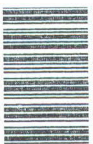


DOMINIO

Régimen de Protección

DOMINIO PÚBLICO
Estudio Especial de Utilización
SANTIAGO MONTT OYARZÚN
6 cms., 428 pgs.
ConoSur Ltda.



L119177
956-238-313-X

En la actualidad nacional, el dominio público es un espacio donde se desarrolla una enorme e importante variedad de actividades económicas y sociales. La intensidad en el tráfico jurídico que dicha utilización significa y las complejidades que de ella se derivan, exigen contar con un conocimiento acabado del dominio público y del estatuto jurídico especial que lo caracteriza.

El objetivo de este estudio es reconstruir la teoría del dominio público a partir de la Constitución Política de la República y desde una perspectiva de Derecho Público. Se propone aquí un estudio del dominio público centrado en el contenido obligatorio que la relación de dominio público impone al Estado frente a los ciudadanos. En efecto, para este trabajo, lo más importante es destacar cómo el dominio público define una particular relación entre la Administración del Estado y los particulares, al asignar a la primera, en su calidad de titular de los bienes públicos, una serie de poderes y, al mismo tiempo, una serie de deberes prestacionales en favor de los segundos.

El análisis de los textos positivos y el esfuerzo por construir una teoría armónica del dominio público, llevan al autor a un detenido estudio del artículo 19 N°23 de la Constitución Política de la República, y de los artículos 589 y siguientes del Código Civil. A partir de los conceptos capitales de "bienes que deban pertenecer a la Nación toda" y "bienes nacionales", usados por la Constitución y por el Código respectivamente, este trabajo ensaya una moderna teoría del dominio público en Chile.

Especial atención tiene en esta obra la utilización del dominio público por parte de los particulares y las tres formas en las que puede manifestarse: el uso común general, el uso común especial y el uso privado. El estudio de estas modalidades del uso de los bienes públicos, centra al autor en una detallada explicación de los permisos de ocupación y de las concesiones de dominio público, títulos que habilitan a los particulares a acceder a las utilidades más intensas de los bienes públicos que el simple uso común general.

La presente monografía constituye un serio y acucioso estudio sobre el dominio público y su régimen especial de protección y utilización. La misma será un valioso guía para todos aquellos que, operando dentro de la Administración del Estado o desde el sector privado, lleguen a relacionarse con los bienes nacionales, ya requieran emitir o concederlos. Sobre este contenido de bienes públicos, el autor, Santiago Montt Oyarzún, es un experto.

EL DOMINIO PÚBLICO

SANTIAGO MONTT OYARZÚN

EL DOMINIO PÚBLICO

Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización

SANTIAGO MONTT OYARZÚN



ConoSur

III. EL PERMISO DE OCUPACIÓN Y LA CONCESIÓN DEMANIAL: DOS TÍTULOS ADMINISTRATIVOS PARA ACCEDER AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO

Se puede acceder al uso privativo del dominio público mediante dos títulos jurídicos: el permiso de uso privativo—también llamado permiso de ocupación—, y la concesión demanial. En ambos casos el Estado otorga unas facultades de las cuales los particulares carecían previamente, pues como hemos señalado en reiteradas oportunidades, nadie tiene un derecho preexistente a utilizar en forma privativa el dominio público.

En este apartado analizaremos someramente estas dos figuras jurídicas, las que por sus características e importancia, podrían perfectamente ser materia de un tratado cada una de ellas. En todo caso, el énfasis lo pondremos en el tratamiento de la revocación y de la indemnización de perjuicios.

1. EL PERMISO DE OCUPACIÓN

A) Definición y naturaleza jurídica

El permiso de uso privativo es el acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social sobre un bien de dominio público. No obstante la simpleza de esta definición, resulta sumamente arduo determinar la naturaleza jurídica del permiso de ocupación. Dicha dificultad se traduce en la existencia de dos posiciones antagónicas en la doctrina que pugnan por conceptualizar adecuadamente el instituto: una primera, que reduce el permiso a una mera tolerancia de la Administración, sin conferir derecho alguno al privado; y, una segunda, que afirma una naturaleza concesional del mismo. En un punto están, eso sí, de acuerdo todas las tendencias administrativistas: el permiso de ocupación no es un permiso de policía—como el permiso de uso común especial—, pues no corresponde al concepto clásico de autorización. Conviene entonces analizar cada una de estas posiciones, partiendo por precisar por qué el permiso de ocupación no levanta obstáculos para el ejercicio de derechos previos.

sentido. PAREJO GARRA, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVERA, José María, *op. cit.* (n. 378), p. 48, pero desde una perspectiva funcionalista: “es justamente esa titularidad administrativa la que comporta, al modo de un “ius excluendi altius”, la facultad inherente de la reserva, y la que hace innecesaria una previa norma habilitante; al tiempo que permite calificar el acto de reserva de puramente declarativo en vez de constitutivo”. En cambio, BARCELONA LLOR, Javier, *op. cit.* (n. 963), pp. 95-96, rechaza soluciones generales, dejando la solución al ordenamiento jurídico positivo y específico relativo a cada sector del dominio público.

- a) El permiso de uso privativo no es un permiso de policía. Diferencia con el permiso de uso común especial

Antes de abordar positivamente la naturaleza jurídica del permiso de uso privativo, conviene eliminar por descartar una alternativa, que unánimemente se señala como inadecuada para el caso que nos ocupa: el permiso de policía. Para ello resulta fundamental repasar una dificultad terminológica ya señalada, que se da entre los conceptos *permiso de uso común especial* y *permiso de uso privativo* (especialmente cuando se habla de *permiso de uso especial* a secas, sin calificarlo de común o de privativo).

En el caso del *uso común especial* se requiere contar con una autorización o permiso otorgado por la Administración, que tiene por objeto comprobar que ha quedado neutralizada la perturbación que pudiera ocasionar la utilización excesivamente intensiva, peligrosa, escasa, etc., del bien demanial. Enseguida, por ser el uso común especial una especie del uso común, respecto del cual los habitantes tienen un derecho preexistente, dicha autorización constituye un “permiso de policía”, que renueva los obstáculos para el ejercicio del derecho del que ya se goza. Se afirma así que, “en estos casos, el permiso o licencia corresponde al concepto técnico de autorización, esto es, se trata de un acto administrativo que renueva un límite al ejercicio de una actividad por sí misma comprendida en la esfera individual”⁹⁶⁸.

En cambio, cosa completamente distinta ocurre con el permiso que se exige para los usos privativos pasajeros o poco relevantes (estacionamientos, de acuerdo a la doctrina francesa). En este caso, el permiso de uso u ocupación ocupa un lugar intermedio entre la autorización y la concesión, en donde resulta difícil calificarlo. Pero, en todo caso, estos permisos no son, bajo ningún respecto, *de policía*. Mientras estos últimos suponen la remoción de una traba que se opone al ejercicio a un derecho que ya se tiene, las autorizaciones o permisos de uso privativo se otorgan en un ámbito en que los privados no tienen ninguna clase de derechos preexistentes. En efecto, dado que nadie goza de un derecho previo al uso privativo ni a la obtención del permiso respectivo, esta autorización de uso privativo confiere al particular un título legitimador que se enmarca en una clase de actos administrativos que suponen o meras tolerancias de

⁹⁶⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Derechos Reales Administrativos*, Editorial Civitas, Madrid, 1975, p. 32.

hecho, o la creación, en favor del particular, de unas facultades de goce desprendidas de la titularidad plena sobre el bien del dominio público de las que antes carecía⁹⁶⁹.

b) El permiso de uso privativo como una mera tolerancia de la Administración

El gran sostenedor de la tesis del permiso de uso privativo como una circunstancia eminentemente fáctica y no jurídica, constitutivo de una mera tolerancia de la Administración, es MAYER. En opinión del profesor alemán, "se puede otorgar al individuo una facultad puramente de hecho: el poder de utilizar la cosa pública, de una manera no comprendida ya en el uso de todos, sin que el dueño lo impida; llamamos a esto un *permiso de uso*"⁹⁷⁰. Esta situación de hecho no genera Derechos subjetivos de ninguna índole en favor del individuo beneficiario del acto de permiso, encontrándose este último sometido a una situación de mera tolerancia de la Administración⁹⁷¹. Por lo mismo, frente a ella y frente al dominio público en sí, el permisionario se encuentra en una posición de precario, que puede terminar en cualquier momento, mediante revocación, sin responsabilidad alguna para la Administración autorizante.

⁹⁶⁹ Cfr. MORELL, OCAÑA, Luis, *op. cit.* (n. 53), pp. 81-82. En nuestro país, REYES RIVEROS, Jorge, *op. cit.* (n. 363), p. 173, señala las siguientes diferencias entre los dos permisos: "El permiso de ocupación difiere del permiso de policía en los siguientes puntos: a) El permisionario de ocupación no tiene derecho preexistente... El de policía, tiene derecho preexistente al permiso... b) El permiso de ocupación da nacimiento a un derecho. El de policía no da nacimiento a derecho alguno. c) El permiso de ocupación pertenece a la categoría de los actos de concesión y no a la de actos de autorización, como el de policía".

⁹⁷⁰ MAYER, Otto, *op. cit.* (n. 165), p. 225.

⁹⁷¹ Cfr. MAYER, Otto, *op. cit.* (n. 165), p. 235. Los argentinos GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 17, critican la doctrina de Mayer en los siguientes términos: "La endeblez [de los criterios del jurista alemán] se extiende al núcleo conceptual de su razonamiento. Comienza diciéndonos, por ejemplo, que el permiso de uso especial, proviene de una fuente distinta de la del uso general, pero luego aclara que el verdadero alcance es el de una ampliación de la libertad y que su efecto principal es esencialmente negativo, conforme al carácter general de la libertad. Por otra parte, si bien el permiso no crea ningún derecho, ni establece una relación jurídica, resulta que confiere protección no sólo frente a terceros sino "ante todo" (son palabras de Mayer) frente a la administración... El permiso de uso especial, según Mayer, es una de las especies de uso de las cosas públicas no comprendidas en el uso de todos y, en consecuencia, para que resulten lícitas se las debe otorgar especialmente. Si no se las confiere especialmente, no sería un uso lícito. El origen, por consiguiente, es un acto de voluntad del Estado por el cual se otorga. Sin embargo, tales características (todas señaladas por Mayer) no alcanzan para que se asigne al acto atributivo naturaleza de acto administrativo, lo cual es incomprensible, y más lo es todavía la conclusión de que no se suscita situación jurídica alguna".

Junto a MAYER, otro gran jurista francés se inscribe en forma original en la misma corriente: BERTHÉLEMY. Aunque la intención del francés es más modesta que la del alemán —no busca encontrar la verdadera esencia o naturaleza del permiso, sino únicamente liberar a la Administración de los lazos eventuales que podría crear la entrega para aprovechamientos singulares de bienes de dominio público—, los resultados a los que llegan son básicamente los mismos. Según BERTHÉLEMY, el permiso de ocupación se fundamenta en tres ideas matrices: en primer término, en el poder discrecional de la Administración para mostrarse tolerante, pues no se trata en la especie de ejercer un derecho, sino de obtener un favor (*il ne s'agit pas, en l'especie, d'exercer un droit, mais d'obtenir une faveur*); en segundo término, en la total ausencia de derechos que deriva de esta situación de tolerancia de la Administración; y, en tercer término, en la esencial revocabilidad que deriva de una situación que resulta ser fáctica y no jurídica⁹⁷².

En Latinoamérica, MARIENHOFF se inscribe en esta corriente, y se pronuncia en su favor sin rodeos: "el permiso de uso constituye básicamente una tolerancia de la Administración Pública. No es un Derecho Público subjetivo para el titular"⁹⁷³. De ello resulta que "el permiso de uso puede ser extinguido en cualquier momento por la Administración Pública, cuando ésta invoque para ello una razón justa, una razón atendible: aparte de ello, la extinción válida del permiso de uso no aparece derecho a resarcimiento para el permisionario"⁹⁷⁴.

En síntesis, el permiso de uso privativo resulta ser para esta doctrina, una institución que no crea ni transfiere ninguna clase de derechos en beneficio del usuario, por lo cual no puede ser enajenado ni transmitido por este último⁹⁷⁵. La falta de derechos tiene, en su origen, y como con-

⁹⁷² Cfr. GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *op. cit.* (n. 971), pp. 18-19.

⁹⁷³ MARIENHOFF, Miguel S., *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la precariedad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 28.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 20. Además, pp. 29-30, agrega que "el permiso de uso constituye básicamente una tolerancia de la Administración Pública. Ella es el fundamento de la precariedad propia de tal permiso. Esa tolerancia pone de relieve el carácter de la atribución emergente para el permisionario, atribución que, dado su origen, se manifiesta y concreta en lo modesto y débil de la misma... dada la índole y el régimen jurídico del permiso de uso, la expresada atribución o facultad emergente para el permisionario, no constituye para él un derecho subjetivo, ni una propiedad, en el sentido constitucional-legal del término".

En el mismo sentido se pronuncia también VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.* (n. 239), T. IV, p. 218, de acuerdo al cual "todo permiso de ocupación del dominio público lleva implícito la condición de ser en todo momento compatible con el interés público... y, por consiguiente, revocable por la administración pública, sin recurso alguno por parte del beneficiario. En principio, el permiso es una tolerancia que la administración pública admite en interés del usuario, en ejercicio de sus poderes de policía del dominio público".

⁹⁷⁵ Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.* (n. 239), T. IV, 218.

trapatida, un acto administrativo de mera tolerancia, de carácter unilatera, discrecional y revocable por implicar una situación jurídicamente de precario para el autorizado⁹⁷⁶.

Dada la desbordante exorbitancia de los poderes de la Administración en estos casos, quienes siguen esta tesis reconocen que el permiso de uso privativo sólo puede darse en casos excepcionales, y sólo en relación a objetivos de poca significación jurídico-económico-social⁹⁷⁷, fundamentalmente para casos que la doctrina francesa llama *estacionamientos*. En ningún caso puede la Administración abusar de este título, y utilizarlo en reemplazo de la concesión propiamente tal.

En Chile, siguen esta tesis AYLWIN AZÓCAR⁹⁷⁸, SILVA CIMMA⁹⁷⁹, VARAS CONTRERAS⁹⁸⁰, FERNÁNDEZ RICHARD⁹⁸¹ y ALESSANDRI Y SOMARRIVA⁹⁸², entre otros.

⁹⁷⁶ Cfr. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.* (n. 66), pp. 132-133.

⁹⁷⁷ Según MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.* (n. 973), pp. 17-18, "el permiso de uso del dominio público, contrariamente a lo que sucede con la *concesión* de uso, en la generalidad de los casos se otorga con relación a objetivos de poca significación jurídico-económico-social: es decir, se otorga para menesteres sin mayor trascendencia. Por ejemplo: para que los respectivos comerciantes ocupen las aceras con sillas y mesas para uso de su clientela. . . La actividad que justifica el otorgamiento de un permiso, generalmente no tiene la jerarquía social como para justificar el otorgamiento de la *concesión*". Toda la teoría del permiso de MARIENHOFF está encaminada a resaltar por contraste la solida y definitiva situación en que se encuentra el titular de una concesión de dominio público. Así consta en la siguiente cita: "la diferencia entre la naturaleza jurídica de la atribución o facultad que el *permiso de uso* le otorga al permisionario, y la de la prerrogativa que la *concesión de uso* le confiere al concesionario, es categórica: del 'permiso de uso', siendo éste un acto 'precario', su titular no adquiere derecho alguno; su situación —como en el derecho romano originario— se concreta en una mera *tolerancia* por parte de la Administración Pública, susceptible de ser revocada o extinguida en cualquier momento por ésta, sin derecho del permisionario a indemnización alguna. En cambio, de la *concesión de uso* emerge para su titular un derecho perfecto, un derecho subjetivo" (p. 34).

⁹⁷⁸ Para AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *op. cit.* (n. 372), p. 116, "este acto administrativo tiene por objeto tolerar la ocupación de un bien público. . . Por el permiso la autoridad administrativa no confiere ningún derecho subjetivo, sino que únicamente permite, autoriza un uso especial del bien público conforme al principio de que los actos de mera tolerancia no constituyen derechos. El *permisionario no tiene derecho alguno a permanecer en ese uso especial* más allá de la tolerancia de la autoridad" (subrayado en el original).

⁹⁷⁹ Cfr. SILVA CIMMA, Enrique, *op. cit.* (n. 352), pp. 281-284. La verdad es que la posición de SILVA CIMMA es algo confusa, ya que acerca la concesión al permiso, más que el permiso a la concesión como la segunda teoría que se analiza a continuación. Tanto así que, para este autor, "la diferencia entre una cierta figura incide en la mayor o menor 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".

⁹⁸⁰ Cfr. VARAS CONTRERAS, Guillermo, *op. cit.* (n. 351), p. 192, autor que opina que "el permiso otorgado con un fin particular, no da derecho alguno al permisionario, depende de una simple tolerancia".

⁹⁸¹ Cfr. FERNÁNDEZ RICHARD, José, "Precariedad del permiso de ocupación de un bien nacional de uso público", en *Gaceta Jurídica* N° 135, 1991, pp. 7-10.

c) El permiso de uso privativo como acto concesional

Un sector importante de la doctrina niega que el permiso pueda ser definido como una *mera tolerancia* de la Administración. La voz *tolerar*, de acuerdo al diccionario de la Real Academia, significa "sufrir, llevar con paciencia", y también "permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente". Conforme a tales significados, debe entonces negarse que un acto administrativo válidamente dictado pueda permitir una conducta ilícita. Asimismo, debe concluirse que la posición institucional en que se encuentra la Administración —toda su actuación debe estar encaminada al bien común y al servicio de la persona—, le impiden actuar en base a "paciencias", "favores" o "ruegos". En consecuencia, el acto administrativo de permiso no puede sino ser un acto de ampliación de facultades de los particulares, y, más específicamente, al accederse a través de él a prerrogativas anteriormente prohibidas para éstos, debe reconocérsele el carácter de concesión.

El primer autor en identificar la misma naturaleza jurídica en el permiso y en la concesión de dominio público fue HAURIU. Para el famoso decano de Toulouse, el concesionario se distingue del permisionario en función del servicio público o establecimiento que explota, pero no en lo que concierne al dominio público, pues ambos son meros ocupantes del mismo⁹⁸³. En el desarrollo de su teoría, HAURIU afirma que si bien el permiso y la concesión otorgan derechos reales administrativos sobre el dominio público, ambos son siempre y esencialmente precarios. En su opinión, se trata de dos especies del género de las ocupaciones demaniales, que no presentan diferencias estructurales⁹⁸⁴.

A partir de las ideas de HAURIU, y aunque ya no se acepta que todas las ocupaciones del dominio son esencialmente precarias, una segunda corriente doctrinaria sostiene que el permiso de uso privativo tiene la naturaleza propia de una concesión. Ello se debe a que el acto que otorga un permiso no se reduce a una mera situación fáctica, sino que crea *ex novo*

⁹⁸³ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA, URSOLARRAGA, Manuel, *op. cit.* (n. 8), T. II, pp. 125-126. Para estos civilistas, "el permiso es un acto *unilateral* de la administración, mediante el cual autoriza a un particular determinado para ocupar temporalmente un bien público en beneficio exclusivo suyo, sin crearle derecho alguno. Como es un simple acto de tolerancia del Estado, la ocupación es *precaria*".

⁹⁸⁴ Cfr. GARCÍA, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *op. cit.* (n. 971), p. 20. Agregan además que "Hauriou describe sutilmente que segregada de la actividad material que el servicio público supone y para la cual las instalaciones del dominio público resultan exclusivamente un medio, las diferencias se desvanecen entre el permiso y la concesión de uso" (p. 21).

⁹⁸⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 22.

derechos en favor del permisionario⁹⁸⁵. En efecto, si el permiso otorga la facultad de usar privativamente una porción del dominio público, entonces debe concluirse que se trata de un acto de concesión que crea dicho derecho⁹⁸⁶. Constatada dicha naturaleza concesional del permiso, se concluye también que la diferencia con la concesión administrativa es mínima, puramente formal. Así, en definitiva, se termina identificando al permisionario con el concesionario para todos los efectos correspondientes⁹⁸⁷. La autorización o permiso demanial podría considerarse entonces como una "concesión menor", cuya diferencia con la concesión demanial típica está simplemente dada por la menor intensidad en la utilización⁹⁸⁸.

En Chile, el principal sostenedor de esta teoría es REYES RIVEROS, quien niega rotundamente la situación de mera tolerancia de la teoría anterior. En su opinión, si la Administración otorga, mediante un acto administrativo, un uso exclusivo y privativo de un bien demanial, por un tiempo limitado y en forma precario, ello constituye necesariamente una concesión⁹⁸⁹. En el mismo sentido, se pronuncia VERGARA BLANCO, de acuerdo a quien "es injustificado pretender diferenciar un acto que, por naturaleza jurídica, siempre es «concesión». No puede haber «permiso» [en sentido estricto] frente a bienes nacionales de uso público, y el acto administrativo que otorga un derecho sobre tales bienes (diga lo que diga el legislador, esto es, la mera «lex»), para el Derecho, esto es, el «ius»), siempre será una concesión"⁹⁹⁰. También sigue esta escuela ZAMORANO FERNÁNDEZ⁹⁹¹.

⁹⁸⁵ Cfr. REYES RIVEROS, Jorge, *op. cit.* (n. 363), p. 169 y p. 172.

⁹⁸⁶ Cfr. ZAMORANO FERNÁNDEZ, Yicelle, *op. cit.* (n. 956), p. 98.

⁹⁸⁷ Cfr. MORELL OCAÑA, Luis, *op. cit.* (n. 53), p. 82. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *op. cit.* (n. 5), p. 58: "las diferencias de tales autorizaciones con las concesiones demaniales no son esenciales, pues unas y otras constituyen títulos de autorización privativa y temporal de bienes de dominio público que general el correspondiente derecho real administrativo".

⁹⁸⁸ Cfr. DESDEVANTO DARECA, Eva, *El Precario Administrativo*, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1999, p. 72. En el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, Marta, *op. cit.* (n. 332), pp. 79-89 y p. 325.

⁹⁸⁹ Cfr. REYES RIVEROS, Jorge, *op. cit.* (n. 363), p. 194, y pp. 200-203. Específicamente, afirma que "no es efectivo que el permisionario de ocupación esté en una situación de mera tolerancia, porque su situación nació de un acto jurídico, de un acto administrativo. El Estado, a través de sus órganos competentes, manifiesta una voluntad con miras a producir un efecto de Derecho, cuando otorga un permiso de uso privativo. La Administración, en el permiso de uso especial, hace una manifestación de voluntad en el sentido de que un particular individualizado (no cualquier persona) ocupe exclusivamente o privativamente una determinada parte de un bien demanial (lo que importa sustracción de esa parte del dominio al uso de todos y al interés público), por un tiempo también limitado y precariamente" (p. 194).

⁹⁹⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Informe Constitucional* N° 141, 16 de agosto de 1991, p. 5.

⁹⁹¹ Cfr. ZAMORANO FERNÁNDEZ, Yicelle, *op. cit.* (n. 956), p. 98.

d) Opinión personal sobre la controversia

En el debate relativo a la naturaleza jurídica de los permisos de uso privativo, nos inclinamos indiscutiblemente por la segunda de las tesis expuestas. En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, no podemos sino negar la posibilidad que la Administración pueda ser sujeto activo de meras tolerancias hacia los particulares. Pero además, el análisis jurídico del acto administrativo de permiso, a la luz de las categorías generales de los actos favorables para los administrados, demuestra tener un evidente carácter concesional. En efecto, rechazada la calificación del permiso de ocupación como *autorización* en sentido estricto, no cabe sino aceptar su naturaleza concesional. Hacemos plenamente nuestras las palabras de MORELL OCAÑA, según quien, "estamos, pues, ante actos administrativos que suponen la creación, en favor del particular, de una facultades de goce comprendidas de la titularidad plena sobre el bien del dominio público. Esta circunstancia pone de relieve, si se añade su posibilidad de defensa *erga omnes*, que la diferencia con la concesión administrativa es, en estos casos, mínima, puramente formal. De aquí que resulte conveniente identificar la situación del autorizado, en líneas generales, con la del concesionario"⁹⁹².

Establecida la naturaleza jurídica del permiso de uso privativo como una concesión, cabe preguntarse qué la distingue de la concesión demanial propiamente tal. La respuesta es generalmente aceptada por los autores, independientemente de la corriente por la que se pronuncian para explicar su naturaleza: el carácter precario del permiso, que permite su revocación sin derecho a indemnización⁹⁹³. Es, de hecho, el intento por explicar esta característica del permiso de ocupación, lo que fracciona a la doctrina en dos. Sin embargo, como demostraremos en el acápite relativo a la revocación e indemnización de permisos y concesiones, no es ni apropiado ni necesario recurrir a la idea de una situación eminentemente fáctica y de mera tolerancia de la Administración. Dicha explicación debe ser rechazada por inaceptable, y, en su reemplazo, debe hacerse un esfuerzo dogmático por permitir que ciertos actos administrativos que otorgan de-

⁹⁹² MORELL OCAÑA, Luis, *op. cit.* (n. 53), p. 82. Agrega además, p. 77, que "ciertamente, esa titularidad [la emanada del permiso de uso privativo] puede tener menos consistencia que la que se basa en la concesión, pero se diferencia claramente de los usos, sin el respaldo de un título, que se han venido considerando en el Derecho Privado como un precario".

⁹⁹³ Cfr. MARKEVICH, Miguel S., *op. cit.* (n. 973), p. 30. El profesor argentino afirma que "hay unanimidad en reconocer el carácter precario del permiso de uso, como así en aceptar la posibilidad de su revocación (extinción), en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento en favor del titular del permiso".

rechos subjetivos en favor de los particulares puedan ser legítimamente revocados por la Administración sin derecho a indemnización, ello incluso considerando la oposición de algunos a aceptar derechos subjetivos que puedan ser terminados sin indemnización⁹⁹⁴.

De esta manera, la condición de precario vuelve al permiso un título jurídico menos enérgico y menos reforzado que la concesión. El permisionario se encuentra en una situación que recibe un grado de protección mucho menor que el concesionario⁹⁹⁵. Ello se refleja además en el hecho que el acto administrativo que da origen al permiso es unilateral y discrecional, diferenciándose de la concesión, que es comúnmente bilateral y en la cual, la discrecionalidad de las potestades de la Administración es menos intensa.

En todo caso, resulta fundamental establecer una precisión final. La legislación es habitualmente imprecisa en la terminología empleada para definir los institutos que ella misma utiliza. Así, es frecuente encontrar *autorizaciones* o *permisos* que en verdad son concesiones, y concesiones que eventualmente pueden llegar a ser *permisos*⁹⁹⁶. Por ende, el *nomen*

utilizado por la ley no debe llevar a confusión al jurista, quien por el contrario, debe siempre calificar las instituciones de acuerdo a lo que son y no a lo que dicen ser. Con ello se quiere decir, en síntesis, que la utilización legal del concepto *permiso* o *autorización* no es sinónimo de utilización privativa a título precario. Por el contrario, es la calidad de precario —en los casos excepcionales en que resulta constitucionalmente aceptable—, lo que permite calificar un determinado caso legal como un auténtico *permiso de utilización privativa*.

B) Características

Estudiada ya la definición y la naturaleza jurídica del permiso de ocupación, debe hacerse luego una somera descripción general de las características típicas del acto administrativo que lo otorga. Es en este punto necesario advertir que estas características —salvo la precariedad— no son ni absolutas ni esenciales del permiso, sino que simplemente se presentan con relativa frecuencia en las potestades administrativas que otorgan tales actos.

a) Discrecionalidad

Con este atributo se quiere decir que el otorgamiento de *permisos* no pertenece a la *actividad reglada*, sino a la *actividad discrecional* de la Administración. Ello significa que la autoridad no está obligada a otorgar los permisos de uso que se le solicitan, o, en otros términos, que “el otorgamiento de dichos permisos depende de las ‘discrecionalidades’ administrativas, pues la Administración hallase habilitada para apreciar si el permiso que se pide está o no de acuerdo con el interés público”⁹⁹⁷.

Demás está señalar que discrecional no significa, en ningún caso, arbitrariedad, sino únicamente que la potestad respectiva de la Administración debe velar porque el otorgamiento de los permisos no ocasione un menoscabo substancial al bien demanial al derecho de uso de todos los habitantes. Si la solicitud de permiso es rechazada por razones distintas a las expresadas, o a las finalidades específicas que contempla el ordenamiento en cada caso, dicho acto estará viciado de nulidad, fundamentalmente por exceso o desviación de poder⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ En Chile, dos autores rechazaban la idea del precario en los actos concesiones: ALEJANDRO VARGAS BLANCO y YICELLE ZAMORANO FERNÁNDEZ. El primero, *op. cit.* (n. 990), pp. 5-6 expone que “basar el distingo [entre permiso y concesión] en que en un caso (en el permiso) habría «precariedad», y en otro caso (en la concesión), no lo habría pues tendría *aderecho a indemnización*», no sólo es un error conceptual según he razonado, sino, además, a mi entender, una situación que no se aviene que (sic) nuestro estatuto constitucional. Una tal precariedad no es válida en Derecho. A mi juicio, es un error afirmar lo contrario, y quienes así lo dicen parecen olvidar que la precariedad no se aviene con los principios del Estado de Derecho, y por lo tanto, con nuestra Constitución vigente. . . . ¿Es posible afirmar que es precario el «derecho real administrativo» que ha nacido a favor del titular del «permiso» (que, además, jurídicamente, sabemos, que es concesión)? ¿Y su «derecho de propiedad sobre su derecho real administrativo» garantizado en el artículo 19 N° 24 inciso primero, parte final, de la Constitución?”. Por su parte, la segunda, *op. cit.* (n. 956), p. 97, fundamentan su tesis en los siguientes términos: “si bien la Administración (Municipalidad [en el caso en cuestión]), conserva la potestad revocatoria al otorgar una concesión, no es menos cierto, que los derechos del permisionario no pueden ser vulnerados, puesto que de lo contrario se estaría atentando contra su derecho subjetivo, real administrativo, que nació a la vida del derecho al otorgarsele el permiso (que sabemos, que por su naturaleza es concesión) y que por lo tanto ha ingresado a su patrimonio y consecuentemente amparado por la garantía constitucional, establecida en el artículo 19 N° 24, inciso primera, de la Constitución Política de la República de 1980, relativo al derecho de propiedad”.

⁹⁹⁵ Cfr. MORELLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.* (n. 66), p. 133.

⁹⁹⁶ Ello no pasa sólo en Chile —por ejemplo, el caso de las autorizaciones de acuicultura, que son auténticas concesiones demaniales (art. 67 de la Ley General de Pesca y Acuicultura)—, sino también en otros países, pues según MORELL OCAÑA, Luis, *op. cit.* (n. 53), p. 82, refiriéndose a España, “la legalidad demanial ha empleado durante largo tiempo los vocablos *autorización* y *concesión* de modo indiscriminado, de suerte que, en ocasiones, se denominaban autorización lo que constituía auténticas concesiones demaniales, cuyo contenido se examinaba en el epígrafe si-guiente”. También lo señala VILAR PALASÍ, José Luis, *op. cit.* (n. 951), p. 697: “No todo lo que hasta ahora se ha venido considerando como autorizaciones son tales autorizaciones, sino que con el devenir de las instituciones han pasado a ser efectivas concesiones”.

⁹⁹⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.* (n. 328), p. 334.

⁹⁹⁸ Cfr. REYES RIVEROS, Jorge, *op. cit.* (n. 363), p. 176.

Ahora bien, tal como lo señalamos recientemente, la potestad de otorgamiento de permisos no es “esencial” sino “habitualmente” discrecional, lo que habilita a que en ciertos casos, la legislación contemple el otorgamiento de los mismos como una actividad reglada⁹⁹⁹.

b) Unilateralidad

Los actos administrativos que otorgan permisos de ocupación, a diferencia de las concesiones demaniales, son generalmente unilaterales, esto es, no constituyen contratos administrativos¹⁰⁰⁰. Tal como señala REYES RIVEROS, “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”¹⁰⁰¹.

En todo caso, nada se opone a que el permiso se otorgue mediante un acto bilateral, salvo que se sostenga la teoría del permiso de ocupación como meta tolerancia. Para quienes siguen tal doctrina, el que el permiso sea otorgado por acto unilateral resulta de la esencia del mismo, dado que en ello radica el fundamento de la precariedad del instituto¹⁰⁰².

c) Precariedad

Aunque dejaremos el estudio de esta figura para más adelante, debemos afirmar aquí que el permiso se caracteriza por poseer una naturaleza esencialmente precaria. En términos simples, este adjetivo da cuenta de una situación jurídica que puede ser revocada sin derecho a indemnización por parte de la Administración Pública¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 177. En el mismo sentido, MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.* (n. 973), p. 35. “El otorgamiento de estos permisos generalmente, no siempre, constituye el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la Administración Pública”.

¹⁰⁰⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin, *op. cit.* (n. 239), T. IV, pp. 318-319. En los mismos términos, GARIBO FALLA, Fernando, (n. 243), p. 544, de acuerdo a quien, “estos permisos a autorizaciones son actos administrativos unilaterales, sin que a ello se oponga el hecho de que se concedan previa petición del particular. Resulta así su distinta naturaleza jurídica respecto de las concesiones de ocupaciones del dominio público –a que en su momento nos referiremos– cuyo carácter contractual es admisible, como regla”.

¹⁰⁰¹ REYES RIVEROS, Jorge, *op. cit.* (n. 363), p. 167.

¹⁰⁰² Así, de acuerdo a MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.* (n. 328), p. 328, “la doctrina le atribuye carácter ‘unilateral’ al permiso, en tanto que a la concesión le reconoce carácter ‘bilateral’. De ello pretiéndose deducir lo ‘precario’ del derecho emergente de un permiso y lo establece del derecho nacido de una concesión”.

¹⁰⁰³ Este es el llamado precario absoluto o de segundo grado. El precario relativo o de primer grado es la revocación con derecho a indemnización de perjuicios.

El permiso es entonces una técnica jurídica de habilitación de ocupaciones demaniales que genera una situación jurídica débil e inestable para el permisionario, y que, en cuanto tal, sólo puede ser utilizada por la Administración en forma excepcional, restringida única y exclusivamente a ocupaciones pasajeras o transitorias, y de escasa significación jurídico-económico-social.

C) El Permiso de uso privativo en el Derecho Nacional

El permiso de uso privativo se presenta en diversos cuerpos legales del Derecho Nacional, por lo cual debe hacerse referencia aquí a los casos más relevantes. El primero de ellos es el artículo 602 del Código Civil, de acuerdo al cual:

Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.

Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana.

Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado.

Dicho artículo que fue muy importante en épocas pasadas, ya no lo es como consecuencia de la innumerable legislación especial que se ha dictado en cada uno de los sectores del dominio público. Ya haremos referencia a esta norma más adelante, pero por ahora sólo diremos que el Código usa en este caso la voz *permiso* como comprensiva de los permisos de uso privativo propiamente tales y también de las concesiones demaniales. Incluso parece referirse más bien a las concesiones que a los permisos, pues, por una parte, utiliza el verbo *conceder* (inciso segundo), y por otra parte, no acepta la terminación de la ocupación más que por abandono de las obras o por vencimiento del plazo, mas no por revocación discrecional de la autoridad, carácter esencial del permiso.

Enseguida, puede encontrarse otra hipótesis de permiso de uso privativo en el artículo 32 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, el que prescribe que:

Los bienes municipales o nacionales de uso público que administre la Municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos.

Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

A diferencia del caso anterior, dicha norma utiliza adecuadamente el concepto *permiso*, al cual le otorga un indiscutible carácter precario.¹⁰⁰⁴

También debe hacerse mención en este punto al artículo 3º del decreto con fuerza de ley N° 340 de 1960 sobre concesiones marítimas, de acuerdo al cual:

Son permisos o autorizaciones aquellas concesiones marítimas de especial importancia y de carácter transitorio y que sólo son otorgadas hasta por el plazo de un año.

Dicha norma hace suya en forma literal la segunda de las teorías del permiso de ocupación que hemos expuesto en este trabajo, esto es, aquella que le asigna una naturaleza concesional, y lo reduce para casos pasajeros o de escasa relevancia jurídico-económico-social.

2. LA CONCESIÓN DE USO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

La concesión de dominio público es el modo normal y general mediante el cual la Autoridad entrega títulos de ocupación sobre los bienes demaniales. Al encontrarse el permiso de uso privativo relegado a un lugar marginal en el espectro de los títulos legítimos sobre el demanio—sólo aquellas ocupaciones de duración pasajera o transitoria, y que además sean de poca importancia jurídico-económico-social—, todo el resto de las utilizaciones privativas encuentra necesariamente su origen en las concesiones de dominio público. Por ello decimos que ésta última es la regla general y el modo normal por medio del cual la Administración otorga títulos sobre el dominio público.

1004 Tal como vimos en notas anteriores, de acuerdo a VERGARA BLANCO, Alejandro, *op. cit.* (n. 990), pp. 5-6, declara que el precepto es inconstitucional. A partir de ello, sanciona que "el artículo 30 inciso 2º de la Ley N° 18.695, de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades, es inconstitucional" (p. 6). En todo caso, hay jurisprudencia que respalda la constitucionalidad de los permisos: *Id. R.D.J.* T. 84, 1987, 2ª Parte, Sección 5ª, p. 148, considerando la precariedad de los permisos; *Id. Gaceta Jurídica*, N° 183, 1995, p. 39, considerando 1º, "el artículo 32 de 6º: "el permiso concedido para usar un bien nacional de uso público puede dejarse sin efecto en cualquier momento"; y, *Gaceta Jurídica*, N° 183, 1995, p. 39, considerando 1º, "el artículo 32 de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que los permisos de ocupación serán esencialmente precarios y podrán modificarse o dejarse sin efecto, sin derecho a indemnización".

A) El concepto de concesión administrativa

El estudio de las concesiones de dominio público nos enfrenta como primera cuestión al concepto de *concesión administrativa*. No obstante será un tema que excede con mucho al dominio público —pues alcanza también al servicio público y a la obra pública—, debemos detenernos algunos párrafos en este particular modo de entregar a los particulares la gestión de actividades o funciones previamente publicadas.

La *concesión administrativa*, por ser una institución de extraordinaria importancia en el Derecho Administrativo, ha recibido enorme atención de parte de la doctrina, existiendo hoy en día tantas definiciones y opiniones a su respecto como autores hay en esta rama del conocimiento. Para no abultar nuevas páginas con distintas definiciones, nos quedaremos con una sola, obtenida de nuestra jurisprudencia, y nos limitaremos a señalar, en términos muy generales, los aspectos más relevantes que caracterizan a las concesiones administrativas.

La concesión es un acto administrativo que pertenece a la categoría de los actos favorables, esto es, de aquellos que amplían la esfera jurídica de los particulares. Dentro de dicho conjunto, la concesión se caracteriza por ser de aquellos que crean o constituyen derechos *ex novo* en favor de los particulares.¹⁰⁰⁵ La concesión, tal como lo expusiera RANIELLETTI hace ya más de cien años, tiene signo contrario a la autorización: mientras la primera crea derechos de naturaleza generalmente administrativa que antes no existían para el particular, la segunda habilita el ejercicio de derechos preexistentes en el ciudadano, los que habitualmente tienen carácter civil.¹⁰⁰⁶

A partir de lo anterior, podemos señalar, junto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que la concesión es "el acto o contrato administrativo que crea en favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o

¹⁰⁰⁵ Cfr. VILLAR PALASI, José Luis, *op. cit.* (n. 951), p. 696.

¹⁰⁰⁶ Cfr. *ibid.* Según VARGAS BLANCO, Alejandro, "Concesiones de dominio público y caracterización de las Concesiones Mineras", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 16, N° 3, Universidad Católica, Santiago, 1989, pp-780-781, "las medidas de intervención de actividades privadas por la Administración pueden alcanzar grados muy diversos mediante esta técnica específica: la eliminación total de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades particulares de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional. Así, la libertad queda sustituida por una concesión administrativa otorgada por el poder que configura facultades pero también configura, a la vez, el deber de ejercerlas en determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine".