

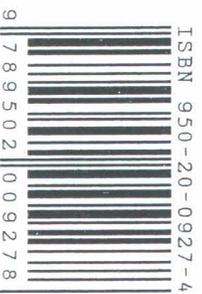
MIGUEL S. MARIENHOFF

**PERMISO ESPECIAL
DE USO DE BIENES
DEL DOMINIO PUBLICO**

RÉGIMEN JURÍDICO
LA "PRECARIEDAD"



ABELED0-PERROT



Código: 0305R

Todos los derechos reservados
© by ABLEDO-PERROT S.A.E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0927-4

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente, nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. - II. Nota propia del "permiso" de uso: la *precariedad*; su origen, significado y trascendencia actual. - III. Permiso de uso y concesión de uso: distinción entre ellos. - IV. Estructura del permiso de uso como acto jurídico. - V. Naturaleza del permiso de uso como figura jurídica. - VI. Naturaleza jurídica de la atribución o facultad que de un permiso de uso emerge para su titular. - VII. Actividad reglada y actividad discrecional de la Administración Pública en el otorgamiento de permisos de uso. - VIII. El plazo o término de duración de los permisos de uso. El plazo y la *extinción* del permiso de uso. - IX. Extinción de los permisos de uso. Su fundamento. Requisitos. Las fórmulas *ad-mutuum* y *ad-libitum*: su intrascendencia jurídica actual. "Revocación" y "caducidad". El artículo 18 del decreto-ley 19.549/72. - X. La falta de indemnización al revocar el permiso de uso. - XI. La cláusula "sin perjuicio de terceros" y los permisos de uso. - XII. Permisos distintos a los de "uso" del dominio público. Diferencia entre ellos. Régimen jurídico. - XIII. El acto de extinción del permiso de uso ¿requiere motivación? - XIV. Jurisprudencia sobre temas relacionados con los permisos de uso. - XV. Protección jurídica del permisionario. Actos del Estado y de terceros. - XVI. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El uso especial de los bienes dominicales, es decir públicos o integrantes del dominio público,

puede adquirirse mediante cualquiera de las siguientes figuras ya clásicas al respecto: permiso, concesión y prescripción¹.

El estudio de toda esta materia, especialmente lo relacionado con el "permiso de uso", ha sido descuidado. Así ocurre en el derecho foráneo y también en el nuestro, donde se advierte confusión entre la noción conceptual de "permiso" y la de otras instituciones con las que aquél tiene ciertas afinidades: es lo que ocurre principalmente con la *concesión*, e incluso con la *licencia*, figura ésta híbrida, sin contenido y sin contornos propios.

La jurisprudencia de nuestros tribunales presenta gran disparidad conceptual, aunque algunos fallos sean de interés por las conclusiones que sugieren. Pero es una jurisprudencia inorgánica, sin ajuste estricto a los principios básicos de derecho público que rigen la materia.

En general, lo que más afecta al debido tratamiento de estos problemas, es la falta de método

¹ Suelen mencionarse otras figuras más, entre ellas la licencia y la autorización. Pero éstas no son las clásicas en la materia, y acerca de ellas se han formulado serias objeciones.

en los respectivos estudios, que entonces resultan incoherentes.

En los expositores hay fallas conceptuales. Algunos de ellos se alejan de la teoría general del derecho administrativo aplicable en la especie. Esto dificulta el entendimiento y la formación de un cuadro técnico aceptable. Incluso, tanto en obras de doctrina, como en decisiones de tribunales, se advierten casos donde se confunde una figura con otra; v.gr., revocación con caducidad, cuya respectiva procedencia y consecuencias responden a criterios diferentes. No es admisible soslayar la aplicación de criterios jurídicos procedentes de una justificación y decantada concepción mayoritaria, representativa de la doctrina científica.

En mi *Tratado de Derecho Administrativo* expuse los principios básicos atinentes a los *permisos* de uso de bienes dominicales. Entre lo que ahora manifiesto en la presente publicación y lo que manifesté en mi *Tratado* al referirme al permiso de uso, se advertirán algunas diferencias formales, más bien de expresión, que no alteran lo esencial de las ideas: ello responde al deseo

de una exposición más clara y concreta de estos complejos y poco sistematizados temas.

En nuestro país, la bibliografía sobre permisos de uso de bienes integrantes del dominio público es escasa. No obstante, con relación a autores y libros que en *alguna* medida se refirieron a dichos permisos (a veces confundidos con la "concesión"), o a cuestiones atinentes a ellos (generalmente se trataba de problemas vinculados a las aguas públicas), corresponde mencionar especialmente a dos que ya pertenecen al pasado, aunque reciente. El doctor Rafael García, ex Juez Federal en Córdoba, de ilustre y eminente recuerdo, cuyos meditados trabajos fueron seleccionados y publicados en una obra de tres tomos, *Fallos y escritos jurídicos*, aparecida en Buenos Aires en 1888 (ver tomos 1º a 2º), y el doctor Gerónimo Cortés, laborioso y talentoso Fiscal ante las Cámaras de Apelaciones de la Capital, cuyos trabajos están seleccionados y publicados en una obra de cinco tomos, titulada *Vistas Fiscales*, de la cual los tres primeros tomos aparecieron en Buenos Aires en 1887, y los dos últi-

mos en Córdoba, en 1907-1910 (ver tomos 1º y 3º).

Pero actualmente, en nuestro país, en la bibliografía especial sobre esta materia existe la obra de los magistrados doctores Carlos M. Grecco y Guillermo A. Muñoz, titulada *La precariedad en los permisos, autorización, licencia y concesiones*, aparecida después de las primeras ediciones de mi *Tratado*, publicada en Buenos Aires en 1992, por la editorial Depalma. Es, sin duda, un libro meritorio y de evidente interés.

II. NOTA PROPIA DEL "PERMISO" DE USO: "LA PRECARIEDAD"; SU ORIGEN, SIGNIFICADO Y TRASCENDENCIA ACTUAL

El estudio del régimen jurídico de los *permisos de uso* de bienes integrantes del dominio público — que, en definitiva, implican un uso de cosa ajena —, requiere inexcusablemente una referencia al instituto del *precario* romano, también referente al uso de cosa ajena, y que debe considerarse como el antecedente remoto de lo que hoy

llamamos *permiso de uso* de un bien del dominio público.

El ámbito del *precario* fue ampliándose a través del tiempo, excediendo el del derecho privado – donde tuvo origen – para desplazarse en el del derecho público. Los caracteres básicos del *precario* persisten hoy en los *permisos de uso* de bienes dominicales. De ahí que el *precario* presente un carácter evolutivo, tanto en lo legal como en lo dogmático. En materia de dominio público su estudio, como dije, es fundamental.

Sobre una débil y genérica base positiva establecida por el derecho romano en el *Digesto*, atribuida a Ulpiano², la doctrina utilizó y desa-

² “*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tandiu, quamdiu is, qui concessit patitur*” (*Digesto*, Libro 43, Título 26, Ley 1). “Es *precario* lo que al que lo pide con ruegos se le concede para que lo use en tanto que lo consistente el que se lo concedió”. La versión española corresponde a la obra de Ildelonso L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, tomo 3º, págs. 465-466, Barcelona, 1897. Advirtiéndose que en la Ley 2, del Libro y Título citados, se dice que el que concede el *precario* puede

rolló el criterio derivado de esa norma para aplicarlo a situaciones que, quedando latamente comprendidas en ella, presentaban no obstante caracteres disímiles entre sí por el diferente objeto o contenido de las mismas, ya que, si bien tales situaciones respondían todas a un uso de la cosa ajena, los respectivos usos – como así las características de su ejercicio – diferían en su importancia o trascendencia, sea ésta social o económica; incluso diferían por la existencia o inexistencia de un plazo o término de duración para el ejercicio del respectivo uso, y también podían diferir por la eventual onerosidad o gratuidad del uso en cuestión. Todos esos elementos, datos o valores, fueron considerados por los teóricos posteriores para tener o no por *precaria* una situación. De ahí la diferencia racional entre “permiso” de uso y “concesión” de uso, figuras jurídicas que, no obstante su aparente comunidad o similitud de origen (uso de la cosa ajena), requerían un tratamiento distinto. Todo esto fue

recobrar la cosa tan pronto como le pluguiere extinguir el precario.

obra de la dogmática, de la doctrina, que, basándose en datos objetivos, señaló las notas racionales que diferenciaban al *permiso* de la “concesión”, diferencias que permiten un adecuado tratamiento del tema.

Como lo considerado propio del *permiso*, aparte de su afinidad con las notas del precario, presentaba una diferencia con las notas propias de la *concesión*, se le adjudicaron al “permiso” las notas propias de lo que hoy conocemos como *precario*, y que traducían razonablemente la diferencia esencial entre ambas figuras, diferencia concretada en la *estabilidad* del derecho emergente de una concesión y en la *inestabilidad* y *debilidad* de la facultad emergente de un permiso. En suma: derecho perfecto emergente de la concesión; derecho *precario* (imperfecto) emergente del permiso. Quizá contribuya a la comprensión de esto el hecho de que precario —que sería el carácter de determinado derecho o situación—, vincula el origen de ese derecho o situación al resultado de “ruegos” (*preces*), tal como expresamente lo establecía el derecho romano en el texto

14

citado y transcrito en la precedente nota 2³: de ahí lo débil y modesto del derecho así obtenido. Trátase de un derecho originariamente signado por la gracia, la piedad y la bondad, rasgos que hoy constituyen la nota típica del *precario*, instituto actualmente comprensivo del *permiso de uso* de un bien del dominio público. El *permiso de uso* es, así, una mera *tolerancia*, concepto este que hoy subsume las originarias notas de gracia, piedad y bondad que hacían posible el uso de una cosa ajena. “Precario” proviene de “preces” (*ruegos*).

Tal es el origen y evolución de la noción de *precario*, que expresa o traduce la nota atribuida hoy como propia del *permiso* de uso, como inherente al mismo, y extraña en absoluto a la *concesión* de uso; aparte de ello, ésta tiene plazo de vigencia y, por principio, es onerosa; a esas notas distintivas debe agregarse la del diferente “objeto” de ambos institutos. Una cosa es la *concesión*; otra muy distinta el *permiso*. Hablar de *concesiones precarias* constituye una falla conceptual: no

³ Además, véanse las referencias que al respecto hacen Carlos M. Grecco y Guillermo A. Muñoz, *op. cit.*, pág. 1.

15

existen "concesiones precarias". Como figura jurídica, no existe la "concesión precaria"⁴. Esto hallase corroborado por la diferencia esencial entre permiso y concesión: las notas típicas de aquél difieren de las de ésta. El permiso de uso

⁴ Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo el Tribunal: "cuando las *concesiones* de uso revisten carácter de precariedad se equiparan en sus efectos y en su duración a los *permisos* de uso" ("Fallos", tomo 165, pág. 413, *in re* "Dondero, Risso y Tubio c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios").

Sin embargo, no siempre los teóricos del derecho siguieron ese criterio, pues hubo quien sostuvo equivocadamente que la *concesión* de uso era *precaria*. Tal fue la opinión del profesor francés Hauriou, quien para sostener tal criterio se valía de tres argumentos inapropiados para ello: la posibilidad de que la concesión sea *revocada*; el carácter *temporario* de la misma y que las concesiones son *rescatables* en cualquier momento por el Estado. Ninguno de esos argumentos es adecuado para el objeto que se los invoca. Consideré equivocada la posición de Hauriou, y así lo expliqué e hice notar en mi *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 5º, nº 1823, págs. 421 y sigs. y págs. 571 y sigs., 3ª edición, Buenos Aires, 1992. Mis objeciones fueron aceptadas y compartidas por los profesores españoles Jesús González Pérez, Julio Tolledo Jáudenes y Carlos Arrieta Alvarez, en su *Comentarios a la ley de aguas*, pág. 300, Madrid, 1987.

es precario; la concesión de uso no lo es. Por eso la "concesión" no está expuesta a ser extinguida por la Administración Pública en la forma y con las consecuencias en que puede serlo el "permiso".

Recuérdese que en el derecho romano el que otorgaba el precario podía recobrar la cosa tan pronto como lo deseara (véase la nota 2). En el derecho actual la Administración Pública puede extinguir el permiso de uso cuando lo juzgue pertinente y se invoque para ello una causa justa. La "precariedad" del derecho romano continúa vigente en el derecho público actual, a través de sus notas características: posibilidad de extinguir en cualquier momento el derecho de uso otorgado, sin que ello requiera indemnizar al permisionario.

III. PERMISO DE USO Y CONCESIÓN DE USO: DISTINCIÓN ENTRE ELLOS

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 jurí-

dica-económica-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; para extraer con bombas agua de un río para servicio del motor de una fábrica; para que vendedores ambulantes ocupen aceras en calles públicas, etcétera. La actividad que justifica el otorgamiento de un permiso, generalmente no tiene la suficiente jerarquía social como para justificar el otorgamiento de una *concesión*, cuya índole condice con el ejercicio o prestación de relevantes actividades económicas-sociales.

La “concesión” de uso del dominio público debe otorgarse para satisfacer actividades de importancia jurídica-económica-social; v.gr. para captar aguas públicas destinadas a cultivos agrícolas en base a irrigación para prestar un servicio público trascendente; para sepulturas en cementerios estatales. El *objeto* o *contenido* de la actividad es, pues, una nota importante para distinguir el permiso de uso de la concesión de uso.

No sería racionalmente concebible que quienes deseen ejercer actividades que, aparte de su

trascendencia social, requieran la inversión de capitales elevados, deban hacerlo en base a un *permiso* de uso, cuya naturaleza jurídica no ofrece la suficiente estabilidad y seguridad para resguardar la inversión de capitales apreciables y para justificar los esfuerzos personales de hombres visionarios y laboriosos. No se concebiría la riqueza agrícola de Mendoza, San Juan, Salta, Tucumán, etcétera, si los propietarios con derecho de agua para irrigación de sus tierras sólo contasen para ello con *permisos* de uso y no con *concesiones* de uso. Esos hombres, que convirtieron eriales en vergeles, necesitan inexcusablemente que su labor descansa en actos públicos que les aseguren estabilidad y seguridad.

De la expresada distinción entre “concesión de uso” y “permiso de uso” surge la esencial diferencia en la naturaleza de la prerrogativa que de esas figuras deriva para su titular: *derecho perfecto* (derecho público subjetivo) en la concesión; simple situación *precaria* (derecho imperfecto) en el permiso. De esa trascendente diferencia en la índole de la atribución o facultad que deriva para el titular del permiso o de la

concesión, y como obvia consecuencia del carácter *precario* del permiso de uso – en cuyo mérito éste carece de plazo de vigencia –, resulta que el *permiso* de uso puede ser extinguido en cualquier momento por la Administración Pública, cuando ésta invoque para ello una causa justa, una razón atendible; aparte de ello, la extinción válida del permiso de uso no apareceja derecho a resarcimiento para el permissionario. Tales consecuencias, respecto al “permiso de uso”, surgen de su carácter *precario* y son propias de éste. La “concesión” de uso queda al margen del expresado régimen jurídico del permiso, lo cual se explica y justifica por la fundamental razón de que mientras el “permiso” es *precario*, la “concesión” no lo es. Para su titular, el derecho emergente de una concesión constituye una *propiedad*; la facultad emergente de un permiso de uso *no constituye una propiedad* del permissionario.

Adviértase que – como consecuencia de la precariedad – mientras el *permiso de uso* se otorga, o debe otorgarse, sin plazo de vigencia, la *concesión de uso* se otorga con dicho plazo. Incluso hay concesiones otorgadas a “perpetuidad”,

como ocurre con muchas concesiones de aguas para irrigación y con muchas concesiones de sepulturas.

La gratuidad o la onerosidad del uso también pueden tener influencia para establecer si en el caso concreto se trata de un permiso o de una concesión. Esta, por principio, es onerosa; el permiso puede o no serlo. Las circunstancias del caso serán decisivas para resolver la cuestión.

En el supuesto de duda acerca de si se trata de un permiso o de una concesión, para resolverla ha de tenerse presente que la existencia de un plazo y término de duración constituye una nota propia, común u ordinaria de la *concesión* y no del *permiso*. Tal es el principio. Pero la existencia de tal plazo o término de duración no basta, por sí, para tener o calificar a un acto como “concesión” y no como “permiso”, si las demás notas o datos a considerar determinan que se trata de un “permiso” y no de una “concesión”. Lo que definirá al *permiso* de uso y permitirá diferenciarlo de la *concesión* de uso, no es el hecho de que en el acto que lo exprese figure un plazo o término de duración, sino la verdadera subs-

tancia del acto, su contenido, lo cual resultará de otros elementos a considerar. El “permiso de uso”, por su calidad básica de *precario*, tiene como carácter fundamental la de carecer de un plazo o término de vigencia temporal que obste a que la Administración Pública, cuando lo juzgue pertinente, disponga su extinción o revocación lícita. El derecho romano no contenía plazo alguno para que quien concedió el precario, recobrase cuando lo deseara el uso de la cosa respectiva (véase la nota 2 de la presente publicación).

En casos razonablemente dudosos, para distinguir “permiso de uso” de “concesión de uso”, puede ser fundamental el “objeto” del acto, la índole de la “actividad” (importancia social-económica) a que el acto se refiera.

IV. ESTRUCTURA DEL PERMISO DE USO COMO ACTO JURÍDICO

El “permiso” de uso, como figura jurídica, es un acto administrativo (acto jurídico de derecho

público), sin perjuicio de su esencial carácter precario. Pero aquí cuadra reiterar que si bien el *precario* tuvo vigencia originaria en el derecho privado, hoy constituye un instituto que tanto tiene aplicación en derecho privado como en derecho público. En ambos campos sus caracteres son similares, como también lo son sus efectos o consecuencias, salvo texto en contrario.

En tal orden de ideas, y con respecto a su estructura, debe distinguirse el permiso en cuanto a su “formación” y en cuanto a sus “efectos” o “consecuencias”.

Respecto a su “formación” es *bilateral*. La voluntad del administrado —contrariamente a lo que creyeron algunos escritores— es *esencial* para la existencia o formación del acto que concreta el permiso. Éstos no se otorgan de oficio, prescindiendo de la voluntad del permisionario. Desde luego, esto nada tiene que ver con la “causa” o “motivo” del permiso: sólo se refiere a su *estructura*. “Causa” o “motivo” del acto es distinto a “estructura” del acto; esta última se rela-

ciona con la "voluntad" (que, desde luego, difiere de la *causa*)⁵.

En cuanto a sus "efectos" o "consecuencias", si bien generalmente el acto es *unilateral*, en el sentido de que el permiso, aparte de su precariedad, sólo le otorga un derecho al *permisionario* (derecho de uso), puede ocurrir que a su vez

⁵ Lo expresado en el texto se relaciona con la noción de *causa* o *motivo* del acto administrativo. La doctrina está dividida al respecto, expresándose esa disensión a través de dos concepciones fundamentalmente distintas: la objetivista y la subjetivista. Para los objetivistas la "causa" está constituida por los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que justifican la emisión del acto. Para los subjetivistas radica en la "voluntad" del sujeto. Esto último no es aceptable, porque confunde o asimila "causa" con "expresión de voluntad", siendo que se trata de nociones absolutamente distintas. La "causa" es un *elemento* del acto administrativo, en tanto que la "voluntad" no es un elemento del mismo, sino un *presupuesto básico* y *sine qua non* de su existencia. La "causa" de un acto no radica en la *voluntad* del sujeto, sino en la *norma*. Véase mi *Traitado de Derecho Administrativo*, tomo 2º, páginas 230 y siguientes y 297-298, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. La ley nacional de procedimiento administrativo sigue el concepto de "causa" que dejo expuesto (art. 7º inc. b. del decreto-ley 19.549/72). Una cosa es la *formación* del acto y otra su *causa*.

el permisionario deba abonarle al Estado un canon por el uso que éste le otorgó, en cuyo supuesto el permiso también sería *bilateral* en sus efectos o consecuencias, porque el Estado tendría un derecho al cobro del expresado canon. La bilateralidad se concretaría, entonces, en la reciprocidad de *obligaciones* (esto último, sin perjuicio de que el permiso de uso es sólo una "tolerancia"): del Estado hacia el administrado permitiéndole realizar el uso pertinente; del permisionario hacia el Estado abonándole el respectivo canon⁶.

V. NATURALEZA DEL PERMISO DE USO COMO FIGURA JURÍDICA

Si bien tratase de un acto jurídico *bilateral*, signado por lo precario de la atribución que de

⁶ Para la naturaleza jurídica de dicho canon, véase mi *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas*, nº 425, páginas 587-589, Buenos Aires, 1971, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

él emana, no se trataría de un contrato⁷: lo im- pide una inidoneidad substancial originaria, por cuanto el *permiso* sólo constituye una "tolerancia" (ancestralmente un acto de gracia, de piedad o de bondad), situación no precisamente compatible con la idea de contrato⁸.

La "precariedad" propiamente tal, la de origen romano, no condice con la idea de contrato. No obstante, el Código Civil en su artículo 2285, refiriéndose al *contrato* de comodato, establece que si el préstamo fuese *precario*, etcétera... lo que haría pensar en un contrato precario, pero no es así. Al respecto debe tenerse presente,

⁷ En sentido concordante: Duguit, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, tomo 3^o, troisième édition, pág. 376, Paris, 1930; Lucien Jansse *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, pág. 295, Paris, 1938.

⁸ Dice Duguit: "el permiso no contiene elemento alguno contractual" (*op. y loc. cit.*). Corroborando esto, recuérdese que el *permiso* es *precario*, estrictamente tal, y que aún en el supuesto de que se le hubiere otorgado por un plazo o término determinado, *incluso pendiente dicho plazo* la Administración Pública puede extinguir o ponerle fin al permiso, con todas las consecuencias propias de la precariedad. Nada de esto es propio del contrato.

como lo hace notar Raymundo M. Salvat, que la *precariedad* a que se refiere el texto citado no debe ser confundida con el *precario* del derecho romano, y que esa palabra fue empleada solamente para significar que el *contrato* no tiene un plazo determinado de duración (*Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Contratos", tomo 2^o, n^o 2554, pág. 492, Buenos Aires, 1946). Reitero, pues, que la *precariedad* propiamente dicha, la del derecho romano, no armoniza con la idea contractual.

Si bien eventualmente el permiso puede ser oneroso, v.gr. cuando el permisionario deba abonarle un canon al Estado, esto no altera la naturaleza del permiso, atribuyéndole carácter contractual, pues en contra de dicha posibilidad están los antecedentes y demás caracteres del permiso. Aparte de ello, y no obstante la existencia del expresado canon, el permiso no pasa de ser un *acto jurídico bilateral* de derecho público; un acto administrativo que, además de sus elementos esenciales, en este caso contiene también un elemento eventual, accesorio o accidental: el *modo*, que involucra al canon. De manera que

siempre se estaría dentro del ámbito del *acto jurídico*, sin entrar en la esfera contractual, criterio que se robustece ante lo dispuesto por el decreto-ley 19.549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, cuyo artículo 7º, inciso f., establece que los *permisos* administrativos se regirán por sus leyes especiales, las que, lógicamente, han de responder a los caracteres que la doctrina les asigne a dichos actos.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN O FACULTAD QUE DE UN PERMISO DE USO EMERGE PARA SU TITULAR

El *permiso de uso* constituye básicamente una *tolerancia* de la Administración Pública⁹. Ella es

⁹ Actualmente se denomina y considera *tolerancia* a dicha atribución o facultad precaria. Es una acertada calificación, dado el origen y el contenido de la respectiva atribución o facultad.

el fundamento de la *precariedad* propia de tal *permiso*¹⁰.

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 o débil de la misma.

Pero con prescindencia de la índole de la atribución o facultad emergente de esa *tolerancia* ¿cuál es, en el estado actual del derecho, incluso del nuestro, la naturaleza jurídica de la expresada atribución o facultad otorgada al permisionario? Anticipo que, dada la índole y el régimen jurídico del *permiso de uso*, la expresada atribución o facultad emergente para el permisionario,

¹⁰ La antigua piedad, bondad o gracia, resultantes de *negos* (ver texto del *Digesto* transcripito en la precedente nota 2), que caracterizaron al precario primigenio, con el tiempo se transformaron y convirtieron en un acto de "tolerancia". Esta sería un *resultado* de aquéllas. La "tolerancia" se manifiesta y aparece, así, como una síntesis del concepto de piedad, gracia y bondad. Ideal o intelectualmente, la *tolerancia* ya implica un acto más definido, de mayor envergadura o consistencia que la mera gracia, piedad o bondad. Diríase que la "tolerancia" ya contiene cierto matiz jurídico que la va ubicando, como *figura iuris*, en el ámbito del derecho.

no constituye para él un derecho subjetivo, ni una *propiedad*, en el sentido constitucional-legal del término.

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. El precario primigenio del derecho romano sigue proyectándose en el derecho actual. De ahí que la facultad o atribución, emergente del permiso de uso, no constituya un derecho subjetivo o un derecho perfecto del permisionario. Las notas expuestas como propias del permiso de uso alejan la posibilidad de un derecho subjetivo, de un derecho perfecto¹¹. Por otra parte, de acuerdo con una

¹¹ Por derecho subjetivo debe entenderse, en términos generales, el "poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos" (Jellinek, Giorgio, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traducción italiana del alemán, pág. 49, Milano, 1912). Roger Bonnard concreta tal noción diciendo que el derecho subjetivo está esencialmente constituido por un poder de exigir, condicionado por la existencia de una obligación jurídica que pesa sobre un sujeto pasivo y por el hecho de que

fundamental declaración de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta obvio que la atribución o facultad emergente de un permiso de uso no constituye una *propiedad* del permisionario; dijo el Tribunal: "Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad"¹². Va de suyo que el permisionario "no dispone de una acción

esta obligación fue establecida en interés del sujeto activo (Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, n° 14, pág. 204, Paris, 1934).

Con sencillez, Ernst Forsthoft entiende por derecho subjetivo "el derecho de poder exigir algo del Estado o de poder hacer algo frente a él" (*Tratado de Derecho Administrativo*, págs. 364-365, traducción del alemán, Madrid, 1958).

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 145, pág. 327, *in re* "Bourdie c/Municipalidad de la Capital".

contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce”, ya que carece de recursos contra la revocación válida que llegue a disponer la Administración privándolo de continuar haciendo uso del permiso. Con todo acierto, y en sentido corroborante, Otto Mayer pudo decir que el “permiso de uso” no puede ser objeto de un acto de disposición; que no se le puede enajenar; que no figura en la sucesión del permisionario¹³. Excepcionalmente, si el permiso de uso no fuere otorgado *intuitu personae*, es decir sin consideración de la persona que lo solicite, o sea teniendo sólo en cuenta la *empresa* para la cual se lo requiere, el carácter “incesible” del permiso no tiene rigurosa aplicación¹⁴. En tales casos, dice Mayer, la transferencia del permiso tiene efectos para la *persona incerta* que suceda al permisionario como titular de la empresa¹⁵.

¹³ Mayer, Otto, *Le droit administratif allemand*, tomo 3º, pág. 240, traducción del alemán, Paris, 1905.

¹⁴ En tal sentido: Jansse, Lucien, *op. cit.*, pág. 294, quien menciona en su apoyo jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

¹⁵ Mayer, *op. cit.*, tomo 3º, pág. 241.

De manera que la atribución o facultad que el “permiso de uso” le confiere a su titular, es simplemente *precaria*, con sus consecuencias correlativas.

En sentido concordante al expresado precedentemente se pronunciaron destacados juristas. Entre éstos, Mayer, para quien el permiso sólo confiere una “facultad puramente de hecho”, “no crea un derecho subjetivo” y cuyo verdadero alcance jurídico consiste en una “ampliación parcial de la libertad” (*op. cit.*, T. 3º, págs. 227-228, 238-9-40, 242 y 243); Carlos García Oviedo, quien estima que el permiso sólo cristaliza en el ejercicio de una “mera actividad de hecho” (*Derecho Administrativo*, tomo 1º, pág. 132, Madrid, 1943); Benjamín Villegas Basavilbaso, para quien el permiso no crea ni transfiere derecho alguno (*Derecho Administrativo*, T. 4º, pág. 218, Buenos Aires, 1952). Por cierto, hay quienes piensan en sentido contrario, pero sus manifestaciones no conmueven las razonables afirmaciones de los tratadistas cuyas opiniones dejo expuestas, ni acompañan argumentos que permitan

incluir la atribución emergente de un permiso de uso en el concepto de "derecho subjetivo".

La diferencia entre la naturaleza jurídica de la atribución o facultad que el *permiso de uso* le otorga al permissionario, 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 permissionario a indemnización alguna. En cambio, de la *concesión de uso* emerge para su titular un derecho perfecto, un derecho subjetivo.

Reitero. Todo lo expuesto es de *principio*, y, tratándose del permiso de uso, surge como obvia consecuencia de su carácter *precario*. Ya el derecho romano, al referirse al precario mencionaba o aludía a los expresados caracteres o a algunos de ellos. Muchos de éstos hoy aparecen reitera-

dos en textos legales actuales¹⁶ y en fallos judiciales¹⁷.

VII. ACTIVIDAD REGLADA Y ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL OTORGAMIENTO DE PERMISOS DE USO

El otorgamiento de esos permisos generalmente, no siempre, constituye el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la Administración Pública. Posiblemente influya en esto la materia a que se refiere el permiso. En cambio, el

¹⁶ Véase el art. 18 del decreto-ley 19.549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, que autoriza la revocación de oficio del acto administrativo cuando el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.

El art. 2285 del Código Civil, referente al comodato, establece que si el préstamo fuese *precario*, el comodante puede pedir la restitución de la cosa cuando quisiere. Sobre esto véase a Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Contratos", T. 2º, nº 2554, pág. 492, Buenos Aires, 1946, citado en el precedente Capítulo V.

¹⁷ En el Capítulo XIV de esta publicación cito jurisprudencia en materia de permisos de uso.