

Volumen 4 - Número 2 - Abril/Junio 2017

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN 0716-4706

Homenaje a Adolfo Omar Cueto

MIEMBRO DE HONOR COMITÉ INTERNACIONAL

REVISTA INCLUSIONES

Portada: Felipe Maximiliano Estay Guerrero

221B

WEB SCIENCES

CUERPO DIRECTIVO

Directora

Mg. Viviana Vrsalovic Henríquez
Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectora

Lic. Débora Gálvez Fuentes
Universidad de Los Lagos, Chile

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda
Universidad de Los Lagos, Chile

Relaciones Humanas

Héctor Garate Wamparo
Universidad de Los Lagos, Chile

Cuerpo Asistente

Traductora Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
221 B Web Sciences, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón
221 B Web Sciences, Chile

Diagramación / Documentación

Lic. Carolina Cabezas Cáceres
221 B Web Sciences, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero
221 B Web Sciences, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de San Pablo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie
Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Lic. Juan Donayre Córdova
Universidad Alas Peruanas, Perú

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

Universidad de Potsdam, Alemania

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Mg. Julieta Ogaz Sotomayor

Universidad de Los Andes, Chile

Mg. Liliana Patiño

Archiveros Red Social, Argentina

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra

Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz

Universidad del Salvador, Argentina

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. José Manuel González Freire
Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera
Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre
Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel León-Portilla
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura
Instituto de Estudios Albacetenses “don Juan Manuel”, España

Dr. Carlos Tulio Medeiros da Silva
Instituto Federal Sul-rio-grandense, Brasil

Dr. Antonio Carlos Pereira Menaut
Universidad Santiago de Compostela, España

Dra. Yolanda Ricardo
Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha
Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza
Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix
*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero
CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Adalberto Santana Hernández
*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*
Director Revista Cuadernos Americanos, México

Dr. Juan Antonio Seda
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso
Universidad de Salamanca, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno
Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez
Universidad Castilla-La Mancha, España

Mg. Elian Araujo
Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa
Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal

Dra. Alina Bestard Revilla
*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y
el Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta
Universidad de Buenos Aires, Argentina

PhD. Juan R. Coca
Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel
Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik
Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec
INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti
Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant
Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro
Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca
Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dr. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez
*Instituto Tecnológico Metropolitano,
Colombia*

Dra. Carmen González y González de Mesa
Universidad de Oviedo, España

Dra. Andrea Minte Münzenmayer
Universidad de Bio Bio, Chile

Mg. Luis Oporto Ordóñez
Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga
Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio
Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta
*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. Vivian Romeu
*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. María Laura Salinas
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia
Universidad della Calabria, Italia

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez
Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec
Universidad de Varsovia, Polonia

Asesoría Ciencia Aplicada y Tecnológica:
221 B Web Sciences
Santiago – Chile

Revista Inclusiones
Representante Legal
Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

Indización y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



CATÁLOGO

Information Matrix for the Analysis of Journals





WZB

Berlin Social Science Center



uOttawa

Bibliothèque
Library



REX

BIBLIOTECA ELECTRÓNICA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA



Presidencia
de la Nación



Ministerio de
Ciencia, Tecnología
e Innovación Productiva



Uniwersytet
Wrocławski



JÜLICH
FORSCHUNGSZENTRUM



Stanford University
LIBRARIES



PRINCETON UNIVERSITY
LIBRARY

WESTERN
THEOLOGICAL SEMINARY

PERMISOS DE OCUPACIÓN O USO Y CONCESIONES EN LA LEY DE MUNICIPALIDADES
PERMITS OF OCCUPATION OR USE AND CONCESSIONS IN THE LAW OF MUNICIPALITIES

Mg. César Rojas Ríos
Universidad Benardo O'Higgins, Chile
cesarerojas3@hotmail.com

Fecha de Recepción: 05 de enero de 2017 – **Fecha de Aceptación:** 28 de marzo de 2017

Resumen

En el presente artículo, se pretende establecer la naturaleza jurídica de los denominados *permisos de uso u ocupación* en la legislación municipal chilena. Lo anterior, resulta importante no solo para las entidades municipales, sino también para el administrado o particular a quien se confieren, en orden a que en dicho permiso de uso queden establecidos los derechos y obligaciones que nacen para unos y otros, donde se llega a concluir que son actos administrativos que conceden, con carácter de revocable y precario, el uso y goce preferente de ciertos bienes de dominio público, creando sin embargo, derechos reales administrativos, ex novo, a favor del titular, con lo cual se excluye toda forma de arbitrariedad por parte de la Administración que los confiere al momento de eventualmente modificarlos o revocarlos.

Palabras Claves

Permiso de uso – Concesiones – Derechos subjetivos – Autorizaciones – Limitación administrativa

Abstract

In the present article, it is intended to establish the legal nature of so-called permits for use or occupation in Chilean municipal legislation. the previous results important not only for municipal entities, but also for the administration or individual to whom they are conferred, In order that in said permission of use the rights are established in the said rights of use and obligations arising from each other, where to conclude that they are administrative acts that grant, with character of revocable and precarious, the use and preferential enjoyment of certain public domain assets, nevertheless creating real administrative rights, ex novo, in favor of the owner, thereby excluding any form of arbitrariness on the part of the Administration that confers them at the time of eventually modifying or revoking them.

Keywords

Permission to use – Concessions – Subjective rights – Authorizations – Administrative limitation

Introducción

Dentro de las instituciones jurídicas más utilizadas por las municipalidades en nuestro país, están los permisos y las concesiones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 letra c), 8, 36, 37, 63 letras f) y g), y 65 letras e) y j) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En efecto, en la dinámica municipal se encuentra el uso de estas figuras jurídicas para la entrega de sedes a organizaciones de carácter comunitario y además, para el ejercicio de actividades económicas. Entre estas últimas, se hallarán, por ejemplo, desde un modesto puesto o kiosco en la vía pública, concesión en un bien nacional, hasta una concesión para la explotación de un servicio municipal, como la recolección de residuos sólidos domiciliarios, mantención de áreas verdes u otros, en la medida, según veremos, que el municipio se desprenda completamente del servicio y lo entregue a un particular.

A pesar de que las normas citadas hablan simplemente de *permisos*, en realidad se trata de *permisos de uso*, dado que, como se señalará en su oportunidad, son actos administrativos que conceden, con carácter de revocable y precario, el uso y goce preferente de ciertos bienes de dominio público, creando sin embargo, derechos reales administrativos, *ex novo*, a favor del titular.

Tener clara comprensión de estos conceptos, resulta importante no solo para la entidad municipal, sino también para el administrado o particular, en orden a que en dicho *permiso de uso* queden establecidos los derechos y obligaciones que nacen para cada uno de ellos. Para ello, es necesario realizar un recorrido sobre diversas materias, propias del derecho público, a fin de analizar, en su justa dimensión jurídica, una serie de conceptos, tales como el de administrado y sus derechos subjetivos, las libertades públicas, la intervención administrativa, los permisos y, dentro de la denominada técnica autorizatoria, la concesión.

El concepto de administrado y sus derechos subjetivos

En primer lugar y antes de tratar este tema, se hace necesario precisar someramente el término *administrado*, a fin de lograr su correcta comprensión.

Siguiendo en esta parte a los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández¹, se puede señalar que el término *administrado* es poco feliz. En efecto, como participio pasivo del verbo administrar, parece referirse a una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, en este caso, la denominada Administración Pública. Otorgar al administrado un rol meramente pasivo es inexacto, tanto política como jurídicamente. Constituye, quizás, una herencia del absolutismo, donde los súbditos eran titulares de meras cargas, obligaciones o deberes que les imponía el poder público trascendente.

De esta manera, el administrado en la actualidad no solo es titular de situaciones jurídicas pasivas sino también es un sujeto activo frente a la Administración. Hoy, se tiene

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. 4ª edición (Madrid: Editorial Civitas, 1994).

la calidad de sujeto activo no solo por participar en la formación de la voluntad general, sino por el hecho más concreto aún de ostentar la titularidad de situaciones jurídicas activas, capaces de imponer, incluso con la garantía judicial, obligaciones y deberes a la propia Administración. Esta última tiene un papel servicial a la comunidad y no puede entenderse como un ente superior y extraño a la ciudadanía².

Así el estado de las cosas, se puede señalar que *administrado es “cualquier persona natural o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración pública o a sus agentes”*³.

Como todos los demás sujetos, el administrado, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que se le reconoce en el ordenamiento jurídico, puede ser titular de una serie de situaciones de índole jurídicas. Estas situaciones se suelen clasificar en dos grandes categorías, dependiendo de si implican una ampliación de su esfera jurídica (situaciones jurídicas de ventaja o activas), o bien si importan una limitación de ella (situaciones jurídicas de desventaja, gravamen o pasivas).

Ahora bien, dentro de las primeras, situaciones jurídicas de ventaja o activas, es común incluir tres situaciones diferentes: las potestades, los derechos subjetivos y los intereses legítimos. Por su parte, dentro de las segundas, situaciones jurídicas de desventaja o pasivas, se comprenden: la selección, el deber y la obligación. De esta manera, se tiene claramente determinada y precisada la ubicación de los derechos subjetivos del administrado, lo cual se pasa a analizar en breve, a continuación:

Derechos subjetivos típicos

Ya se sabe que los derechos subjetivos del administrado se ubican dentro de las situaciones jurídicas de ventaja o activas. De la misma manera, la figura subjetiva activa por excelencia en el ámbito del Derecho Privado, modelo histórico de todos los derechos, es también el *derecho subjetivo*. Esta institución jurídica se edifica sobre el reconocimiento por el derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición⁴.

En esta parte, no se pretende hacer un análisis profundo del tema en la doctrina general, por lo cual, baste decir aquí que la misma figura del Derecho Privado, en similares términos, resulta plenamente aplicable en el Derecho Administrativo, tanto en favor de la Administración como a favor del administrado, el cual puede ser, en efecto, titular de derechos subjetivos de naturaleza común frente a la Administración, por lo menos en tres supuestos típicos:

a) Derechos de naturaleza patrimonial, tanto los de naturaleza obligacional (contractual, extracontractual por daños y legal) como los de naturaleza real (simple

² César Rojas Ríos, Teoría General de Derecho Público. Naturaleza Jurídica de las Autorizaciones, Permisos y Concesiones, en especial en la Ley General de Pesca y Acuicultura (Santiago de Chile: Editorial Metropolitana Ltda., 2008).

³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho...

⁴ José Castán Tobeñas, Los Derechos del Hombre. 4ª edición (Madrid: Editorial Reus S. A., 1992), 26.

poseedor, propietario o titular de una servidumbre sobre bienes de la Administración, derecho de aprovechamiento exclusivo sobre bienes públicos, etcétera).

b) Derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares a favor de una persona determinada (concesionarios, titulares de permisos o autorizaciones, otorgamiento de beneficios tributarios y en general, reconocimiento de situaciones jurídicas favorables).

c) De libertad individual, articuladas técnicamente como derechos subjetivos. Cabe ser señalar que no todas las libertades públicas, reconocidas constitucionalmente, están construidas con la técnica del derecho subjetivo, según se verá más adelante.

En estos tres supuestos aparece con toda claridad la técnica del derecho subjetivo tradicional. En efecto, se trata de situaciones de intereses privados, en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular, con el cual puede imponer a la Administración una conducta, llámese una prestación, abstención o deber.

De otro lado, si el mecanismo jurídico es el mismo, se dan, no obstante, algunas peculiaridades de inserción en una relación jurídica - administrativa. En efecto, primero, todas las que se derivan de la posición privilegiada de la Administración, especialmente del privilegio básico de autotutela; y, segundo, eventualmente, algunos de esos derechos subjetivos del ciudadano pueden ser objeto de sacrificio, modificación o limitación por parte de la Administración.

Derechos Subjetivos y legalidad de la Administración

El tema de los derechos subjetivos puede dar lugar a un largo análisis, lo cual obviamente no es el objetivo de este texto. Por eso, cabe recordar algunas nociones generales conducentes al tema central de este estudio.

El problema verdaderamente importante que surge con el tema de los derechos subjetivos del administrado no es de los tres supuestos vistos, sino precisamente su extraordinaria limitación de ámbito. En efecto, fuera del campo limitado que ellos cubren, quedan, sin duda, las posibilidades de actuación más importantes de la Administración. Si el administrado dispusiera de poder jurídico para imponer a la Administración el cumplimiento de la Ley en los tres supuestos señalados, la mayor parte de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares.

Haciendo un parangón con el Derecho Privado, se puede establecer que normalmente éste es expresión de la denominada justicia distributiva - dar a cada uno lo suyo - de modo tal que la norma objetiva se resuelve entera en una constelación de derechos subjetivos. Por lo cual, la aplicación forzada del Derecho Privado queda confiada a los propios sujetos, quienes, instando de los Tribunales la protección de sus derechos subjetivos, aseguran por sí solos todas las posibilidades de cumplimiento de la Ley. El Derecho Administrativo, en cambio, está articulado de otro modo. En efecto, si bien hay en él justicia distributiva, y es aquí donde justamente se insertan los derechos subjetivos de contenido típico, no es ésta su materia predominante. El Derecho Administrativo alimenta sus normas de una valorización de los intereses colectivos, sin atender de manera expresa a una articulación de los mismos con los intereses privados. En este caso se encontraría todo el derecho de la organización, las atribuciones de potestades, como por ejemplo las

legislaciones de obras públicas, orden público, ordenación económica, etcétera. Nadie podría, por ejemplo, tener derecho a que un Plan Regulador Comunal se integre con todos los elementos que exige la ley.

Debido a lo anterior, tales normas ¿no podrán ser hechas valer por los ciudadanos? Esto es lo trascendental. Si se diera una respuesta negativa, ello significaría que tal legalidad, al no poder ser exigida su aplicación por ningún otro sujeto, se reduciría al rango de una simple regla moral para la Administración, la cual ella sería libre de acatar o no. Se debe señalar categóricamente que, si las personas no pudiesen imponer a la Administración la observancia de las leyes, éstas carecerían de verdadera eficacia frente a la Administración y las leyes pasarían a ser meras normas de conducta social o moral no vinculantes para ella.

Útil resulta aquí hacer una referencia a la denominada “*Regla de Oro*” de nuestro derecho⁵, que tiene consagración Constitucional. En efecto, el artículo 7º inciso 2º, de la Carta Fundamental de 1980, señala que: “*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*”

Acá se encuentra el principio de juridicidad o de legalidad de la Administración, que es el pilar fundamental de nuestro estado de derecho, debiendo tener siempre presente que, por mandato de nuestra propia Constitución, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad última es promover el bien común, razón por la cual, el intérprete debe actuar siempre en miras de este gran fin y buscar una aplicación de la ley donde ello se logre. El intérprete no debe pretender sustentar un Estado onnipotente e irresponsable, al estilo de las mejores monarquías absolutas.

Las libertades públicas

En esta sección se analizarán las libertades públicas desde dos puntos de vista: a) en relación a los derechos fundamentales y, b) su importancia en el ámbito jurídico administrativo. Ello interesa a fin de precisar la naturaleza jurídica de las libertades en cuanto vienen a determinar, de manera decisiva, la posición activa del administrado en el sistema jurídico - administrativo.

Las libertades públicas en relación a los derechos fundamentales

Cabe recordar que “*la libertad es una de las instituciones políticas fundamentales insertas en la Constitución*”⁶. En efecto, junto con proclamar la libertad como principio, constituyéndose en uno de los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la Carta Fundamental de 1980 la desarrolla y especifica, dándole diversas aplicaciones materiales básicas y estableciendo acciones jurisdiccionales para hacerla efectiva.

⁵ Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Tomo II, El principio de Juridicidad (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996), 114.

⁶ J. García Torres y A. Jiménez Blanco, Derechos Fundamentales y Relaciones Entre Particulares (Madrid: Editorial Civitas, 1986).

Inicialmente, desde su origen revolucionario (según sostienen la gran mayoría de los autores), las libertades públicas se configuraron como derechos subjetivos frente al Estado, que pueden catalogarse como *derechos naturales* sobre los cuales el Estado se funda y cuyo respeto y garantía constituyen su fin; imponen un ámbito de libre determinación individual exento del poder del Estado. De esta manera, lo que estos derechos reclaman del Estado es una abstención, un dejar hacer.

Se debe también añadir que, en las Declaraciones de Derechos iniciales se incluyeron derechos de otro carácter que no contemplaban al individuo como alejado, distante del poder, exento del mismo, sino que pretendían la conversión del mismo en ciudadano y, por lo tanto, su inserción en el propio aparato político, dando origen así a los llamados derechos políticos.

Las dos categorías de derechos señaladas, libertad - autonomía y libertad - participación, en una caracterización de George Burdeau, adquieren diversas funcionalidades. En efecto, los primeros pretenden liberar de las funciones y coacciones del poder, entablando esferas de determinación puramente privadas. Dichas esferas se yerguen como un límite absoluto a la acción del poder, en cualquiera de sus formas. Definen así la parte de la existencia individual no sujeta a la autoridad del grupo, en la que reina una libertad individual plenaria e inviolable de determinación.

Por el contrario, los derechos en que se expresa la libertad - participación, lo que intentan asegurar es algo diverso: el control de los gobernantes por los gobernados, la internalización del poder en la sociedad, la eliminación de poderes extraños o alienantes que intenten justificarse siempre en valores abstractos transpersonales y no en la voluntad de los gobernantes. Acá se expresa, propiamente, el principio democrático⁷.

Sin perjuicio de los derechos señalados, en la historia aparece una tercera especie de derechos fundamentales, los denominados *derechos económicos y sociales*.

Se dice que estos derechos tienen raíces en la línea de pensamiento socialista, apareciendo por primera vez en la Constitución Mexicana de 1917, extendiéndose al constitucionalismo europeo a raíz de la primera postguerra, para hacerse generales a partir de la segunda. Este tipo de derechos no suponen ya una abstención del Estado, como fin fundamental, sino por el contrario, una prestación positiva de éste a favor de los ciudadanos. Se trata de asegurar a éstos un nivel mínimo de libertades reales, suficientes como para permitirles y asegurarles la posibilidad de existir y desarrollarse libremente en la sociedad. Mientras los derechos individuales, en el sentido tradicional, son poderes de prohibición, los derechos económicos y sociales son poderes de exigir.

La clasificación expuesta permite expresar la diferencia de estructura técnica y de funcionamiento, además de mostrar la funcionalidad también distinta de ellas.

Conforme con lo anterior, resulta importante precisar, además, que la clasificación señalada opera, en realidad, con tipos ideales o históricos más que con especies concretas, perfectamente separables. Las técnicas respectivas que singularizan a unos y otros tipos de derechos se han intercambiado y hoy resulta difícil separar con claridad, dentro de los

⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho...

derechos fundamentales proclamados por la Constitución, los que corresponden a una sola y exclusiva de esas técnicas.

Por otra parte, es también importante, en cuanto al mantenimiento de la libertad se erige en sí misma como fin del Estado, exigible no sólo de la actuación concreta de la Administración, sino también de los actos del Legislativo, no basta ya al Estado la mera abstención para asegurar ese fin último de sus funciones; le hace falta, además, una actividad positiva que haga posible su realización, asegurando en la práctica su efectividad.

En este orden de ideas, las diferencias últimas entre derecho - autonomía, derecho - participación y derecho - prestación, se diseminan, se hacen difusos. Así, aparece un catálogo concreto de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, a través de los cuales se intenta asegurar el rol central del ciudadano en el sistema político, con un triple objetivo: uno, respetar su esfera privada; dos, reconocerle su participación determinante en la formación de la voluntad política del Estado, se es sujeto y no objeto de la cosa pública; y tres, organizar un sistema de prestaciones positivas del Estado.

Importancia de las libertades públicas en el ámbito jurídico administrativo

Las libertades públicas, tal como se ha visto, tienen una razón de ser; lo cual, en el ámbito administrativo, se traduce en una funcionalidad cuando ellas se encuentran constitucionalmente reconocidas. La referida funcionalidad se puede observar en dos planos: formal y material.

a) Formal. Hay que recordar que los derechos fundamentales constituyen principios generales del ordenamiento jurídico, que, al ser reconocidos constitucionalmente, pasan a tener una eficacia indiscutible. De esta manera, los derechos fundamentales constituyen verdaderos límites a los poderes de la Administración, pasan a ser un deber de abstención; conjuntamente con ello, pasan a constituir una obligación positiva, en orden a tener que servirlos, promoviendo las condiciones para asegurar la efectividad de estos derechos y remover todos los obstáculos que impidan su plenitud.

b) Material. Las libertades básicas están dirigidas a imponer límites materiales a la acción administrativa; más precisamente, a la denominada actividad de policía, tanto en el orden público y la libertad personal, como en el más general de actividad administrativa de limitación.

La protección jurídica del libre ejercicio de los derechos constitucionales o protección de los derechos en su esencia

Corresponde tratar en esta parte la denominada *garantía de las garantías*, que viene a ser la norma de cierre de los derechos y garantías constitucionales, cual es la protección de los derechos en su esencia. Al decir del profesor Enrique Evans De La Cuadra⁸, esta es, quizás, la más novedosa y eficaz modalidad para la real protección de las libertades públicas, la que se consagra en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución de 1980.

⁸ Enrique Evans De La Cuadra, Informe en Derecho sobre Ley General de Pesca y Acuicultura. Mayo 1990, Tribunal Constitucional: 27 – 30.

Según se dejó constancia en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución⁹, con esta norma se buscó rodear de la más completa y adecuada cautela jurídica el pleno goce y ejercicio de las demás garantías, las que no podrán ser afectadas en su esencia por acto alguno del legislador o de cualquier autoridad. La referida norma señala:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

Esta norma surge a proposición del referido profesor Evans, a propósito del derecho de propiedad, al referirse a las limitaciones y obligaciones que la ley impondría al dominio, señalándose que ellas no podrían afectar a este derecho en su esencia. Acá se propone hacer extensiva esta protección y todas las garantías constitucionales.

Sin perjuicio de lo anterior existe también, como referente de esta norma, el artículo 19 de la Ley Fundamental de la ex Alemania Federal. Aunque no es igual a ella, lo concreto es que allí se tomó la idea de proteger en su esencia los derechos. Según consta en las referidas Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, las ideas fundamentales que tuvo presente el profesor Evans para proponer la creación de este precepto, fueron fundamentalmente tres:¹⁰

a) Al tratar la Comisión de Estudios la garantía del derecho de propiedad, la Subcomisión correspondiente envió un proyecto en el cual se hablaba *del derecho en su esencia*, haciendo referencia al derecho de propiedad, a fin de impedir que las limitaciones que pudiera imponer el legislador al ejercicio del derecho de propiedad lo afectaran de manera tal que, en la práctica, implicaran su desconocimiento total.

En la ocasión, el señor Evans se mostró contrario a la idea de consignar en el derecho de propiedad la expresión “*el derecho en su esencia*” y advirtió que, en cambio, no se opondría y sería partidario de que ella fuera tomada en cuenta más adelante, refiriéndola a *todas* las garantías constitucionales. Estimó que la forma de enfocar el tema era en relación con las leyes que van a *complementar la* Constitución Política en materia de derechos constitucionales; las leyes que van a *regular* el ejercicio de estas garantías y las que puedan *interpretar* algún precepto constitucional.

El señor Evans piensa que éstas serían las tres formas de leyes que deberían estar controladas por este precepto, en términos de que ellas no pudieran, en caso alguno, afectar *la esencia* del derecho de que se trata, ni imponer condiciones y requisitos de tal naturaleza o entidad para el ejercicio de ciertos derechos o garantías que, en la práctica, se traduzcan en verdadera abrogación de garantías constitucionales.

b) La segunda idea, que se tradujo en otro párrafo, dice relación con el hecho de que en muchas oportunidades se ha dicho que es indispensable una Constitución para una sociedad democrática, en un Estado de Derecho, pero “no una democracia ingenua ni inerte, sino protegida y comprometida con ciertos valores esenciales que son aquellos a los cuales adhiere la mayoría de los conciudadanos, porque forman parte de un modo de ser, de la tradición, del pensamiento y de la idiosincrasia de nuestro pueblo.”

⁹ Sesiones 212^a, de 19/5/76, Vol. 6, págs. 2 a 11 y 11 a 13; y, 213^a de 20/5/76, Vol. 6, págs 2 a 8.

¹⁰ Sesiones 212^a, de 19/5/76, Vol. 6, págs. 2 a 11 y 11 a 13; y...

Se estima indispensable, por parte del señor Evans, establecer un precepto que impida que personas o grupos, asilándose en preceptos constitucionales determinados, pretendan actuar de tal modo que su acción se traduzca en la violación o en el desconocimiento de garantías constitucionales que a otros correspondan.

c) Finalmente, la tercera idea responde a una inquietud que ya se había manifestado en más de una ocasión en el seno de la Comisión de Estudios y que dice relación con la imposición de cargas tributarias o gravámenes pecuniarios al ejercicio de ciertas garantías constitucionales. Cree, el señor Evans, en una sociedad democrática e igualitaria, en que efectivamente se remuevan los obstáculos que tiendan a asegurar la libertad e igualdad de las personas y grupos, siendo la forma efectiva de garantizar esta libertad el eliminar cualquier traba o carga pecuniaria o de otra especie que se les quiera imponer.

La norma propuesta por el profesor Evans es finalmente aprobada e incorporada en el texto de la Constitución de 1980. Consta originalmente de dos incisos, siendo derogado con posterioridad el segundo de ellos, que decía relación con los estados de excepción constitucional.¹¹

El tema central es determinar cuál es la esencia de un derecho subjetivo, existiendo al efecto varias posibilidades: Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica y Derecho Positivo.

Siguiendo al profesor José Luis Cea Egaña¹², desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, la esencia de un derecho subyace al orden positivo y lo trasciende. Desde el ángulo del Derecho Positivo, la esencia es la que él mismo señala o permite inferir de su texto. La Sociología Jurídica, por su parte, no trabaja con esencias, pero permite constatar cuales son las que existen. Acogiendo esta tesis, se hace necesaria una integración armónica a través de la jurisprudencia constructiva, es decir, la unión de la norma con la realidad y la justicia, determinando la consideración de estos últimos elementos en el sentido de aquella. Se debe tener presente que corresponderá al Tribunal Constitucional, durante el proceso de formación de la ley, o a la Corte Suprema, al conocer de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o eventualmente de una casación, determinar cuándo se ha configurado alguna de las hipótesis que contempla la norma en estudio.

La Intervención administrativa

En esta sección se verá, en forma resumida, lo que significa la intervención administrativa, a fin de poder derivar posteriormente en el análisis de las instituciones objeto de este trabajo, cuales son las concesiones, autorizaciones y permisos en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Ya se expuso, al inicio de este estudio, lo que significaban *los derechos subjetivos del administrado*. Coherente con ello, corresponde analizar la incidencia que sobre ellos puede producir la intervención administrativa. En este punto se articulan las posiciones de los sujetos característicos de las relaciones jurídico-administrativas típicas: la Administración y el administrado¹³. La intervención administrativa dice relación con el

¹¹ Ver el artículo único N°10, de la Ley de Reforma Constitucional N°18.825, de 1989.

¹² José Luis Cea Egaña, *Acerca de los Derechos en su Esencia*. En *Revista de Derecho Público*, N°29-30, enero-diciembre (1981) 105 - 119.

¹³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., *Curso de Derecho...* 103.

trasvase al ámbito público de ciertas actividades que pudiesen parecer del ámbito privado. De esta manera, el sector público se expande e invade el área privada, altera su statu quo por medio de una técnica denominada *publicatio o publicación*, que opera sobre todo el sector¹⁴.

Esta *publicación* es un arma del Estado para intervenir, es un título, un instrumento que ha fabricado para realizar esta intervención. Según Villar Palasí¹⁵, es el título de las potestades administrativas que la Administración se arroga sobre determinados sectores. Acá el Estado actúa a través de la denominada Regulación Económica, figura jurídica que está siendo utilizada en la actualidad en diversos sectores de la economía, principalmente en aquellos vinculados con el manejo de recursos naturales, tales como la energía, pesca y acuicultura, servicios sanitarios y otros afines. Algunos autores, han entendido *la regulación* como forma de intervención del Estado en la economía, basado en su rol subsidiario.

La intervención de la Administración sobre la esfera jurídica de los particulares, a través de potestades que suponen la posibilidad de producir efectos jurídicos, puede manifestarse en el ordenamiento mediante alguna forma jurídica, donde por ejemplo se encuentran los Reglamentos, los actos administrativos, los contratos y las coacciones.

De manera sucinta, por no ser el objeto de este estudio, cabe señalar que, en el caso de los Reglamentos, la incidencia de la Administración sobre las situaciones subjetivas del ciudadano se produce por la vía normativa y, como es obvio, puede afectar creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas tanto activas como pasivas. De la misma manera ocurre con los contratos suscritos entre a Administración y particulares. Acá, la incidencia es simplemente los efectos del contrato, que también crea, modifica o extingue situaciones jurídicas. En la coacción administrativa la situación es similar, en cuanto a los efectos y condiciones de esta manifestación jurídica sobre la esfera jurídica de los administrados. Finalmente, queda la incidencia que producen los actos administrativos sobre la esfera jurídicas privadas. En este orden de ideas, lo importante es aislar el contenido del acto administrativo, al momento en que se produce una incidencia determinada sobre la situación jurídica de los administrados¹⁶.

Tratándose de los actos administrativos, se puede hacer la siguiente distinción:

a) *Creación y ampliación de situaciones activas favorables*. El acto administrativo como título.

Lo normal y frecuente es que los actos administrativos hacen nacer en la esfera jurídica de sus destinatarios privados ciertos derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes, o bien, eliminan limitaciones que afectaban a su extensión o a su desenvolvimiento.

Como ejemplos característicos de este tipo de actos administrativos, se tienen a las concesiones, aprobaciones, autorizaciones, inscripciones, registros de títulos,

¹⁴ Alejandro Vergara Blanco, Principios y Sistema Del Derecho Minero, Estudio Histórico – Dogmático (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 375.

¹⁵ José Luis Villar Palasí, La Intervención Administrativa en la Industria. (Madrid: Instituto de Estudios Públicos, 1964), 124 y ss.

¹⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 104.

subvenciones, actos de reconocimientos de derechos y declaraciones de exenciones, entre otros.

Sobre este tipo de actos administrativos, resalta como importante *su carácter irrevocable* por parte de la Administración, así como la circunstancia que los derechos creados (o facultades, poderes etc.), reconocidos o ampliados, *entran de manera definitiva al patrimonio jurídico de los destinatarios de dichos actos*, con la salvedad de reservas legales de revocación. *El acto administrativo es el título inmediato de los derechos en él reconocidos u otorgados.*

En el caso específico de *la autorización*, cuyo concepto interesa precisar, se puede establecer que ella es en sí misma un acto favorable o ampliatorio del patrimonio jurídico del autorizado. Pero, resulta indudable que la técnica autorizatoria solo tiene sentido cuando la regulación o norma jurídica previa que somete a autorización el ejercicio de una determinada actividad privada es, en sí misma, una *técnica de limitación de derechos*, debiendo en consecuencia estudiarse la autorización desde esta perspectiva.

b) *Creación y ampliación de situaciones pasivas.* Operaciones de gravamen.

Los actos administrativos, en vez de ampliar la esfera jurídica de sus destinatarios privados, también pueden restringirla, esto es, producir sobre ellos obligaciones, deberes o cargas antes inexistentes o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas.

Como ejemplos de este tipo de actos, se tienen las expropiaciones, cargas tributarias, la imposición de deberes y las sanciones.

Las Limitaciones Administrativas de Derechos

Siempre en relación con la intervención administrativa, por ser atinente a nuestro estudio, debemos dejar precisado el concepto de *limitaciones administrativas de derechos*, dentro de las cuales, según ya señalamos, está la autorización.

Siguiendo a Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, podemos establecer que las limitaciones administrativas de derechos se tratarían de una

“incidencia o intervención administrativa que no modifica el derecho subjetivo afectado, ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterable el resto de los elementos del mismo, como son su configuración, funcionalidad, límites y protección.”¹⁷

La intervención administrativa sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarlos, ya sea con los derechos o intereses de otro sujeto o, lo que acontece con la generalidad de las limitaciones, los intereses o derechos de la comunidad, el interés general.

De otra parte, debemos recordar que, basado en el principio de legalidad y sin perjuicio de estar afectando derechos o libertades reconocidos por otras normas jurídicas,

¹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 109.

la Administración para aplicar cualquiera de las técnicas de limitaciones administrativas de derechos requiere necesariamente de un respaldo normativo específico, explícito, que la autorice o habilite. En consecuencia, queda excluida la posibilidad de que la Administración pueda imponer medidas limitativas de derechos a su arbitrio o en forma discrecional.

Debemos también precisar que existe una gran variedad de clasificaciones de las limitaciones administrativas de derechos, pero acá sólo haremos referencia a una de ellas, por estimar que es la más importante y que dice relación con la naturaleza misma de los derechos afectados por la limitación. Así, se tiene la siguiente clasificación:

- a) *Limitaciones que afectan las libertades públicas*, donde la exigencia de una norma previa habilitante es mucho más fuerte, porque las limitaciones en caso alguno pueden afectar el contenido esencial de la libertad, protegido por la Carta Fundamental.
- b) *Las que afectan a la propiedad*, que constituyen la mayoría de las limitaciones, con los mismos resguardos señalados en la letra anterior.
- c) *Las que afectan a derechos de obligación*, donde hay una intervención en la contratación privada, muy característica en materia laboral y social.

Modelos o sistemas abstractos de intervención administrativa

Como ya se dijo, a través de las limitaciones administrativas de derechos se está afectando la libertad, garantía constitucional que constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, razón por la cual el legislador, al incidir sobre ella limitándola, no puede permanecer jurídicamente indiferente. En efecto, se hace necesario ver en cada caso el nivel de intensidad que la limitación administrativa lleva consigo, a fin de ver si se ajusta a la Carta Fundamental.

Basado en lo anterior, la doctrina distingue dos grandes modelos o sistemas abstractos de intervención, uno represivo y otro preventivo¹⁸.

a) *El modelo represivo*. Supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometido a control administrativo alguno.

En este modelo, solo a posteriori, en los casos en que se compruebe que una actividad se desarrolla fuera de los cauces de la reglamentación establecida, aparece la reacción del sistema vía sanción, ya sea administrativa, civil e incluso penal, según sea el caso.

b) *El modelo preventivo*. Implica un grado de intervención mucho más intenso, lo cual lleva consigo una mayor restricción de la libertad. Esto porque a la regulación previa de la actividad se le une la comprobación, también previa, por parte de la Administración, en orden a establecer que el proyecto ideado por quien pretende desarrollar la actividad, se adecuó a esa normativa regulatoria previa; solo cuando se compruebe esta adecuación, se levanta la prohibición general que la regulación establece como punto de partida.

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 116-118.

En el sistema preventivo, por partir de una prohibición general, se exige un control previo individualizado de todas y cada una de las actividades que, en el ejercicio de la libertad constitucionalmente reconocida, se desea desarrollar. Mientras que el sistema represivo implica un control de tipo ocasional, respecto de aquellas actividades donde se advierten indicios de un presunto exceso.

En el modelo preventivo, el control se realiza antes de ejercer una actividad, donde la Administración puede apreciar si se conforma o no con el interés público de esa actividad.

De otra parte, el sistema preventivo admite diferentes grados de intervención o limitación de la libertad. Así, puede ir desde una simple declaración, comunicación o notificación previa a la Administración por parte del interesado, respecto de la actividad que desea desarrollar. También puede ir seguida o no de la obligación de inscripción en un registro público; o puede dar lugar a una prohibición posterior, en el supuesto que la actividad declarada no cumpla con alguno de los requisitos previstos en la normativa que la regula.

El grado más intenso de intervención o limitación, es el que resulta de *exigir una autorización previa*, que constituye la técnica más frecuente utilizada en la actualidad por el legislador, sobre todo en actividades de orden económico. Baste al efecto, por ejemplo, revisar la propia Ley General de Pesca y Acuicultura.

Cualquiera sea el modelo utilizado por el legislador, implica necesariamente respetar la constitucionalidad en orden al sistema de libertades implantados, debiendo actuar sobre la base del principio *in dubio pro libertate*, conforme al cual el legislador deberá siempre preferir el sistema que suponga una menor intervención o restricción de las libertades individuales. La libertad es la regla; la limitación es, en cambio, la excepción, razón por la cual debe interpretarse restrictivamente. La intervención debe ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse.

Siguiendo a García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, se puede añadir que ni la Administración ni el legislador están conscientes de las exigencias que derivan del régimen de libertades instituido por la Constitución. Ya sea por comodidad, interés o mera rutina siguen insistiendo y aplicando viejos planteamientos, hoy difícilmente compatibles con la Carta Fundamental. De esta manera se ha llegado incluso a establecer el sometimiento de determinadas actividades a un régimen de autorización por simple vía reglamentaria y no con rango de ley¹⁹.

El vertiginoso desarrollo económico, la suscripción de numerosos tratados de libre comercio, exigen necesariamente un cambio de actitud tanto por parte de la Administración como por parte del legislador, en orden a fortalecer los principios y garantías constitucionales, dentro de las cuales está la libertad.

Acerca del concepto de autorización y de los permisos

En la doctrina del ámbito del derecho público se han ido dando diferentes definiciones de autorizaciones y permisos, siempre tratándolos como conceptos diferentes, sin perjuicio de lo cual, algunos autores más modernos, han estimado innecesario efectuar

¹⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 119.

esta distinción. Ellos hablan siempre, simplemente, de autorizaciones, por estimar, según se verá enseguida, que jurídicamente no reviste importancia dicha distinción y que ésta se presta únicamente para restar claridad al tema. Más aún, el legislador no siempre utiliza en forma expresa los términos autorizaciones y permisos, sino recurre a expresiones como: inscripciones en registros, visaciones, licencias y otros a fines. En todos estos casos, independiente del término utilizado por el legislador, una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma, a la luz del interés público que la norma aplicable a cada caso pretende tutelar.

La gran variedad terminológica y la escasa preocupación del legislador en cuanto a la utilización y manejo de los distintos términos vinculados a las autorizaciones, constituyen una dificultad nada despreciable. Ello contribuye a privar de buena parte de su valor a las referencias primarias que las normas ofrecen a partir de tradiciones sectoriales, rutinizadas y ajenas a toda razón de índole estructural o funcional²⁰.

En efecto, es muy común la utilización de términos por costumbre del sector. Así, por ejemplo, en el ámbito del dominio público se habla de permiso; en determinados ámbitos del comercio se utiliza la expresión licencia; en el sector pesquero, autorizaciones, además de utilizar el término con algún agregado, por ejemplo: permiso extraordinario. De la misma manera, también contribuye a hacer poco claro el estudio de estos conceptos, la intención de la gran mayoría de los autores en cuanto a establecer diferencias de conceptos que, en definitiva, no tienen justificación jurídica, como es el buscar y hacer diferentes los términos autorizaciones, permisos, licencias, aprobaciones u otros afines. Según se verá, todas estas denominaciones pertenecen a un mismo género autorizatorio que produce los mismos efectos jurídicos finales.

El concepto de autorización, en sentido estricto, cuyo origen se remonta a finales del siglo XIX, se elaboró a partir de las construcciones de dos autores de la época: Otto Mayer, de 1895 y Ranelletti, de 1893.

En la construcción de Mayer, se pone el acento en la descripción del mecanismo sobre el que la autorización actúa, como acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad inicialmente prohibida, no ha de producir, en el caso concreto considerado, perturbación alguna para el buen orden de la cosa pública. Acá, prohibición bajo reserva de autorización, implica que a través de esta última se produce el restablecimiento de la libertad inicial del sujeto autorizado, el cual en rigor no recibe nada que no tuviera de antemano. Como señalan García de Enterría y Fernández²¹, la autorización restablece la libertad, no tiene contenido positivo.

Por su parte, en la construcción de Ranelletti, el centro de atención se sitúa en la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho verdadero y propio, cuyo libre ejercicio permite la autorización, removiendo los límites que a dicho ejercicio opone, en principio, el interés público. De esta manera, la autorización, en la medida en que presupone la titularidad previa de un derecho, queda marcada con un carácter declarativo que la distingue de inmediato de otra figura jurídica, *la concesión*, que es un acto administrativo donde la Administración otorga derechos nuevos al particular. En cambio, la autorización reconoce derechos ya existentes en el sujeto autorizado.

²⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 135.

²¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 137.

Sin perjuicio de estas dos construcciones, la realidad ha demostrado ser aún más compleja. Basado principalmente en los poderes discrecionales de la Administración, que reserva para sí con frecuencia la libertad de otorgar o denegar las autorizaciones solicitadas y, aún más, el poder de limitar el número de autorizaciones que en cada caso se pueden obtener. Esta situación hace ilusorio el derecho preexistente, lo cual en caso alguno debería significar el afectar derechos o libertades consagrados constitucionalmente, campo en el cual se repele la autorización.

De otra parte, por efectos del desarrollo, principalmente económico, la autorización se ha salido del campo del orden público para entrar en el complejo ámbito de las actividades económicas, donde juega un papel no solo de simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado. En este caso, el propósito es claro: orientar positivamente una actividad autorizada hacia objetivos programados o definidos en las normas aplicables.

De esta manera, los dos conceptos elaborados pueden resultar insuficientes para comprender la realidad actual, con las diferentes variedades con que se ocupa *la autorización*.

Según Villar Palasí²², la idea de un derecho preexistente sigue jugando un rol importante, pero no puede ser el elemento definitorio del concepto de autorización. Debe estar presente el dato de la existencia de una prohibición general previa, que actúa sobre actividades que la norma considera propias de los particulares. Esta condición es suficiente para distinguir a la autorización de la concesión, que opera previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente.

Por lo expuesto, se hace difícil dar un concepto de autorización que comprenda todos los elementos expuestos y además se adapte a los distintos sectores donde se está utilizando la autorización. Así, cualquiera sea la terminología usada por el legislador, se deben buscar los elementos propios de esta técnica interventora y que ya señalamos.

La mayor parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, señala que las autorizaciones son actos administrativos que, removiendo los impedimentos que afectan el libre ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución, la autoridad expide tras constatar que ese ejercicio se enmarca en el ordenamiento jurídico. En este concepto, como se puede apreciar, se mantiene siempre la idea clásica de la preexistencia de derechos ya declarados y asegurados por la Carta Fundamental, lo cual como ya se dijo, no siempre se da, en atención al avance de la actividad comercial y al uso cada mayor que se da al concepto de autorización.

No obstante lo anterior, tomando en consideración los aportes de diferentes autores, se puede establecer que *la autorización* es un acto jurídico unilateral de la Administración, conforme al cual se permite a un particular el ejercicio de una actividad propia del sector privado e inicialmente prohibida, tras constatar que ese ejercicio se encuadra en el ordenamiento jurídico, constituyendo al mismo tiempo la situación jurídica correspondiente.

²² José Luis Villar Palasí, *La Intervención Administrativa en...*

Clasificación de las autorizaciones

A fin de otorgar un poco más de claridad, es importante tratar de ver distintos tipos de clases de autorizaciones, sin pretender con ello ser taxativo, sino didáctico.

Las clases de autorizaciones que se verán a continuación no son incompatibles entre sí. Por el contrario, se complementan unas a otras para definir el régimen jurídico de cada autorización en concreto²³.

a) Autorizaciones simples y operativas:

Las autorizaciones simples se proponen únicamente controlar la actividad autorizada y, como mucho, acotarla negativamente dentro de unos límites determinados. El ámbito de aplicación de este tipo de autorización, es el del orden público y en aquellas áreas o ámbitos próximos al mismo, como son los derechos fundamentales. La técnica autorizatoria pura, resulta contradictoria con el principio de la libertad.

Las autorizaciones operativas son aquellas que, sin renunciar a la función primaria de control, que también canalizan, pretenden ir más allá de éstas, al encausar y orientar positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales, o incluso, implícitamente, por la norma aplicable en cada caso. Este tipo de autorizaciones es el comúnmente utilizado en campo de la hacienda y economía pública, en relación con la actividad bancaria.

b) Autorización por operación y de funcionamiento:

Esta distinción se hace con relación al objeto de la autorización, según se refiera a una operación determinada, como podría ser la construcción de un edificio, la exportación de un producto u otro; o al ejercicio de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo, como ser la instalación de una industria, la creación de un banco u otra. La importancia de esta distinción radica en el tipo de relación que se establece entre la Administración y el sujeto autorizado.

Tratándose de las autorizaciones por operación, la relación entre los entes señalados es solo puntual y no crea ningún vínculo estable en el tiempo entre ellos. Así, realizada la operación por el sujeto, los efectos de la autorización se agotan y la relación establecida por el acto de otorgamiento se extingue, pura y simplemente.

Por su parte, en las autorizaciones de funcionamiento, la relación se prolonga en el tiempo, tanto como dure la actividad autorizada. Aquí surge una relación permanente entre el sujeto autorizado y la Administración, con el fin de proteger el interés público que la norma considera importante resguardar, pensando en situaciones que no son posibles de avizorar al momento de otorgar la autorización.

c) Autorizaciones regladas y discrecionales:

Esta distinción se basa en la distinta posición que tiene la Administración en uno u otro caso y en la amplitud de los poderes de que dispone, con la consiguiente incidencia

²³ José Luis Villar Palasí, La Intervención Administrativa en... 139.

que ello tiene, no sólo al momento de otorgar la autorización, sino también a los efectos de configurar su contenido completo.

En el caso de las autorizaciones regladas, la Administración se limita a confrontar la actividad autorizada con las determinaciones contenidas en la norma, con vista a controlar si se cumplen o no las condiciones requeridas por esa norma preexistente.

Por su parte, las autorizaciones discrecionales, otorgan a la Administración poderes de decisión más amplios, dentro de cuyos márgenes son posibles soluciones diversas. En este caso no solo es posible denegar la autorización solicitada, sino también sujetar su otorgamiento a condiciones o plazos determinados.

d) Autorizaciones personales, reales y mixtas:

Se dice que esta es una distinción clásica, que habría sido formulada por Otto Mayer en función del centro de interés en que se sitúa la norma aplicable, del que depende no solo la valoración del interés público, determinante en el otorgamiento o denegación de la autorización, sino también su contenido y efectiva vigencia.

Conforme a lo anterior, en las autorizaciones personales el centro de atención se sitúa en el sujeto del peticionario, en sus cualidades personales, cuya valoración desde la perspectiva del interés público en juego viabiliza el otorgamiento de la autorización. De esta manera, la norma exige que la actividad autorizada sea ejercida precisamente por el titular de la autorización, siendo necesario que las excepciones a esta regla deben ser expresamente aprobadas por la Administración, comprobando que en el representante concurren las mismas cualidades exigidas al titular. En este tipo de autorizaciones la transmisión de las mismas no puede hacerse libremente.

Por su parte, en las autorizaciones reales, lo decisivo son las condiciones del objeto. No existen acá límites a la transmisión de éstas, sino el deber de comunicarlo a la Administración que las otorgó. Distinto es si se pretende cambiar el objeto de la autorización, situación en la que sí se requiere una nueva autorización.

Finalmente, en las autorizaciones mixtas, el centro de atención es doble, teniendo las limitaciones de los dos tipos de autorizaciones anteriores, que se combinan. Acá se valoran tanto los aspectos o cualidades personales del titular de la autorización como el objeto de la misma.

Las autorizaciones y la concesión

a) Concepto de concesión.

Importante resulta en esta parte de nuestro estudio, analizar brevemente una figura clásica del derecho administrativo como es la concesión y sus diferencias fundamentales con la autorización. Según vimos, tanto la concesión como la autorización son técnicas de intervención administrativas, pero, presentan claras diferencias que las llevan a operar en ámbitos diferentes y por ende a producir efectos jurídicos también distintos.

Como ya se analizó, a propósito de la intervención administrativa, existen actos que amplían la esfera jurídica de los administrados, los que modifican o resuelven relaciones

jurídicas, y los que restringen la esfera jurídica de los administrados. En esta clasificación, la concesión se ubica dentro de aquellos actos que amplían los derechos del administrado, dado que implica que la Administración entrega alguna facultad o derecho al concesionario, por lo cual éste adquiere un derecho *ex novo*, es decir un derecho nuevo que antes no tenía en su patrimonio.

De otra parte, existen múltiples conceptos de concesión elaborados por la doctrina, según sea la teoría a que se adscriba en relación a la naturaleza jurídica de la concesión (contractualista, acto jurídico unilateral y acto mixto). Incluso el Diccionario de la Lengua Española (vigésima primera edición, de 1992), define a esta institución, desde un punto de vista técnico – jurídico, y en forma bastante completa, como: “Otorgamiento gubernamental a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local”.

“Por su parte, La edición 22 de la RAE, vigente, señala como definición la siguiente: “Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.”

b) Elementos de la concesión.

En atención a la variedad de definiciones de la concesión, es importante resaltar los elementos que ella comprende:

- 1.- El dominio público.
- 2.- La creación de derechos nuevos, *ex novo*.
- 3.- La intervención administrativa subyacente.

Una vez otorgada, la concesión administrativa sustituye la libertad, configurando facultades, pero al mismo tiempo imponiendo el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine²⁴. En la concesión, la Administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas, sino que las configura, las crea y delimita. La concesión no limita derechos, porque ello significaría la existencia previa de los mismos. Por el contrario, se produce una delimitación originaria de los derechos, que surgen como tales, originariamente, de la acción administrativa²⁵.

En este orden de ideas, para que la Administración pueda disponer de los poderes configuradores de derechos privados, ha de basarse en una titularidad previa y exclusiva sobre un sector de actividad (dominicalidad pública absoluta) y desde ella funda un régimen concesional de actuación privada.

Siguiendo a García De Enterría y Tomás Ramón Fernández²⁶, la concesión permite:

- Elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la actividad concesionada se cumpla en el sentido que al interés público convenga.

²⁴ Alejandro Vergara Blanco, Principios y Sistema Del Derecho Minero... 263.

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 132.

²⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández R., Curso de Derecho... 132.

- Tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende.
- Imponer el ejercicio, de la actividad concesionada, de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de no ejercicio, que se estima contraria al interés general, todo lo cual opera bajo fiscalización administrativa.
- Reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados, o de un rescate o reversión de los mismos, en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración, desde la cual se efectúa y apoya todo el proceso interventor y que puede recuperar la plenitud de facultades con vistas a una explotación directa ulterior de la propia Administración, o a una nueva distribución concesional a favor de nuevos titulares. Todo ello, previa expropiación y pago de la indemnización correspondiente.

c) Diferencias entre las autorizaciones y la concesión.

Teniendo presente los datos básicos de la concesión, se puede establecer las diferencias fundamentales de ésta con la autorización, teniendo como elemento común el que ambas son técnicas de intervención administrativa de derechos.

La distinción cobra importancia por el desarrollo que ha tenido el concepto de autorización, donde el elemento del derecho preexistente, como gran diferencia con la concesión, ya no es posible seguir sosteniéndolo sino solo a propósito de las autorizaciones regladas, ya vistas, existiendo en las otras cierto derecho antes inexistente. De la misma manera, como ya fuera expresado, con la irrupción de las autorizaciones en el campo económico, ya no se puede hablar de un desentendimiento posterior de la Administración en lo que dice relación con la actividad o función autorizada; por el contrario, con la creciente intervención del poder en dicho campo, en muchos casos se sigue manifestando una relación tan estrecha y permanente en la autorización como en la concesión.

Así, el elemento fundamental que distingue estos dos conceptos es el dato de la existencia de una prohibición general previa, que actúa sobre las actividades que se consideran propias de los particulares, que es el campo de la técnica autorizatoria; y, la intervención a través de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, que es el ámbito de la técnica concesional.

De esta manera, aun cuando los elementos anteriores siguen siendo útiles en algunos casos, esto es, derecho preexistente en autorización y creación de derechos (*ex novo*) en la concesión, la diferencia fundamental y básica entre un concepto y otro, está dada por la mera prohibición de una actividad particular cuyo obstáculo es removido en la autorización y, en la concesión, la previa *publicatio* del sector donde opera. En este estado de cosas, cualquiera sea la terminología utilizada por el legislador, el jurista debe enmarcar dogmáticamente la situación respectiva dentro de una técnica u otra, con adecuado manejo de los conceptos de derecho público²⁷ (Vergara 1992: 283).

Las autorizaciones y los permisos

a) Concepto de permiso.

²⁷ Alejandro Vergara Blanco, Principios y Sistema Del Derecho Minero... 283.

Se puede señalar que los permisos son actos administrativos que conceden, con carácter de revocables y precarios, el uso y goce preferente de ciertos bienes del dominio público, creando, sin embargo, derechos reales administrativos, *ex novo*, a favor de los titulares.

b) Elementos distintivos de los permisos.

Del solo concepto de permiso, ya se percibe de inmediato que se trata de una figura jurídica distinta a la de las autorizaciones. En efecto, de la definición se pueden extraer los elementos distintivos de los permisos:

1. El acto que otorga un permiso es un acto administrativo en el más estricto sentido jurídico; 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 titular.

Otto Mayer, por su parte, en una posición que actualmente es de minoría, sostiene que el otorgamiento de un permiso no es un acto de autoridad; en consecuencia, no sería un acto administrativo. Sostiene que un acto por el cual el dueño del bien no dispone de su derecho a favor de terceros 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 una cosa pública no es más que una de las diversas formas en que los individuos pueden obtener ventajas de las cosas públicas, sostiene Mayer²⁸.

En el permiso, la Administración Pública, a través de la autoridad correspondiente, manifiesta su voluntad en el sentido que un particular individualizado use en forma exclusiva o privativa determinada porción de un bien público, por un espacio de tiempo limitado, precariamente y en las condiciones que ella señala²⁹. Esta manifestación de voluntad de la Administración se materializa en una orden o decisión escrita, llámese decreto o resolución, emanada del órgano competente y en el ejercicio de sus funciones.

De esta manera, se trata efectivamente de un acto jurídico, al concurrir la manifestación de voluntad de la Administración y por el hecho de que está encaminada a producir efectos jurídicos.

2. El acto administrativo que otorga un permiso es unilateral.

Esto es así, porque la única voluntad que concurre al perfeccionamiento del acto que otorga el permiso, es la de la Administración. Corresponde únicamente a la Administración decidir si otorga o no el permiso, la oportunidad y contenido del mismo.³⁰

Lo anterior dice relación solo con el perfeccionamiento del acto administrativo, pero también se haya la intervención del particular que solicita el permiso, tanto el poner en movimiento a la Administración con su solicitud, como en la aceptación o renuncia que

²⁸ Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, Tomo III (Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1945), 231.

²⁹ Jorge Reyes Riveros, Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público, Seminario de Derecho Público N°5, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1960), 167.

³⁰ Esto es sólo en términos generales y para determinar la naturaleza del acto administrativo, pero ello en ningún caso puede interpretarse como arbitrariedad en la decisión de la Administración, ésta siempre deberá ser fundada.

subordina los efectos del acto. De la misma manera, del otorgamiento del permiso nacen, por regla general, derechos y obligaciones recíprocos, entre el particular y la Administración.

3. La Administración actúa en ejercicio de su función pública al otorgar un permiso.

La Administración, al otorgar un permiso especial sobre el dominio público, actúa como poder público y no como un particular frente a otro. En consecuencia, lo hace en un plano de desigualdad jurídica respecto del permisionario. Ello en razón del régimen de derecho público a que están sometidos los bienes del *demanio* o dominio público.

4. El acto administrativo que otorga un permiso produce efectos jurídicos subjetivos.

En efecto, el acto jurídico administrativo unilateral, que otorga un permiso, produce un efecto jurídico subjetivo, al crear a favor del permisionario una situación jurídica que antes no existía. Así, éste adquiere un derecho subjetivo público sobre una porción del dominio público, limitado en cuanto al tiempo y a su revocación por causa justificada. El permisionario, al igual que en la concesión, adquiere un derecho real administrativo. El acto que otorga el permiso genera este tipo de derechos para él.

5. El acto administrativo que otorga un permiso dice siempre relación con una parte del dominio público.

En efecto, el concepto de permiso, al igual que la concesión, actúan siempre sobre áreas completamente publicadas, esto es, en el ámbito del dominio público. La Administración, tratándose del dominio público, está dotada de un conjunto de potestades, como servidora y garante objetiva de los intereses generales, que le permiten crear unas titularidades específicas y adecuadas sobre una parte de dicho dominio público.

El ejercicio, por parte de la Administración, de tales potestades crea efectivamente una titularidad que faculta al administrado para el uso y aprovechamiento de una parte del dominio público, acrecentando de esta manera su esfera jurídica, pero, a la vez, instaura una relación más estrecha entre el titular del uso o permiso y la Administración que faculta el ejercicio de nuevos poderes, que configura las condiciones del mismo y posibilita su coordinación con las exigencias del interés general. Es por esto que a los permisos se le hace el agregado de ser de ocupación o de uso, evidentemente de una parte de este dominio.

6. El acto que otorga un permiso es un acto de concesión.

Hay que tener en cuenta las nociones básicas de la concesión y el hecho que la concesión es un acto administrativo que crea, en beneficio de un particular, derechos reales de los que antes carecía totalmente. Éste es uno de los elementos diferenciadores de esta institución con la autorización. Ya se dijo que la facultad para usar privativamente una parte del dominio público, solo nace de un acto emanado de la Administración y es por este acto que surge a favor del particular, un derecho del que antes carecía. De esta manera, el acto administrativo que otorga un permiso, es un acto de concesión y no de autorización.

El permiso opera en el mismo ámbito de la concesión dándose los mismos presupuestos, pero, con características propias, como lo es la precariedad del permiso, entre otros. En efecto, a través del permiso, por algunos llamado *autorización demanial*³¹ la Administración constituye un título, por lo general, sumamente débil, adecuado a las características del uso común especial que es el que ampara. En el otorgamiento de estos permisos, la Administración está vinculada por la naturaleza de los bienes, según se acaba de ver. Los permisos, en definitiva, son actos administrativos unilaterales, discrecionales y revocables, por implicar una situación jurídicamente de precario para el permisario.

Es importante, dejar en claro que, si bien los permisos son esencialmente revocables en forma discrecional, ello no implica arbitrariedad, razón por la cual, la revocabilidad está sujeta a la existencia de razones de interés público que la justifiquen; consecuentemente, esto es revisable por los Tribunales de Justicia.

c) Paralelo entre las autorizaciones y permisos

Se han establecido los elementos característicos del permiso y el hecho que este concepto debe decir relación con una parte del dominio público para tener utilidad jurídica, donde se denomina permiso de ocupación o de uso. Cuando el concepto de permiso se utiliza ya no en el campo del *demanio* sino como un requisito para remover una prohibición general al ejercicio de un derecho en un caso individual, se está en presencia de una autorización, cualquiera sea el vocablo utilizado.

De esta manera, se pueden señalar las siguientes diferencias entre uno y otro concepto:

1. En el permiso, no hay derecho preexistente alguno para el permisionario sobre la porción del dominio público. En la autorización, por el contrario, en términos generales, el autorizado tiene un derecho preexistente, normalmente reconocido con rango constitucional.
2. Tratándose del permiso, éste da nacimiento a un derecho *ex – novo* para el permisionario. La autorización, por su naturaleza jurídica, no hace nacer derecho alguno, se limita a remover una prohibición general, impedimento o límite al ejercicio de un derecho del que ya era titular; normalmente, es reconocido en la Carta Fundamental.
- 3.- El permiso sobre una porción del dominio público pertenece a la categoría de los actos de concesión. La autorización, por no actuar sobre el dominio público, esto es, sobre áreas no publicadas, emana de la función que tiene la Administración de velar por el interés general; de ahí que no nace derecho alguno para el autorizado.

Con lo expuesto hasta acá, se han dejado claras las diferencias que existen entre la autorización y el permiso. Y se ha determinado, además, cuando realmente tiene importancia esta distinción y el campo de aplicación de cada uno de estos conceptos.

Reafirmando lo expuesto, cabe reiterar que el permiso, en términos jurídicamente puros, solo se hallará presente en áreas completamente publicadas en los mismos ámbitos que la concesión. Se debe tener presente que el legislador o la doctrina no siempre ocupa el mismo concepto. A veces se habla de *autorización demanial* u otro, pero siempre deben

³¹ José Ignacio Morillo y Velarde Pérez, Dominio Público (Madrid: Editorial Trivium S. A., 1992), 132.

buscarse los elementos propios de la institución jurídica, independiente del vocablo utilizado.

La autorización, por su parte, opera en áreas no publicadas, donde la Administración se limita a remover el impedimento para el ejercicio de un derecho preexistente y normalmente consagrado en la Constitución. Así, en este ámbito, se sostiene que siempre se debe hablar de autorización, sin hacer otro tipo de distinción. También corresponde buscar los elementos que configuran esta institución, cualquiera sea el concepto utilizado para designarlo, sea por imperfección del lenguaje, por parte del legislador, que normalmente extrapola institutos de un ámbito del derecho a otro, generando importantes grados de confusión.

Por lo expuesto, cualquiera sea el vocablo utilizado en áreas ajenas al dominio público, que impliquen simplemente la remoción del impedimento para el ejercicio de un derecho, ya sea permiso extraordinario o permiso con otro agregado, será simplemente una autorización, con todos los efectos jurídicos que ello implica.

Permisos de ocupación o uso y concesiones en la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades

Los Permisos

Tal como se indicara al inicio de este trabajo, el objeto del mismo se refiere a los permisos de ocupación o uso y no al concepto de permisos en general, dado que, como puede desprenderse del análisis doctrinario realizado, dentro del concepto *autorizaciones*, en términos amplios, cabe no solo el permiso de ocupación sino, además, todos aquellos que les corresponde otorgar a las municipalidades. Por ejemplo, el otorgamiento de una patente comercial para el ejercicio de una actividad económica; los permisos de edificación o construcción; los permisos de circulación; el otorgamiento de una licencia de conducir; el modesto permiso para un vendedor ambulante. Todos ellos forman parte de la técnica autorizatoria, donde es el municipio, por mandato legal, quien, previa verificación del cumplimiento de determinados requisitos, otorga la autorización, sea en forma de una licencia de conducir, de una patente comercial u otra.

Cualquiera sea el nombre que se dé a la autorización, aparece el Estado interviniendo en el cumplimiento de un rol fiscalizador o regulador de la actividad. Hoy es muy común encontrarse con las técnicas de regulación económica, muy utilizadas, por ejemplo, en el ámbito económico de generación y distribución de energía.

Todo lo anterior guarda perfecta armonía con la finalidad que persigue el Estado, cual es promover el bien común. Para lograrlo, éste se obliga a sí mismo a crear las condiciones sociales para que cada persona pueda alcanzar su mayor realización material y espiritual posible, según señala el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución. Ello, sin perjuicio del derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica, consagrado en el numeral 21 del artículo 19, de la referida Carta Fundamental de 1980.

Teniendo a la vista lo anterior, se procede a focalizarse en los permisos de ocupación o uso, que están reglamentados en la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, especialmente en los artículos 5 letra c), 8, 36, 37, 63 letras f) y g), y 65 letras e) y j).

El referido cuerpo legal, en su artículo 36, circunscribe este tipo de permiso a los bienes nacionales de uso público, dado que a las municipalidades les corresponde administrar estos bienes, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.

De esta manera, la forma que tienen los municipios de permitir la utilización de una parte de estos bienes, es a través de los permisos o de las concesiones; de ahí que se les pueda llamar permisos de ocupación o de uso.

Así, mediante un permiso de ocupación o de uso, lo que hace la municipalidad es autorizar a un particular (persona natural o jurídica) a ocupar y usar, en forma exclusiva, en las condiciones previamente establecidas y de acuerdo a su naturaleza, una parte de un bien nacional de uso público, sin que ello implique, de manera alguna, impedir el uso común o general del mismo bien.

Conforme a esto, las municipalidades pueden otorgar permiso de ocupación de una parte de vereda para la instalación de un kiosco de diarios o confites. De la misma manera, lo puede hacer para la ocupación de una sede social, de una multicancha, etc. Lo que no puede hacer es otorgar un permiso para ocupar toda una calle o pasaje, que era de común ocurrencia por razones de seguridad. En efecto, esta figura del permiso de ocupación, e incluso concesión, era utilizada para autorizar el cierre de calles y pasajes con el fundamento de velar por la seguridad de los vecinos que viven en el lugar, con lo cual se desnaturaliza el permiso de ocupación o uso, al impedir, atendida la naturaleza del bien, calle o pasaje, de ser nacional de uso público, impidiendo precisamente su normal uso por las demás personas.³² En la actualidad, solo se autoriza el cierre de las denominadas *calles o pasajes ciegos*, es decir, aquellos que tienen una misma vía de acceso y salida.

También la citada Ley Orgánica, señala que los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados si efecto, sin derecho a indemnización. La precariedad del permiso, implica que el titular del permiso no puede resistirse a la decisión fundada de la autoridad de poner término al mismo. Este carácter no implica que la autoridad pueda actuar en forma arbitraria para ponerle término, la municipalidad siempre debe fundar el acto administrativo.

Los permisos de ocupación en la jurisprudencia administrativa y judicial

A continuación, se examinará, brevemente, como entienden los permisos de ocupación o uso tanto la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, como la de los tribunales superiores de justicia. De partida, no deja de llamar la atención que existe uniformidad de criterio entre una y otra entidad, dado que hacen concurrir los mismos supuestos respecto de la existencia y término de los permisos en estudio.

³² Este tema tuvo que ser especialmente regulado, para lo cual se dictó la Ley 20.499, publicada en el Diario Oficial del 08/02/2011, la que establece: "Las municipalidades podrán autorizar, por un plazo de cinco años, el cierre o medidas de control de acceso a calles y pasajes, o a conjuntos habitacionales urbanos o rurales, con una misma vía de acceso y salida, con el objeto de garantizar la seguridad de los vecinos. Dicha autorización requerirá el acuerdo del concejo respectivo. El plazo se entenderá prorrogado automáticamente por igual período, salvo resolución fundada en contrario de la municipalidad con acuerdo del concejo."

En este orden de ideas, se tiene lo señalado por la Contraloría General de la República en el dictamen N°1.133, del año 2012, donde, reiterando dictámenes anteriores (N°s 54.760, de 2006 y 29.391, de 2011), se precisa que las atribuciones que de acuerdo a la citada ley N°18.695 tienen los municipios para administrar los bienes indicados, deben ejercerse en el marco de la normativa vigente y con respeto a la naturaleza pública de éstos, de manera tal que los permisos que se otorguen a determinadas personas para la ocupación de los mismos no puede significar que se estorbe o impida su uso común o general.

En la misma línea, el dictamen N° 26.186, del año 2012, sostiene que los permisos sobre bienes nacionales de uso público son esencialmente precarios, por lo que su otorgamiento está sujeto a la facultad discrecional del alcalde, quien puede revocarlos o modificarlos, fundado en el interés general o la necesidad de que se cumplan las condiciones conforme a las cuales deben ejercerse. Es importante precisar, que el concepto de discrecionalidad está tomado como *discrecionalidad administrativa*, no como arbitrariedad o libre decisión del alcalde. La discrecionalidad administrativa implica un espacio de decisión de la autoridad establecido por la ley, donde la norma le fija los parámetros para ello.

El acto administrativo discrecional se diferencia del acto reglado, porque mientras este último se refiere a la simple ejecución de la ley, aquel alude a los casos en los que existe cierto margen de libertad para realizar una comprensión y posterior aplicación de la norma. La discrecionalidad es necesaria, por ejemplo, cuando la ley prevé dos posibles actuaciones sin que ninguna de ellas se imponga con carácter obligatorio o cuando la legislación se limita a señalar fines sin especificar los medios necesarios para alcanzarlos. Cuando no está dissociada del ejercicio de las facultades discrecionales de una autoridad constituida, la discrecionalidad es lo contrario de la arbitrariedad.³³

La discrecionalidad no puede entenderse independientemente del principio de legalidad. Cuando así se hace, se convierte en un medio que favorece la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento. En razón de ello, con frecuencia se señala que el rasgo diferenciador de un acto discrecional (en contraposición a la arbitrariedad ajena al derecho) es la motivación, ya que en un acto discrecional la autoridad debe poder justificar los motivos de su decisión.

En el sentido conceptual expuesto, parece ser ajustado a derecho lo resuelto por Contraloría General de la República en dictamen N° 12.834, de 2010, donde establece que el municipio, al ejercer la atribución de poner término a un permiso como los de la especie, en modo alguno puede llevar a cabo actos arbitrarios o discriminatorios, atendido que estos deben ser motivados, contener fundamentos que den cuenta de las razones en virtud de las cuales se han adoptado y no obedecer al mero capricho de la autoridad.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al establecer que:

³³ María G. Navarro, Discrecionalidad Administrativa. En Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N° 3, septiembre 2012 – febrero (2013) 200 - 205.

“en el presente caso, no se divisa tal derecho, toda vez que el solo transcurso del tiempo no permite consolidar una situación que por esencia es solo precaria. En efecto, el artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone claramente que los bienes nacionales de uso público pueden ser objeto de concesiones y permisos, los cuales, sin embargo, son esencialmente precarios y pueden ser modificados o dejados sin efecto sin derecho a indemnización.” (Causa Rol 1395 de 2011)³⁴

También la citada Corte, en causa Rol 7972 de 2011, dispuso que:

“corresponde descartar la arbitrariedad por cuanto la propia autoridad ha esgrimido las razones de su proceder, sin que existan antecedentes en los autos que demuestren que el recurrido haya actuado de modo caprichoso. En efecto, en el documento de fojas 12 se detalla que con la medida anunciada se pretende permitir el libre tránsito peatonal, lograr la exhibición de las vitrinas de los locales comerciales, evitar aglomeraciones que facilitan la comisión de actos delictuales, impedir que se generen condiciones de orden sanitario adversas ante la ausencia de servicios higiénicos adecuados, todo ello con la finalidad de materializar la prohibición de instalarse en la vía pública para realizar actividades comerciales no autorizadas.”³⁵

Finalmente, resulta importante precisar que no es jurídicamente procedente otorgar comodatos sobre los bienes nacionales de uso público, dado que el ya citado artículo 36 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, solo permite las figuras jurídicas de los permisos y concesiones, no siendo posible aplicar por analogía instituciones del derecho privado, como lo es el comodato, regulado en el artículo 2.174 del Código Civil. Así por lo demás lo ha resuelto Contraloría General en sus dictámenes. (Véase, entre otros, el N°41.189, del año 2009)³⁶

Cuando el artículo 64 letra e), del citado cuerpo legal, establece que el alcalde requiere acuerdo de concejo para adquirir, enajenar, gravar, arrendar por un plazo superior a cuatro años o traspasar a cualquier título, el dominio o mera tenencia de bienes inmuebles municipales o donar bienes muebles, claramente se refiere a bienes distintos de los nacionales de uso público.

Las Concesiones

En relación a las concesiones, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades distingue dos tipos: las que se otorgan en relación a los bienes nacionales de uso público y las concesiones de servicio, contempladas estas últimas en el artículo 8° del referido cuerpo legal, cuando dispone que: “De igual modo, podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título.”

Respecto del primer tipo de concesión, hay que remitirse a lo expuesto respecto de los permisos, con la gran diferencia que éstas no son “esencialmente precarias”.

³⁴ Fuente: www.poderjudicial.cl – fallos Corte Suprema.

³⁵ Fuente: www.poderjudicial.cl – fallos Corte Suprema.

³⁶ Fuente: www.contraloria.cl – buscadores en línea / dictámenes

En efecto, de acuerdo con el artículo 36 de la referida Ley N° 8.695, la concesión configura una situación jurídicamente más estable para el concesionario, naciendo para él derechos reales *ex – novo*, que incorpora a su patrimonio.³⁷ De ahí que la norma señale que las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurran otras razones de interés público. Por eso agrega que el concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél.

Por su parte, la figura de la concesión de servicio se utilizará cada vez que la municipalidad se desprenda, por un tiempo determinado, entregándole a un tercero la ejecución de alguna de sus atribuciones privativas. Así ocurre, por ejemplo, cuando se licita el servicio de recolección de residuos sólidos, la mantención de áreas verdes, la mantención de semáforos, la explotación de estacionamientos, sea en suelo o subsuelo, entre otras. También caen dentro de este tipo de concesiones la entrega en administración de un establecimiento de educación, de salud, un cementerio, vertederos u otros.

Las concesiones, en su otorgamiento, requieren acuerdo del Concejo Municipal, según expresamente lo exige el artículo 65 letra j), donde además se dispone que las renovaciones de éstas solo podrán acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración, aun cuando se trate de concesiones reguladas en leyes especiales.

Finalmente, cabe establecer que, pese a los ya largos años de vigencia de la Ley Orgánica Constitucional de Municipales, existen aún serios problemas en la aplicación de estas instituciones, donde es de común ocurrencia encontrarse con la utilización de comodatos sobre bienes nacionales de uso público, incluso autorizando la construcción de sedes vecinales, fundados en este título. De la misma manera, aún existe también desconocimiento sobre cuándo procede una concesión de servicio, encontrándose habitualmente su realización con simples contratos, lo que acarrea posteriores consecuencias jurídicas erradas.

Hay que señalar que la habitual falta de recursos de la gran mayoría de las municipalidades para poder cumplir con sus fines, puede ser suplido en parte con la integración del sector privado. Ello se puede lograr mediante la figura de la concesión, por ejemplo, para administrar un colegio, construir y administrar un estacionamiento subterráneo, entre muchas otras.

Bibliografía

Castán Tobeñas, José. Los Derechos del Hombre. 4ª edición. Madrid: Editorial Reus S. A. 1992.

Cea Egaña, José Luis. Acerca de los Derechos en su Esencia. En Revista de Derecho Público, N°29-30, enero-diciembre (1981) 105 - 119.

³⁷ Nos remitimos en esta parte a lo ya expuesto sobre la teoría general de la concesión y sus diferencias con las autorizaciones y los permisos.

Evans De La Cuadra, Enrique. Informe en Derecho sobre Ley General de Pesca y Acuicultura. Mayo 1990, Tribunal Constitucional: 27 – 30.

García de Enterría, Eduardo y Fernández R., Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. 4ª edición. Madrid: Editorial Civitas. 1994.

García Torres, J. y Jiménez Blanco, A. Derechos Fundamentales y Relaciones Entre Particulares. Madrid: Editorial Civitas. 1986.

Mayer, Otto. Derecho Administrativo Alemán, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1945.

Morrillo, José Ignacio y Velarde Pérez. Dominio Público. Editorial Trivium S.A. Madrid, 1992.

Navarro, María G. Discrecionalidad Administrativa. En Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, septiembre 2012 – febrero (2013) 200 - 205.

Reyes Riveros, Jorge. Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público, *Seminario de Derecho Público N°5, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1960.

Rojas Ríos, César. Teoría General de Derecho Público. Naturaleza Jurídica de las Autorizaciones, Permisos y Concesiones, en especial en la Ley General de Pesca y Acuicultura. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana Ltda. 2008.

Soto Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Tomo II, El principio de Juridicidad. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1996.

Vergara Blanco, Alejandro. Principios y Sistema Del Derecho Minero, Estudio Histórico – Dogmático. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1992.

Villar Palasí, José Luis. La Intervención Administrativa en la Industria. Madrid: Instituto de Estudios Públicos. 1964.

Para Citar este Artículo:

Rojas Ríos, César. Permisos de ocupación o uso y concesiones en la Ley de Municipalidades. Rev. Incl. Vol. 4. Num. 2, Abril-Junio (2017), ISSN 0719-4706, pp. 101-128.

221 B
WEB SCIENCES

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.