



07 de diciembre de 2020

**OFICIO DH-DGP-1188-2020**  
**AL CONTESTAR REFIERASE A ESTE OFICIO**

**Nancy Vílchez Obando**  
**Jefe de Área**  
**Sala de Comisiones Legislativas V**  
**Comisión Asuntos Económicos-Asamblea Legislativa**  
[COMISION-ECONOMICOS@asamblea.go.cr](mailto:COMISION-ECONOMICOS@asamblea.go.cr)

Estimada señora:

Con el agrado de saludarla, procedo a su vez a dar respuesta a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley N° expediente 22.188, denominado Ley de Comercio al Aire Libre; lo descrito según estudio realizado por la Dirección de Gobernanza Pública de la Defensoría de los Habitantes de la República, en los siguientes términos:

### **1.- Resumen Ejecutivo**

El Proyecto de ley N° 22.188, como bien lo indica su nombre, pretende la utilización de los espacios que son de carácter público, mediante un permiso temporal prorrogable, como parte de las medidas de reactivación económica, pero además que fortalezca la gastronomía, la cultura y los ingresos de los gobiernos locales en el mejoramiento del entorno de las comunidades. Sobre el particular, el proyecto cuenta con el Dictamen Afirmativo Unánime por parte de las y los diputados, miembros de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Económicos.

### **2.- Análisis del contenido del proyecto**

El proyecto de marras, se encuentra constituido por 15 artículos y 2 transitorios, de los cuales, los últimos 4 artículos son reformas a distintas normas. Del análisis del articulado, se procede a verificar los alcances con respecto al cumplimiento de las normas que regula el uso de espacios públicos y de lo cual, se desprende las siguientes observaciones:

**ARTÍCULO 1.** Plantea como objetivo otorgar a los Gobiernos Locales, la facultad de autorizar a los patentados o licenciarios, el desarrollo de una actividad comercial que permita promover el comercio, ante todo, en temas de gastronomía en espacios públicos como aceras, parques, plazas, vía pública, calles u otros lugares públicos, respetando el derecho al libre tránsito, accesibilidad, mantenimiento y protección de los espacios públicos. Sobre el particular, esta Defensoría solo deja la clara observación acerca de que el respeto a los derechos señalados parte del cumplimiento de lo establecido en las distintas normas plasmadas, tanto en el Código Urbano, así como el Código Municipal, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600 y así debería estar debidamente incorporado en el artículo.

**ARTÍCULO 2,** En cuanto al tema de autorizaciones, el artículo delega de manera potestativa y de conformidad con las competencias de las municipalidades en el otorgamiento de patentes, comerciales y licencias, lo que denomina el proyecto una "*autorización de comercio al aire libre*" para ser utilizados en los espacios señalados en el primer artículo, señalando además que el plazo para la explotación de la actividad, será el mismo por el que se otorgó la licencia o patente; sin embargo, para ello debe encontrarse al día con el pago de sus obligaciones. En este sentido, nuevamente la Defensoría destaca la necesidad de

que se cumpla y respete con la utilización adecuada de los espacios públicos en cumplimiento con lo establecido en la normativa que regula la materia.

Asimismo, se crea la figura de "licencia de comercio al aire libre flotante" y el artículo autoriza a las municipalidades, el otorgamiento de estos permisos a los negocios denominados *foodtruck* o comida móvil para venta de alimentos y bebidas no alcohólicas. En línea de lo anterior, el artículo pretende simplificar el trámite, indicando que "solo" debe presentar el permiso sanitario de funcionamiento y, aunque la patente haya sido emitida por otro cantón, no será necesario presentarla, emitiendo además el permiso por el plazo de un año y plantea la posibilidad de renovarse por "períodos iguales". Sobre el particular, esta Defensoría no considera procedente que sea "solo" la presentación del permiso de funcionamiento. Es requisito fundamental la presentación de la licencia del cantón que la extendió, con el fin de verificar que la misma se encuentre vigente.

El foodtruck debe contar con un permiso, patente y licencia para poder funcionar y si ya cuenta con un permiso temporal, esta Defensoría considera que las y los diputados deben analizar el tema de otorgar una "licencia", por cuanto, si la misma ya ha sido emitida por otro cantón para lograr su funcionamiento, la municipalidad podría incurrir en una doble imposición por lo que, el permiso temporal de uso de suelo debería contar con otra denominación para evitar confusiones.

Aunado a lo anterior, esta Defensoría considera que, el patentado o licenciario, debe indicar la ubicación donde se desarrollará la actividad, si contará con sillas y mesas y, de ser así, debe establecerse un número límite de las mismas para atender a los comensales. Lo anterior, con el fin de que, el espacio público utilizado, no obstruya la transitabilidad de personas y automóviles.

Es claro que, por licencia o patente municipal se entiende aquella autorización de funcionamiento; emitida por una Corporación Municipal a través de un acto administrativo, en el ejercicio de la potestad de control consagrada constitucionalmente en el artículo 169, mediante el cual se permite a los particulares realizar actividades de índole lucrativa en una determinada localidad de su jurisdicción y el cual además se encuentra sujeto al pago previo del derecho correspondiente para realizar determinada actividad el cual es conocido como patente.

En este orden de ideas, la licencia viene a ser un medio de control ejercido por los entes locales sobre los administrados, que se caracteriza por autorizar al particular, el ejercicio de un derecho preexistente –no lo crea-, que se encontraba limitado en aras de resguardar el interés público de la colectividad. Así las cosas, por medio de la licencia, la entidad local puede constatar que la actividad lucrativa que pretende ser realizada en una determinada circunscripción sea conforme a derecho.

En punto a lo anterior, las autorizaciones son el resultado de la aplicación de lo establecido en el Código Municipal en cuanto a la obligación a todos los interesados, de contar con licencia municipal para el ejercicio de cualquier actividad con fines de lucro. Siendo así que no solo corresponde a cada municipalidad su rechazo u otorgamiento, sino que compete a estas velar por su debido funcionamiento.

Sobre el particular, el cumplimiento de los requerimientos mínimos para que los solicitantes opten por un permiso, patente o licencia, se da en aras de resguardar con ello el bienestar común, siendo imperante el cumplimiento de las condiciones exigidas por el ordenamiento para el debido funcionamiento y es de competencia directa del Alcalde o Alcaldesa velar por su cumplimiento como bien emana del artículo 169 de la Carta Magna.

Partiendo de lo anterior, es fundamental señalar que, dentro de los alcances de la responsabilidad de los funcionarios y de las administraciones, todo acto administrativo debe ser por imperativo legal motivado y por principio general en los supuestos legales, la **motivación del acto** es un requisito sustancial para **la**

**validez del acto** a emitir, de conformidad con lo señalado en el artículo 136.1 inciso a) de la Ley General de la Administración Pública el cual establece claramente:

*"Artículo 136.-1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:*

*a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos; (...)"*

Siendo, así las cosas, la motivación es el fundamento fáctico y jurídico con el que cuenta la Administración para justificar la legalidad y oportunidad del acto que emite y por ello, esta Defensoría considera más que necesario que, como parte de los requisitos, se presente el permiso que le permitiera a las actividades que utilicen gastronomía sobre ruedas, poder ejercer la actividad.

Por otra parte, en cuanto a la autorización de comercio al aire libre o licencia de comercio al aire libre flotante, las municipalidades deberán asegurar que, la utilización de dichos espacios, no solo contravenga el derecho de libre tránsito, el acceso y movilidad de peatones, en cumplimiento de lo establecido en la Ley N.º 7600, Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, sino además las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Urbano, la doctrina, así como el cumplimiento de los lineamientos señalados por la Sala Constitucional y la Procuraduría, con respecto a la utilización de estos espacios y los alcances de su ocupación. Lo anterior tomando en cuenta que estos espacios han sido generados para los peatones, quienes al fin y al cabo deben ser considerados los primeros en la pirámide de transitabilidad de las ciudades.

Asimismo, cualquier autorización, deberá cumplir a cabalidad lo establecido en los Planes Reguladores de los cantones o en su defecto, del Plan Director Urbano, en cuanto a la utilización del uso de suelo en las distintas zonas, señaladas en los instrumentos de planificación urbana que permitan o no, actividades lucrativas acorde con las distintas zonificaciones.

En cuanto a lo señalado con respecto a las autorizaciones y licencia descritas en este artículo, únicamente podrán otorgarse para la actividad de comercialización de alimentos y bebidas o el desarrollo de espectáculos públicos de carácter cultural. Al respecto, los espectáculos públicos deberían desarrollarse en un artículo aparte, por cuanto tiene un tratamiento diferenciado con respecto a las actividades de restaurantes, sodas y demás que contienen alimentos y bebidas no alcohólicas las cuales, por su naturaleza, siempre se encuentran juntas, pero, además, por su naturaleza, son completamente distintas.

**ARTÍCULO 3-** En cuanto al carácter de la autorización, efectivamente, el artículo plantea que, el permiso de utilización de los espacios de carácter público, para la explotación de la actividad comercial, no genera derecho real en favor de los patentados o licenciatarios y establece el deber de reparación por daños en la infraestructura, instalaciones o servicios que se encuentren en el espacio autorizado sin que se genere derecho a indemnización. Sobre el particular, esta Defensoría considera que, es en razón de la necesidad de proteger la condición de los espacios utilizados, aquellas actividades que utilicen gastronomía sobre ruedas, deben señalar en su permiso, la ubicación. Lo anterior permite generar al solicitante, un sentido de responsabilidad acerca del uso de los espacios públicos y la municipalidad, como administrador de la cosa pública, se puede fiscalizar la actividad.

Con respecto al cambio de titularidad de la autorización, el artículo plasma que ello se realiza conjuntamente con el de la licencia o patente del establecimiento principal y delega en el nuevo titular, la posibilidad de plasmar renuncia expresa de la autorización de comercio al aire libre, procediendo a comunicarlo a la municipalidad en un plazo no mayor a 30 días hábiles. Esta Defensoría considera sobre este punto que, el cambio de la titularidad de la autorización, así como la renuncia o pérdida de la patente por las distintas causales, deben atender a los procedimientos establecidos en la normativa de cada cantón que se utiliza y en cumplimiento de las normas generales para tales efectos.

Si bien la Defensoría comprende la necesidad de efectuar una reactivación económica urgente a nivel nacional, ello requiere que se analicen los alcances del comercio al aire libre en otros países. En línea de lo anterior, es de fundamental mención que, el país debería tener establecidas en cada cantón, zonas determinadas para el comercio al aire libre y el proyecto debería mejorar en el contenido de su texto, estos espacios, con el fin de que ello no afectare el entorno, salvaguardando la integridad de las y los peatones, evitando la modificación del paisaje.

Debe existir una limitación acerca de los alcances de las actividades de comercio al aire libre, que se pretenden llevar a cabo y, en punto a ello, es que el Proyecto en su contenido debe realizar todas las acciones necesarias por parte de los patentados, licenciarios o solicitantes que garanticen que, dicha actividad afecte lo menos posible el entorno en donde se desarrolla. Lo anterior, tomando en cuenta la existencia de Planes Reguladores que a todas luces pretenden proteger distintas zonas, del impacto que las actividades tienen sobre el paisaje y la silenciosa dinámica que normalmente circunda ellas.

**ARTÍCULO 4-** En cuanto al tema de la responsabilidad municipal, este artículo delega en las municipalidades el establecimiento reglamentario de los criterios de utilización del espacio, requisitos y condiciones de uso; sin embargo, esta Defensoría considera que en cuanto al tema de máximos de ruido ello es una tutela exclusiva del Ministerio de Salud como ente rector en la materia, por lo que, este Órgano considera necesario que se incorpore el principio de coordinación interinstitucional que permita el logro de los fines establecidos en el proyecto de ley.

Ahora bien, el artículo indica que, las municipalidades, deberán consultar como mínimo con la Cámara de Empresarios y Emprendedores de Foodtrucks de Costa Rica. Esta Defensoría considera improcedente que se pretenda efectuar consulta a un grupo de interés lo que, por norma, debe ser aplicado en cuanto al uso de los espacios públicos. En este sentido, lo referente a los permisos para el comercio flotante, se entiende que cualquier consulta debe ser en aras de conocer el funcionamiento de estas formas de comercio y sus necesidades logísticas, no así sobre regulaciones que es una potestad de la Administración.

Por otra parte, el artículo indica que las municipalidades podrán hacer variaciones de los criterios para la utilización de los tipos de espacios, según la ubicación dentro del cantón o particularidades del uso de suelo. Sobre el particular, esta Defensoría considera, en definitiva, que este párrafo debe suprimirse. No pueden pretender los diputados y diputadas proponentes que, por un asunto potestativo, puedan los gobiernos locales modificar normas ya establecidas, mucho menos en temas de uso de suelo. En línea de lo anterior, el oficio N° AAA-869-2005 de la Procuraduría General de la República indica de una forma muy acertada que:

*"Ocupar bienes demaniales sin la necesaria autorización, no da derecho alguno a los infractores, ni siquiera para reclamar por las obras que instale al margen de la ley. La simple tolerancia o tardanza de la administración para poner freno a las acciones transgresoras de esos bienes no otorga ningún derecho a los particulares al no poder alegar la excepción de prescripción, dado que no lo permite la naturaleza del dominio público. Tampoco tienen derecho al pago de mejoras. Estos bienes no pueden ser objeto de posesión por parte de los particulares y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio."*

Ahora bien, en cuanto a lo establecido en la Ley General de Caminos Públicos, el artículo 2º establece los alcances de la propiedad de estos espacios al señalar:

**"ARTICULO 2.-** *Son propiedad del Estado todos los terrenos ocupados por carreteras y caminos públicos; existentes o que se construyan en el futuro. Las municipalidades tienen la propiedad de las calles de su jurisdicción..."*

De esta forma, claramente nuestra legislación establece que las vías públicas son de dominio público y de uso común. Siendo las corporaciones municipales las administradoras de las vías de su jurisdicción deben velar por el uso racional de dichas vías, tal y como lo estipula el artículo 13 de la Ley de Construcciones.

**ARTÍCULO 5-** En cuanto al trámite de la autorización, la Defensoría considera que, una vez presentada la solicitud y documentación respectiva, la municipalidad aprobará la solicitud y otorgará el permiso para la utilización de los espacios públicos, el cual deberá circunscribirse al espacio físico delimitado por las municipalidades y en los términos y condiciones que esta establezca.

**ARTÍCULO 7-** En cuanto al tema de gestión y gobernanza, si bien el artículo plasma que la totalidad de los ingresos generados por las autorizaciones, deberán ser utilizados para el mejoramiento del espacio público, esta Defensoría considera que, como parte del principio de rendición de cuentas cada municipalidad, deberá incorporar en sus informes anuales, la utilización del mejoramiento de los espacios públicos producto de los ingresos generados en razón de la autorización otorgada.

Asimismo, el artículo autoriza a las municipalidades construir y concesionar quioscos municipales en parques y plazas públicos por un plazo de hasta 24 meses prorrogable por periodos iguales. Sobre el particular, esta Defensoría considera que este punto no debería estar en este artículo. Además, las construcciones en los cantones, son una prerrogativa y planificación de los gobiernos locales y no requiere de una autorización normativa adicional. De igual forma, lo que puede realizar la municipalidad es otorgar permisos de uso en distintos lugares, no concesiones en quioscos propiamente dichos y de continuar insistiendo en que, la figura de concesión, sea la que se determine, debe desarrollarse en un capítulo aparte.

**ARTÍCULO 8-** En cuanto al tema de los convenios con terceros, el artículo indica que, las instituciones públicas, autónomas y semiautónomas o la administración central podrán entrar en convenios de alianza público-privada con terceros para autorizar permisos temporales frente a sus instalaciones en cumplimiento de las condiciones expresas en esta ley y solicitadas por la municipalidad; sin embargo, la Defensoría considera que, la única que puede conceder y autorizar permisos de ocupación de espacios públicos de los tratados en este proyecto, son los gobiernos locales como administradores generales de los intereses del cantón. Aunado a lo anterior, no debe existir una diferencia entre las empresas y los restantes solicitantes, por cuanto los requisitos deben ser para todos como patentados, licenciatarios o solicitantes, siendo que la misma ley y reglamentación, no genera diferenciación alguna, siendo que, al fin y al cabo, se trata de un espacio público.

**ARTÍCULO 9-** En cuanto a las atribuciones de los patentados o licenciatarios, esta Defensoría considera que, si bien se establece los alcances de lo que pueden hacer los solicitantes, de igual forma, debería incluirse un artículo sobre las obligaciones de los patentados o licenciatarios en punto al cumplimiento de los horarios establecidos, la condición, mantenimiento de las zonas, niveles de ruido y de la tranquilidad del entorno de conformidad con lo establecido en la norma.

Sobre el particular, por una parte, se encuentra el derecho del licenciatario a ejercer su actividad de manera independiente, con el fin de garantizar una adecuada calidad de vida para sí y su familia. Por otra parte, se encuentra el derecho de los habitantes a vivir en paz, con tranquilidad, seguridad, sin ruidos, obstrucciones, con un paisaje adecuado para la crianza familiar y en las condiciones de protección que ha señalado los instrumentos de planificación urbana. Es en razón de lo anterior, que, deben existir una serie de obligaciones que deben ser plasmado en el proyecto de marras.

**ARTÍCULO 10-** En cuanto al tema de las prohibiciones, esta Defensoría considera que debe incluirse modificar y perturbar el entorno. Asimismo, se debe prohibir la colocación de dispositivos fijados al piso (bancas, mesas, sillas o cualquier otro que pretenda hacer permanente una actividad temporal).

De igual forma, debería incorporarse un artículo acerca de las causales de revocatoria del permiso otorgado.

**ARTÍCULOS 11, 12, 13 y-** En cuanto al tema del reglamento, esta Defensoría no tiene ulteriores comentarios.

**ARTÍCULO 14-** En cuanto a la reforma de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, se indica que, con respecto al cierre o clausura de vías sin autorización, el artículo señala la prohibición de clausurar, total o parcialmente, las vías públicas o usarlas para fines distintos de los de circulación de peatones o vehículos, salvo que se proceda en virtud de un permiso escrito dado con anterioridad por la Dirección General de Ingeniería de Tránsito o se cuente con la autorización de la municipalidad correspondiente para el uso de estos espacios. En caso de vías bajo la jurisdicción municipal, bastará una comunicación formal del municipio a la Dirección General de Tránsito para su debida coordinación.

Sobre el particular, esta Defensoría considera importante que en todo momento se procuren las acciones paliativas que permita que no se afecte con especial énfasis la transitabilidad, especialmente peatonal. En el caso del tránsito vehicular, debe informarse a la ciudadanía sobre los cambios que se produzcan.

En cuanto al segundo transitorio con respecto a la exoneración del cobro de la tasa de la autorización de comercio al aire libre establecida en el artículo 6 a patentados o licenciarios por hasta seis meses, esta Defensoría considera que ello es un asunto estrictamente potestativo de los gobiernos locales.

Es en razón de lo anterior si bien esta Defensoría comprende la urgencia de las y los diputados de generar acciones de reactivación de la economía, considera fundamental contar con el estudio del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, así como una consulta a la Procuraduría General de la República, de cara a que se atienda cualquier vicio de constitucionalidad que se pudiera presentar.

Asimismo, se solicita a las señoras y señores Diputados tomar en consideración las observaciones desarrolladas anteriormente para la mejora del proyecto tramitado.

Agradecida por la deferencia consultiva, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi consideración y estima.

Catalina Crespo Sancho, PhD  
Defensora de los Habitantes de la República

REV: JPR