

7
JORGE REYES RIVEROS

1
Naturaleza Jurídica del
Permiso y de la Concesión
sobre Bienes Nacionales
de Uso Público

19
EJ 60

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

TERCERA PARTE

EL PERMISO DE OCUPACION

Capítulo Primero

PARRAFO PRIMERO

Definición

El permiso de ocupación es el acto administrativo que otorga un uso especial del dominio público

PARRAFO SEGUNDO

Análisis de la definición

De esta definición surgen dos elementos, a saber:

1.— La existencia de un acto administrativo.

2.— El efecto del acto administrativo, o sea, el otorgamiento de un uso preferente del dominio público.

Nos referiremos en seguida al primer elemento; al segundo, al estudiar la naturaleza jurídica del derecho del permisionario en el capítulo quinto de esta parte.

*El acto que otorga un permiso de ocupación es un acto administrativo*³⁸².

El acto que otorga un permiso de uso privativo es un acto administrativo en el más estricto significado jurídico de la expresión, es decir, es un acto jurídico unilateral de la Administración, dictado en el ejercicio de sus funciones, y que crea un derecho subjetivo público en el titular³⁸³.

³⁸²En contra, Mayer, Otto, Ob. Cit., T. III, Pág. 231. Dice este autor: "El otorgamiento del permiso no es un acto de autoridad; no es acto administrativo en el sentido estricto de la palabra". Llega a esta conclusión, porque sostiene que es un acto por el cual el dueño del bien no dispone de su derecho en favor de terceros; que no tiene el carácter de enajenación ni siquiera parcial y tal autorización cabe dentro de la facultad de policía de la cosa pública. El permiso de uso de una cosa pública no es más que una de las diversas formas en que los individuos pueden obtener ventajas de las cosas públicas.

³⁸³Es más o menos el concepto de acto administrativo que hoy se sustenta. Podemos citar a vía de ejemplo las siguientes opiniones: Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Montevideo 1953, Págs. 388 y siguientes. Este autor dice: "Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la Administración, que produce efectos subjetivos". Aylwin Azócar, Patricio. Apuntes de Clases tomados por el alumno en el curso de 1955 (inéditos), define en la siguiente forma el acto administrativo: "Es toda decisión unilateral, potestativa y ejecutoria de una autoridad administrativa que produce efectos jurídicos de carácter subjetivos". En el mismo sentido, Fernández de Velasco, Récaredo. El Acto Administrativo, Madrid 1929, Pág. 15.

Veamos cada uno de los presupuestos que configuran al permiso de uso especial como un acto administrativo:

1.— *El permiso de uso es un acto jurídico emanado de la Administración.*

En el permiso de ocupación, la Administración Pública, por intermedio de órganos, Presidente de la República, Municipalidad, Gobernador, etc., manifiesta voluntad, hace una declaración de voluntad, en el sentido de que un particular individualizado use en forma exclusiva o privativa determinada porción de un l público por un espacio de tiempo también limitado, precariamente y en las condiciones que ella señala.

La manifestación o declaración de voluntad de la Administración se materia en un decreto o resolución que contiene el permiso de ocupación, es decir, en *orden o decisión escrita* emanada del órgano competente y dictada en ejercicio de su función.

No puede dejarse de reconocer, en consecuencia, que hay, en el permiso preferente de ocupación, un acto jurídico, pues concurren: una manifestación de voluntad de la Administración Pública y que esta declaración está encaminada a producir el efecto jurídico que ella misma señala.

Tomemos un ejemplo práctico. El artículo 7º del Reglamento de Concesiones rítmicas dispone: "El decreto que otorgue una concesión³⁸⁴ deberá expresar: la individualización del concesionario; el objeto de la concesión; las dimensiones y lindes de la concesión; plazo y vigencia de la ocupación; y condiciones especiales que no puede desconocerse, en este caso concreto, que hay una manifestación de voluntad y más aún que esa declaración de voluntad debe expresarse en un decreto. Además, dicho decreto señala, implícitamente, los efectos del acto, pues indica que persona afecta el permiso, cuál es su objeto, en qué ubicación del bien podrá ejercer el uso, el plazo de vigencia y las condiciones especiales que lo rigen.

2.— *El acto que otorga un permiso es un acto jurídico unilateral*³⁸⁵.

La manifestación de voluntad de la Administración es la única que concurre al perfeccionamiento del acto que otorga el permiso; por lo tanto, se trata de un acto jurídico unilateral.

Se llega a esta conclusión, porque es la autoridad estatal exclusivamente la que decide si otorga o no el permiso, cuándo lo otorga y quién determina también el contenido del acto.

³⁸⁴El Art. 1º de este Reglamento comprende, en la definición de concesión marítima, a la concesión propiamente tal como al permiso. Por ello, este artículo es aplicable al permiso.

³⁸⁵Bullrich, Rodolfo, Ob. Cit., Pág. 224; Villegas B., Benjamín, Ob. Cit., T. IV, Pág. 385; Bullrich, Rodolfo, Ob. Cit., Ed. de 1939, T. III, Pág. 28; Haution, Maurice. Précis... Ob. Cit. Pág. 313; Duguit, León, O. Cit., T. III, Pág. 349; Valine, Marcel. Traité... Ob. Cit. Pág. 526; Trobatas, Louis. Manuel... Ob. Cit., Pág. 144; Vitta, Chino, Ob. Cit., Vol. I 371; Silva Gimna, Enrique, Ob. Cit., T. II, Pág. 250; Aylwin Azócar, Patricio, Ob. Cit., Pág. 237; Vodanovic, Antonio, Ob. Cit., T. II, Ed. de 1957, Pág. 126.

Sin embargo, no se excluye completamente la intervención del particular interesado, ya que el Estado no otorga un uso privativo sin que el propio administrado ponga en movimiento al órgano administrativo competente.

El particular tiene fundamentalmente dos intervenciones frente al acto jurídico unilateral: primero lo solicita para poner en actividad al órgano público; luego, una vez perfeccionado el acto, esto es, nacido a la vida del Derecho, le da su aceptación. Pero debe entenderse bien: estas manifestaciones de voluntad del particular, solicitud y aceptación, no son necesarias, no concurren, al nacimiento o perfeccionamiento del acto³⁸⁶.

Lo normal es que el acto jurídico unilateral que otorga un permiso de uso especial cree obligaciones exigibles al particular (los derechos y tarifas u otras prestaciones o servicios en especie). Esta situación está en pugna con el principio del Derecho Privado que expresa: "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio" (Art. 1445 N° 2 del Código Civil), ya que sólo la voluntad del Estado concurre al nacimiento de un acto jurídico que da origen a obligaciones respecto del particular y no la del obligado.

En Derecho Público, es perfectamente posible esta situación, por cuanto el Estado puede exigir prestaciones a los administrados unilateralmente en ejercicio del derecho de supremacía. Así, puede establecer servidumbres administrativas, hacer requisiciones, imponer multas, etc. Todos estos actos son unilaterales y obligan a los administrados sin que éstos concurren con su consentimiento al nacimiento de ellos.

Con todo, es necesario el consentimiento del particular para que las obligaciones nacidas del acto administrativo se hagan exigibles. Como expresa Romano³⁸⁷, el consentimiento del particular es un presupuesto o condición que subordina los efectos del acto a la aceptación o a la renuncia.

³⁸⁶Romano, Santi. Ob. Cit., Vol. I, Págs. 185, 186, y 187. Este autor expresa: "Hay actos administrativos que comprenden una cierta voluntad de los particulares y que, sin embargo, son indudablemente unilaterales, ya que tal voluntad es sólo precedente o subsiguiente a la voluntad que da lugar al acto". Se pone como ejemplos la licencia de armas y la nacionalización; más adelante, señala a la concesión de empleo público y a la concesión de bienes públicos. "Son actos emanados de una autoridad y perfectos sólo una vez que esta emanación tenga lugar. La voluntad del particular influye sobre su eficacia, pero no sobre su existencia y validez. Debe considerarse como un presupuesto del acto o como una condición, que subordina los efectos del acto mismo a la aceptación o a la renuncia del particular. Tal aceptación o renuncia constituye un acto jurídico en sí que, respecto del acto administrativo, representa la verificación o no verificación de una condición."

Ranelletti, Oreste. Le Garanzie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione. 4.º Ed., Milano 1934. Págs. 143 y Sigtes., expresa: "La eficacia del acto, al contrario, puede ser condicionada a la voluntad del particular: y en nuestro derecho lo es cuando el acto está sujeto a una tasa sobre la concesión gubernativa. Esta tasa es debida por el solo hecho de la emanación del acto administrativo, es decir, por el servicio que la Administración rinde con él al particular... La ejecución de tal obligación, el pago de la tasa, es condición de la eficacia del acto administrativo. Los actos (concesiones, autorizaciones, declaraciones, etc.) contemplados en la ley no producen efecto mientras no conste el pago de la tasa". Debe tenerse presente que éste autor no se refiere concretamente a la concesión de bienes públicos sino a otras concesiones.

³⁸⁷Romano, Santi. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 186.

En resumen, el permiso de ocupación es un acto jurídico unilateral en su perfeccionamiento. La voluntad del particular tiene dos intervenciones: tud que pone en movimiento a la Administración y la aceptación o renuncia subordina los efectos del acto.

Finalmente, el permiso de ocupación, considerado en cuanto a los derechos que nacen de él, puede ser unilateral o bilateral³⁸⁸. Por regla general bilateral, porque contendrá derechos y obligaciones recíprocas para el permisionario.

3.— *La Administración actúa en ejercicio de su función pública al otorgar permiso de uso privativo.*

Al otorgar un permiso especial sobre el dominio público, el Estado, a través de sus órganos, actúa como poder público y no como un particular frente a consecuencia, actúa en un plano de designación jurídica respecto del permisionario. Este principio es una consecuencia del Régimen de Derecho Público a que sometidos los bienes dominicales y de la naturaleza pública de la propiedad Estado sobre ellos (Véase la primera parte).

4.— *El acto que otorga un permiso de ocupación produce efectos jurídicos*³⁸⁹.

El acto jurídico que otorga un permiso de ocupación produce un efecto subjetivo, porque crea, en favor del permisionario, una situación jurídica dual³⁹⁰, que antes del acto no existía.

El permisionario adquiere, por el permiso de uso especial, un derecho público para usar exclusivamente una determinada porción del bien público iniciación de tiempo y sujeto a revocación por causa de oportunidad.

El interés del permisionario es protegido directamente por la ley, mediante acciones establecidas en su beneficio.

Sobre esta materia volveremos al estudiar la naturaleza jurídica del derecho permisionario en el capítulo quinto de esta parte.

³⁸⁸Zanobini, Guido. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 200. Dice este autor que los actos unilateralmente unilaterales (es decir, aquellos que nacen con la sola voluntad de la Administración) pueden ser unilaterales o bilaterales, atendiendo a los efectos del acto. Para creadores de derechos para un solo sujeto o bien creadores de derechos y deberes para dos sujetos.

En el mismo sentido, Lentin, Arturo. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 185.

³⁸⁹En este sentido, Romano, Santi. Ob. Cit., Vol. I, Págs. 152 y 153 y 159 y 161. Cino. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 236; en general, la doctrina italiana no distingue el acto de la concesión de uso y les atribuyen los mismos efectos.

³⁹⁰En contra: Jaze, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, Buenos Aires 1948, Vol. III, Pág. 515. Este autor manifiesta que si bien la Administración actúa unilateralmente a solicitud del interesado, no crean una situación jurídica indivisible actos unilaterales de gestión del Dominio Público.

NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE OTORGA UN PERMISO DE OCUPACION EN CUANTO A SU CONTENIDO

PARRAFO PRIMERO

Doctrina

Atendiendo al contenido del permiso ¿a qué categoría de acto administrativo pertenece?

Dos posiciones señala la doctrina:

1.— *Se trata de un acto de autorización o permiso de policía*³⁹¹.

Podemos decir, en general, que ésta es la posición de la doctrina francesa.

El permiso de ocupación pertenecería, según esta posición, a la categoría de actos de autorización y no a la de actos de concesión.

Dentro de esta categoría, encontramos dos corrientes diferentes:

a) La primera sostiene que el permisionario sólo se encuentra en una situación de tolerancia, de tal manera que carece de todo derecho real sobre la parte del dominio público que usa privativamente (Berthelémy).

b) La otra (Hauriou) afirma que el permisionario es titular de un derecho real administrativo, es decir, precario y temporal.

Crítica:

Lo cierto es que esta posición de la doctrina confunde conceptos. Los actos de autorización, para la doctrina del Derecho Administrativo, son aquellos que remueven un impedimento al ejercicio de un derecho; en consecuencia, presuponen que el *permisionario es titular de un derecho preexistente al permiso*³⁹². A este tipo de autorizaciones pertenecen los permisos de policía.

El ocupante privativo de un bien nacional de uso público, antes del perfeccionamiento del permiso o concesión de uso, carece de derecho para usar exclusivamente determinada porción de un bien dominical, aunque la ocupación sea temporal y precaria.

El derecho del ocupante nace a la vida del Derecho con el permiso o con la concesión (ver párrafo 2º del Capítulo 3º de la Segunda Parte).

Conclusión: El acto que otorga un permiso de ocupación no es acto de autorización o permiso de policía, sino otro distinto.

³⁹¹Berthelémy, II. Ob. Cit., Págs. 495 y siguientes; Moreaux, Félix. Ob. Cit., Pág. 621; Hauriou, Maurice. Precis... Ob. Cit., Pág. 685; Rolland, Louis. Ob. Cit., Págs. 414, 415 y 416; Lambadre, André de. Manuel... Ob. Cit., Págs. 309 y 310; García Oviedo, Carlos Ob. Cit., T. I, Pág. 257.
³⁹²Romano, Santi. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 190; Zanobini, Guido. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 201; Sayagués Laso, Enrique. Ob. Cit., Págs. 414 y 420.

2.— *El acto que otorga un permiso de ocupación es un acto de concesión.*

Se entiende por acto de concesión todo aquel que crea, en beneficio del titular, un derecho del que antes carecía totalmente³⁹³.

Hemos visto que toda persona tiene derecho a usar colectivamente los bienes públicos para los fines previstos en la ley (Art. 589, inc. 2º en relación al 590 Código Civil) (ver parte 2ª, capítulo 1º).

También hemos sostenido que nadie tiene derecho a usar exclusivamente una determinada parte del dominio público por un lapso también determinado ni aún los fines previstos en la ley (ver párrafo 2º del capítulo 3º de la segunda parte). La facultad para usar privativamente una porción de un bien público sólo nace acto emanado del Estado.

Por el acto administrativo, nace, en favor del particular, una facultad de la antes de él carecía totalmente.

Conclusión: El permiso de uso especial de un bien público es un acto administrativo de concesión y no de autorización³⁹⁴.

PARRAFO SEGUNDO

Situación en Chile

A.— Legislación.

Nuestra legislación ha confundido, en varias disposiciones, los conceptos de autorización y de acto de concesión. Al permiso de ocupación, le ha llamado autorización y, aunque excepcionalmente, a una concesión de uso, también.

Ejemplos:

1.— El artículo 52 N° 8 de la Ley Orgánica de Municipalidades expresa: “(encargadas de cuidar de la policía de comodidad, ornato y recreo, de los caminos obras públicas costeadas con fondos municipales, corresponde especialmente Municipalidades, sin perjuicio de lo que al efecto se contenga en leyes especiales)”.
8º “Autorizar, bajo ciertas condiciones y reglas, la colocación, en toda vía o lugar uso público, de quioscos destinados al comercio, de ríeles, cantenías, alambres, y andamios u otros objetos o servicios que puedan estorbar o hacer peligroso el sitio...”

³⁹³Romano, Santi. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 189; Zanobini, Guido. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 201; Sayagués Laso, Enrique. Ob. Cit., T. I, Págs. 419 y 420; Lentini, Arturo. Ob. Cit. I, Pág. 596.

³⁹⁴En este sentido, se pronuncia la mayor parte de la doctrina italiana. Bielsa, Rafael. Cuestiones de Administración Municipal. Buenos Aires 1930, Pág. expresa: “Pero bajo el término genérico concesión comprendense los permisos de uso sensu concesión, porque en este caso se concede una atribución especial, cual es la de poner de un bien del dominio público, siempre, claro está, que esa disposición lo sea forma compatible con el destino del bien público de que se trate”.

2.— El artículo 2º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 210 de 1931* dispone: "Las concesiones de arrendamiento y las autorizaciones para construir obras o para ocupar en cualquier forma los bienes nacionales de uso público..."

3.— El artículo 71 del Código de Aguas, ubicado en el párrafo titulado "De la concesión de cauces de uso público para conducir aguas de aprovechamiento particular", dice: "La aguas de aprovechamiento particular podrán vaciarse en cauces naturales de uso público para ser extraídas en otra parte de su curso, con autorización del Presidente de la República..." Posteriormente, en la misma disposición, llama concesionario al particular al igual que en la disposición siguiente.

B.— La doctrina.

Se dice que el permiso de ocupación sólo autoriza una situación de tolerancia en favor del particular sin que éste tenga derecho alguno sobre el bien público³⁹⁵.

Tanto el Consejo de Defensa Fiscal como la Contraloría General de la República han empleado bien las expresiones de que nos ocupamos; sólo por excepción han empleado la palabra autorización para referirse al permiso de ocupación³⁹⁶.

En una memoria de prueba³⁹⁷, se sostiene que hay permisos sobre el dominio público, tales como los de estacionamiento de vehículos y puestos en las ferias libres, que constituyen permisos de policía o autorizaciones y no permisos de ocupación, ya que se trata de ocupaciones normales del dominio y por ello los permisionarios tienen derecho a ellas.

A nuestro entender, el acto que otorga un permiso de ocupación es acto de concesión, porque crea un derecho o poder al permisionario del que antes del acto carecía totalmente.

No es efectivo que el permiso de estacionamiento, como aquel que se otorga para ocupar un puesto en una feria libre, sea un permiso de policía, por tratarse de ocupaciones normales del bien público. Como hemos sostenido en el capítulo tercero de la segunda parte, párrafo segundo, nadie tiene derecho a ocupar exclusivamente un bien público ni aún con los fines determinados por la ley para el uso común. Así, el uso común del estacionamiento en las vías públicas no habilita al usuario para in-

* El inciso 2º del artículo 3º del D.F.L. 340/60 (reemplazó al citado en el texto) también emplea la palabra "autorización": "Son permisos o autorizaciones aquellas concesiones marítimas de escasa importancia y de carácter transitorio y que sólo son otorgados hasta por el plazo de un año".

³⁹⁵ Aylwin Azócar, Patricia. Ob. Cit., Págs. 237 y 238; Silva Cimma, Enrique. Ob. Cit., T. II, Pág. 249; Varas C., Guillermo. Ob. Cit., Págs. 191 y 192; Vodanovic, Antonio. Ob. Cit., T. II, Ed. 1957, Pág. 126; Urrutia, Leopoldo. Ob. Cit., Pág. 154.

³⁹⁶ Informe N.º 358 de 1-IX-36 en Memorias del Consejo de Defensa Fiscal correspondientes a 1936, Pág. 108.

Informe N.º 792 de 4-XI-42 en Memorias del Consejo de Defensa Fiscal correspondientes a 1942, Pág. 69.

Dictamen N.º 39.129 de 23-X-46 en Boletín de la Contraloría General de la República, Año XIX, Pág. 61.

³⁹⁷ Arancibia Guerra, Adrián. Naturaleza jurídica de la Concesión, en especial la de bienes nacionales de uso público. Memoria de Prueba, Santiago de Chile 1940, Págs. 111 y 112.

pedir que otros también estacionen sus vehículos, ni le dan derecho alguno una porción determinada de la calle con preferencia a otros usuarios para estacionar su vehículo.

PÁRRAFO TERCERO

El permiso de ocupación y el permiso de policía.

1.— El permiso de policía³⁹⁸.

El permiso de policía es el acto administrativo que renueva la prohibición al ejercicio de un derecho en un caso individual.

El permiso de policía, por lo tanto, pertenece a la categoría de los actos de autorización.

Presupone dos elementos:

- a) Un derecho preexistente al permiso. Este derecho puede ser patrimonial, el derecho de propiedad; o extrapatrimonial, como el derecho de locomoción.
- b) Una prohibición general o límite al ejercicio del derecho preexistente por parte de policía. La prohibición o límite de policía existe a fin de que la Administración competente pueda examinar caso por caso la oportunidad del ejercicio del derecho.

Podemos citar como ejemplos de permisos de policía los siguientes: permiso para cargar armas de fuego; permiso para fabricarlas; permiso para edificar en propiedad privada del permisionario; permiso para ocupar casa nueva; permiso para instalar una fábrica; permiso para instalar una farmacia; permiso para distribuir bebidas alcohólicas; en general, permisos para instalar industrias y comercio.

2.— Diferencias entre el permiso de ocupación y el permiso de policía.

El permiso de ocupación difiere del permiso de policía fundamentalmente en los siguientes puntos:

- a) El permisionario de ocupación no tiene derecho preexistente alguno a utilizar el bien público. El de policía, tiene un derecho preexistente al particular.
- b) El permiso de ocupación da nacimiento a un derecho. El de policía da nacimiento a un derecho alguno; sólo renueva una prohibición general o límite al ejercicio de un derecho del que ya era titular el permisionario.
- c) El permiso de ocupación pertenece a la categoría de los actos de concesión o a la de actos de autorización, como el de policía.
- d) El permiso de ocupación es un acto jurídico individual. El de policía es un acto de aplicación de una situación general³⁹⁹.

³⁹⁸ Mayer, Otto. Ob. Cit., T. II, Págs. 236 y 237, T. II, Págs. 60 y siguientes; I. Santi. Ob. Cit., Vol. I, Págs. 190 y 191; Zanobini, Guido. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 20; Artur, Arturo. Ob. Cit., Vol. I, Pág. 596.

³⁹⁹ Jerez, Gastón. Principios Generales. Ob. Cit., T. I, Pág. 225. Dice este autor que los permisos de policía son actos de aplicación.

3.— *Concurrencia del permiso de ocupación con el permiso de policía.*

Muchas veces sucede que al otorgarse un permiso de policía se concede, además, una ocupación privativa. Es decir, se trata de un acto administrativo doble, pues, a la vez, remueve una prohibición general o límite al ejercicio de un derecho y otorga un uso especial del dominio público.

Mencionaremos a vía de ejemplo: el permiso de edificación con obras voladizas sobre el bien dominical más allá de la línea de edificación (balcones, cornizas, puentes aéreos que unen a dos edificios sobre la vía pública o edificios que se unen sobre una calle a determinada altura); colocación de carteles de propaganda en calles y plazas públicas; instalación de lustrines o de quioscos para el comercio en calles, plazas y parques públicos, etc.

En todos estos casos, junto con crearse un derecho para usar una porción determinada del dominio público (espacio aéreo o parte de calle o plaza), se remueve el límite a la prohibición de edificar o de ejercer un comercio o de hacer propaganda. Desde el punto de vista del Derecho, debieran dictarse dos actos y no uno solo, pues se trata de dos situaciones jurídicas distintas, como lo acabamos de expresar: uno de los actos, permiso de ocupación, da derecho al uso especial del dominio público; el otro, permiso de policía o autorización, remueve la prohibición o límite al ejercicio del derecho de edificar, de ejercer un comercio, de hacer propaganda, etc.

En la doctrina y jurisprudencia francesa, se ha hecho esta distinción⁴⁰⁰: "En las autorizaciones para ocupar con quiosco la vía pública, es preciso distinguir dos cosas:

- a) El establecimiento del quiosco sobre la vía;
- b) La administración o explotación del quiosco (la gérance).

"Son dos autorizaciones distintas. Ellas no tienen el mismo objeto. La primera es una autorización para ocupar la vía pública; la gérance es una autorización para hacer negocios en el quiosco.

"Una y otra autorizaciones son personales, acordadas intuito personae. Ellas no pueden ser objeto de enajenaciones por dinero.

"Puede que el titular del quiosco no lo administre él mismo. Es necesario pedir a la Administración una autorización especial para el administrador y esta autorización es acordada intuito personae"⁴⁰¹.

Debe tenerse presente que el profesor Jéze, al igual que toda la doctrina francesa, califica de autorización al permiso para ocupar el dominio público con un quiosco. En este punto, hemos sostenido, siguiendo los conceptos generales del acto administrativo y su clasificación, que el permiso de ocupación es acto de concesión y no de autorización.

¿Cuál de estos permisos debe otorgarse primero en el caso de concurrencia?

Al respecto debe distinguirse:

- a) Si el legislador admite que se otorguen simultáneamente en un solo acto. En este caso no hay problema.

Es admisible esta situación en materia de edificación de predios privados respecto de obras voladizas insignificantes, como balcones y cornizas. En tal situación ríen las ordenanzas de construcción las que expresarán los requisitos o condiciones para obtener el doble permiso.

- b) Si el legislador nada ha dicho.

En este evento, deben dictarse dos actos: el permiso de ocupación primero y go el de policía o autorización. La razón es simple, porque el segundo carecería de objeto sin el primero. En efecto, ¿de qué le sirve a un particular obtener un permiso para construir un edificio con puente o con unión sobre espacio aéreo si no derecho para ocupar el espacio aéreo?

⁴⁰⁰Jéze, Gastón. *Retrait d'une autorisation de occupation de gérance d'un kiosque sur la voie Publique*. En *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Paris 1944, Pág. 256.

⁴⁰¹Jéze, Gastón. *Ob. Cit.*, Pág. 256.

Capítulo Tercero

CARACTERES DEL PERMISO DE OCUPACION

PARRAFO PRIMERO

Enunciación de los caracteres del permiso de uso especial

El permiso de uso privativo del dominio público presenta los siguientes caracteres: es un acto administrativo, como lo expresamos en el capítulo primero; es esencialmente revocable (ver carácter precario de la ocupación); es temporal y es oneroso por regla general. Todos estos caracteres ya los hemos estudiado en el capítulo tercero de la segunda parte. Finalmente, el permiso es discrecional en cuanto a su otorgamiento y se sostiene por algunos autores que es intuito personae.

PARRAFO SEGUNDO

Examen de dos caracteres

1.— *La Administración tiene facultades discrecionales para otorgar o no un permiso de ocupación*⁴⁰².

La doctrina del Derecho Administrativo reconoce esta facultad discrecional a la Autoridad Administrativa.

La Administración determina si otorga o no otorga un permiso de ocupación de acuerdo al mérito. En todo caso, si el uso especial solicitado ocasiona o puede ocasionar un substancial menoscabo al uso de todos o al interés público en el dominio, la Administración, no sólo tiene facultad para denegarlo, sino la obligación de rechazarlo, bajo vicio de exceso de poder.

El órgano administrativo determina, además, cuándo otorga el permiso y cuál es contenido si es que lo concede.

¿Cuál es la razón para que la Administración tenga amplias facultades discrecionales en esta materia?

La apreciación discrecional en el otorgamiento de un permiso de ocupación encuentra explicación en estas razones:

a) Sólo la Autoridad Administrativa puede apreciar, caso por caso, el mérito del uso preterente en el dominio público. La Ley o el Reglamento, como normas gene-

⁴⁰²Bonnard, Roger. Ob. Cit., Pág. 452; Jéze, Gastón, *Elements...* Ob. Cit., Pág. 185; Waline, Marcel, *Traité Elementaire...* Ob. Cit., Pág. 527; Lambadere, André de. *Mannet...* Ob. Cit., Pág. 309; Fernández de Velasco, Recaredo. Ob. Cit., T. II, Pág. 318; Díez, Manuel M. Ob. Cit., Pág. 372.

rales y abstractas, sólo pueden tener una visión panorámica, pero no pueden por caso por caso, la conformidad o no menoscabo substancial del uso especial al interés público en el dominio.

A fin de evitar graves trastornos o menoscabos al uso de todos los habitantes interesados en el dominio, es necesario el examen individual de cada solicitud de uso privativo y, para ello, el órgano administrativo no debe estar ligado, sino, al contrario, tener facultades discrecionales en la apreciación del mérito.

b) Ningún habitante tiene derecho a usar privativa o exclusivamente un bien de uso público, a diferencia del derecho que le corresponde para usar común y anónimamente dichos bienes y para los fines determinados en la ley. En consecuencia, mal puede exigir se le confiera tal uso privativo, que excede su esfera jurídica.

Por excepción, las facultades administrativas en el otorgamiento de un permiso de ocupación pueden ser regladas (ver letra E del párrafo 2º del capítulo 3º segunda parte).

Un ejemplo de esta última situación se encuentra en el dominio público marítimo. Se exige que toda embarcación de un tonelaje superior a cinco toneladas debe tener un fondoadero asignado por la autoridad marítima. El permiso, que en este caso otorgarse, puede ser exigido por el particular.

Consecuencia de la facultad discrecional de la Administración en el otorgamiento de un permiso de uso privativo.

El particular no tiene derecho para exigir la concesión del permiso.

Bonnard⁴⁰³ sostiene que el solicitante de un permiso puede ejercitar recurso de revocación de poder (ilegitimidad en los fines), cuando la Administración niega el permiso por razones ajenas al interés de la vitalidad. (Nosotros generalizaríamos el interés público en el dominio).

Podemos aceptar este punto de vista sólo relativamente a la anulación del acto administrativo de una solicitud de permiso de ocupación fundada en razones ajenas al interés público; pero no podemos admitir que exista en favor del particular un recurso de plena jurisdicción en este caso, pues el particular no tiene derecho al otorgamiento del permiso, sino un interés legítimo o simple.

2.— *El permiso de ocupación no se otorga intuito personae por regla general.*

Algunos autores sostienen que el permiso de uso privativo se otorga intuito personae⁴⁰⁴. Para ellos el permiso de ocupación no podrá ser cedido por el particular a menos que se obtenga autorización del concedente.

⁴⁰³Bonnard, Roger. Ob. Cit., Pág. 452.

⁴⁰⁴Villégas B., Benjamín. Ob. Cit., T. IV, Pág. 218. Este autor a su vez cita a C. J. La Cession des Concessions et de Permissions, Paris 1934, Pág. 84 y a Valcun, F. La Personne Dans Les Contrats, Paris 1912; Jéze, Gastón. Ob. Cit., Pág. 256. Este autor sostiene que éste último autor no admite la cesión por dinero de ninguna y ésta sí que es una consecuencia propia del carácter indicado.

En nuestra opinión, creemos que la solución no es tan simple. Se pueden dar los siguientes principios:

a) *Por regla general*, la cesión de un uso privativo nacido de permiso de ocupación necesita de expresa autorización de la Administración concedente.

La autorización se exige a fin de que la Administración tenga oportunidad de apreciar el mérito del uso privativo, cuando se produce una circunstancia que no pudo tenerse en vista ni considerarse al momento del perfeccionamiento o nacimiento del permiso.

Así ocurre con los permisos sobre el dominio público marítimo, pues los artículos 18 y 19 del Reglamento de Concesiones Marítimas exigen tal autorización expresamente*.

El acto de la autoridad concedente para la enajenación del permiso es un acto de autorización. De aquí se desprenden importantes consecuencias:

I.— El permisionario tiene derecho a transferir su uso privativo, pues la autorización supone un derecho preexistente sin el cual carecería de objeto.

II.— Existe un límite o prohibición en el ejercicio de este derecho de enajenación, el cual se remueve con la autorización.

III.— Si el permisionario tiene derecho a enajenar el uso privativo, éste no es otorgado intuito personae.

b) *Situaciones de excepción.*

I.— Hay casos en que no se exige autorización del órgano concedente para la transferencia y transmisión del uso privativo emanado de permiso.

Ejemplo encontramos en nuestra legislación en materia de aguas públicas corrientes (Art. 25 del Código de Aguas)⁴⁰⁵.

Esta situación se explica, porque nuestro legislador consideró el derecho de aprovechamiento con un criterio de Derecho Civil antes que con un criterio de Derecho Administrativo.

En todo caso, sólo puede admitirse esta excepción cuando el legislador expresamente lo haya prevenido.

II.— Existen permisos de uso especial que han sido otorgados intuito personae.

A vía de ejemplo podemos recordar los permisos de estacionamiento que se conceden por razones de deferencia a un embajador, Presidente de la República, Intendente, Alcalde y otras autoridades.

*El inciso 2.º del artículo 6.º del D.F.L. 340/60 dice: "No tendrá valor alguno la cesión, traspaso o arriendo que efectúa el concesionario, si no ha sido previamente autorizado por decreto dictado por la misma autoridad".

⁴⁰⁵Zanobini, Guido. Ob. Cit., Vol. IV, Pág. 74. Refiriéndose a la modificación subjetiva de la concesión de aguas, dice: "La posibilidad de la transferencia es debida al carácter no personal de la relación, la cual se basa principalmente sobre garantías técnicas y económicas ofrecidas por el concesionario".

En ninguno de estos casos, se puede ceder el permiso, ni siquiera con ción del concedente. Más aún, si se suprime uno de estos cargos, se extingue el permiso.

III.— Finalmente, hay permisos que se otorgan en relación directa a servicio a que van a favorecer.

Por ejemplo, paradero de taxi o de vehículos de locomoción colectiva namientos reservados exclusivamente a la Asistencia Pública o a bomberos

En estos casos, el permiso o reserva de estacionamiento, sigue a la cosa que beneficia. Si se enajena el taxi, se transfiere también la preferencia d namiento con el vehículo, siempre que éste siga destinado al servicio de alqu