la autorización se vincula tanto a las circunstancias que concurren a su otorgamiento, como el condicionamiento de las mismas a la compatibilidad con la actividad autorizada, vulnerándose así el principio de intangibilidad de los actos declarativos de derechos⁵⁶.

1.3.- Concesión, su relación con la autorización

Concesiones y autorizaciones han sido instituciones constantemente diferenciadas por parte de la doctrina. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha señalado que concesión es “un acto o contrato administrativo que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o que transfiere al particular un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía totalmente”. En el primer caso alude a las concesiones constitutivas -concesión de personalidad jurídica, nacionalidad, entre otros - y en el segundo, a las concesiones traslativas -concesiones de servicio, obra y dominio público- donde se constituyen derechos sobre funciones o bienes publicados, cuyo titular exclusivo es la Administración⁵⁷.

De lo anterior se desprende que la diferencia entre ambos tipos de concesión, radica en el origen de los derechos que nacen a favor del concesionario, por cuanto en el primer caso nace de una transferencia de derechos desde la Administración y en el segundo, se

⁵⁴ Cfr. Santamaría, J. Ob. cit. pp. 267-270.

⁵⁵ Cfr. Morell, L. Ob. cit. p. 71.

⁵⁶ Cfr. García de Enterría E.; Fernández, T-R. Ob. Cit. Tomo II, pp. 140-141. En la legislación española de licencias en el ámbito local (Art. 16 RCSL), existen 3 tipos de revocación, donde habrá derecho a indemnización dependiendo de las causas de la revocación y la naturaleza del derecho afectado.

⁵⁷ Considerando 6º del fallo de casación en el fondo. Corte Suprema, 22 de julio de 1966, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2º parte sección 1º. Santiago, 1966, p. 277. Cit. por Montt, S. *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Conosur, Santiago, 2002, pp.321-322.

originan desde el mismo ordenamiento jurídico⁵⁸. La autorización en cambio, opera sobre un derecho preexistente del titular que solicita la autorización, declarando la Administración su compatibilidad con el interés público. La intervención del órgano autorizante en ese caso será leve, a diferencia de la concesión traslativa, donde la Administración sigue siendo titular del derecho, permitiendo el despliegue de su potestad de vigilancia sobre la actividad concesionada⁵⁹.

No obstante a ello, se ha observado hipótesis donde tales caracterizaciones no son tales, en tanto existen supuestos de autorización donde no hay un derecho preexistente del administrado, y concesiones que recaen sobre actividades no publicadas o actividades, que al ser efectivamente servicios públicos, son ejercidas por los particulares mediante autorizaciones y no concesiones. El uso de tales criterios ha sido parte simplemente de una técnica política, que tiene como fin un menor o mayor control sobre determinadas actividades por parte de la Administración⁶⁰.

De este modo, la diferencia basada en el criterio de preexistencia o no de un derecho, y en consecuencia su carácter constitutivo o declarativo, ya no es relevante para determinar cuando estamos ante un caso u otro, ni menos que la intervención administrativa será leve o más intensa al tratarse de autorizaciones o concesiones, respectivamente.

Es en el ámbito de los bienes de dominio público, es decir, aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación⁶¹ (como calles, plazas, puentes, caminos, etc.), donde concesiones y autorizaciones convergen. Importante es recordar que no obstante la técnica autorizatoria alberga distintos actos con variable denominación (autorizaciones, permisos, licencias), éstas apuntan a un mismo fin que no es otro que permitir el ejercicio de derechos removiendo las cortapisas que impedían su ejercicio. Sin embargo, respecto de los bienes demaniales pueden recaer concesiones y dos tipos de permisos: un permiso homologable a una autorización y el permiso de ocupación, respecto del cual se discute si sea asemeja o no a una concesión.

Los usos que admite el demanio se distinguen en uso común (general y especial) y uso privativo. El uso común general le corresponde a todos los habitantes sin un título para aquello; el especial, requiere de un simple permiso administrativo por las características que reviste (peligrosidad o escasez), y no es más que una autorización en sentido estricto. El uso privativo, al excluir de su utilización al resto de los particulares, puede ser objeto de concesiones o permisos de ocupación no identificables con una autorización de policía, por no existir un derecho previo a usarlos privativamente⁶².

En cuanto a este último tipo de permisos, existen dos posiciones en la doctrina que como se mencionó, intentan esclarecer su naturaleza. La primera de ellas, entiende que es un acto concesional porque otorga un derecho sobre un uso aunque pasajero y de poco valor económico-social. No obstante a ello, su distingo recae en la precariedad del permiso,

⁵⁸ Cfr. González, A. *La concesión, acto administrativo creador de derechos*. Editorial Jurídica, Santiago, 1965, p. 27.

⁵⁹ Cfr. Santamaría, J. Ob. cit. pp. 262-263.

⁶⁰ Cfr. Por todos, Santamaría, J. Ob. cit. p. 263-264; García-Trevijano, J. *Los Actos administrativos*. Civitas, Madrid, 1986, pp.243.244, quien califica éstos actos como “autorizaciones concesionales”, en actividades que sin ser objetos de servicio público, la Administración interviene regulándola en amplios sentidos.

⁶¹ Artículo 589 del Código Civil Chileno.

⁶² Cfr. Montt, S. Ob. cit. p. 264 y ss.

figura que hace referencia a un acto de la Administración contenida en una cláusula o en la ley, por el que pone término al título conferido, con o sin derecho a indemnización. Tal situación, se debe a que los derechos que otorga el permiso son generalmente débiles o condicionados, a contrario de lo que ocurre con las concesiones, que no obstante a ser eventualmente objeto de revocación por causa de interés público, al originar derechos subjetivos “perfectos” sobre una ocupación de carácter estable y duradera, no le cabe más al concedente que indemnizar daños y perjuicios ocasionados por su término anticipado⁶³.

Silva Cimma en tanto, estima que es un acto unilateral y de mera tolerancia de la Administración, que no confiere derechos al permisionario y expresa que: “la diferencia entre una y otra figura incide en la menor o mayor precariedad de la medida y en las posibilidades más o menos ciertas de acceder a una indemnización en caso de término anticipado de la misma...”⁶⁴.

En consecuencia, se puede distinguir plenamente entre concesión y autorización, dentro de la que se encuentran autorizaciones, permisos o licencias, pero en el ámbito de los bienes de dominio público, se debe diferenciar entre concesiones, simples permisos y permisos de ocupación, a efectos de determinar la configuración de los derechos que confiere al particular.

2.- Concesiones y autorizaciones en el ámbito municipal

2.1.- Normativa aplicable

Analizadas cada una de las distintas categorías en cuestión, es deber ahora hacer mención a estos actos administrativos a nivel municipal. Es pertinente precisar que nuestra legislación al igual que la española, no ha escapado a imprecisiones terminológicas en cuanto a la calificación de aquellas categorías, donde autorizaciones o permisos son en realidad concesiones y viceversa. Por tanto, el estudio de cada una de ellas debe prescindir de su denominación y abocarse a “lo que son y no a lo que dicen ser”⁶⁵.

El Art. 1º de la Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante LOCM), establece que la administración de cada comuna reside en una municipalidad, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comuna. Es en este ámbito donde el municipio ejerce sus potestades y en específico su intervención en el campo de las concesiones, permisos y autorizaciones, en relación a la actividad de los particulares. De igual manera, el Decreto Nº 2.385 que fija el texto refundido y sistematizado del DL 3.063 sobre rentas municipales (en adelante LRM), configura tal potestad, sin perjuicio de las normas sectoriales que intervengan en la materia, en conjunto con las ordenanzas municipales respectivas. Tal normativa se encuentra complementada con el Decreto Nº 484 de 1984 de Ministerio de Interior, que reglamenta los arts. 23 y ss. de la LRM.

⁶³ Cfr. Ibídem. En el mismo sentido, Vid. Desdentado, E. Ob. cit. pp.72-74. La diferencia entre la autorización (permiso) y concesión demanial radica en la intensidad de la utilización, siendo ambos actos administrativos.

⁶⁴ Silva, E. *Derecho Administrativo... Actos, Contratos y Bienes*, Ob. cit. pp. 282- 284.

⁶⁵ Cfr. Por todos, Montt, S. Ob. cit. pp.316-317; Reyes, J. *Naturaleza jurídica del Permiso y de la Concesión en los Bienes Nacionales de uso público*. Editorial Jurídica, Santiago, 1960, p. 171.

Su competencia, tiene directa relación con las funciones que le han sido encomendadas (privativas, relacionadas), señaladas en los arts. 3 y 4 de la LOCM, abarcando aspectos urbanísticos, de transporte, aseo y ornato, salud, entre otros.

El tema en cuestión está íntimamente ligado con la actividad financiera de los municipios, ya que éstos establecen y reciben el pago de derechos por el otorgamiento de concesiones, permisos y servicios que presten -Art. 3 e) LOCM, 40 LRM - e impuestos por concepto de patente municipal y de otro tipo de permisos -Art. 23 LRM-⁶⁶.

En adelante, se hará referencia a autorizaciones y concesiones más relevantes que se otorgan en los municipios, donde la normativa aplicable en específico dependerá de cada acto administrativo.

2.2.- Concesiones

La LOCM en su artículo 36, establece que los bienes municipales o nacionales de uso público administrados por el municipio (incluido su subsuelo), podrán ser objetos de concesiones y permisos, los que serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto sin derecho a indemnización. Pero no obstante a que las concesiones otorguen el derecho al uso preferente del bien, los municipios podrán darles término en cualquier momento al sobrevenir menoscabo o detrimento al bien común, o cuando concurren otras razones de interés público. Agregando, que no tendrá el concesionario derecho a indemnización cuando el término anticipado se haya producido por incumplimiento grave de sus obligaciones.

Aquí se puede observar, que sólo se caracterizó al permiso como “esencialmente precario”, lo cual carece de sentido, por cuanto ambos actos son precarios. Lo que viene a denotar el rasgo público de aquellos bienes, dado que siempre pueden verse afectados por causa de interés general. Lo más probable es que el legislador quiso resaltar la mayor precariedad de los permisos respecto de las concesiones.

Cabe agregar que éstas últimas no se restringen sólo al ámbito de los bienes de dominio público, sino que se aplican de igual modo a los establecimientos que administren o servicios que presten los municipios (Art. 8 LOCM). Pero al tenor de la normativa citada, no se diferencia en que ocasiones procede conceder un permiso o concesión, por lo que será permiso o concesión según la forma en que el municipio lo haya otorgado⁶⁷.

Asimismo, la LRM en sus artículos 6, 10 y 41 en sus distintos numerales, señala distintas actividades y servicios que pueden ser objeto concesiones o permisos, entre los que se destacan la extracción de residuos sólidos domiciliarios, servicio de agua potable (en el evento de que tengan a su cargo su explotación), permiso de circulación, permiso para instalación de publicidad, ejercicio de comercio ambulante, instalaciones o construcciones en bienes nacionales de uso público (kioscos, instalación de alumbrado), entre otras.

El Art. 41 de la LRM al disponer “entre otros servicios, concesiones o permisos por los que las municipalidades están facultadas para cobrar derechos...”, deja abierta la posibilidad de fijar otros de su mismo carácter en una ordenanza respectiva. Ejemplo de

⁶⁶ Los aspectos tributarios no serán analizados, debido a que excede del estudio del tema propuesto.

⁶⁷ Cfr. Herrera, J. *Patentes Municipales*. Conosur, Santiago, 2000, p. 108.

aquello es la administración de cementerios, terminal de buses, estadios, teatros, museos, piscinas, parquímetros, parques, entre otros⁶⁸.

El tema las concesiones y permisos se encuentra vinculado con las patentes municipales (de las que se hablará más adelante), en cuanto a que el derecho municipal (pago que efectúan quienes obtengan del municipio un permiso de ocupación o concesión sobre un bien municipal o nacional de uso público), es distinto de la patente municipal que grava la actividad que se puede ejecutar en tales bienes, pudiendo concurrir dependiendo de la actividad, un permiso o concesión y una autorización de funcionamiento. Un ejemplo de ello lo constituye el caso de los feriantes, donde la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República (en adelante CGR), ha sido clara al establecer que aquellos se encuentran afectos al pago de patente municipal y de derechos municipales por el permiso de ocupación de un bien nacional de uso público. Distinta es la situación de los comerciantes ambulantes, quienes por no ejercer el comercio de modo establecido, pagan sólo un permiso de ocupación⁶⁹.

Es importante precisar, que no todos los permisos de ocupación y concesiones se conceden en el municipio (es el caso de las playas, que su concesión se otorga a través de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional), pero sí se relacionan con una autorización y patente municipal que deban otorgar la autoridad edilicia cuando aluda al ejercicio de alguna actividad lucrativa⁷⁰.

2.3.- Autorizaciones

Indistintamente se denominen licencias, permisos o autorizaciones, en su generalidad alude a aquella actuación del municipio que permite la realización de una actividad, removiendo los límites que impedían su ejercicio y ampliando la esfera jurídica del sujeto autorizado, velando en todo caso por el interés público comprometido.

Como ejemplo de cada una de las denominaciones señaladas, encontramos entre muchas otras, a las llamadas licencias de conducir, permisos de circulación, permisos de edificación o autorizaciones de funcionamiento de las actividades gravadas con patente municipal.

En adelante, se hará referencia a una de las autorizaciones relevantes desde el punto de vista de su otorgamiento y los derechos que permite ejercitar: las autorizaciones de funcionamiento de una actividad gravada o no con patente municipal⁷¹ (industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lucrativa). En estos casos, su diversa categorización a la luz de los distintos criterios clasificatorios de las autorizaciones, dependerá de la configuración de la actividad u operación en concreto. Las autorizaciones de este tipo, son el ejemplo más común y fuente principal de recursos municipales, pero dentro de este

⁶⁸ Ordenanza N° 94, de 24 de octubre de 2008, de la Ilustre Municipalidad de Santiago.

⁶⁹ Ugarte, J. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilena. Leyes administrativas sobre municipalidades*. Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 101.

⁷⁰ Cfr. Herrera, J. Ob. cit. p. 109.

⁷¹ Cfr. Herrera, J. Ob. cit. p. 88. Las actividades no gravadas con patente municipal de igual modo deben solicitar la autorización de funcionamiento respectiva, para que así se respete el plan regulador comunal. Lo que se desprende de los artículos 142 y 145 LGUC.

género la intervención municipal y de otros organismos dependerá como se dijo, de la actividad de fondo y la regulación que la sustenta.

Deviene relevante efectuar el distingo entre patente municipal y permiso o autorización de funcionamiento, debido a que constituyen conceptos diferenciados, sin perjuicio de que la autorización en muchos casos sea un trámite previo. La patente corresponde por una parte a un impuesto directo, una contribución a beneficio municipal distinto de los derechos municipales (que recaen sobre los permisos y concesiones) y que salvo el caso de las patentes profesionales, grava el patrimonio de los contribuyentes⁷². De todos modos no hay necesidad de caracterizarlo categóricamente como un tributo⁷³, ya que aunque se pague una contribución por ella, finalmente existe detrás una autorización administrativa que permite ejercer una actividad.

En definitiva, el sentido que se le dará a la patente municipal a efectos de su análisis es la de autorización, la que supone el pago de una contribución municipal.

Dicho lo anterior, la autorización de funcionamiento en la generalidad de los casos implica en términos prácticos que la autoridad edilicia debe comprobar el tipo de actividad a desarrollar, el lugar de funcionamiento, las condiciones sanitarias, de seguridad mínima y cualquier otro requisito que imponga la ordenanza local, ley o reglamento exigido para cada tipo de actividad y establecimiento⁷⁴.

Las patentes contempladas en la LRM se clasifican en comerciales, industriales, profesionales y de alcoholes, existiendo para todas ellas normas comunes. Estas normas son la Constitución Política de la República (artículos 19 N°s 16 y 21); LOCM, LRM; Decreto Supremo N° 484 de 1980, Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes de la LRM; Ley General de Urbanismo y Construcciones, DFL N° 458 de 1976 (en adelante LGUC); Ordenanza General de la LGUC, Decreto Supremo N° 47 de 1992 (en adelante OGUC); Código Sanitario, DFL N° 725 de 1967 del Ministerio de salud (en adelante CS). Respecto de las patentes de alcoholes, su regulación se contiene en la Ley N° 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas y las normas propias de cada municipio contenidas en una ordenanza (referente a su plan regulador o bien otras normas derivadas de su potestad reglamentaria)⁷⁵.

Este tipo de autorizaciones municipales, se puede reducir a un acto administrativo reglado, transitorio o definitivo y de carácter real, ya que se refiere a un lugar de funcionamiento⁷⁶ y, si es simple, operativa, por operación o de funcionamiento, dependerá como se aludió de la actividad en concreto.

La mayoría de ellas al ser regladas, el municipio carece de libertad de acción para otorgarla o no, encontrándose en la obligación de concederla sin perjuicio de que existan limitaciones en otros cuerpos normativos (ordenanzas u otras leyes especiales) - Art. 26 LRM-, en tal caso, para que la municipalidad otorgue su visto bueno necesitará además de

⁷² Por todos, Fernández, J. *Derecho Municipal Chileno*. Editorial Jurídica, Santiago, 2003, p. 115; Palacios, G. "La Patente Municipal y su naturaleza jurídica", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 17, 2008, p. 57.; Herrera, J. Ob. cit. p. 8.

⁷³ Cfr. Fernández, J. Ob. cit. p. 115.

⁷⁴ Cfr. Herrera, J. Ob. cit. p. 79.

⁷⁵ Ídem. pp.80-83.

⁷⁶ Ídem. p. 78.

la concurrencia de otras autorizaciones provenientes de otros órganos (servicio de salud, superintendencia de electricidad y combustibles, etc.).

En cuanto a si es transitoria o definitiva, hace alusión a las patentes provisorias o temporales, que en virtud del artículo 26 inciso 3 de la LRM, el municipio puede otorgar de modo discrecional a aquellos solicitantes que hayan cumplido como mínimo los requisitos sanitarios y de zonificación, teniendo el plazo de un año para cumplir con las exigencias que otras disposiciones legales o reglamentarias estipulen. Por su parte el artículo 28 de la misma ley, consagra las patentes temporales que se otorgan por un plazo no mayor a cuatro meses para desarrollar una actividad en balnearios o lugares turísticos.

En resumen, la normativa más importante se reduce a las normas sanitarias y de zonificación contenidas en el CS, LGUC y OGUC, por cuanto es posible el otorgamiento de patente con el sólo cumplimiento de los requisitos impuesto en tales normativas.

Cabe agregar y precisar que no todas aquellas autorizaciones que dicen llamarse “de funcionamiento”, se condice en estricto rigor con aquellas actividades que se ejercen indefinidamente y que crean a su vez una relación de carácter permanente entre la Administración y el particular, todo con el fin de preservar el interés público. Porque no obstante a que dichas actividades se lleven a cabo sucesivamente en el tiempo, generalmente la autorización se agota una vez que es expedida, condicionada en todo caso la continuidad del ejercicio de la actividad al pago de la respectiva patente⁷⁷.

Caso contrario ocurre por ejemplo, con la instalación de industrias, algunas actividades comerciales o farmacias, donde su puesta en marcha referente a las condiciones sanitarias previas y posteriores de la actividad se encuentra en constante supervisión, además de contener una estricta normativa que las regula, surgiendo de este modo, una relación permanente entre el sujeto autorizado y la Administración.

3.- Los elementos que configuran las potestades administrativas en concesiones, autorizaciones en la esfera municipal

Las autorizaciones y concesiones como actos administrativos, deben reunir todos sus requisitos esenciales. Entre aquellos, se encuentran el órganos competente (elemento subjetivo), presupuesto de hecho y el objeto del acto (elementos objetivos), expresión formal y procedimiento (elementos formales), los que se analizarán a continuación, tomando como referencia los elementos del acto administrativo expuestos por García de Enterría.

3.1.- En concesiones

a) El órgano a quien se le atribuye potestad es el Alcalde, quien otorga, renueva o pone término a las concesiones, requiriendo del acuerdo del concejo municipal -Art. 65 letra j) LOCM-.

⁷⁷ Para ejemplificar lo dicho, se encuentran a las autorizaciones de alguna actividad comercial (tiendas de vestuario, escuela de conductores, relojería, ópticas, zapaterías, oficina donde se ejerza una profesión liberal).

b) El presupuesto de hecho, se puede hallar por ejemplo, en las bases de licitación de una determinada concesión, las que se refieren al cumplimiento de las exigencias técnicas y administrativas que ahí se señalen para el servicio, administración de un establecimiento o bien municipal licitado. En esencia, son el conjunto de antecedentes legales, esto es, la oferta técnica y económica que entrega el proponente en respuesta al llamado de licitación, en conjunto con otros antecedentes de carácter personal del mismo solicitante⁷⁸.

c) El objeto del acto, también se encuentran en las bases de de cada licitación, correspondiendo a las obligaciones que tiene el concesionario para ejecutar el o los servicios contratados y mantenerlos de acuerdo con el contrato y las bases. Como contrapartida, el municipio supervisará los servicios concesionados, para lo cual el concesionario quedará obligado a otorgar en cualquier momento todas las facilidades para tales efectos⁷⁹.

d) En cuanto al procedimiento de otorgamiento de concesiones, este se hará dependiendo del caso mediante licitación pública, propuesta privada o contratación directa (art. 8 LOCM), cuya diferencia radica en el monto del contrato o el valor de los bienes involucrados.

En concesiones, la decisión del concejo es en parte reglada y discrecional, por cuanto existen 2 etapas: la primera, constituida por la adjudicación de la concesión a través de los procedimientos señalados; y segundo, por el acuerdo del concejo al que está condicionado, pudiendo pronunciarse a favor o no de su otorgamiento, renovación, o simplemente poner término. En caso de licitación, el procedimiento se conforma por las etapas de invitación a presentar propuestas, período de consulta (de los proponentes acerca de las bases de licitación), recepción de propuestas, evaluación (efectuado por una comisión de licitación, que verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas y evaluación económica de ella), adjudicación e inicio de los servicios⁸⁰.

e) La expresión formal del acto, se efectúa través de decreto alcaldicio.

3.2.- En autorizaciones de funcionamiento

a) El órgano municipal que las otorga, es el departamento de rentas del municipio donde se ejerce la actividad (artículo 27 N° 7 de LOCM).

b) El presupuesto de hecho, es perfectamente constatable en la norma que regule los requisitos para su otorgamiento. En primer término, la solicitud de autorización de funcionamiento debe contener los datos establecidos en el artículo 12 del DS N° 484 de 1980. En cambio, los requisitos y circunstancias técnicas y legales que debe cumplir se refieren al uso del suelo, el lugar de funcionamiento, la situación sanitaria y la actividad en específico a desarrollarse, que dependiendo del rubro, las autorizaciones respecto de otros

⁷⁸ Modelos para la elaboración de bases para la licitación de la concesión de servicios municipales referentes a residuos sólidos, en http://www.economia.cl/1540/articles-187071_recurso_4.pdf. La oferta técnica contiene la descripción completa del servicio, de los recursos físicos y humanos a utilizar, procedimientos técnicos y administrativos en relación a las bases administrativas de la licitación. La oferta económica, alude al costo del servicio u obra a realizar.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Ídem.

órganos variaran, Ej. Autorizaciones sanitarias del Servicio de Salud, Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Dirección de Obras, etc.

El otorgamiento de una patente (léase autorización), debe ser concordante con el uso del suelo, esto es, el destino de los terrenos según la zonificación contenida en la respectiva ordenanza local (artículo 58 LGUC), lo que implica que el plan regulador comunal permita establecer en qué lugares pueda desarrollarse una actividad gravada con patente municipal. Respecto del lugar específico de funcionamiento, se debe tener un título que habilite su ocupación, cuyo lugar será inspeccionado anterior y posteriormente a la autorización por la Dirección de Obras. En cuanto a la actividad propiamente tal, ésta debe no ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, ni al interés local de la comuna (art. 49 LOCM)⁸¹.

En lo que respecta a las normas sanitarias, la regla general es que no se requiere autorización sanitaria expresa, salvo las actividades especialmente señaladas por la autoridad sanitaria (artículo 15 CS), lo que implica que toda actividad económica debe respetar las normas relativas a la salubridad pública⁸².

c) El objeto de la declaración o acto, es ejercer de manera regular la actividad conforme a las normas legales y reglamentarias que la regulan, hasta que no concurra una causal de caducidad (técnica - art. 62 y 160 LGUC) o automática - art. 58 LGUC-) o cierre del establecimiento. En este sentido, es importante señalar que en el caso de estas autorizaciones, el alcalde no tiene la facultad para decretar la caducidad de la autorización cuando se incumple con los requisitos que sirvieron de base para su otorgamiento, o cuando los intereses de la comuna así lo exijan, pero sí puede denegar la solicitud de renovación, cuando no se reúnen los requisitos básicos para que sean concedidos⁸³.

d) El Procedimiento, se inicia con la solicitud a la unidad respectiva, y al igual de lo que ocurre en el derecho comparado español, está reducido a la solicitud de la autorización, la aportación de documentos y una resolución que concede la autorización, licencia o permiso⁸⁴. Preciso es señalar que la decisión que otorga la autorización es de carácter reglado, indicándolo así el art. 26 LRM.

e) La expresión formal del acto, se realiza a través de decreto alcaldicio⁸⁵.

Capítulo III: “Las potestad municipal en materia de patentes de alcoholes”

1.- Aspectos generales

Toda actividad en su desarrollo puede eventualmente generar situaciones constitutivas de amenaza al interés público (seguridad u orden público). Eso es lo que sucede con aquella actividad económica dedicada al expendio de bebidas alcohólicas, donde se ha puesto de manifiesto que través del ejercicio de su actividad, las características del lugar donde se encuentra emplazado y los efectos de los excesos en el consumo indiscriminado de alcohol, puede llegar a amenazar tanto la salud como la seguridad de la

⁸¹ Herrera, J. Ob. cit. p. 101 y ss.

⁸² Ídem. p. 129.

⁸³ Cfr. Herrera, J. Ob. cit. pp. 293-294.

⁸⁴ Cfr. Villar, J. Ob. cit. p. 85

⁸⁵ Cfr. Palacios, G. Ob. cit. p. 58.

comuna. Esto, por que se pueden generar graves molestias vecinales (ruidos molestos) e incluso delincuencia en su entorno.

En atención a lo anterior, la potestad municipal juega un rol central dentro de esta problemática, consistente en permitir el funcionamiento de determinada actividad gravada con patente de alcoholes, es decir, autorizar el ejercicio de una industria, comercio o cualquier otra actividad lucrativa dedicada al rubro.

La LRM en su artículo 33, dispone que las patentes de alcoholes serán clasificadas y otorgadas en la forma que determine la Ley N° 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas (en adelante LA). Esta ley especial en la materia, regula la venta y comercialización de alcoholes, estableciendo medidas de prevención y rehabilitación del alcoholismo y procedimientos y sanciones aplicables ante la infracción de sus disposiciones. Esta nueva normativa, en conjunto de modificar otras normas relacionadas⁸⁶, tiene por objeto evitar la venta y consumo indiscriminado de alcohol, regulando detalladamente las facultades de las municipalidades y condiciones para el otorgamiento, renovación, caducidad y traslado de patentes, fijando además el horario de funcionamiento de tales establecimientos.

Este tipo de patentes es de carácter accesorio a una patente municipal, la que sirve de base para su otorgamiento⁸⁷, generando de esta manera un doble pago de patentes. Además, estas últimas debe cumplir con los mismos requisitos de las patentes municipales en cuanto al uso del suelo, el lugar de funcionamiento, la actividad en específico y su situación sanitaria.

1.1.- Normativa aplicable

Existe en conjunto con la ley especial en la materia y la respectiva ordenanza municipal (si la hubiere), un conjunto de normas relacionadas de carácter legal y reglamentario que regulan la materia en sus distintas aristas. Ya sea en cuanto a la autorización de funcionamiento, medidas de prevención o rehabilitación del alcoholismo, sanciones, procedimientos, como en lo relativo a la comercialización de bebidas alcohólicas.

En lo pertinente a las autorización de funcionamiento, la LOCM en su artículo 65 letra ñ) y o), establecen que el alcalde requerirá del acuerdo del concejo municipal para otorgar, renovar, caducar y trasladar patentes de alcoholes, practicándose previa consulta de las juntas de vecinos respectivas⁸⁸, además de fijar el horario de funcionamiento dentro de los márgenes establecidos en el art. 21 de la LA, en razón de las características y necesidades de la comuna, todo en relación con el art. 79 b) de la misma ley.

⁸⁶ Ley N° 18.290, de tránsito; Ley N° 18.455, sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres; Ley N° 15.231, sobre organización y atribuciones de los juzgados de policía local; DFL N° 16, de 1986, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley orgánica de la Dirección de Crédito Prendario; Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los juzgados de policía local; Ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades.

⁸⁷ Cfr. Herrera, J, Ob. cit. p. 255.

⁸⁸ La Ley N° 19.418 sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, dispone en su artículo 43, que se encuentra dentro de sus funciones: letra f) "Emitir su opinión en el proceso de otorgamiento y caducidad de patentes de bebidas alcohólicas y colaborar en la fiscalización del adecuado funcionamiento de los establecimientos en que se expendan."

La Ley N° 18.482 sobre normas complementarias de administración financiera y de incidencia presupuestaria, en su artículo 50 y el DS N° 484 de 1980, del Ministerio del Interior, declaran lo que estipula el artículo 33 de la LRM, esto es, que el alcalde mediante decreto alcaldicio otorga las patentes de alcoholes.

La LA regula las distintas exigencias para cada tipo de patente, además del ejercicio de la potestad municipal y de otros órganos como el Presidente de la República e Intendente Regional. Con todo, establece una serie de condicionantes al funcionamiento del establecimiento a través de la imposición de obligaciones y prohibiciones, cuya trasgresión puede constituir ilícitos que derivan en aplicación de multas u otras medidas más graves, como los son la suspensión de la autorización o clausura del establecimiento.

Por otra parte, el CS dispone que los municipios no otorgarán permisos de funcionamiento de actividad alguna sin contar con la autorización sanitaria pertinente (art. 15). Complementariamente, la Ley 19.937 que modifica el Decreto Ley N° 2.763 de 1979 que establece una nueva concepción de la autoridad sanitaria, dispone que es función de las secretarías regionales ministeriales otorgar autorizaciones sanitarias (en su art. 14 B) N° 3).

En último término, la Ley N° 18.455 y su reglamento (DS N° 78 de 1986)⁸⁹, regulan la producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, otorgándole competencia al Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante SAG), para mantener un registro y fiscalización de la comercialización de todo tipo de bebidas alcohólicas (Art. 13, ley N° 18.455).

1.2.- Clasificación de patentes de alcoholes

La clasificación principal de las patentes, se encuentra establecida en el artículo 3° de la LA, donde existen 17 tipos de establecimientos en los que se puede vender o consumir bebidas alcohólicas. Esta clasificación deviene relevante por los requisitos previos y condiciones posteriores al otorgamiento, valor de cada patente, como para las contravenciones, faltas, delitos y su respectiva sanción. Pero dentro de las mismas, cada una de ellas puede ser clasificada como patentes definitivas, temporales o transitorias y limitadas en número. La clasificación es la siguiente:

a) *Depósitos de bebidas alcohólicas*; b) Hoteles, anexos de hoteles, casas de pensión o residenciales; c) Restaurantes diurnos o nocturnos; d) *Cabarés o peñas folclóricas*; e) Cantinas, bares, pubs y tabernas; f) *Establecimientos de expendio de cerveza o sidra*; g) Quintas de recreo o servicios al auto; h) *Minimercados*; i) Hoteles, hosterías, moteles o restaurantes de turismo; j) Bodegas elaboradas o distribuidoras de vinos, licores o cerveza; k) casas importadoras de vinos o licores; l) Agencias de viñas o de industrias de licores establecidas fuera de la comuna; m) Círculos o clubes sociales, deportivos o culturales; n) Depósitos turísticos; ñ) Salones de té o cafetería; o) Salones de baile o discotecas; p) Supermercados⁹⁰.

⁸⁹ Este reglamento se modificó por D.S. N° 53 de 2005.

⁹⁰ La cursiva corresponde a patentes limitadas en número.

Es menester preciar que según el art. 4º transitorio, las patentes que a la fecha de promulgación la LA se encontraban en vigor o en funcionamiento, quedan comprendidas de pleno derecho dentro de las categorías equivalentes a esta nueva clasificación.

Las patentes se otorgan definitivamente (las que cumplen con todos los requisitos) o de modo transitorio, esto es por un máximo de tres días para actividades especiales (fiestas patrias por ejemplo), y se caracterizan por el no pago de una patente de alcoholes, sino que de un permiso de ocupación. Si bien la antigua ley N° 17.105 establecía las patentes temporales, es decir aquellas que se otorgan para actividades estacionales por un máximo de tres meses (balnearios o lugares turísticos, art. 145), la nueva LA no las contempla expresamente. Sin embargo, no habría problemas de hacerle extensivo el art. 27 LRM que rige para las patentes comerciales y que consagra al mismo tiempo las patentes temporales de la misma forma que lo hacía el art. 145 ya mencionado.

Respecto de las patentes limitadas en número (aquellas clasificadas en las letras a, d, f y h), no podrán exceder en proporción de un local por cada 600 habitantes, número que se redujo en relación a la ley anterior, al establecerse que su proporción ya no se calculará en base a 400 habitantes⁹¹. No obstante a ello, la nueva proporción del número de establecimientos afectos a patentes limitadas, no afectará a las que se encuentren en funcionamiento y cumplieren todos los requisitos preexistentes, siendo por tanto posible su transferencia o renovación (artículo transitorio de LA).

Una consecuencia de mucha importancia del tipo de patentes limitadas, es su pago efectuado oportunamente, ya que de lo contrario se produce de manera automática su caducidad y posterior remate en pública subasta al mejor postor.

La nueva normativa en su artículo 7º, se ha puesto en el evento de que el número de patentes limitadas que se hubiere otorgado excediere a la nueva proporción, en tal caso no serán renovadas ni rematadas, para que de ese modo caduquen aquellas patentes cuyos establecimientos hayan sido clausuradas definitivamente por infracción a la LA o disposiciones municipales. Asimismo, se dispone en el inciso 3º del artículo transitorio, que aquellas patentes que hayan sido otorgadas e incurrieren en distintas circunstancias, serán canceladas (y no rematadas) hasta que se logre el número que corresponda o se extingan todas las patentes otorgadas con anterioridad. Las circunstancias son las siguientes: término de giro, falta de pago de la patente, incompatibilidad con el plano regulador y en el caso de patentes de establecimientos queden comprendidos dentro de las zonas del territorio comunal en que no podrán instalarse o no podrá concederse patentes en lo sucesivo, aunque cumplieren todos los requisitos exigidos para su funcionamiento.

2.- Elementos reglados y discrecionales de la potestad municipal de alcoholes.

Los actos administrativos de otorgamiento, renovación, traslado y caducidad de las patentes de alcoholes, son la concreción de la potestad municipal en esta materia. Es dable recordar, que en todo acto o potestad encontramos la convergencia tanto de elementos

⁹¹ Tal cantidad en número será fijado cada tres años por el intendente regional, previo informe del alcalde con acuerdo del concejo municipal, tomando como base el número de habitantes que señale el Instituto Nacional de Estadísticas (artículo 7 inciso 2º).

reglados como discrecionales, donde es factible la preeminencia de unos sobre otros. Es en este contexto, donde la jurisprudencia administrativa de la CGR ha sido relevante en orden a suplir lo que no regulado explícitamente por la LA, como para resolver asuntos de interpretación relativos a la misma norma.

a) Órgano competente

El órgano competente de otorgar, renovar, trasladar o caducar patentes de alcoholes es el alcalde, quien requerirá del acuerdo del concejo municipal.

b) Presupuestos de hecho

En primer término, los presupuestos de hecho son idénticos en los supuestos de la potestad otorgamiento, renovación, traslado y transferencia. Pero sí variará en el caso de la caducidad, al constituir una sanción frente a infracción de alguna disposición de la L.A.

Los supuestos de hecho al ser siempre un elemento reglado del acto, se encuentran en la misma LA, pudiéndose distinguir entre aquellos referentes a la persona del solicitante, tipo de establecimiento, lugar específico para funcionar y ubicación. Sin perjuicio de ello, las ordenanzas locales han sistematizado cada uno de los requisitos y exigencias a cumplir por parte de quien solicita una autorización de funcionamiento, la que a su vez permite el ejercicio de la potestad municipal.

b.1) Otorgamiento y renovación

La potestad del municipio debe verificar el cumplimiento de las exigencias impuestas tanto en la LA como en otros cuerpos normativos.

En primer lugar, la competencia del municipio comienza por el otorgamiento de la patente tanto en las zonas urbanas como rurales (Art. 6 de LA), determinando de igual modo a través del plano regulador respectivo, las zonas de su territorio donde se instalarán los expendios clasificados en las letras d), e), o) del art. 3º de LA y locales que expendan bebidas alcohólicas para ser consumidas fuera del local (Art. 8 inciso 1 de LA)⁹². Con todo, pueden otorgar a un mismo establecimiento dos o más de las diversas patentes para el expendio de bebidas alcohólicas (Art. 10 de LA), con la consecuente obligación de cumplir a las normas que regulan los distintos tipos de establecimientos que las respectivas patentes autorizan⁹³.

Una nota característica de las patentes de alcoholes y que las diferencia de las comerciales, es que respecto de aquellas no pueden otorgarse patentes provisorias, sino que se otorga la patente definitiva una vez cumplidos las exigencias que estipulan las leyes y reglamentos, pudiendo desde ese momento funcionar legítimamente.

Las condiciones impuestas por una determinada ordenanza local, pueden ser más detalladas y específicas que las establecidas en otras de su misma clase, las que en ningún caso pueden contemplar requisitos mayores o más exigentes que los dispuestos en las leyes

⁹² El inciso 3º del mismo artículo 8, indica que el municipio solicitará un informe de Carabineros de Chile respecto de la zonificación antes aludida.

⁹³ Dictamen CGR, N° 41.769 de 2006.

o reglamentos que regulan la actividad, caso en el que la municipalidad se excedería en ámbito de sus facultades⁹⁴.

El presupuesto primordial consiste en esclarecer a qué tipo de patente se pretende optar, debido a que en el caso de las limitadas se debe verificar la disponibilidad de un cupo existente en la comuna.

En esencia las condiciones o requisitos son los siguientes⁹⁵:

- a) El solicitante no esté inhabilitado legalmente, esto es, no sea una de las personas señaladas en el artículo 4° de la LA. Tal circunstancia, se acredita en cada caso con certificado de antecedentes penales (N° 3), declaración jurada notarial (N°s 1, 2, 4, 5) o cédula de identidad (N° 6).
- b) Declaración jurada simple del capital propio del negocio (art. 26 LRM).
- c) Certificados del Juzgado de Policía Local con jurisdicción en la comuna, que acredite que el o los solicitantes no hayan sido sancionado por infringir la Ley N° 19.925.
- d) Título que habilita el uso del inmueble o local donde se pretende ejercer la actividad.
- e) Resolución sanitaria respecto del local en que se ejercerá la actividad expedida por el Servicio de Salud, artículo 14 b) N° 3 ley 19.937 (relativo a las condiciones de higiene y seguridad, la elaboración y expendio de alimentos).
- f) Comunicación de inicio de actividades en el SAG (Artículo 13 Ley N° 18.455).
- g) Escritura de constitución de sociedad en caso de tratarse de persona jurídica.
- h) Iniciación de Actividades ante el Servicio de Impuestos Internos (S. I. I.)
- i) Informe de factibilidad favorable emitido por la Dirección de obras municipales. En su informe, la Dirección de obras municipales debe verificar que el establecimiento que se pretende instalar es apto para ello, lo que implica corroborar el cumplimiento de los supuestos de hecho contemplados en la LA referente al local de funcionamiento y su factibilidad respecto de los servicios básicos y uso del suelo conforme al plano regulador comunal. Las exigencias de la LA son las siguientes:
 - a) El local a funcionar debe cumplir con los requisitos específicos para cada patente impuestos en el art. 3° LA.
 - b) El establecimiento no debe estar ubicado en conjuntos habitacionales y de aquellos, clasificados en las letras d), e), o) y que expendan bebidas alcohólicas para ser consumidas fuera del local, deben estar ubicado dentro de las zonas que el municipio establezca que puedan instalarse (art. 8, incisos 2° y 1°).
 - c) No deben estar ubicados a menos de cien metros de establecimientos de educación, salud, penitenciarios, recintos militares, policiales y garitas de movilización, pudiéndose excluir de esta prohibición a hoteles o restaurantes de turismo (art. 8 inciso 4°)
 - d) El local debe estar independiente absolutamente de la casa habitación del comerciante o de cualquier otra persona, a menos que sean hoteles o casas de pensión, ni funcionar de forma conjunta o colindante a casas de prenda o establecimientos de compraventa de frutos del país (arts. 14 y 15).

⁹⁴ Dictamen CGR, N° 54.030 de 2008.

⁹⁵ Ordenanza Municipal sobre Patentes de Alcoholes N° 27 de 15 de febrero de 2007, de la Ilustre Municipalidad de San Bernardo; Ordenanza Municipal N° 18, de 2 de octubre de 2007, de la Ilustre Municipalidad de Puente Alto.

e) No debe estar ubicado en conventillos, cités y de más edificios análogos de habitantes, ni a menos de 20 metros de sus deslindes, salvo en los locales comerciales que existan en esos grupos habitacionales (art. 16)

f) El área de expendio, debe estar aislada para cumplir el horario de funcionamiento, en el caso de los hoteles, anexos de hoteles, hoteles de turismo, supermercados, grandes tiendas, almacenes y establecimientos a fines (art. 17)

Un aspecto a considerar son los plazos que tienen los organismos municipales para evacuar los informes pertinentes, los que generalmente se encuentran en las mismas ordenanzas, pero en el caso de que no haya un plazo contemplado para un trámite en específico y la autoridad municipal no atienda los requerimientos que formule el solicitante o titular de una patente, la jurisprudencia de la CGR ha estimado que “la autoridad edilicia debe adoptar en lo sucesivo, las medidas conducentes a fin de dar las respuestas que procedan a las solicitudes que se le presentan, en un plazo no superior a 30 días...”⁹⁶. En el mismo sentido, la facultad del alcalde de proponer al concejo la renovación, constituye a su vez un asunto de oportunidad que determinará el mismo edil, quien debe tener presente en todo caso que ese plazo debe ser prudente en relación con la fecha de término de vigencia de la patente en cuestión⁹⁷.

En segundo lugar, en la renovación o la autorización municipal de continuidad del ejercicio de una patente por un semestre, se deben dar los mismos presupuestos que sirvieron de base para su otorgamiento. Sin embargo, el titular de una patente no debe volver a acreditar cada uno de aquellas condiciones “pues ello entraba el legítimo ejercicio de la actividad lucrativa que la patente ampara”, sino que bastará con la concurrencia de los requisitos del otorgamiento de las patentes establecidos en las letras a, c y e, que dan cuenta de las infracciones a la LA a través de certificado de antecedentes penales, del Juzgado de policía local y autorización sanitaria y de la dirección de obras⁹⁸.

Especial preeminencia tienen entre los requisitos, el ejercicio efectivo de la actividad y el cumplimiento de todas las obligaciones que las normas determinen para ejercerla conforme a la legalidad. La jurisprudencia de la CGR ha estipulado que en lo relativo a las patentes limitadas, el no ejercicio de la actividad que ampara la patente hace procedente que el municipio deniegue la renovación de la patente de alcoholes respectiva, debido a que deja de concurrir uno de los requisitos esenciales para su otorgamiento⁹⁹. Además, la inobservancia de las obligaciones impuestas por la normativa aplicable a las patentes de alcoholes, conlleva a que la municipalidad no renueve patentes si sus inspectores comprobaron que se ha infringido la normativa legal¹⁰⁰.

⁹⁶ El criterio en cuestión se atiende a lo dispuesto en los artículos 98 de la ley N° 18.695 y 3°, 5° y 8° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, aplicando además el criterio contenido en el dictamen N° 58.119, de 2009.

⁹⁷ Dictamen CGR N° 58.176, de 2009.

⁹⁸ Dictamen CGR, N° 2.881 de 2003.

⁹⁹ Dictamen CGR, N° 9.572 de 2005 y N° 45.066 de 2008.

¹⁰⁰ Dictamen CGR, N° 49.882, de 2008.

b.2) Traslado, caducidad y transferencia de patente de alcoholes

Estos tres tipos de actos, aluden a una autorización municipal de carácter expresa, expedida por el concejo municipal y que adquiere relevancia cuando se trata de patentes limitadas que fueron otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LA.

En primer lugar, el traslado del establecimiento que expenden bebidas alcohólicas tiene directa relación con las zonas que el municipio a través del plano regulador u ordenanza municipal, ha fijado como aquellas donde pueden instalarse los establecimientos clasificados en las letras d, e y o, del artículo 3° (patentes limitadas) y locales que expendan bebidas alcohólicas para ser consumidas fuera del respectivo local. Esto porque, dichos establecimientos sólo pueden instalarse en los lugares que la municipalidad ha destinado como pertinentes para su ubicación.

No obstante a ello, la zonificación antes aludida “no limita, por sí sola, las demás posibilidades de traslado de los respectivos establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas. Es decir, son procedentes, cumpliendo los requisitos generales antes aludidos, aquellos traslados que se producen dentro de una misma área -autorizada o no- y los que se generan desde una zona no habilitada para instalarse en otra que sí lo está”¹⁰¹. Esto porque así lo indica el inciso 2° del artículo transitorio, que señala que los establecimientos que menciona el artículo 8° y que queden ubicados dentro de una zona del territorio comunal en la que tales establecimientos no podrán instalarse en lo sucesivo por la entrada en vigencia de un plano regulador, modificación del plano u ordenanza municipal que así lo establezca, no se verán afectados por esa nueva disposición, siempre que a esa fecha cumplieren todos los requisitos exigidos para su funcionamiento.

Por otra parte, quien solicite el traslado de la patente debe cumplir con un requisito importante, acreditar la calidad o título que tiene respecto del nuevo local en el cual pretende funcionar, sea como dueño, poseedor o mero tenedor, lo que se deduce además de los artículos 24 y 26 de la LRM¹⁰².

En segundo lugar, la caducidad de las patentes o cese de existencia para su titular, está establecida como una sanción según lo establecido en la LA, estipulándose en los siguientes casos:

- Al establecimiento se le haya impuesto multa por dos veces consecutivas sin haber pagado la correspondiente patente, todo a causa de haber comenzado a funcionar sin haber pagado previamente la patente o seguir funcionando sin tener su pago al día, salvo que ese hecho no fuere imputable al deudor y lo probare documentalmente, circunstancias que corresponderá apreciar al alcalde (art. 5 inciso 4°). Este tipo de caducidad es de carácter automático, al proceder el remate en pública subasta y al mejor postor de aquellas patentes no pagadas en su oportunidad legal (art.7 inciso 4°).
- No exista ejercicio efectivo de la actividad que ampara la patente.
- Clausura definitiva.

En último lugar, la transferencia consiste en que el titular de una patente limitada de alcoholes, cede a cualquier título el goce sobre ella a otra persona. Deviene primordial en

¹⁰¹ Dictamen CGR, N° 18.664 de 2006.

¹⁰² Dictámenes CGR, N° 17.723 de 2009; N° 19.225 de 1984 y N° 39.162 de 2005.

este caso, el título que antecede a la transferencia, el cumplimiento de las anotaciones e inscripción en el departamento de rentas (art. 9º LA) y de los requisitos que para el solicitante exige el art. 4º LA.

b.3) Otras potestades: suspensión de la autorización de funcionamiento, clausura definitiva y temporal del establecimiento.

La actuación municipal en materia de patentes de alcoholes no se reduce sólo a las potestades ya vistas, sino también a aquellos actos que acontecen como consecuencia de su potestad de fiscalización que contempla el artículo 2º de LA ¹⁰³.

Los distintos inspectores a que alude el citado artículo (municipales, carabineros, autoridad sanitaria, SAG y Servicio de impuestos internos), remiten los antecedentes al municipio, el que decreta la correspondiente sanción (suspensión de la autorización o clausura del establecimiento), las que afectan sólo al expendio de bebidas alcohólicas (artículo 17 inciso 2º de LA). Todo esto, a raíz de la infracción de una serie de condiciones de funcionamiento que impone la misma ley.

a) Suspensión de la autorización

Este acto tiene por objeto paralizar temporalmente el ejercicio de una patente de alcoholes, cuyas causales se observan en los artículos 17 y 20 de LA:

- i) Patente concedida por error o transferida a cualquier título a algunas de las personas del artículo. 4º de L.A;
- ii) Local no reúne las condiciones sanitarias prescritas en los reglamentos respectivos;
- iii) Patente no pagada en su oportunidad legal.

b) Clausura temporal o definitiva

Acto por el que se impide el acceso al establecimiento, con la consecuente paralización del ejercicio de la actividad de expendio de bebidas alcohólicas, de manera temporal o definitiva, entre otras, por las siguientes causas:

b.1) Clausura temporal

Ejemplos de clausura temporal son:

- i) Impedimento o estorbo para la fiscalización del local por segunda vez (artículo 2 inciso 2º de LA);
- ii) Permitir el ingreso de menores de dieciocho años a cabarés, cantinas, bares y tabernas y de menores de dieciséis años a discotecas, siendo multado por segunda vez por este hecho (artículo. 29 de L.A);
- iii) Venta, obsequio o inducción al consumo de parte del dueño o administrados de un local a un menor de dieciocho años (artículo 42 de L.A.);
- iv) Introducir o vender bebidas alcohólicas en una zona declarada seca (artículo 22 de L.A.)

¹⁰³ Controlar que los establecimientos lleven a cabo efectivamente tal giro al que se encuentran autorizados para funcionar, es un ejemplo de lo que en el contexto de la fiscalización deben realizar los municipios.

c) Clausura definitiva

Las causales en este caso son infracciones más graves donde la clausura importa la caducidad de la patente. Un ejemplo de sus causales son:

- i) Incurrir por tercera vez en la conducta señalada en la letra i) de clausura temporal, (artículo 2 inciso 3°).
- ii) Multa en dos ocasiones por el hecho de haber comenzado a funcionar el establecimiento sin haber pagado previamente la patente, o seguir funcionando sin tenerla al día, a menos que tal hecho no le sea imputable al deudor, previa prueba documental (artículos 5 incisos 2° y 3° de LA).
- iii) Incurrir por tercera vez en la falta indicada en la letra ii) de clausura temporal.
- iv) Violación de clausura temporal será castigada con la clausura definitiva, y la violación de ésta con prisión (artículo 48 inciso final de LA).

Por otra parte, existen otros órganos que realizan una labor de fiscalización del cumplimiento de la LA, en torno a que pueden en el ejercicio de sus facultades solicitar al juez la clausura de un establecimiento si durante el desarrollo de la actividad un local “constituya un peligro para la tranquilidad o moral pública” (alcalde o concejo, artículo 49 de LA) o además “si se hubieren cometido hechos delictuosos graves” (Intendentes y Gobernadores, artículo 50 de LA). En ambos supuestos se puede observar claramente la presencia de los conceptos jurídicos indeterminados, de aquellos denominados “conceptos tipo”, cuya dificultad radicará en la aplicación e interpretación de tales¹⁰⁴.

c) Procedimiento

A pesar de que el artículo 5° de LA establezca que las patentes se concederán “en la forma que determine esta ley”, no se contempla un procedimiento definido, sino que sólo las condiciones bajo las cuales se otorgará, renovará, trasladará o caducarán las patentes. Sin perjuicio de aquello, los municipios a través de sus ordenanzas locales han regulado el conjunto de trámites a seguir por la autoridad local y el solicitante.

Los distintos supuestos a comentar no se diferencian unos de otros por el procedimiento propiamente tal, que se reduce a la presentación de antecedentes y documentos en específico para cada acto, sino por la ponderación de los requisitos o presupuestos de hecho que finalmente permiten el ejercicio de la potestad¹⁰⁵.

Una vez que se presenta la solicitud en el departamento de rentas correspondiente (que verifica el cumplimiento de las exigencias), envía el expediente a la unidad de asesoría jurídica del municipio con el fin de que informe acerca del cumplimiento de la normativa legal y local, para así ser enviado al alcalde y ser sometido a conocimiento de la comisión de patentes de alcoholes del concejo municipal.

Paralelamente, el municipio solicita además un informe a la junta de vecinos correspondiente a fin de que emita su opinión en este proceso, sin embargo esta no es

¹⁰⁴ Cfr. Parejo, L.; Jiménez-Blanco A.; Ortega, L. Ob. cit. pp. 467-470.

¹⁰⁵ Es dable precisar que la caducidad por no pago oportuno que el único acto que posee un procedimiento distinto, esto es, el remate en pública subasta.

vinculante, lo que no obsta a que el concejo municipal en todo caso acoja las razones expuestas por tales organizaciones con el fin de fundamentar la decisión que adopte¹⁰⁶.

Si tal comisión informa favorablemente, remite los antecedentes al alcalde quien a través de la secretaría municipal presenta la solicitud de autorización de funcionamiento al concejo municipal. Aquí pueden ocurrir dos situaciones: que se apruebe la solicitud, donde seguidamente a través de la secretaría municipal se dicta el decreto alcaldicio al respecto o, que se rechace la solicitud con indicación de los motivos para que se le sea devuelto los antecedentes al solicitante, quien podrá presentar una nueva solicitud una vez reunidos los requisitos nuevamente¹⁰⁷.

Especial referencia al acuerdo del Concejo Municipal

Es importante destacar que el artículo 65 letra ñ) de LOCM, establece que el alcalde requerirá del acuerdo del concejo municipal para otorgar, renovar, caducar y trasladar patentes de alcoholes, practicándose previa consulta de las juntas de vecinos respectivas. Lo cual debe relacionarse con el artículo. 79 en su letra b) de LOCM, al disponer que el concejo debe pronunciarse en aquellas materias enumeradas en el artículo 65. Esta norma actúa sólo como norma atribuyente de potestad, no señalando algún carácter que nos permita establecer si se presenta como una potestad o acto reglado o discrecional, por lo que habrá que recurrir a la LA y a la jurisprudencia de la CGR.

La línea jurisprudencial de la CGR bajo la luz de la antigua ley de alcoholes (Ley N° 17.105), se limitaba a negar la existencia de discrecionalidad en el acuerdo del concejo, argumentando que una vez cumplidos los requisitos por el solicitante para obtener una patente de alcoholes, tal ente debe otorgar su acuerdo para así se ejerza la actividad amparada en el artículo 19 N° 21 de la CPR. Sin embargo, los municipios alegaban que dado el papel que juega el concejo en orden a cautelar los intereses de la ciudadanía, su pronunciamiento debe atender a intereses superiores del bien común y no exclusivamente a una verificación formal de los requisitos que en materia de patentes se han impuesto. A lo anterior, la CGR estimó que tales exigencias legales no pueden caracterizarse como meramente formales, ya que contienen aspectos sustanciales que permiten el desarrollo de la actividad en concordancia con el interés colectivo¹⁰⁸.

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.925 de 2004, el criterio jurisprudencial cambió. Se establece de ahí en adelante que el concejo en el ejercicio de su potestad, puede rechazar la propuesta del alcalde porque no sólo en ella concurren elementos reglados u objetivos, sino que también aspectos que importan la evaluación o apreciación del municipio, los que se relacionan con las funciones que esos órganos desarrollan en la comuna, concernientes a la satisfacción de las necesidades de la comuna (seguridad ciudadana, salud pública y turismo, entre otras). Lo que en definitiva quiere decir, que la potestad referente a las patentes de alcoholes no puede desligarse del contexto

¹⁰⁶ Dictámenes CGR, N° 41.769, de 2006 y N° 46.861, de 2002. Esta función de las juntas de vecinos se establece en el artículo 43 letra f) del D.S. N° 58 de 1997, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.418, sobre Juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.

¹⁰⁷ Ordenanza Municipal sobre Patentes de Alcoholes N° 27 de 15 de febrero de 2007, de la Ilustre Municipalidad de San Bernardo.

¹⁰⁸ Dictámenes CGR, N° 50.153 de 1999; N° 29.206 de 2006; N° 6.651 de 2002 y N° 20.099 de 2003.

territorial o social en el que tendrá efectos y en consecuencia, si alguno de esos aspectos se puede ver afectado por un acto derivado de la potestad municipal en esa materia, el concejo puede tenerlos en cuenta para resolver¹⁰⁹.

Se puede colegir de lo anterior, que se declara la existencia de una potestad mixta con elementos reglados y discrecionales, sin que se mencione expresamente la concurrencia de estas últimas. Lo cual se deduce al mismo tiempo cuando el órgano contralor declara su incompetencia para “analizar asuntos de merito o conveniencia, ni suplir a la administración activa en la evaluación de las consideraciones ya expresadas, por lo que si los afectados pretenden impugnar el fondo de tales apreciaciones, evaluaciones o ponderaciones que hace la autoridad municipal, deben proceder directamente por la vía jurisdiccional o deducir ante el mismo municipio el reclamo de ilegalidad”¹¹⁰.

d) Objeto del acto

El objeto del acto administrativo, al consistir en las obligaciones a asumir por el titular de la patente, importa que aquél realice la actividad de expendio de bebidas alcohólicas en conformidad a la normativa ya expuesta, o sea, que se lleve a cabo un ejercicio regular de la actividad lo que se traduce en el cumplimiento de la amplia gama de requisitos impuestos a la actividad (condiciones de funcionamiento)¹¹¹.

e) La expresión formal del acto que otorga la patente se realiza por decreto alcaldicio (artículo 18° de DS 484 DE 1980).

3.- Naturaleza del acto que autoriza un expendio de bebidas alcohólicas.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, a efectos del estudio de las patentes municipales y también en el caso de las patentes de alcoholes, el vocablo “patente” será sinónimo de la autorización de funcionamiento, no obstante a que algún sector de la doctrina haya estimado que sólo en este caso en particular la legislación le quiso dar el sentido de permiso, licencia o autorización por el hecho de estar eventualmente expuestas a remate por su no pago oportuno¹¹². Asimismo, es innegable que a partir de tal hecho una vez concedida la patente se incorpora en el patrimonio del titular un derecho o bien incorporal avaluable en dinero, lo que acarrea la consecuencia de no poder ser expropiadas sin indemnización, ni revocadas o invalidadas por la autoridad que la expide (artículo 19 N° 24 inciso 3° CPR; artículo 61 letra b) y 53 de LBPA)¹¹³.

¹⁰⁹ Dictamen CGR, N° 25.859 de 2005. Claramente se puede observar un cambio de criterio, aunque la misma CGR explique que éste dictamen sea un complemento a los dictados durante la vigencia de la ley 17.105.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Además de las prohibiciones impuestas, se exigen entre otros, ciertos deberes tales como el pago de la patente por semestres anticipados en los meses de enero y julio de cada año (artículo 5° de LA); Identificación en el exterior del establecimiento como lugar de "expendio de bebidas alcohólicas", agregando la clasificación del negocio y la clase de patente que paga. Sin embargo, la patente propiamente tal debe estar fijada en el interior en lugar visible al público (artículo 12 de LA) y exhibir en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel con determinadas prohibiciones que menciona la ley (artículo 40 de LA).

¹¹² Fernández, J. Ob. cit. p. 116.

¹¹³ Palacios, G. Ob. cit. pp. 59-60. A contrario, la posición del autor Fernández, quien señala que “... al contrario de lo que vulgarmente se cree, la patente no es un bien en sí misma y sólo constituye el pago de un impuesto aun cuando suponga una autorización previa. De tal modo, es erróneo creer que las patentes pueden ser enajenadas u objeto de transacción comercial...” Ob. cit. pp. 115-116.

Ahora bien, al margen de estas apreciaciones lo principal en este acápite es dilucidar el carácter de la autorización de funcionamiento expedida por el concejo municipal. Por tanto, se tratará de arribar a una conclusión para establecer si la autorización de funcionamiento de expendios de alcoholes como acto y ejercicio de una potestad pública, es reglada o discrecional.

Como se ha dejado en claro a través del punto 4.2, el acto que autoriza un establecimiento de expendio de bebidas alcohólicas es inequívocamente una autorización que se reviste de ciertas peculiaridades:

a) Es una autorización personal y real.

En la misma LA se impone que el solicitante o titular de una patente, debe cumplir con ciertos requisitos de relevante interés público (artículo 4° de LA), además de que la actividad sea efectivamente ejercida por él. Otro rasgo se manifiesta en el hecho de que su transferencia no sea llevada a cabo libremente, por tanto su adquiriente debe cumplir con los mismos requisitos de quien pretende realizar la transferencia. Claro es que procede su revocación cuando estas circunstancias dejen de subsistir.

A su vez, es real por cuanto el objeto de la autorización son las condiciones que el establecimiento o local debe cumplir y su ubicación dentro de las zonas aptas para ello.

b) Es una autorización por operación.

Si bien en principio se controla que la actividad se ajuste a las exigencias legales, la mismas ordenanzas municipales y la misma LA a través de la imposición de condiciones de funcionamiento (obligaciones y prohibiciones), pretenden encauzar y delimitar la actividad de alcoholes. Y es precisamente por esta causa, que se le dota al órgano administrativo de discrecionalidad en los distintos supuestos ya analizados.

c) Es una autorización reglada y discrecional

Si se afirma que es un acto en parte reglado y discrecional por la concurrencia de ambos elementos, es menester diferenciar los distintos supuestos en lo que ello ocurre.

- En el otorgamiento, renovación, caducidad o traslado de patentes

En principio, por la gran cantidad de requisitos exigidos para acceder, renovar, trasladar o hasta para que deje de existir una patente de alcoholes, lleva a concluir que es una actividad reglada y que aparentemente existiría un derecho preexistente a realizar la actividad en cuestión. Pero no es menos cierto, que a raíz de la nueva LA y aunque ésta normativa no la consagre se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia administrativa de la CGR, la existencia de discrecionalidad en el pronunciamiento del concejo.

En ese marco, el tipo de discrecionalidad que concurre es la llamada discrecionalidad de elección entre las alternativas previstas en la ley. Este último supuesto, es el que precisamente ocurre en estas autorizaciones de funcionamiento, por cuanto el concejo en su pronunciamiento puede libremente decidir si otorga o deniega la

autorización, renovación, caducidad o traslado, en razón de la ponderación de los antecedentes que tenga en su poder. Tal argumento, se sustenta en las siguientes razones:

a) El concejo municipal aún en aquellos casos en que por muy exacto que sea el cumplimiento de los requisitos objetivos, finalmente ejerce su potestad independiente de lo que haya estimado en su informe las juntas de vecinos. Es decir, que aquella opinión no es obligatoria ni vinculante para aquel órgano, no obstante a que les sirva de fundamento en su decisión.

b) La potestad del órgano colegiado es indiferente al cumplimiento de las exigencias estipuladas para cada tipo de patentes, ello porque generalmente rechaza la solicitud respectiva por considerar que al permitir el ejercicio actividad en sus distintos supuestos, se afectaría alguno de los intereses que tal entidad está llamada a tutelar, sea por que la actividad no se ajusta a los intereses del bien común, por consideraciones de seguridad de la comuna o porque causaría molestias vecinales¹¹⁴.

- En la regulación de ciertos aspectos de la actividad

En este caso la misma LA que atribuye discrecionalidad de elección, dota de potestad al órgano edil para que regule a través de ordenanzas aspectos tan importantes como el horario de funcionamiento dentro de los márgenes legales, las zonas en las que se pueden instalar los expendios de alcoholes o la posibilidad de otorgar autorizaciones especiales transitorias, entre otras (artículo 65 letra 0) de LOCM, artículo 8 de LA, artículo 19 inciso 3º, respectivamente), fundado ello en las características y necesidades de la comuna.

De este modo se puede concluir, que la resolución del concejo municipal en materia de patentes de alcoholes es reglada, en relación a los requisitos objetivos que se deben satisfacer y discrecional en la elección, para conceder o negar la solicitud de patente o para reglamentar el desarrollo de la actividad.

d) Es una autorización de funcionamiento

Es indudable que constituye el fiel reflejo de aquellas autorizaciones en que se crea una relación permanente entre el municipio y el titular de la patente, con el objeto de que se tutele el interés público existente detrás del funcionamiento de este tipo de establecimientos. Las características que la configuran, se basan en que a través de las facultades de inspección sobre aquellos locales (artículo 2 de LA) para evitar posibles infracciones de normas legales o reglamentarias y más aun, de aquellas circunstancias que atenten contra el orden público o seguridad ciudadana.

Todo lo anterior, ha conllevado a que el municipio posea un control sobre el desarrollo de la actividad, por tener un alto impacto en razón de los efectos que el consumo de alcohol genera en la salud, seguridad y orden de la ciudadanía.

Cobra relevancia en las autorizaciones de este tipo, la facultad revocatoria del órgano que la concede. Si bien esta potestad se encuentra estipulada en el artículo 61de

¹¹⁴ Dictámen CGR, N° 39.401 de 2008 y N° 25.859 de 2005.

LBPA, no tiene aplicación por cuanto en la letra b) del mismo artículo, señala que la revocación no se aplicará “cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos”, como es el caso de la caducidad de las patentes. No obstante, si se recuerda que las causas que justifican la procedencia de la revocación se refieren a que la actividad no se acomoda a los intereses públicos, aquello no es muy lejano al razonamiento que la autoridad municipal efectúa al denegar la renovación de las patentes por “no ajustarse a los intereses superiores del bien común, especialmente en lo relativo a seguridad ciudadana y orden público”¹¹⁵.

Lo que aún es más, no se renuevan las patentes cuando “se ha estimado han variado las circunstancias existentes al momento de su otorgamiento”¹¹⁶, lo cual guarda exacta relación con causales de revocación contempladas el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones de la legislación española (RCSL).

Es en el ámbito de las autorizaciones o actos declarativos de derechos, donde incluso en derecho comparado es problemática la cuestión relativa a la procedencia o no de indemnización al titular del derecho que ampara una autorización, siendo determinante, analizar “las causas que determinaron la revocación y la naturaleza del derecho afectado”, donde se reconoce la no indemnización en aquellos casos cuando se incumplieran las condiciones a los que el acto se encontraba sujeto, a contrario de lo que sucede cuando la causa que mueve a la revocación, es la “adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público”¹¹⁷.

Resulta relevante determinar, la naturaleza del acto que otorga una patente y que a su vez ampara un derecho. En el caso de las patentes de alcoholes no limitadas, es indudable que se declara la existencia de un derecho preexistente a desarrollar tal actividad económica manteniendo su vigencia hasta que no incurra su titular alguna de las causales de caducidad. Ahora bien, distinto es el caso de las patentes limitadas que al ser escasas, poseen un valor especial propia de aquellas actividades limitadas a un determinado número de sujetos, quienes primariamente deben cumplir con las exigencias impuestas además de lograr conseguir un cupo en la comuna sólo a través del remate o transferencia de otra patente¹¹⁸. Lo anterior equivaldría a decir, que dicha autorización otorga un *derecho ex novo* por su peculiar limitación, transformando aquella idea de derecho preexistente o posibilidad de ejercer la actividad, en un privilegio que crea la Administración a favor de un particular¹¹⁹.

Se ha propuesto en doctrina comparada, que en el caso preciso de autorizaciones limitadas en número se prevea al efecto un procedimiento de aquellos que se establecen para las concesiones, caracterizado por su competitividad e igualdad de oportunidades de los postulantes¹²⁰, lo que se justificaría por la gran inversión económica que conlleva instalar un establecimiento de este tipo y la latente discrecionalidad envuelve a su

¹¹⁵ Dictamen CGR, N° 39.401 de 2008.

¹¹⁶ Dictamen CGR, N° 58.176 de 2009.

¹¹⁷ Cfr. Parada, J. Ob. cit. pp. 210-212.

¹¹⁸ Vid Cfr. Laguna de Paz, J. “La autorización administrativa: entre la escala del dogmatismo y el caribdis del relativismo”. Ob. cit. p.33. Se ha estimado que puede existir en estos casos un verdadera “patrimonialización de la autorización que puede ponerse en el mercado y generar un preciado tráfico”.

¹¹⁹ Parada, J. Ob. cit. pp. 418-419.

¹²⁰ Por todos, Parada, J. Ob. cit. p.418; Santamaría, J. Ob. cit. p.268.

otorgamiento. Esa es la razón por la que ha nacido en doctrina, un nuevo tipo de autorizaciones que no encajan en el esquema clásico de autorización, sino que dicen relación con actividades limitadas, discrecionales y donde es imposible tutelar el interés público comprometido a través del acto inicial de otorgamiento¹²¹. De esta forma, se puede colegir la semejanza entre las autorizaciones en comento y las concesiones.

Por el contrario, se ha señalado que en el caso de autorizaciones limitadas tal hecho no incide en la naturaleza declarativa de la autorización, sino que sólo afecta al alcance de los titulares del derecho¹²².

4.- El control jurídico de las potestades municipales.

4.1.- Generalidades

El control que se ejerza en nuestro ordenamiento jurídico sobre la actuación de los órganos de la Administración del Estado, constituye una expresión de aquellos principios conformadores de un Estado de Derecho, como bien lo son, el principio de legalidad, competencia y responsabilidad (artículos 6 y 7 CPR, en relación con el artículo 3° Ley LOCBGAE y 15 LBPA)¹²³.

En ese contexto, las municipalidades como corporaciones autónomas de derecho público dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, en el cometido de su labor realizan múltiples funciones contando al efecto con amplias prerrogativas cuya finalidad última es lograr satisfacer las necesidades de la comuna y asegurar la participación de ésta en su progreso. Así las cosas, si se comprende el rol que cumplen los municipios, es importante determinar a la luz de la normativa que las rige el régimen de control al que se encuentran sometidos para asegurar la legalidad u oportunidad y conveniencia en el ejercicio de sus funciones y aplicación de las herramientas que utilicen¹²⁴.

Desde esta perspectiva, la fiscalización que se efectúa sobre la actividad municipal puede versar sobre diversos aspectos de ella, siendo relevante en los casos estudiados la aplicación de aquellos tipos de control administrativo (interno y externo), jurisdiccional y control de jurídico y de mérito, oportunidad y conveniencia, cuya manifestación se circunscribe a los llamados recursos administrativos o jurisdiccionales.

4.2.- Tipos de control y mecanismos de impugnación de los actos administrativos municipales.

En primer lugar, el control administrativo y jurisdiccional se caracteriza principalmente por el órgano que ejerce la fiscalización. A continuación, se analizarán

¹²¹ Cfr. Por todos, García-Trevijano, J. Ob. cit. p. 243-246.; García de Enterría; Fernández, T-R. Ob. cit. Tomo II, p. 142. Además Desdentado, E. Ob. cit. p. 72, argumenta que en esos casos se presenta una “técnica de atribución de derechos a favor de ciertos administrados”.

¹²² Cfr. Laguna de Paz, J. “La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y el caribdis del relativismo”. Ob. cit. p. 33.

¹²³ Cfr. Ferrada, J. Ob. cit. p. 599. Aquellas normas aluden a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y Ley N° 19.880, que establece Bases del Procedimiento Administrativo.

¹²⁴ Latorre, P. “El control de la actividad municipal en la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Análisis del contenido y eficacia de sus disposiciones”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII, 1997, pp. 443-444.

ambos tipos de control, señalando el órgano que lo realiza y el alcance del control que se ejerce, para así hacer referencia a su vez al control jurídico y de mérito.

4.2.1. Control Administrativo.

El control que se genera en el plano administrativo, se identifica porque se ejerce por la misma Administración a través de distintos órganos ya sea a nivel interno, como externo y se encuentra establecido en artículo 51 de LOCM¹²⁵.

a) Interno: es realizado tanto sobre los actos, como los órganos que los dictan. Los órganos encargados son:

- Alcalde: Como máxima autoridad municipal le corresponde la supervigilancia de su funcionamiento, artículo 56 inciso 1º de LOCM, norma que reitera lo estipulado en el artículo 11 de LOCBGAE, que dispone el control jerárquico permanente sobre el funcionamiento de sus organismos dependientes, en relación al cumplimiento de los fines y objetivos planteados y la legalidad, oportunidad y conveniencia de la actuación.

- Concejo: Como órgano normativo, resolutivo y fiscalizador (artículo 71 de LOCM), le corresponde dentro de ésta última función, controlar las actuaciones tanto del alcalde, de unidades y servicios municipales, de entidades o terceros que reciban aportes del municipio, cumplimiento de planes y programas de inversión municipal, entre otros.

- Unidades de asesoría jurídica y control: al primero le compete un control jurídico para asegurar la “regularidad y juridicidad de los actos”, a cargo de la unidad de asesoría jurídica (artículo 28 de LOCM). Al segundo, un control “jurídico contable”, para así fiscalizar preeminentemente la administración y manejo de los fondos municipales en manos de la unidad de control (artículo 29 de LOCM)¹²⁶.

b) Externo: le corresponde a la CGR, y sus funciones están establecidas en el artículo 98 de CPR y su ley orgánica. Respecto de las municipalidades ejerce un control de orden jurídico y financiero, donde el primero se traduce en los informes en derecho o dictámenes con carácter vinculante que expide a oficio o a petición de parte, en relación con la organización o funcionamiento de los municipios (artículo 52 de LOCGR)¹²⁷. Es menester precisar, que las resoluciones del municipio están exentas del trámite de toma de razón (pronunciamiento del organismo previo a la ejecución del acto), por expresa disposición legal. No obstante, deberá llevarse a cabo un registro de aquellas resoluciones que afecten a funcionarios municipales (artículo 53 inciso 1º de LOCM)¹²⁸.

A efectos de armonizar las vías administrativas y jurisdiccionales, se debe tener en cuenta la regla que nos impone el artículo 54 de LBPA, esto es, que interpuesto un recurso administrativo, no se puede interponer una acción jurisdiccional, cuyo plazo para ejercer éstas últimas se encuentra suspendido.

¹²⁵ Este art. Señala que “Las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al alcalde, al concejo y a las unidades municipales dentro del ámbito de su competencia

¹²⁶ Boloña, G. *Derecho Municipal Chileno*. Conosur, Santiago, 2001, pp. 161-164.

¹²⁷ Ídem. pp.164-167. La Ley Orgánica constitucional de la Contraloría General de la república, es el Decreto 2421, que fija el texto refundido y sistematizado de la Ley N° 10.336.

¹²⁸ Ídem. p. 161.

En definitiva, desde el punto de vista del agraviado por un decreto alcaldicio como lo es ciertamente el caso de las patentes de alcoholes, es cuestionable el pronunciamiento de la CGR, organismo que como se revisó en acápite anteriores, se declara incompetente para efectuar revisión a la potestad discrecional en cuestión. Siendo perfectamente procedente el control de la discrecionalidad, a través de diversas técnicas de control que no necesariamente implican analizar asuntos de oportunidad o conveniencia de la medida¹²⁹, donde no queda otra posibilidad que la de concurrir a los tribunales de justicia para que ejerzan un control sobre la discrecionalidad que envuelve a la potestad municipal.

4.2.2. Control Jurisdiccional

Es ejercido por los Tribunales de Justicia y reconoce asidero constitucional en el artículo 38 inciso 2º de CPR, que preceptúa la posibilidad de reclamar ante ellos, la lesión sobre los derechos de los particulares cometidas por la Administración del Estado o Municipalidades.

Es en este ámbito, donde se trastoca un tema controvertido y discutido en el capítulo primero, referente al alcance del control que ejercen los tribunales sobre la actuación administrativa, donde la discrecionalidad juega un rol central en torno a si debe o no ser sustituida la decisión de un órgano de la administración¹³⁰.

En lo que viene, se atenderá a las vías de impugnación y como se configura el control de la discrecionalidad en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

a) Recurso de reclamación, artículo 141 de LOCM.

Este recurso puede ser interpuesto por cualquier persona o particular agraviado, en aquellos casos en que las resoluciones u omisiones del alcalde o sus funcionarios, afecten el interés general de la comuna o cuando aquellas sean ilegales.

El recurso se interpone primeramente en la municipalidad correspondiente en el plazo de 30 días¹³¹. Esta es la llamada “vía administrativa de reclamación”¹³², donde el recurso se entenderá rechazado por resolución fundada del alcalde o si éste, no se pronunciare dentro del término de quince días contados desde la fecha de su recepción en la municipalidad.

En ese último caso, el afectado podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva¹³³ (plazo de 15 días), la que podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente, dando traslado al alcalde por el término de 10 días, donde además podrá abrir un término de prueba. Finalmente la corte si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará la anulación total o parcial del acto impugnado en conjunto con dictar una resolución a fin de subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada y declarar el derecho a los perjuicios (cuando se hubieren

¹²⁹ Supra pp. 8-9.

¹³⁰ Supra pp. 6-7.

¹³¹ El plazo se cuenta desde la fecha de publicación de la resolución, notificación administrativa de la resolución o desde el requerimiento, en el caso de las omisiones.

¹³² Boloña, G. Ob. cit. p.169.

¹³³ En el escrito se debe señalar con precisión, el acto u omisión objeto del reclamo, la norma legal que se supone infringida, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente cuando procediere, las razones por las cuales el acto u omisión le perjudican

solicitado). A su vez, si estima que la infracción pudiere ser constitutiva de delito, remite los antecedentes al Ministerio Público.

b) Acción de indemnización ante los tribunales ordinarios de justicia, artículo 141 letra i) de LOCM.

La acción de indemnización de perjuicios, procede una vez que se hubiere acogido de modo definitivo un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones. Esta acción, se ejercita conforme a las reglas del juicio sumario y además se podrá perseguir ante el Ministerio Público la investigación criminal que correspondiere.

Hay que precisar en primer lugar, que esta acción esta sujeta a que se haya dado a lugar al recurso de reclamación por ilegalidad, no siendo requisito al efecto que la corte haya reconocido el derecho a la indemnización¹³⁴. En segundo lugar, ya sea en sede civil como penal, no podrá discutirse nuevamente la ilegalidad declarada por la corte.

b) Recurso de protección, artículo 20 de CPR.

Presupone en primer lugar, que el acto u omisión del municipio sea ilegal o arbitrario, lo que implica que carezca de fundamentos jurídicos o que infrinja normas legales. Y segundo, que ese acto u omisión constituya una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales contempladas en la Constitución. O bien, que el acto u omisión arbitraria o ilegal imputable a una autoridad determinada afecte el derecho contemplado en el artículo 19 N° 8 de CPR.

El plazo de interposición es de 15 días desde notificado el acto recurrido, entendiéndose por notificación, aquella efectuada de modo expreso o tácito en el que se ponga en conocimiento el contenido del acto administrativo¹³⁵. En conclusión, este recurso es de naturaleza cautelar y que tiene por objeto amparar ante amenazas o perturbaciones, el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes contemplados en la CPR.

El procedimiento a seguir se encuentra establecido en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 1992, que fija la tramitación y fallo del recurso.

En el contexto de las patentes alcoholes, constituye un ejemplo de arbitrariedad en su otorgamiento que la resolución no posean motivación o fundamento suficiente, especialmente en aquellas fundadas en conceptos jurídicos indeterminados, donde no se logra vincular el interés que se pretende tutelar con el aspecto en concreto de la actividad que origina la infracción, lo que equivale a decir, que carece de causa. Así también ocurre, cuando los hechos en que se funda la decisión no tiene relación con la finalidad que se pretende conseguir, esto es, no tiene directa incidencia sobre el derecho que la patente de alcoholes ampara (desviación en el fin).

¹³⁴ Boloña, G. Ob. cit. p. 172.

¹³⁵ Ídem. p. 174.

c) Recurso de amparo económico, Ley N° 18.971.

Tiene por finalidad, que los tribunales investiguen y constaten la existencia de infracción al artículo 19 N° 21 CPR¹³⁶, sin que deba indagarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del hecho (pues este es el objeto del recurso de protección de garantías constitucionales)¹³⁷.

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados y cuenta con un plazo de 6 meses contados desde la infracción para interponerlo en la Corte de Apelaciones correspondiente, la cual tramitará sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo.

Según fallo de la Corte Suprema, la infracción debe fundarse en “hechos reales, efectivos, concretos y determinantes y no en simples amenazas de perturbación”¹³⁸.

En el caso de un acto administrativo como el de alcoholes, el plazo se cuenta desde su dictación y se recurre a este recurso cuando por ejemplo a raíz de un decreto municipal se vulnera la garantía en comento por las mismas razones que se esbozaron respecto del recurso de protección.

¹³⁶ Este art. consagra el “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

¹³⁷ Fallo Corte Suprema rol N° 1.175-2004, en *Gaceta Jurídica*, N° 286, 2004, p. 46 y ss.

¹³⁸ Cit. por Herrera, J. Ob. cit. p. 331. Fallo Corte Suprema N° 575, de 28 de abril de 1993.

CONCLUSIONES

1.- El ejercicio de poder atribuido por ley a un órgano de la Administración del Estado, puede estar configurada de manera completa o, a contrario, permite en lo aspectos no regulados por la norma, la toma de decisión de parte de la misma Administración. Sin embargo, la doctrina comparada ha constatado que el histórico antagonismo entre potestad o actos reglados o discrecionales se ha diluido, hasta llegar a la no existencia de actos absolutamente reglados o discrecionales, por cuanto en todo acto podemos encontrar ambos tipos de elementos en distintas proporciones.

2.- La discrecionalidad administrativa, donde una vez determinado el supuesto de hecho la autoridad es libre para actuar o no (discrecionalidad de actuación) o bien, para elegir entre diversas alternativas previstas en la ley (discrecionalidad de elección), implica la apreciación de circunstancias particulares u oportunidad de la medida a adoptar, lo que no es más que una manifestación del ejercicio de poder político.

3.- El control de la discrecionalidad en conjunto con las técnicas de control de la misma, surgieron como reacción ante la exclusión de control judicial de los actos discrecionales frente al estricto control de aquellos actos que encontraban completo asidero en la ley. Paralelamente, generó la discusión en torno al alcance del control judicial a ejercer, donde las posiciones fluctúan desde un control judicial pleno, hasta la completa reformulación del concepto a la luz de los actuales postulados de un Estado de Derecho, donde se reivindica el concepto de discrecionalidad administrativa y se modera la actuación del juez frente a la sustitución de la decisión cuestionada.

4.- Respecto de las potestades regladas y discrecionales, la observancia de la correcta actuación de los órganos de la Administración se materializa a través del control de ambos tipos de potestades, donde cobra relevancia la distinción entre control de legalidad y de mérito, cuyas causas justifican la retirada del acto del ordenamiento jurídico que hacen procedente su invalidación por causas de ilegalidad o revocación, por causas de oportunidad o conveniencia.

5.- Específicamente, la revocación de actos administrativos en nuestro derecho se admite generalmente hacia los actos discrecionales y no respecto de los reglados. En derecho comparado, la revocación reconoce siempre como limitante el respeto a los derechos adquiridos, no así cuando recae sobre actos referentes a la organización administrativa o si son de gravamen o desfavorables para los privados. Lo problemático se presenta con los actos declarativos de derechos, donde sin perjuicio de ser legítima su revocación, se cuestiona la causa y si procede o no derecho a indemnización, situación resuelta a nivel legal y donde habrá derecho a resarcimiento en razón de las causas que promovieron la revocación y la naturaleza del derecho afectado.

6.- Concesiones y autorizaciones administrativas constituyen ejemplos de actos, que en un caso se crean derechos a favor de un particular y en el otro se declara la existencia de un derecho. La distinción entre ambos no puede ser determinada a priori, sino que debe atenderse a las características del acto que emite la autoridad para así establecer si constituye concesión o autorización, independiente si preexiste un derecho o si se trata de una

actividad publicada. Sin perjuicio de aquello, ambos actos convergen en el campo de los llamados bienes nacionales de uso público, donde se debe diferenciar entre concesiones, simples permisos (autorización de policía) y permisos de ocupación, a efectos de determinar la configuración de los derechos que confiere al particular.

7.- En el ámbito de la administración local de una comuna, la LOCM consagra la potestad de los municipios de otorgar concesiones y autorizaciones y en definitiva de intervenir en el efectivo ejercicio de los derechos de particulares y actividades a realizarse en la comuna. Tal potestad se despliega a través de la observancia del cumplimiento de normas objetivas que regulan su ejercicio, además de corroborar su compatibilidad con el interés público, lo que se asocia directamente con la finalidad de la labor que cumplen la autoridad local, esto es, satisfacer las necesidades de la comuna (seguridad ciudadana, salud pública, etc.).

8.- Respecto de las concesiones, estas recaen sobre bienes municipales o nacionales de uso público, de manera conjunta a los permisos de ocupación, caracterizándose ambos por la precariedad de ambos (aunque en grado variable) por causas de interés general. En relación a las autorizaciones, específicamente en lo que concierne a aquellas que permiten el funcionamiento de actividades gravadas con patente municipal, posee una compleja regulación establecida en distintas normas, la que en todo caso la autoridad edil debe velar por la compatibilidad del interés público con el interés privado.

9.- Un tipo de autorizaciones de funcionamiento con carácter especial, está constituida por las llamadas patentes de alcoholes, actividades que en su desarrollo pueden constituir una latente amenaza al interés público. Si bien la potestad municipal en este plano se encuentra establecida en una ley especial, no queda del todo claro el carácter que poseen los actos de otorgamiento, renovación, caducidad o traslado de la patente, la que principalmente busca compatibilizar las exigencias particulares con los intereses superiores del bien común.

10.- Según lo dispuesto por la jurisprudencia de la CGR, desde la antigua normativa se le consideró al acuerdo del concejo municipal en materia de patentes de alcoholes como un acto eminentemente reglado, en el que las exigencias legales se encuentran en todo caso en armonía con el interés colectivo. Visión que se revierte a partir de la nueva ley de alcoholes, la que sin declarar expresamente que estamos ante un acto discrecional, se establece que en aquel no sólo concurren elementos reglados, sino que también aspectos que importan la evaluación o apreciación del municipio, los que se relacionan con las funciones que esos órganos desarrollan en la comuna, la que no es más que discrecionalidad administrativa.

11.- Efectivamente y de acuerdo con la normativa y la visión del organismo contralor contenida en sus diversos dictámenes, se puede inferir la presencia de un acto en parte discrecional y reglado, pero eminentemente discrecional por las siguientes razones: primero, el acuerdo del concejo se emite de manera independiente de dos cuestiones fundamentales, de lo que haya estimado el informe de la junta de vecinos (a la que la misma LOCM establece que su opinión debe ser oída por el órgano edil) y de la observancia del cumplimiento de los requisitos objetivos estipulados para la actividad;

segundo, la misma LA permite que los municipios regulen en amplio sentido ciertos aspectos de la actividad, fundado ello en las características y necesidades de la comuna.

12.- Un caso particular lo constituyen las patentes limitadas en número, las que al ser escasas poseen un valor especial propio de aquellas actividades limitadas a un determinado número de sujetos, quienes además de cumplir con las exigencias impuestas, deben lograr conseguir un cupo en la comuna sólo a través del remate o transferencia de una patente de alcoholes. Sin duda alguna, dicha autorización otorga un *derecho ex novo* por su peculiar limitación, donde la idea de derecho preexistente se despliega como un privilegio que crea la Administración a favor de un particular. En derecho comparado, para el caso preciso de las autorizaciones limitadas en número, se plantea la existencia de un procedimiento caracterizado por la competitividad e igualdad de oportunidades de los postulantes, situación que no ocurre a nivel municipal.

13.- El agraviado por un decreto municipal tiene diversas instancias a fin de que se ejerza un control sobre los actos municipales, pero encuentra en principio la limitante de ser un acto mayoritariamente discrecional, debido a que tanto la jurisprudencia de la CGR y de los Tribunales de Justicia, aún no han asimilado lo que la doctrina española ha puesto en marcha, un efectivo control judicial de los actos discrecionales a través de las distintas técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

BILBIOGRAFÍA

I. Textos y estudios doctrinales

- 1.- Beltrán de Felipe, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Tecnos, Madrid, 1995.
- 2.- Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas, Madrid, 2004.
- 3.- Boloña Kelly, Germán. *Derecho Municipal Chileno*. Conosur, Santiago, 2001.
- 4.- Boquera Oliver, José María. *Estudio sobre el Acto Administrativo*. Civitas, Madrid, 1990.
- 5.- Cassagne, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1992.
- 6.- Cordero Vega, Luis. “Los hechos y los supuestos de hecho para el ejercicio de las potestades administrativas. Aplicación a un caso práctico”, en *Revista de Derecho Público*, Nº 62, 2000.
- 7.- De la Cuétara, Juan Miguel. *Las Potestades Administrativas*. Tecnos, Madrid, 1986.
- 8.- Desdentado Daroca, Eva.
 - Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Distinción teórica y análisis jurisprudencial. Aranzadi, Navarra, 1999.
 - El precario administrativo: Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones a precario. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- 9.- Fernández Richard, José. *Derecho Municipal Chileno*. Editorial Jurídica, Santiago, 2003.
- 10.- Fernández, Tomás-Ramón.
 - *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. Civitas, Madrid, 1991.
 - “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, en *Revista de Española de Derecho Administrativo* Nº 76, oct.-dic (CD REDA Nº 1-100).
- 11.- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “El principio de control en la Administración del Estado”, en *La Administración del Estado. Decenio 1990-2000* (Coord. Rolando Pantoja), ConoSur, Santiago, 2000.
- 12.- García de Enterría, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 38, mayo-agosto, 1962.
- 13.- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2008, Tomos I y II.
- 14.- García-Trevijano, José Antonio. *Los Actos administrativos*. Civitas, Madrid, 1986.
- 15.- Garrido Falla, Fernando. “La administración y la ley”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 6, septiembre-diciembre 1951.
- 16.- González Vergara, Ariel. *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1965.
- 17.- Herrera Ramírez, Jorge. *Patentes Municipales*, Conosur, Santiago, 2001.
- 18.- Laguna de Paz, José Carlos. “La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y el caribdis del relativismo”, en VVAAA, *La autorización administrativa, la autorización electrónica, la enseñanza del derecho administrativo hoy: Actas del I*

Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Aranzadi, Navarra, 2007, pp.25-50.

19.- Latorre Vivar, Patricio. “El control de la actividad municipal en la Ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades. Análisis del contenido y eficacia de sus disposiciones”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, 1997.

20.- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, en *Revista de Administración Pública*, N° 24, septiembre-diciembre 1957.

21.- Martín Mateo, Ramón. “Silencio administrativo y actividad autorizante”, en *Revista de Administración Pública*, N° 48, sept.-dic.1965.

22.- Montt Oyarzún, Santiago. *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Conosur, Santiago, 2002.

23.- Morell Ocaña, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Aranzadi, Pamplona, 1999, Tomo II.

24.- Palacios, Galvarino. “Patente municipal y su naturaleza jurídica”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 17, 2008.

25.- Pantoja Bauzá, Rolando. *La Organización Administrativa del Estado*. Editorial Jurídica, Santiago, 2004.

26.- Parada Vásquez, José Ramón. *Derecho Administrativo. Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 2000.

27.- Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Tecnos, Madrid, 1993.

28.- Parejo Alfonso, Luciano; Jiménez-Blanco A.; Ortega Álvarez, L. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel, Barcelona, 1998, Volúmenes I y II.

29.- Pierry Arrau, Pedro. “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Chilena de Derecho*, Vol. 2-3, 1984. pp. 479-491.

30.- Reyes Riveros, Jorge. *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*. Editorial Jurídica, Santiago, 1960.

31.- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Iustel, Madrid, 2004.

32.- Silva Cimma, Enrique.

- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica, Santiago, 1992.
- *Actos, Contratos y Bienes. El Control Público*. Editorial Jurídica, Santiago, 1992.

33.- Soto Kloss, Eduardo. “Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, N°s 43-44, enero-diciembre 1988.

34.- Ugarte Vial, Jorge. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilena. Leyes administrativas sobre municipalidades*. Editorial Jurídica, Santiago, 1994.

35.- Villar Palasí, José Luis. *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*. Civitas, Madrid, 1999.

II. Textos legales

- 1.- Constitución Política de la República de Chile.
- 2.- Código Sanitario, DFL N° 725 de 1967.
- 3.- Decreto N° 2.385 que fija el texto refundido y sistematizado del Decreto Ley N° 3.063 sobre rentas municipales.
- 3.- Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.
- 4.- Ley General de Urbanismo y Construcciones, DFL N° 458 de 1976 y Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto Supremo N° 47 de 1992.
- 5.- Ley N° 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas.
- 6.- Ley N° 19.418 sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.
- 7.- Ley 19.937 que modifica el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, que establece una nueva concepción de la autoridad sanitaria.
- 8.- Ley N° 18.455 y su reglamento (DS N° 78 de 1986), sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres.
- 9.- Ley N° 18.971, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.
- 10.- Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes de la Ley de Rentas Municipales, Decreto Supremo N° 484 de 1980.

III. Documentos

- 1.- Ordenanza N° 94, de 24 de octubre de 2008, de la Ilustre Municipalidad de Santiago.
- 2.- Ordenanza Municipal N° 27 de 15 de febrero de 2007, de la Ilustre Municipalidad de San Bernardo.
- 3.- Ordenanza Municipal N° 18, de 2 de octubre de 2007, de la Ilustre Municipalidad de Puente Alto.

IV. Referencias de Internet

- 1.- Dictámenes de la Contraloría General de la República <http://www.contraloria.cl>
- 2.- Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. <http://www.rae.es>
- 3.- Modelos para la elaboración de bases para la licitación de la concesión de servicios municipales referentes a residuos sólidos http://www.economia.cl/1540/articles-187071_recurso_4.pdf