

uah

Reglados, Gratuitos y
Perpetuos. Críticas a la
asignación de títulos
habilitantes sobre el dominio
público

William García Machmar
2018

I. Planteamiento

El reconocimiento constitucional de un derecho público subjetivo “a la propiedad” no sólo alcanza la libre apropiabilidad de los bienes privados, sino que también se extiende a la apertura y libertad de adquirir títulos de aprovechamiento sobre los bienes de dominio público.

Así, los derechos sobre las minas y las aguas, por poner un ejemplo. A su vez, estos derechos se benefician de la protección general del derecho de propiedad.

En relación con esto común afirmar que el derecho de propiedad en nuestra Constitución tiene una protección exacerbada frente al derecho comparado. Sin embargo, si se le compara con las principales constituciones europeas se descubre que la protección constitucional del derecho de propiedad tiene muchos elementos centrales en común con sus pares europeos.

II. Derecho a la propiedad

La Constitución chilena asegura a todas las personas el libre acceso a los bienes, al reconocer la “libertad para adquirir toda clase de bienes” (artículo 19 N° 23).

Enseguida, señala que esa libertad tiene excepciones tratándose de aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda “y la ley lo declare así”. Es decir, corresponde a la ley excluir categorías de cosas que no pueden adquirirse libremente, y que corresponden, por tanto, al dominio público. En Chile, por ejemplo, las aguas terrestres son parte de este dominio público (v. artículo 5° del Código de Aguas).

Enseguida, la Constitución señala un dominio legal especial – de ley de quórum calificado –, para establecer las limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes, siempre fundado en el interés nacional. El mismo texto agrega “sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”. Precisamente, la Constitución se dedica de modo especial a la propiedad sobre los recursos minerales.

Como puede verse, la Constitución establece una regla general de apertura de todos los bienes a la libre adquisición por las personas, salvo aquellos casos en que la Constitución o la ley, por razones de interés general, dispongan lo contrario.

Pero incluso tratándose de los bienes de dominio público un sector importante de la doctrina sostiene que existe una libre adquisición de los títulos para aprovecharlos.

De forma similar, la Constitución española establece que los bienes del dominio público son sólo aquellos que señala la ley, aunque la Constitución señala algunos que desde luego lo son.

Por su parte, la Constitución alemana regula la posibilidad de que los recursos naturales y los medios de producción puedan ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva; siempre en virtud de una ley y a cambio de expropiación.

Además, la Constitución italiana también prevé la posibilidad de reservar al Estado el dominio de determinados bienes económicos.

En conclusión, las Constituciones comparadas, al igual que la chilena, reconocen que es la ley la que puede reservar el dominio o propiedad de ciertas cosas al Estado, con exclusión de los privados.

III. ¿Cómo se explican las críticas a la “privatización del dominio público”?

1. Carácter reglado del procedimiento de adjudicación

La ley configura un verdadero “derecho” a acceder a la explotación de recursos naturales, sin que al Estado le corresponda una evaluación del mérito. Por ejemplo, esto viene exacerbado en materia de minería en que son los jueces los que entregan y extinguen las concesiones.

2. Gratuidad

El titular del nuevo derecho lo adquiere de forma gratuita, sin realizar ningún pago al Estado por explotar el recurso natural (aguas, televisión), salvo excepciones. Donde ese pago existe (se denomina usualmente patente), es comparativamente bajo (minería).

3. Perpetuidad

Los derechos tienen duración indefinida (aguas, minería, televisión) o renovación automática (pesca), lo que significa que en la práctica éstos no se pierden nunca para el titular.

1. Carácter reglado

La adquisición del derecho de aprovechamiento de **aguas** es, en principio, reglado (artículo 140 C. de A.). El solicitante tiene derecho a recibir lo que pide. La autoridad no puede ni siquiera examinar si hay agua disponible. Salvo dos procedimientos alternativos.

Remate = si concurren dos o más solicitudes dentro de seis meses (artículo 142).

Reducción unilateral (artículo 147 bis).

- Si la solicitud es manifiestamente exagerada según una tabla de unidades por tipo de uso
- Si es necesario para el abastecimiento de la población.
- Si no hay agua disponible. *Sólo si el solicitante consiente en ello.*

La **concesión minera** se otorga de forma estrictamente reglada (judicial). Incluso existe una *summa divisio*

- Sustancias “concesibles”, sujetas a títulos reglados (artículo 5º C. de M. en relación al art. 34).
- Sustancias “no concesibles”, sujetas a títulos más o menos discrecionales (artículo 7º C. de M.)

Es indiferente si existen efectivamente yacimientos mineros.

La **concesión de radiodifusión televisiva** (al mismo tiempo concesión de servicio público y del dominio público necesario para prestarlo) es menos reglada. Se otorga por concurso público. Permite una reducción unilateral de la discrecionalidad (bases de licitación). Art. 15 LCNTV.

Importante elemento discrecional = “correcto funcionamiento” de la televisión. Introduce conceptos jurídicos indeterminados en la constitución y ejercicio de la concesión.

2. Gratuidad

El **derecho de aprovechamiento de aguas** se otorga de forma gratuita. El beneficiario no tiene que entregar nada al Estado para adquirirlo.

Tampoco tiene que pagar nada por explotar el dominio público, sólo tiene la carga de explotar, sujeto al deber de pagar una patente-sanción.

La onerosidad tiene grados:

- Permanentes
 - No consuntivos
 - Consuntivos
- Eventuales

La **concesión minera** es “onerosa”. El beneficiario debe pagar para obtenerla y debe pagar por explotarla. Pero si onerosidad es “elástica”, entonces en la práctica este régimen se acerca a la gratuidad.

- Regla general. Artículo 142 C. de M. inciso primero, primera parte.
- Excepciones
 - Según la substancia. Artículo 142 inciso primero, segunda parte.
 - Según el tamaño (pequeña minería) y el método (artesanal). Artículo 142 inciso segundo y siguientes.

La **concesión de radiodifusión televisiva** es gratuita. No existe norma legal que la sujete a un precio como contraprestación de su explotación.

3. Perpetuidad

El **derecho de aprovechamiento de aguas** no tiene plazo. Tampoco caduca, salvo por falta de pago de la patente-sanción, en que puede llegar a rematarse después de un complejo procedimiento.

La **concesión minera** “tiende a la perpetuidad”.

- Concesión de exploración, aunque dura dos años sólo renovables por una vez, da privilegio en el tiempo para constituir concesión de explotación.
- Concesión de explotación es perpetua.

Sólo caduca por no pagar la patente (artículo 146).

La **concesión de radiodifusión televisiva** tiene plazo.

- Con infraestructura (red física) propia, 20 años.
- Con infraestructura (red física) de terceros, 5 años.

Además, caduca por infracción grave a las obligaciones, especialmente “el correcto funcionamiento”.

V. Conclusiones

La Constitución no prefigura un régimen especial de aprovechamiento del dominio público.

El legislador pondera los diversos intereses al configurar los regímenes de explotación. En esta ponderación el legislador debe atender a intereses privados y públicos concurrentes. No necesariamente agota esa ponderación.

Si se analizan los títulos habilitantes sobre el dominio público desde el punto de vista de su carácter reglado, gratuidad y perpetuidad se descubren ciertos desequilibrios en el derecho chileno.

Primero, la asignación suele ser reglada (minas, aguas). Ello significa que la ponderación de intereses fue agotada por el legislador. No existe ponderación en sede administrativa entre el interés público y el privado para constituir esos títulos ¿Quién decide el modo de explotación? En contraste, existen otros modelos (televisión abierta) en que el concurso público hace competir proyectos alternativas.

Segundo, la regla general es que, en la práctica, la explotación es gratuita. Ello pone incentivos erróneos. La explotación de estos bienes públicos impone costos que no están directamente reflejados en una contraprestación.

Tercero, el aprovechamiento es perpetuo o por plazos tan extensos (y protegidos/*grandfathered*) que en la práctica resultan ser perpetuos, de modo que el Estado renuncia a su control sobre tales porciones del dominio público.

Si el derecho administrativo es un derecho de equilibrio entre el interés público y el interés privado, en materia de aprovechamiento de ciertas porciones del dominio público existe un claro desequilibrio en desmedro del interés público.

Ello está generando hoy en día problemas de sostenibilidad del desarrollo.

Pero lo positivo es que ese régimen no es inamovible, pues no es exigido constitucionalmente. Está a disposición del legislador.