

Nº 212
Volumen II
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA CLAUSULA DE PRECARIO Y LA UTILIZACION DEL DOMINIO PUBLICO: LIMITES CONSTITUCIONALES A UNA INSTITUCION LEONINA

SANTIAGO MONTT OYARZUN
Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

La precariedad es un tema cuyo estudio resulta ser uno de los más arduos y conflictivos, no sólo dentro de la doctrina del dominio público, sino en general en el Derecho Administrativo. El antiguo origen de la misma y su vinculación a un modelo de Estado anterior al constitucional de derecho, sumado a la diversidad de opiniones entre los autores, determinan que la aplicación y control de la precariedad en la utilización del dominio público sea extremadamente difícil. En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad presentar la cuestión de la cláusula de precario en relación con los permisos y las concesiones demaniales, especialmente en lo relativo a los límites que dicha cláusula encuentra en su inserción en los títulos que legitiman un uso privativo del dominio público.

Como cuestión preliminar, deben presentarse sumariamente los conceptos de permiso de ocupación y concesión demanial. En términos sintéticos, el permiso de uso privativo se define como el acto administrativo por medio del cual se otorga a un privado, en forma exclusiva y excluyente, un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social sobre un bien de dominio público. Por su parte, la concesión es un título jurídico mediante el cual "la Administración otorga a un particular un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio del particular y de la colectividad"¹. En cuanto a su naturaleza jurídica, la concesión demanial es, como su

¹ Lafuente Benaches, María Mercedes, La concesión de dominio público, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, p. 29.

nombre lo indica, una concesión, esto es, un acto creador de derechos subjetivos en favor de los particulares; y el permiso de ocupación es, para unos, una mera tolerancia, y para otros, una concesión (en todo caso, siempre se rechaza su calificación como autorización).

El objetivo de este trabajo es restringir y acotar el uso de una cláusula que es manifiestamente leonina para los ciudadanos. En efecto, por tratarse de una herramienta de apariencia contractual pero de sustancia exorbitante al Derecho Privado, destinada a exonerar a la Administración de su responsabilidad patrimonial y de sus deberes públicos expropiatorios, debe mirarse con abierto recelo y debe reducirse en su aplicación a la más mínima expresión. Buscamos sentar aquí las bases de discusión para esta tarea de constitucionalización del Derecho Administrativo que está aún pendiente de realizarse en nuestro medio.

II. EL CONCEPTO DE PRECARIO EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El precario en el Derecho Civil

El precario es una institución confusa y oscura². Tanto su tradición histórica como su regulación en el Derecho Nacional y Comparado muestran un concepto polivalente de difícil encuadre conceptual. Es entonces necesario dar somera cuenta de sus orígenes y de sus características civiles y administrativas antes de tratar su naturaleza y admisibilidad en las concesiones de dominio público.

La etimología de la palabra precario proviene de preces, que quiere decir ruegos, y sus orígenes histórico-jurídicos se encuentran en el Derecho Romano. De acuerdo a un sector importante de la doctrina, la génesis del precario está estrechamente vinculada con el aprovechamiento del *ager publicus*, esto es, las tierras que formaban parte del patrimonio público del *populus Romanus*, y con las relaciones de clientela, en las cuales los patrones concedían a sus clientes la posesión de los terrenos a ruego de estos últimos. Con ello dejamos constancia que, en una primera etapa de la historia del Derecho Romano, el precario fue una institución pública, en la cual la terminación de la utilización precarial ocurría siempre ante la simple orden o instrucción del censor o del patrono según el

² Cfr. Vergara Aldunate, Sofía, *El comodato precario y el simple precario ante el Derecho y la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1991, p. 9; y también, Desdentado Daroca, Eva, *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 21.

caso, sin requerir de la interposición de ninguna acción judicial. Sólo en un etapa posterior, el precario se incorporó a las relaciones de Derecho Privado y a su sistema de acciones y excepciones, donde desplegó su total madurez normativa³.

En nuestro Código Civil, el precario aparece mencionado en dos artículos: el 2.194 y el 2.195. Con él se alude a tres situaciones jurídicas distintas y muy difíciles de encuadrar en un mismo género: a) el comodato precario que, según su definición en el artículo 2.174, es un contrato "en el que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso", y que, en este caso, tiene la particularidad de que el comodante "se reserva la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo" (artículo 2.194); b) el precario contractual⁴, en virtud del cual "no se presta la cosa para un uso particular ni se fija tiempo para su restitución" (art. 2.195 inciso 1° del Código Civil)⁵; y, c) la situación de

³ En cuanto a su aparición medieval, el precario administrativo debe conectarse con la cláusula "non obstante" –non obstante aliqua lex in contrarium faciente– elaborada por los juristas regios. De acuerdo a estos últimos, en virtud de la cláusula "non obstante", se otorgaba al Rey, junto con la potestad de conceder exenciones e inmunidades, la facultad posterior de revocarlas. Además, "el privilegio de inmunidad concedido graciosamente por la cláusula "non obstante" no supone tampoco ningún derecho adquirido para el beneficiario sino que se le quita fácilmente". Vid. Ariño Ortiz, Gaspar, "Derechos del Rey, derechos del pueblo", en *Actas del II Symposium Historia de la Administración*, Institutos de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 78, cita N° 109.

⁴ La doctrina nacional considera que el precario contractual del artículo 2.195 inciso 1° es una versión de comodato precario y no de precario propiamente tal. Así por ejemplo, Vergara Aldunate, *El comodato precario*, . . ., pp. 12 y 183, y Halabi Riffo, Fuad Marcos y Saffirio Suárez, Carlos Alberto, *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996, p. 10. Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con dicha tesis, y creemos que se trata de un verdadero precario. El hecho que esté concedido y que haya algún grado de acuerdo entre las partes en dicha institución no niega su carácter de precario. En favor de nuestra consideración, encontramos el hecho que Bello lo trata y define como precario junto al precario tolerado y sin título del artículo 2.195 inciso 2°, y la propia tradición histórica indica que el precario concedido es un caso de precario propiamente tal. Otro elemento en favor de nuestro rechazo lo encontramos en el *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, Tomo IX, Editorial Jurídica, Santiago, 3ª ed., 1998, artículo 2.195, p. 22, donde se señala que existe una nota de Bello en el Proyecto Inédito, en la cual se hace referencia al Código bávaro, y en él se dice que "respecto al préstamo de tolerancia, o sea, a título precario (precarium), se observarán las mismas reglas (las del préstamo propiamente dicho o comodato), excepto en cuanto el prestado puede pedir la cosa prestada cuando le acomode".

⁵ Interesante resulta la disputa que existe en la doctrina española sobre la naturaleza jurídica del precario concedido. La mayor parte de los autores lo considera un contrato: Santos Briz, Puig Brutau, Marín Pérez, Iglesias Cantubrias, Caballero Gea y Díez-Picazo y Gullón. No obstante, otro sector de la doctrina niega que esta institución sea un verdadero contrato. Así, de acuerdo a las citas de Desdentado Daroca, *El precario administrativo*, . . ., pp. 37-38, "Según Hernández Gil, el llamado contrato de precario no tiene nada de tal contrato porque en el mismo no hay pacto sobre la duración, ni sobre el uso a que ha de destinarse la cosa y, por tanto, contractualmente no hay nada convenido. Es más, el comodante puede reclamar la cosa a su voluntad, y el imperio de esa voluntad es una nueva negación del contrato. También Latour Brotons considera que el precario es una situación posesoria desprovista de todo vínculo contractual por el que –precario dans– no adquiere obligación alguna respecto del precarista al

precario o simple precario, que no es un contrato, sino una "tenencia de cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño" (art. 2.195 inciso 2° del Código Civil), y que la jurisprudencia ha ampliado, incluyendo, en términos generales, todo tipo de ocupaciones sin título, aunque no haya tolerancia o ignorancia del dueño en términos estrictos⁶.

En cualquiera de sus versiones –el "comodato precario", el "precario concedido", el "precario tolerado" y el "precario sin título"–, el precario conduce a dos elementos esenciales: la gratuidad y la revocabilidad de la tenencia de la cosa ajena por simple voluntad del precario *dans*⁷, en lo que constituye un caso de condición pura o meramente potestativa⁸. De conformidad a tales antecedentes, Desdentado Daroca define el precario como "una situación posesoria por la que se usa y disfruta de un bien ajeno sin pagar renta o merced alguna y a la que el dueño o poseedor real puede poner término en cualquier momento"⁹.

2. El precario en el Derecho Administrativo

Conocidas ya las características originales de la institución, debemos definir el concepto de precario en Derecho Administrativo moderno y luego constatar

que puede desposeer en cualquier momento. En una línea semejante, Moreno Macholi rechaza también que el precario pueda considerarse un contrato. Para este autor, el precario es una mera situación posesoria, en la que no existen dos partes que han consentido en obligarse, que es lo que se requiere para la existencia de un contrato".

⁶ Cfr. Halabí Riffó y Saffirio Suárez, *La acción de precario...*, p. 92. Allí señalan, citando múltiples fallos, que "últimamente se puede observar una cierta tendencia de la jurisprudencia a restarle importancia a este elemento que consiste en que la tenencia sea ignorada o tolerada por el dueño, entendiéndose que si el demandado no exhibe título que obligue al demandante a respetarla, corresponde presumir la ignorancia o mera tolerancia de éste".

⁷ Cfr. De Asís Roig, Agustín, "Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública* N° 116, Madrid, 1988, p. 133. Ahí señala que "sin perjuicio de los problemas que en cuanto a tipificación ya hemos mencionado, podemos concluir que el precario civil se caracteriza, primero, por la gratuidad..., y, segundo, la libre revocabilidad, la cual queda a discreción del dueño el tiempo de su ejercicio".

⁸ Estas condiciones están recogidas en los artículos 1.477 y 1.478 del Código Civil.

⁹ Desdentado Daroca, *El precario administrativo...*, p. 47. Entre nosotros, Halabí Riffó y Saffirio Suárez, *La acción de precario...*, p. 11, definen el comodato precario como "un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie en el momento en que lo exija el comodante, ya sea porque éste se reservó la facultad de pedir su devolución en cualquier tiempo, o bien, debido a que la cosa no fue prestada para un servicio particular ni se fijó un plazo para la restitución", y el precario como "una situación de hecho en que una persona, denominada precarista, goza de una cosa singular y determinada, mueble o raíz, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

si en él se presentan o no los elementos esenciales que lo definen en el Derecho Privado, desde el cual proviene¹⁰.

El precario en Derecho Administrativo no tiene un concepto único, pues el mismo se presenta en dos distintos grados, situación que exige definir dos precariedades distintas: una de primer grado o relativa, también conocida como "rescate", y otra de segundo grado o absoluta, que corresponde al concepto más preciso y técnico de precariedad. En una definición que ya es clásica a la fecha, Martín Mateo afirma que la precariedad en primer grado es "aquella que permite a la administración revocar o modificar el acto originario, pero no la exonera de indemnizar las consecuencias económicas que su intervención unilateral determina para el afectado"¹¹, y la precariedad en segundo grado es aquella "cuyos efectos se prolongan hasta la eliminación de cualquier pretensión indemnizatoria"¹².

Dados estos conceptos y estas características generales de la institución en sede pública, ¿puede trasponerse el esquema civil del precario al ámbito del Derecho Administrativo? A nuestro juicio, como para el de la mayor parte de la doctrina, la respuesta negativa se impone y procuraremos demostrarlo a continuación¹³.

¹⁰ Como señala Martín Mateo, Ramón en "La cláusula de precario en las concesiones de dominio público", Revista de Administración Pública N° 56, Madrid, 1968, pp. 101-102, "estamos aquí claramente ante una figura que, como no es inusual en otros sectores del Derecho Administrativo, ha sido inicialmente recibida por este derecho del civil, aunque desnaturalizándola tan sustancialmente que no parece, como veremos, pueda haber entre ambas más identidad que la meramente terminológica", y según De Asís Roig, "Tres sentencias sobre...", p. 132, "la institución del precario tiene su origen próximo en el Derecho Civil". Dichas afirmaciones son evidentemente sin perjuicio que el pasado más remoto de la precariedad provenga del Derecho Público romano.

¹¹ Ibid., p. 95.

¹² Ibid., p. 95. En el mismo sentido, Santamaría Pastor, Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano, Derecho Administrativo, La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 493; y Grecco, Carlos y Muñoz, Guillermo, La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 39.

¹³ Podemos citar aquí varios autores que se pronuncian en tal sentido. En primer lugar a Martín Mateo, "La cláusula de precario...", p. 103, de acuerdo a quien "todas estas características sirven para calificar definitivamente de intrínsecamente dispares el precario civil y el administrativo, porque en éste, como sabemos, no puede darse un arbitrio ilimitado para la Administración, que viene en definitiva sometida a la ley y obligada a cuidar del interés público, que animará incluso situaciones de mera tolerancia, constituye en realidad un obstáculo insalvable para que puedan crearse situaciones de precario similares al civil por las administraciones públicas". Por su parte, Grecco y Muñoz, La precariedad..., p. 22, señalan que "la proscripción de la arbitrariedad en la revocación, si por arbitrariedad entendemos inexistencia de cánones rígidos para fundar la revocación, determina estrictamente la supresión de la precariedad, puesto que, reiteramos, precariedad, en su aceptación original, es la posibilidad de revocación en cualquier tiempo sin necesidad de expresar motivación alguna". Para Santamaría Pastor y Parejo Alfonso, Derecho Administrativo..., pp. 492-493, "la Administración, obligada a actuar con sometimiento a la ley de acuerdo con el interés público, no puede actuar arbitrariamente, por lo que esta idea básica del interés público constituye un obstáculo insuperable para que puedan crearse situaciones de precario similares al

Como primera cuestión, la presencia de un título formal –el permiso o concesión en cuanto acto administrativo– como también la obligatoriedad de pagar una renta o canon por las ocupaciones demaniales –que en la generalidad de los casos viene exigida por la ley–, son de por sí serios reveses a la concepción del precario civil en sede pública. Pero enseguida, y he aquí el punto más importante, cabe señalar que el ejercicio de la potestad de término o revocación a los títulos que habilitan las ocupaciones demaniales, está sometido a tales restricciones y limitaciones, que se destruye definitivamente la posibilidad de crear un concepto unitario de precario civil y administrativo.

En efecto, tal como lo reconoce unánimemente la doctrina, “la extinción de las autorizaciones y concesiones a precario no puede depender de la libre voluntad de la Administración, sino de la apreciación que ésta lleve a cabo del interés público correspondiente. De esta forma, la característica del precario civil de la revocabilidad *ad libitum* se encuentra en nuestros días sumamente restringida, por no decir ausente, en el precario administrativo”¹⁴. No puede ser sorpresa para nadie que, en un Estado de Derecho, la Administración Pública no es jamás titular de un poder omnímodo que le permita poner término a un permiso o concesión a su mera voluntad o capricho. Por el contrario, “sólo puede intervenir por razones de interés público cuando esté suficientemente autorizada para ello, resultando excluido tanto el libre arbitrio como el ejercicio incontrolado de poderes”¹⁵. Como también afirma Asís Roig, “no puede hablarse de libre revocabilidad respecto de un sujeto del que no puede predicarse una autonomía de la voluntad, al menos en el mismo sentido de la que se predica en favor de los particulares”¹⁶.

del precario civil”. En el mismo sentido también, De Asís Roig, “Tres sentencias sobre...”, p. 133, según el cual “tales notas difícilmente pueden ser predicables de una institución administrativa que por definición y de forma permanente, debe estar inspirada por el interés público, como se deduce de la posición que la Administración asume en el ordenamiento”.

¹⁴ Desdentado Daroca, *El precario administrativo...*, p. 51. De acuerdo a esta misma autora, pp. 50-51, “mientras la discrecionalidad administrativa se equiparaba a la libre decisión de la Administración exenta de todo control judicial, el precario administrativo no se diferenciaba en este aspecto del precario civil. La Administración extinguía –*ad libitum*– las autorizaciones y concesiones y el acto que declaraba el cese de la eficacia de la concesión a precario se consideraba insusceptible de impugnación ante los tribunales... [Posteriormente] la discrecionalidad administrativa deja de identificarse con la autonomía ilimitada de la voluntad para convertirse en una voluntad condicionada, cuya legalidad procede de su conexión con la satisfacción de intereses públicos... En definitiva, la Administración pasa a concebirse como una organización de carácter servicial de los intereses generales, cuyas decisiones se legitiman única y exclusivamente por la satisfacción de los intereses públicos”.

¹⁵ Martín Mateo, “La cláusula de precario...”, p. 98.

¹⁶ De Asís Roig, “Tres sentencias sobre...”, pp. 135-136.

Pero además, la gran limitación o restricción al ejercicio de la potestad de término o revocatoria de las ocupaciones demaniales proviene no sólo de la posición servicial general que caracteriza a la autoridad, sino específicamente de que el ejercicio de dicho poder sólo puede estar fundamentado en el interés público concreto y preciso que caracteriza y define la respectiva afectación demanial en cuestión. Se habla así, siguiendo a Meyer, de una precariedad relativa, "puesto que no puede ser ejercida más que para un cierto fin y siguiendo una determinada línea, solamente invocable en interés directo del bien demanial utilizado anormalmente, y nunca en el interés de terceros, sean éstos particulares, servicios públicos o colectividades públicas"¹⁷. En el mismo sentido, aunque desde una perspectiva algo diferente, Grecco y Muñoz precisan un punto muy interesante, al señalar que "en tanto no comprometan la conservación o el uso normal del dominio, las ocupaciones son actos lícitos y, por consiguiente, la administración obrará arbitrariamente si revoca la autorización concedida"¹⁸.

Puede apreciarse así cómo la definición constitucional de la Administración como un sujeto finalizado y la ubicación de la afectación a un fin público preciso como pieza central de dominio público, hacen imposible la traslación del concepto de precario civil al orden administrativo. Las notas características del precario civil no pueden ser predicadas en favor de la Administración, por ser ésta una institución que debe estar permanentemente inspirada por el bien común en general, y por un cierto interés público concreto y preciso en el caso de la relación demanial¹⁹. El precario en Derecho Administrativo no puede ser hoy concebido al modo romano o civil, en primer lugar, porque, de acuerdo a la posición institucional de la Administración que define la Constitución, no pueden existir

¹⁷ Martín Mateo, "La cláusula de precario...", p. 110. Según Olguín Juárez, Hernán, Extinción de los actos administrativos. Revocación, invalidación y decaimiento, Editorial Jurídica, Santiago, 1961, p. 137, esta característica es también de la potestad de revocación en general. Según expone, "el interés público, que sirve como justificación para revocar el acto, debe ser de la misma categoría de aquel que sirvió para emitirlo. Así, por ejemplo, no podría revocarse una autorización sanitaria, en virtud de una exigencia de orden público, o una concesión de un servicio en razón de un interés meramente fiscal". Recientemente, en el mismo sentido, García Luengo, Javier, El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pp. 403-404: "Tal interés (el que motiva la revocación) no puede ser cualquier interés que pueda alegar la Administración, lo que equivaldría a reconocer a aquella un interés de carácter subjetivo incompatible con su posición constitucional, sino, como ya indicamos, un interés del mismo tipo que el que el acto revisado pretendía satisfacer".

¹⁸ Grecco y Muñoz, La precariedad..., p. 19. Agregan ahí además que, "si en virtud de una circunstancia sobrevenida se configura una molestia para la seguridad o para la libertad de la circulación o un peligro para la conservación de las dependencias del dominio público, la revocación será válida; pero toda revocación que no exhiba justificación de este tipo será arbitraria".

¹⁹ Cfr. De Asís Roig, "Tres sentencias sobre...", p. 133.

derechos subjetivos públicos o situaciones jurídicas que se encuentren signados por la "gracia", la "piedad" o la "bondad" del organismo estatal concedente²⁰; y, en segundo lugar, porque el precario civil está definido como una ocupación revocable en cualquier momento, a sola voluntad o capricho del dueño de la cosa, lo que no está en ningún caso permitido a la Administración Pública. Las antiguas cláusulas *ad nutum* (a voluntad, sin dar razón, sin expresión de causa) y *ad libitum* (a voluntad, a gusto), que dan cuenta de la esencia del precario civil, se encuentran constitucionalmente prohibidas a la Administración Pública²¹.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LA CLAUSULA DE PRECARIO

1. La cláusula de precario como reserva de revocación

A nuestro juicio, la doctrina más autorizada relativa a la naturaleza jurídica de la cláusula de precario es aquella que sostiene que se trata de una reserva de revocación contenida en el acto. Se considera así que dicha cláusula "contiene la previsión o posibilidad de una futura revocación del acto administrativo en que se inserta"²², y se la define como aquella "que permite a la Administración la posterior retirada definitiva del acto dictado mediante la emanación de otro acto administrativo de signo contrario, por motivos de oportunidad o conveniencia para el interés público y sin obligación de indemnizar al destinatario del mismo"²³.

La cláusula en estudio constituye una reserva de poderes de revocación en favor de la Administración²⁴, y como tal, su justificación debe encuadrar con la

²⁰ En contra Marienhoff, Miguel S., *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la precariedad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 15, según quien, los derechos emanados de los permisos demaniales están "signados por la gracia, la piedad y la bondad, rasgos que hoy constituyen la nota típica del precario, instituto actualmente comprensivo del permiso de uso público de un bien del dominio público. El permiso de uso es, así, una mera tolerancia, concepto este que hoy subsume las originarias notas de gracia, piedad y bondad que hacía posible el uso de una cosa ajena".

²¹ *Ibid.*, pp. 44-45, donde señala que "en la actualidad esas expresiones o fórmulas -dado su significado- son insuficientes o ineficaces para justificar la expresada extinción (revocación) válida de los permisos de uso. Hoy se requiere que tal revocación responda a algo más que a la mera expresión de voluntad de la Administración Pública: se requiere que esa voluntad responda a una razón plausible, y no al mero arbitrio o a la mera potestad imperativa de la Administración Pública, como resultaría de la aplicación de las fórmulas mencionadas". Además, p. 47, agrega que "esas viejas expresiones latinas [*ad nudum* y *ad libitum*]... han perdido el valor y la fuerza de antaño: su aplicación hoy hallase limitada por la sensatez que el Derecho Público contemporáneo requiere como substrato inexcusable de la validez de sus actos".

²² Velasco Caballero, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 154.

²³ Desdentado Daroca, *El precario administrativo...*, p. 80.

²⁴ *Ibid.*, p. 78.

teoría general de la revocación de los actos administrativos²⁵. Al establecerse así la conexión entre precario y revocación, se busca precisar que la reserva de revocación no pueda alterar lo que el ordenamiento jurídico tiene previsto para la revocación²⁶, vale decir, que la cláusula de precario no puede constituir una huida del régimen de revocación de los actos administrativos. Dado que "la utilización de la precariedad en el Derecho Administrativo supone a menudo un simple intento de evasión por parte de la Administración de otros controles"²⁷, esta concepción busca evitar "un episodio más en la eterna lucha con las inmunidades de poder, en la propensión a la conquista de situaciones exentas, en la trayectoria proclive de la huida de la legalidad"²⁸.

En este contexto, la cláusula de precario implica que la futura extinción del acto inicial se produce como consecuencia del ejercicio de una potestad revocatoria que corresponde a la Administración de acuerdo a una atribución legal o a una reserva en el acto en cuestión, siempre y cuando dicha reserva corresponda a una cláusula iuris, esto es, una cláusula simplemente recordatoria (no constitutiva) formulada en el acto²⁹.

Las cláusulas de reserva de revocación remiten a un poder altamente exorbitante a la Administración, y por ello "deben mirarse con suma cautela"³⁰. La revocación es siempre un elemento externo y ajeno al título mismo³¹, respecto al cual "la voluntad del particular es, en realidad, inexistente, ya que la Administración está en condiciones de imponer la solución"³². La cláusula de precario no tiene entonces un origen negocial, pues los administrados no están en situación de discutir ni de oponerse a la misma³³.

²⁵ Cfr. Martín Mateo, "La cláusula de precario...", p. 96. De acuerdo a este autor, "parece conveniente intentar una justificación general del alcance y trascendencia que en el Derecho Administrativo tiene el precario y su inclusión dentro del sistema general de la revocación de los actos administrativos creadores de derechos". También, Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 159, opina que "la función de la reserva de revocación viene determinada por cuál sea el régimen de la revocación de actos administrativos en un ordenamiento".

²⁶ Cfr. Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 160.

²⁷ Martín Mateo, "La cláusula de precario...", p. 93.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Cfr. Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 183.

³⁰ García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª ed., 1991, p. 185.

³¹ Cfr. De Asís Roig, "Tres sentencias sobre...", p. 140.

³² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid; T. I, 8ª ed. 1998, p. 659.

³³ Cfr. Martín Mateo, "La cláusula de precario...", p. 93, según quien, la cláusula de precario florece y prolifera en el campo de la práctica administrativa, "llegándose a convertir en cláusula de estilo introducida al amparo de la pretendida autonomía negocial y de las facultades discrecionales de la Administración, como si, en efecto, los particulares pudiesen oponerse simplemente al desistir de tales negocios y no

Por otra parte, para quienes conciben la cláusula como una reserva de poderes, el análisis de la precariedad como cláusula de exención de la obligación de indemnizar enlaza con dos instituciones fundamentales: la expropiación y la responsabilidad del Estado por actos lícitos. La cláusula de precario en segundo grado, en cuanto a su naturaleza jurídica, legalidad y admisibilidad, debe ser así analizada desde el punto de vista del impacto patrimonial que se produce en el administrado a raíz de la revocación, y enseguida, y luego desde la posibilidad constitucional y legal de la Administración de eximirse de la obligación de indemnizar dicha lesión.

2. Crítica de la concepción de la cláusula como reserva de revocación

La concepción de la cláusula de precario como una reserva de revocación es la que goza de mayor apoyo en la doctrina. No obstante lo anterior, la misma no está exenta de críticas. La corriente opositora, que le compite y que cuenta con autores tales como Restá, Stassinopoulos, Vitta, Jellinek y Maurer, sostiene que la verdadera naturaleza de la cláusula de precario corresponde a una condición resolutoria del acto³⁴.

Desde esta perspectiva, Desdentado Daroca señala detenidamente por qué, a su juicio, la condición resolutoria explica mejor la naturaleza de la cláusula de precario que la reserva de revocación. Como primera cuestión, apunta que en el acto precario, la cláusula respectiva, está incardinada en la estructura misma de la relación jurídica generada. Con ello, la extinción no proviene de un fenómeno extraño o ajeno al acto, sino del propio contenido básico de éste³⁵. En los actos administrativos a precario, el acto posterior que le pone término no es de signo contrario ni tampoco constituye una anomalía accidental, sino que se trata de la producción de un efecto inherente al acto, o, si se quiere, de un fenómeno fisiológico y no patológico de la relación (utilizando la terminología de Alessi). Así, para esta doctrina, en la cesación de efectos del acto a precario, "no media ningún cambio de criterio de la Administración, pues ésta previó ya la futura

viniesen obligados, si es que desean obtener determinados resultados, a pasar por las horcas caudinas de la Administración". Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, Antonio, y Ortega Álvarez, Luis, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Madrid, 5ª ed., 1998, p. 745, refiriéndose a la cláusula de precario, afirman que "aún presentándose bajo apariencia negocial, en realidad descansan en declaraciones unilaterales de la Administración, que el particular se ha visto obligado a aceptar". En el mismo sentido, Parada Vásquez, José Ramón, Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, T. I, 11ª ed., 1999, p. 212.

³⁴ Cfr. Desdentado Daroca, El precario administrativo..., p. 87.

³⁵ Cfr. Ibid., p. 82.

alteración de las exigencias del interés público y consiguientemente rechazó configurar una situación definitiva en tanto dicha alteración no se produjera. Por ello, la terminación de efectos del acto no es una extinción anormal ni anticipada, sino una extinción normal del mismo”³⁶.

Al concebirse el precario como una condición resolutoria, la extinción del acto no se produce por la sustitución o cambio del acto por uno posterior, que es lo que ocurre en el caso de revocación. Por el contrario, el acto que da término a la relación es una declaración de voluntad mediante la cual la Administración integra o completa un elemento del acto inicial a precario que había quedado en una situación de cierta indeterminación. De este modo, la dictación del acto posterior no implica la privación de un derecho adquirido por el particular, ni tampoco una hipótesis de expropiación, sino sólo y simplemente la extinción del acto³⁷.

Quienes afirman que el acto precario está sometido a una condición resolutoria, discuten el tipo o clase de condición que lo modula. Para un sector, se trata de una condición meramente potestativa de la Administración, esto es, una condición cuyo cumplimiento depende únicamente de dicha parte. Pero, para otros, no es aceptable sostener que trata de una condición meramente potestativa, pues la Administración siempre se encuentra obligada a actuar de conformidad al interés general. De hecho, es única y exclusivamente la producción de ciertos y concretos eventos de interés general vinculados al acto original lo que puede determinar la extinción del acto a precario. Por este motivo, para este segundo grupo, la respectiva condición debe calificarse de causal –las que dependen de un acaso– o a lo más de mixta –aquellas que dependen en parte de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso–³⁸.

Ahora bien, la teoría de la cláusula de precario como condición resolutoria también recibe críticas de quienes aseveran que posee una naturaleza de reserva de revocación. En primer término, se señala que la facultad de crear derechos débiles, condicionados o *affievoliti*, debe necesariamente estar establecida en

³⁶ Ibid., p. 83.

³⁷ Cfr. Ibid., p. 85.

³⁸ Cfr. Ibid., pp. 88-89. Tal como explica esta autora, “en este tipo de actos el suceso en que consiste la condición es la concurrencia de un interés público prevalente y no, como pretenden algunos autores, la declaración de revocación del acto por parte de la Administración... Aunque la Administración deba apreciar la concurrencia del interés público en cuestión, éste debe, en todo caso, existir y su existencia es precisamente el detonante de la declaración administrativa de la extinción del acto. Por ello, en modo alguno puede entenderse que los actos a precario sean actos sometidos a una condición puramente potestativa que depende exclusivamente de la libre decisión de la Administración”.

forma expresa por la ley. La Administración no es libre ni tiene las facultades suficientes para debilitar los derechos que otorga a través de los actos mediante la inclusión de la cláusula de precario. Son los derechos débiles los que admiten la cláusula de precario, y no la cláusula de precario la que debilita los derechos. En segundo término, y tal como apunta Lucifredi, la explicación de la cláusula como reserva de revocación es más exacta que como condición resolutoria, "porque mediante ellas la Administración puede en cada momento examinar la oportunidad del acto, de tal forma que en caso de duda deba entenderse que estamos en presencia de una reserva y no de una condición resolutoria"³⁹, y también porque "los efectos del acto administrativo no desaparecen automáticamente cuando se producen los eventos de que dependen, sino que es preciso la revocación, la cual es un acto autónomo sometido a los requisitos generales"⁴⁰. Por ello, y siguiendo aquí a Velasco Caballero, es necesario concluir que "hay motivos para mantener la identidad de la reserva de revocación: en el caso de la condición resolutoria, la norma ordena que comprobado el hecho condicionante se declare la caducidad; no hay margen de decisión administrativa (discrecionalidad) o si lo hay está muy vinculado; sólo se podrá evitar la declaración de caducidad en supuestos excepcionales o por exigencias ponderadas de principios constitucionales: igualdad, seguridad jurídica, garantía patrimonial. En cambio, en el caso de la reserva de revocación, la norma no ordena la revocación, sino que crea una facultad discrecional para la Administración. En suma, la caducidad es una decisión de la norma, la revocación es decisión de la Administración"⁴¹.

Por nuestra parte, creemos que tanto la teoría que explica la cláusula como una reserva de revocación y aquella otra que lo hace como una condición resolutoria, son válidas, pero cada una en un espacio propio y distinto de funcionamiento. Frente a actos creadores de derechos perfectos y a situaciones que requieran de estabilidad y confianza legítima en favor del beneficiario, la cláusula de precario constituye una reserva de revocación. Pero por el contrario, frente a actos esencialmente temporales, pasajeros o de escasa relevancia jurídico-económico-social, o en aquellos supuestos excepcionales definidos por el legislador como derechos débiles, precarizados o *affievoliti*, la cláusula de precario corresponde precisamente a una condición resolutoria que ejecuta o desarrolla el contenido debilitado de los respectivos derechos. Por ello, ambas teorías son correctas, pero cada una de ellas remite a situaciones distintas. En todo caso, lo

³⁹ García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, p. 182.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 180.

⁴¹ Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, pp. 190-191.

que sí rechazamos es que la sola inclusión de la cláusula de precario convierta en débiles derechos que de otra manera serían perfectos.

IV. CONTENIDO DE LA CLAUSULA DE RESERVA DE REVOCACION

Según hemos visto, la cláusula de precario es explicada por la teoría mayoritaria como el establecimiento de una reserva de revocación en el acto administrativo correspondiente. En tal calidad, su contenido, validez y admisibilidad están dados por la procedencia de la potestad revocatoria respecto al acto al que se incorpora. Como ya hemos señalado, la reserva de revocación no puede constituir una alteración de las reglas de revocación establecidas por el ordenamiento jurídico. Los puntos conflictivos que deben tratarse son entonces los siguientes: i) la naturaleza declarativa de la cláusula, o de lo contrario, en qué sentido puede entenderse constitutiva; ii) la capacidad estatal para eludir el pago de la indemnización de perjuicios que corresponde al ejercicio de la revocación; y, iii) la admisibilidad y validez de su incorporación a un acto administrativo.

1. ¿Carácter declarativo o constitutivo de la cláusula de precario?

La conexión de la cláusula de precario con la potestad revocatoria y con las reglas generales de revocación establecidas por el ordenamiento jurídico, trae como consecuencia que la doctrina mayoritaria postule el carácter declarativo de la misma⁴². Con ello se quiere decir que mediante la reserva de revocación no se pueden crear supuestos revocatorios nuevos, distintos a aquéllos permitidos por la ley⁴³.

No obstante lo anterior, sí se admite un cierto carácter constitutivo en la cláusula de precario, aunque en un sentido restringido. De acuerdo a esta

⁴² Cfr. Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 171. Cita a Ipsen, Wolff/Bachof, Wellas y Schachel. Al mismo tiempo reconoce también una corriente viva que postula el carácter constitutivo de la misma, exigiendo sólo que su ejercicio se haga sin vicios de discrecionalidad o arbitrariedad. Por su parte, De Asís Roig, "Tres sentencias sobre...", p. 146, se inclina por una naturaleza declarativa: "Su inclusión, aunque calificada generalmente como discrecional en el título, entendemos que desempeña un papel más de elemento de certeza que innovativo del título -lo que pone en tela de juicio su carácter accesorio-, y que no procede respecto de aquellos actos en que una norma los prohíbe expresamente o títulos que implican el reconocimiento reglado de un derecho".

⁴³ De acuerdo a García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, p. 180, "el problema fundamental que se plantea a partir de su admisión es el carácter declarativo o constitutivo, lo que equivale a discutir la cuestión de si es preciso que una norma (ley material) la autorice o no".

perspectiva, la cláusula permite "fijar o anunciar hoy las circunstancias concretas que en un futuro pueden determinar que la Administración revoque un acto favorable de conformidad con los supuestos previstos por la ley"⁴⁴. No se crea así un supuesto revocatorio nuevo, sino que se facilita o concretiza el ejercicio de los supuestos revocatorios que fija la ley.

Asociado a un carácter constitutivo como el ya señalado, la reserva de revocación se entiende también como un instrumento de ponderación de intereses, que concilia el vector revocador de la Administración con la expectativa de estabilidad del particular. Se admite así que la cláusula facilita el ejercicio de la revocación y que pondera los respectivos intereses. Dicha labor se realiza teniendo en cuenta la materia jurídica de que se trata, la naturaleza jurídica del acto, y su durabilidad, entre otros aspectos. De este modo, un acto de largo tiempo, estable, oneroso y creador de derechos es difícilmente revocable, mientras que uno pasajero, gratuito y que no requiere de inversiones de parte del privado, lo es más⁴⁵.

2. La reserva de revocación y la precariedad en segundo grado

De acuerdo a lo estudiado, el ejercicio de la potestad revocatoria da lugar a la indemnización de perjuicios, tanto cuando supone la supresión o privación de derechos subjetivos perfectos –en una hipótesis de expropiación–, como cuando, en términos más generales, implica el quiebre de una situación de confianza legítima del beneficiario del acto –en una hipótesis de responsabilidad de la Administración por la dictación de actos lícitos⁴⁶–.

De conformidad a ello, cabe analizar aquí la virtud de la reserva de

⁴⁴ Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 165.

⁴⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 172-173.

⁴⁶ En contra García Luengo, *El principio de...*, p. 397, nota N° 111, quien criticando a Velasco Caballero –a quien seguimos nosotros aquí– señala que siempre estamos en presencia de una expropiación: "La indemnización por responsabilidad administrativa no puede ser considerada la fórmula adecuada para compensar a quien ve revocado un acto administrativo que le favorecía, ya que la revocación busca directamente la cesación de los efectos generados por el acto beneficioso y es esta supresión la que genera el perjuicio al particular; estamos pues ante una privación acordada directa e imperativamente, lo que conduce el tema a la expropiación". Más adelante, pp. 433-434, se pronuncia sobre el mismo punto: "La indemnización derivada del reconocimiento de una situación de confianza protegible es una fórmula para crear una figura más barata de conversión de los derechos del ciudadano en una cantidad pecuniaria, eludiendo la expropiación en algunos supuestos, que no encuadra, en nuestra opinión, conexión alguna con la protección de la confianza... No creemos que tal consecuencia (la indemnización) pueda extraerse de los caracteres propios de nuestra figura (la confianza legítima) y tan sólo se explica dicha posibilidad como una compensación por el despojo, directamente buscado, de un determinado contenido jurídico al que el ciudadano tenía derecho, pues, de otro modo, lo que cabría sería simplemente la revisión o revocación sin compensación alguna".

revocación contenida en un acto administrativo, como fuente de precariedad en segundo grado, esto es, como posible elemento que determina la exoneración de la obligación de la Administración de indemnizar los daños y perjuicios causados a raíz de la revocación.

A este respecto, y como primera cuestión, es preciso destacar que cada vez que se esté en frente a actos administrativos creadores de derechos patrimoniales, la cláusula sólo tendrá fuerza normativa en aquellas hipótesis en que la ley permita expresamente a la Administración la creación de derechos débiles o *affievoliti*. Sólo en tales casos, la introducción de la cláusula debilitará los derechos y precarizará en forma absoluta la relación jurídica que origina el acto⁴⁷. Aparte del caso anterior, cada vez que se esté ante supuestos legales de actos creadores de derechos subjetivos perfectos, la cláusula de precario no podrá remover la obligación de la Administración de indemnizar los daños y perjuicios.

Enseguida, cuando la ley prevea la dictación de actos administrativos que no crean derechos perfectos y que en principio requieran o presupongan la creación de una situación de confianza legítima, la inclusión de la cláusula destruirá la respectiva confianza, advirtiendo desde ya al beneficiario que la situación jurídica que se define será inestable, y que entonces los actos de disposición sobre su patrimonio serán también a propio riesgo y no indemnizables por la Administración⁴⁸. Este sería el efecto de la cláusula de precario en la situación en cuestión: “quebrar la situación de confianza y con ello el derecho a no soportar los daños”⁴⁹.

La cláusula de precario como elemento de ruptura de la situación de confianza legítima del beneficiario de actos administrativos no creadores de derechos merece, en todo caso, algunas precisiones. Por una parte, no debe asimilarse a la aceptación del beneficiario –como postulan algunas teorías–, pues “la eliminación de la indemnización no es una autorregulación de intereses entre Administración y particular, sino un supuesto objetivo de debilitamiento de la protección de la situación jurídica del particular, al margen de la voluntad de éste”⁵⁰. Por otra parte, la sola inserción de la reserva de revocación en el acto no destruye por sí misma la confianza legítima del particular, pues es todavía necesario cumplir con dos supuestos adicionales: uno, que la reserva se encuentre autorizada

⁴⁷ Cfr. Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 180. Por otra parte, como ya señalamos, en este caso se trataría más bien del cumplimiento de una condición resolutoria que del ejercicio de una potestad revocatoria.

⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 181.

⁴⁹ Cfr. *Ibid.*

⁵⁰ Cfr. *Ibid.*

expresa o tácitamente por la ley; y, dos, que la reserva establezca supuestos de revocación concretos y precisos. En este último caso, como señala Velasco Caballero, "una reserva que no incluye circunstancias revocatorias concretas no puede ser tomada en serio por su destinatario. Tal reserva no es capaz de encauzar la actividad económica del destinatario sopesando riesgos concretos de revocación. Ante una reserva de revocación genérica o en blanco el particular o bien asume la absoluta aleatoriedad de su situación (y entonces el acto no cumple función alguna), o bien desenvuelve una actividad normal, no concediendo a la reserva de revocación más importancia que el riesgo alejado o remoto de que, por razones de interés público, la Administración revoque el acto"⁵¹.

Se comprueba entonces cómo la intangibilidad del patrimonio y la confianza legítima –en tanto soporte fundamental de los principios de la indemnizabilidad de las lesiones patrimoniales y de la igualdad en las cargas públicas constituyen los dos ejes básicos que limitan la inclusión de cláusulas de precario en segundo grado en los actos administrativos.

3. Admisibilidad y validez de la reserva de revocación y sus requisitos

La regulación jurídica de la revocación, según hemos visto, está guiada por los siguientes principios constitucionales, a saber: legalidad (art. 19 N° 24 incisos 2° y 3° de la Constitución), intangibilidad de los derechos adquiridos (art. 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución), igualdad en las cargas públicas (art. 19 N° 20 de la Constitución) e indemnizabilidad de las lesiones patrimoniales causadas por la Administración del Estado (art. 38 inciso 2° de la Constitución). Pero en definitiva, los conceptos de propiedad, seguridad jurídica y confianza legítima sintetizan los límites fundamentales de la revocación, con y sin derecho a indemnización.

Como es obvio, estos principios no funcionan igual para el legislador que para la Administración. A nivel legislativo, las restricciones constitucionales mencionadas funcionan como grandes marcos conceptuales que la ley debe desarrollar sin vulnerar. Ello se traduce en que el legislador debe respetar las hipótesis regulatorias que por su naturaleza requieren de derechos perfectos y

⁵¹ Cfr. *Ibid.*, p. 182. Así, "la cláusula de revocación con circunstancias concretas tiene un doble efecto: quiebra la situación de confianza respecto de esas circunstancias determinadas (el particular se encuentra verdaderamente avisado de los riesgos de revocación), pero al tiempo consolida la situación de confianza respecto de cualquier otra circunstancia, y por ello en todos estos demás supuestos será precisa indemnización".

que, por lo mismo, su revocación constituye una expropiación con obligación de indemnizar. Por su parte, frente a situaciones que sin generar derechos subjetivos perfectos requieran de confianza legítima, debe contemplar su estabilidad y excepcionalmente la indemnización como responsabilidad de la Administración en caso de revocación. Finalmente, y sólo en última instancia, y frente a situaciones esencialmente pasajeras, temporales y poco relevantes desde un punto de vista jurídico-económico-social, puede crear supuestos de derechos débiles o precarizados, derogables sin derecho a indemnización de perjuicios⁵².

A nivel administrativo, la cuestión de la admisibilidad y la validez de la reserva de revocación se presenta en términos más complejos y, por lo mismo, deben descartarse los supuestos de reserva claramente legales y claramente ilegales, de las difíciles zonas grises en las que esta cláusula es materia de disquisiciones por parte de la doctrina (casos de reserva de revocación *praeter legem*)⁵³. Nos referimos a los supuestos de silencio de la ley y que constituyen el caso más cercano a una "reserva negocial". La doctrina discute la amplitud de su validez, pero, en términos generales, hay acuerdo respecto a que es inadmisibles en un acto reglado en su otorgamiento o en su contenido⁵⁴, limitándose así sólo a supuestos de discrecionalidad⁵⁵, salvo que con ella se otorgare un acto que de otro modo sería evidentemente denegado (aplicación del principio de la proporcionalidad). En lo demás, las reservas de revocación *praeter legem* se someten a los requisitos materiales que a continuación se establecen:

⁵² Ibid., p. 260. "El principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) o la garantía patrimonial (art. 33 CE) pueden impedir que la ley cree determinadas causas de revocación (piénsese en la posible inconstitucionalidad de una ley que disponga la revocación de concesiones por razones de oportunidad sin derecho a indemnización)". En el mismo sentido, García Luengo, *El principio de...*, p. 410.

⁵³ Así, debe puntualizarse que la reserva de revocación *contra legem*, esto es, en el caso que la norma legal prohíba expresamente la revocación o exija indemnización, es siempre nula. También es nula la reserva de revocación *intra legem*, que se da en aquellas situaciones en que la reserva busca crear supuestos de revocación nuevos, distintos a los definidos por la ley. Del mismo modo, la reserva de revocación *segundum legem* o permitida por la ley, es obviamente válida, aunque no por ello exenta de límites. Si su inserción en el acto administrativo es el resultado del ejercicio de un poder discrecional, entonces cabe aplicarle los límites normativos propios del ejercicio de la discrecionalidad y los criterios que mencionaremos para el siguiente caso.

⁵⁴ Cfr. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, T. I, p. 212. En nuestra jurisprudencia, existe un fallo que puede considerarse inscrito en esta línea; vid. R.D.J., T. 85, 1988, 2ª Parte, sección 50, p. 172, considerando 8º.

⁵⁵ Este es el único supuesto lógico válido de vinculación entre discrecionalidad y precariedad, lo que demuestra lo débil de la misma. En contra de la posibilidad de reserva de revocación en los actos de contenido discrecional, García Luengo, *El principio de...*, p. 411, nota Nº 148, quien la considera incluso aquí "un caso flagrante de autoatribución de potestades".

a) Adecuación al régimen de revocación general del ordenamiento jurídico

Tal como se indica en la teoría general de la revocación⁵⁶, la Administración del Estado carece de facultades para autoatribuirse potestades de revocación de los actos administrativos⁵⁷. Por lo mismo, las cláusulas de revocación *praeter legem* deben tener el respaldo de una potestad de revocación otorgada por el ordenamiento, ya sea expresamente, para el caso de precario en segundo grado, o al menos tácitamente, para el caso de precario en primer grado⁵⁸.

Por esta razón, y según lo indica Alessi, deben considerarse ilegales las reservas de revocación que convierten en susceptibles de revocación actos que de otro modo serían irrevocables y que hagan susceptibles de revocación sin derecho a indemnización actos que sólo lo serían con indemnización⁵⁹.

Pero no sólo se trata que la reserva de revocación no constituya una huida del régimen general de revocación, sino, además, que en los casos *praeter legem*

⁵⁶ En nuestra doctrina, sobre este tema, véase el magnífico libro de Hernán Olguín Juárez, *Extinción de los actos administrativos*.

⁵⁷ Cfr. Santamaría Pastor y Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo...*, p. 493: "Por ello, la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo el criterio de que la Administración carece de facultades para atribuirse por medio de dichas cláusulas el poder de revocar o modificar a su libre voluntad y sin compensación indemnizatoria el uso anormal concedido o autorizado".

⁵⁸ En el mismo sentido, Villar Palasí, citado por Desdentado Daroca, *El precario administrativo...*, p. 119, y también Sala Arquer, citado por García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, p. 183. Más enfático es Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, T. I, p. 173, quien expone que "esta noción [reservas de revocación] hace referencia a los supuestos en que la Administración, sin título legal de ningún tipo, incluye en los actos de reconocimiento de derechos una cláusula en virtud de la cual se autoatribuye la potestad de revocar en cualquier momento (y, normalmente, sin indemnización alguna) el acto dictado. Naturalmente, estas cláusulas de precario carecen de toda validez si su inserción no se encuentra expresamente amparada por una habilitación legal" (destacado nuestro). También, Grecco y Muñoz, *La precariedad...*, p. 41, expresan que "el ordenamiento no sólo exige que la cualidad de 'precario' del derecho adjudicado sea expresa; impone, además, que puede ser válidamente atribuida. Indicar que en el tenor del texto implicado la precariedad no puede ser indiscriminadamente conferida a cualquier acto atributivo de derechos, es casi una futilidad. Mayor complejidad, desde luego, presenta la cuestión relativa a determinar, concretamente, cuáles son los derechos que no tolerarían la cláusula".

⁵⁹ Tal como expone García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, pp. 181-182, "Alessi rechaza como fundamento de la potestad de revocación la simple autoatribución de la misma potestad, previamente, por la misma autoridad que emana el acto. Los supuestos en que se utiliza la reserva de revocación serían los siguientes: a) Hacer susceptibles de revocación actos irrevocables, lo que es imposible. b) Hacer susceptibles de revocación un acto por motivos diversos a los establecidos en las normas, lo cual tampoco es posible. c) Hacer posible la revocación sin indemnización en aquellos casos en los que sólo sería revocable con ella. Sin embargo, admite dicha posibilidad limitadamente en aquellos casos en que la norma, aún no atribuyendo directamente una potestad de revocación, autoriza la inserción de tal cláusula en actos que serían, de otro modo, irrevocables, y cuando, subsistiendo una genérica e implícita potestad de revocación, la inserción de la cláusula parece aconsejable desde el punto de vista práctico para evitar dudas al respecto". En el mismo sentido, Olguín Juárez, *Extinción de los actos administrativos...*, p. 220.

en que la Administración pueda insertarla, ella debe someterse a límites similares e incluso más intensos que los que corresponden al legislador. Con ello se quiere decir que la cláusula no sólo debe ser legalmente dictada, sino que, además, debe ser constitucional. No puede entonces agregarse la cláusula de precario a los casos en que ni la propia ley podría crear supuestos de precario en primer o en segundo grado.

En todo caso, es necesario aceptar la procedencia de la reserva de revocación, con y sin indemnización de perjuicios, como una atribución tácita de potestades en favor de la Administración, en todos aquellos supuestos de actos administrativos de contenido discrecional y esencialmente temporales, pasajeros o de escasa relevancia jurídico-económico-social⁶⁰. Por ello, según veremos más adelante, la precariedad en el dominio público tiene un carácter excepcional, y "opera normalmente sólo en situaciones originadas por autorizaciones y no por concesiones y viene marcada por caracteres netamente definidos, que inequívocamente remiten a la provisionalidad de la situación y a su intrínseca transitoriedad, conocida y aceptada por el beneficiario de la misma"⁶¹.

b) Conformidad de la reserva con la naturaleza de la actividad para la que habilita el título

Este requisito constituye, sin duda alguna, el límite más importante a la admisibilidad de la reserva de revocación. De acuerdo a éste, la reserva no es admisible en relación con actos que configuran una situación jurídica que requiere de estabilidad prolongada para permitir el cumplimiento de los fines y objetivos específicos del mismo⁶².

Según García de Enterría y Fernández, "si la potestad que se ejercita es discrecional, la reserva de revocación es, en principio, admisible siempre que se acompañe de una previsión en orden a la indemnización del beneficiario del acto. Si la finalidad de las reservas es excluir la indemnización y garantizar la absoluta libertad de la Administración (éste suele ser el caso de las llamadas cláusulas de precario que se incluyen en ocasiones en las concesiones del dominio público),

⁶⁰ Cfr. De Asís Roig, "Tres sentencias sobre...", p. 139, autor de acuerdo al cual "el carácter fundamentalmente práctico del precario obliga a admitir su aparición respecto de aquellos títulos que por su carácter excepcional o temporal acarrearán implícitamente un ius variandi o revocandi, en atención a los fines fundamentales a los que debe servir la cosa o la actividad respecto de la que se establece el título".

⁶¹ Martín Mateo, "La cláusula de precario...", p. 96.

⁶² Cfr. Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 260.

sólo cabe admitirlas en circunstancias excepcionales cuando se trata de situaciones efímeras por su propia naturaleza y planteamiento, es decir, en aquellos casos en que la finalidad propia del acto, según la norma en virtud de la cual se dicta, no es la de otorgar un verdadero derecho, sino sólo una simple tolerancia de carácter provisional⁶³.

Tal como se aprecia, esta restricción pone el acento en la adecuación que debe existir entre la finalidad para la cual ha sido otorgado el acto y la cláusula de precario. Si la función económica que cumple el mismo, especialmente en lo relativo a la exigencia de inversiones, adquisiciones, etc., no resulta compatible con la precariedad en segundo grado, entonces la misma no puede aceptarse. Situaciones jurídico-económicas que deben contar con estabilidad para su desarrollo no pueden ser precarizadas por la Administración insertándoles una reserva de revocación absoluta⁶⁴.

c) Respeto de los principios de la confianza legítima y de la intangibilidad patrimonial

Los derechos adquiridos constituyen indudablemente un límite al ejercicio de la potestad revocatoria. Por lo mismo, tratándose de actos administrativos creadores de derechos y/o de situaciones que requieran de durabilidad para el desarrollo de sus objetivos, la reserva de revocación no puede pugnar con los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e intangibilidad patrimonial⁶⁵.

La posición vicarial que caracteriza a la Administración en nuestro ordenamiento jurídico determina que, en general, los actos que dicte deben estar cubiertos por un principio de estabilidad que permita al receptor de los mismos confiar razonablemente en que dicha situación no se revocará, incluso aunque se le pague la correspondiente indemnización. Los principios de seguridad jurídica

⁶³ García de Enterría y Fernández, Curso..., T. I, p. 659.

⁶⁴ Cfr. Desdentado Daroca, El precario administrativo..., p. 122. García-Trevijano Fos, Los actos administrativos, p. 444, según quien, "el problema sustancial de estas cláusulas es el de su validez, pues solamente cabe sostener su mantenimiento cuando, por aplicación de los principios de adherencia a los fines de interés público que justifican la actividad de la Administración, dichas cláusulas aparecen efectivamente justificadas". También, Marienhoff, Permiso especial..., pp. 18-19: "No sería racionalmente concebible que quienes deseen ejercer actividades que, aparte de su trascendencia social, requieran la inversión de capitales elevados, deban hacerlo en base a un permiso de uso, cuya naturaleza jurídica no ofrece la suficiente estabilidad y seguridad para resguardar la inversión de capitales apreciables y para justificar los esfuerzos personales de hombres visionarios y laboriosos".

⁶⁵ Cfr. Parejo Alfonso (et al.), Manual de..., p. 744.

y de confianza legítima, más amplios que la integridad del patrimonio, exigen dicha permanencia y durabilidad.

Por lo mismo, y con mayor razón, la admisibilidad de una reserva de revocación que excluya la indemnización es un supuesto de difícil aceptación en el sistema de derechos constitucionales que nos rige.

Respecto a actos que otorgan derechos patrimoniales, tal como ya hemos señalado, los supuestos en que la Administración puede crear derechos débiles o *affievoliti* son excepcionales y deben estar expresamente atribuidos por el legislador. Como apunta Velasco Caballero, "el derecho patrimonial que otorga la concesión [actos creadores de derechos por excelencia] no puede ser debilitado ilimitadamente, hasta el punto de ya no ser reconocible una situación patrimonial estable"⁶⁶. Además, debe tratarse de hipótesis concretas, referidas a circunstancias previsibles, que puedan ser objeto de una precisa ponderación de riesgos por parte del receptor del acto y sólo relativas a circunstancias excepcionales de interés público o a situaciones efímeras por naturaleza⁶⁷.

Caso distinto se plantea cuando el acto no otorga inmediatamente un derecho de contenido patrimonial, sino que genera una situación de confianza legítima en el particular. En este supuesto, es la institución de la responsabilidad la que actúa como límite directo, y no el derecho de propiedad, el que sólo se mantiene como límite indirecto⁶⁸. De acuerdo a lo señalado, y como principio, la existencia de una situación de confianza legítima exige que las lesiones patrimoniales que sufra el particular como consecuencia del ejercicio de la revocación, le sean indemnizadas. Pero frente a ello, la reserva de revocación impide la generación de una situación de confianza en la permanencia del acto

⁶⁶ Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias...*, p. 262.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ En contra, según ya hemos señalado, García Luengo, *El principio de...*, pp. 456-459. En su opinión, dos razones llevan a oponerse a Velasco Caballero, y plantear siempre la indemnización como una hipótesis de expropiación: "La distinción que el autor propone, entre actos declarativos de derechos subjetivos de carácter patrimonial y actos que originan sólo una situación de confianza en su receptor, carece de solidez dogmática... La distinción descansa además en una concepción exclusivamente patrimonialista de los derechos afectados por la revocación, defecto en el que, como veíamos, cae también la legislación alemana en la que nuestro autor se inspira, que olvida que el problema de la revocación (pensemos, por ejemplo, en la revocación de una licencia) no son tanto los daños patrimoniales directos, sino el hecho de que se está limitando el ejercicio de un derecho adquirido en condiciones legales, comprobadas en el momento de la licencia o de la subvención (o en condiciones que generan seguridad jurídica en su continuidad), y esta limitación, en la medida en que fuere conforme con el ordenamiento y susceptible de ser compensada mediante una equivalencia económica, sólo puede entenderse como una expropiación... Admitir otra conclusión sería tanto como convertir todos los derechos sometidos a control administrativo en verdaderas situaciones de precario".

administrativo, eximiendo al Estado de su deber de indemnizar. En estos casos, "la eliminación de la confianza del particular es una agresión indirecta al derecho de propiedad"⁶⁹, situación que también impone límites a la cláusula de precario, "en concreto la exigencia de un contenido preciso y referido a circunstancias estrechamente vinculadas con el acto, no acontecimientos extraños"⁷⁰. No debe olvidarse que, según vimos, la sola inserción de la reserva de revocación en el acto no destruye por sí misma la confianza legítima del particular, pues es todavía necesario que la reserva se encuentre autorizada expresa o tácitamente por la ley y que se establezcan supuestos de revocación concretos y precisos.

V. CONCLUSIONES

Luego de presentar la cláusula de precario en el Derecho Administrativo, podemos a continuación analizar brevemente el significado de la precariedad en relación con los dos títulos básicos de ocupación demanial: el permiso y la concesión.

1. El permiso de ocupación de bienes de dominio público y la precariedad

De acuerdo a lo expresado en su oportunidad, el permiso de uso privativo es el acto administrativo por medio del cual se otorga, en forma exclusiva y excluyente, un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social sobre un bien de dominio público. En nuestro concepto, debe negarse su conceptualización como una mera tolerancia, y debe afirmarse su naturaleza eminentemente concesional, aunque distinguiéndolo de la concesión propiamente tal en cuanto remite a situaciones pasajeras, temporales y poco relevantes⁷¹.

De tal modo, los derechos que otorga el permiso son, por regla general,

⁶⁹ Ibid. pp. 262-263.

⁷⁰ Ibid., p. 263.

⁷¹ Recordemos que para quienes afirman que el permiso establece una situación de mera tolerancia, la comprobación de su revocabilidad resulta muy simple, pues ella no supone la remoción ni privación de ninguna clase de derechos subjetivos. El gran sostenedor de esta teoría es Mayer, Otto, op. cit. (n. 165), pp. 239-240, según quien, "el permiso, como acabamos de ver, es revocable por naturaleza, como consecuencia del hecho de que no crea un derecho subjetivo en favor del permisionario... La revocación se efectúa sin ningún derecho a indemnización para el interesado: la revocación es la condición natural e inherente a su situación sobre la cosa pública; debió contar con ella". Lo sigue de cerca Marlenhoff, Miguel S., Tratado del dominio público, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 332, y, el mismo, Permiso especial..., p. 10. Por el contrario, hay quienes conciben el permiso como concesión, y por ello, como acto creador de derechos subjetivos perfectos, razón por la cual rechazan por inconstitucional la revocación sin indemnización. Vid. Vergara Blanco, Alejandro, Informe Constitucional N° 141, 16 de agosto de 1991, pp. 5-6.

débiles o condicionados o *affievoliti*, lo cual permite que sean revocados por la Administración sin derecho a indemnización. Y más que el ejercicio de una potestad revocatoria, según lo visto, se trataría del cumplimiento de una condición resolutoria incardinada al acto. Se afirma así que los permisos de ocupación demanial son eminentemente precarios, y constituyen títulos menos enérgicos y reforzados que la concesión.

En todo caso, reiteramos aquí que la sola terminología usada por el legislador no decide el tema de la precariedad de los permisos. Debe siempre comprobarse in concreto una naturaleza transitoria, pasajera y poco relevante jurídico-económico-social en las ocupaciones que habilita el respectivo título, pues de lo contrario, y aunque el título se llame permiso, estaremos ante una concesión. Ya lo hemos dicho, pero no está de más insistir en el hecho, que la legislación es frecuentemente imprecisa en la terminología empleada para definir los institutos que ella misma crea, llamando autorizaciones o permisos a actos que en verdad son concesiones. Por ende, el nomen utilizado por la ley no debe llevar a confusión al jurista, quien, por el contrario, debe siempre calificar las instituciones de acuerdo a lo que son y no a lo que dicen ser.

Por último, cabe señalar que si bien los permisos son precarios y remiten inequívocamente a situaciones de manifiesta provisionalidad y transitoriedad, es también necesario recordar que la capacidad revocatoria de la Administración ha perdido la fuerza e intensidad que la caracterizaban en décadas pasadas. En la actualidad, la protección de la confianza legítima, de la seguridad jurídica y de la intangibilidad patrimonial, exigen modificar la concepción de las cláusulas de precariedad en forma favorable al individuo en su relación con la Administración.

2. La concesión de dominio público y la precariedad

De la misma manera que el permiso sugiere una situación eminentemente transitoria y revocable, la concesión no admite *prima facie* ni la revocación ni la ausencia de indemnización para el caso que la primera proceda. Sin pretender quedar prisioneros de la terminología usada por el legislador, la concesión, en cuanto acto administrativo típicamente creador de derechos subjetivos, recibe la protección directa de la intangibilidad de la propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución)⁷²,

⁷² Hay jurisprudencia en tal sentido. Vid. R.D.J., T. 84, 1987, 2ª Parte, sección 5ª, p. 92, considerando 9º: "que de lo expuesto cabe concluir que el derecho concedido al recurrente Sr. Labbé por el Decreto Municipal N° 116, de 1980, se encuentra amparado por la garantía constitucional N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República".

y de los principios de igualdad en las cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la Constitución) y de indemnizabilidad de las lesiones patrimoniales sufridas frente al ejercicio de poderes administrativos (artículo 38 inciso 2° de la Constitución). Tal como lo indica Forsthoff, "la concesión de utilización constituye un derecho (concesión) que, en principio, no puede ser suprimido. La concesión de utilización se refiere a aquellas clases de ocupación que producen un efecto duradero y afectan de modo especial a la constitución externa de la cosa"⁷³.

En efecto, si el permiso aparece en principio fácilmente revocable, y si dicha potestad puede ejercerla la Administración sin la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, la situación es precisamente la contraria para el caso de las concesiones. La concesión de dominio público, que regula el desarrollo de situaciones que requieren de estabilidad y durabilidad, genera por regla general derechos subjetivos perfectos a los titulares de ella. Por ello, "la concesión otorgada por la Administración sirve al concesionario como garantía de que su situación jurídica será respetada por los terceros y por la propia Administración. El Consejo de Estado ha declarado que la concesión administrativa implica una auto-limitación administrativa que provoca la intangibilidad de la situación jurídica derivada de la concesión"⁷⁴.

La demostración de lo anterior, a esta altura, no es difícil. Al igual que todo otro derecho patrimonial protegido en nuestro país con la garantía del artículo 19 N° 24, la concesión demanial se haya expuesta a ser revocada antes de tiempo por razones de interés público, pero siempre que se proceda a pagar al concesionario los respectivos daños y perjuicios que deba soportar a raíz del término anticipado. En este sentido, si las concesiones son revocables, lo son bajo el entendido que se reconoce a la Administración Central una potestad revocatoria-expropiatoria general, por razones de interés público, para dejar sin efecto las mismas antes de su vencimiento mediante resarcimiento de los daños que se causaren (sin perjuicio de exigirse en todo caso una norma legal que así lo establezca). Por lo demás, tal como lo hemos indicado, no sólo la intangibilidad del patrimonio determina dicho resultado normativo, sino también los principios de la seguridad jurídica y de la confianza legítima, pues las concesiones, en general, dan lugar a situaciones que requieren de estabilidad y prolongación en el tiempo (inversiones, adquisiciones, etc.), de modo que la revocación anticipada constituye una lesión patrimonial en contra el particular, la que debe ser indemnizada

⁷³ Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, p. 508.

⁷⁴ Lafuente Benaches, *La concesión de...*, pp. 77-78.

conforme a los principios de responsabilidad (artículo 38 de la Constitución) e igualdad de las cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la Constitución).

Entonces, en el ámbito de las concesiones de dominio público que habilitan ocupaciones estables y de largo tiempo, la cláusula de precario no es en el fondo más que una conversión de derechos realizada a través de un cauce distinto a la expropiación, y que sólo puede encontrar su justificación en la necesidad en el mantenimiento y preservación del destino primordial del dominio público.

Por lo mismo, y como regla general, la Administración no puede auto-atribuirse el poder de dar término a las concesiones de dominio público, y menos si busca con ello garantizarse una absoluta inmunidad en relación a la obligación de indemnizar. Como señala Martín Mateo, siempre habrá que “investigar el fin práctico, el resultado concreto perseguido con el negocio concesional e incorporado a su causa, más allá de la aislada virtualidad de los términos utilizados. No bastará con afirmar que una concesión se realiza a precario para obviar toda clase de responsabilidades futuras de la Administración; será preciso que su causa exija tal requisito y que otros términos de la concesión no anulen o invaliden aquella declaración. Si el precario en la concesión del dominio público tiene algún sentido, éste no puede ser otro que el mantenimiento del fin primordial del bien y no de cualquier interés público distinto o conveniencias administrativas ajenas”⁷⁵.

Debe insistirse en el hecho que la cláusula de precario es, por regla general, en el caso de las concesiones, una reserva de revocación, y que como tal requiere estar atribuida por el ordenamiento jurídico. Si las concesiones normalmente dan lugar a ocupaciones que requieren de estabilidad y prolongación en el tiempo, su revocación supone la “privación de propiedad”, y por ello debe sujetarse a los requisitos constitucionales establecidos para la expropiación, entre ellos la reserva legal. De conformidad a lo anterior, la potestad revocatoria de actos creadores de derechos perfectos deberá siempre estar atribuida por el ordenamiento, al menos en términos tácitos y tras un proceso de interpretación legal relativamente estricto.

Por el contrario y por las mismas razones, las antiguas teorías que afirman que todas las ocupaciones demaniales son esencialmente precarias, resultan hoy constitucionalmente insostenibles. Así por ejemplo, Reyes Riveros exponía en el año 1960 “que es de la esencia de toda ocupación la precariedad de ella”⁷⁶, y Silva

⁷⁵ Martín Mateo, “La cláusula de precario...”, p. 111.

⁷⁶ Reyes Riveros, Jorge, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*, Editorial Jurídica, Santiago, 1960, p. 321, donde además indica que “es una condición o supuesto de la existencia del uso especial su compatibilidad con el interés público; que el derecho del

Cimma aún señala que “la concesión y también el permiso son esencialmente revocables por acto unilateral de la autoridad”⁷⁷ y que “esta revocación unilateral no engendra, por otra parte, y necesariamente, el deber de indemnizar perjuicios al concesionario y cuya procedencia sólo puede derivarse de su establecimiento explícito en el acto de concesión, determinado exclusivamente por el principio de equidad, o por la circunstancia, derivada también de igual principio, de que el concesionario realizó obras admitidas por el concedente en el acto unilateral de concesión, de manera que se produciría un daño manifiestamente contrario a la equidad de no admitir, en caso de terminación anticipada, el derecho a indemnización”⁷⁸.

De más está insistir en la manifiesta disconformidad de dichas tesis tanto con la posición mayoritaria de la doctrina, como también con los principios constitucionales que tantas veces hemos citado. La conclusión final es entonces clara: “La validez material de la cláusula de precario será admisible, bien cuando el ordenamiento expresamente y de forma genérica lo establezca (hipótesis que, en realidad, convierte en superflua a la cláusula, ya que de todas maneras concurre una declaración formal de la norma), bien cuando la interinidad pueda ser deducida implícitamente del ordenamiento jurídico en atención a la peculiar estructura de la relación jurídica de la cual se trate”⁷⁹. Hacemos nuestra aquí y en forma plena la afirmación de Parada Vásquez, según el cual, “la arcaica construcción de la institución del precario administrativo como instrumento de exoneración de la responsabilidad patrimonial, y necesariamente dirigido a la indemnidad de la Administración en todo evento, pugna abiertamente y es irreconciliable con los principios inspiradores del ordenamiento positivo vigente del régimen administrativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración e irrevocabilidad *ex officio* de los actos administrativos”⁸⁰.

permisionario nació con la condición o supuesto de compatibilidad con el interés público en dichos bienes... En consecuencia, la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad no alcanza a proteger al concesionario en caso de revocación por mérito, ya que ella protege las propiedades vigentes y la del concesionario no la es, como no la es tampoco la sujeta a plazo o a otra modalidad ya cumplida”.

⁷⁷ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica, Santiago, 1995, p. 284.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 285.

⁷⁹ Grecco y Muñoz, *La precariedad...*, p. 43.

⁸⁰ Parada Vásquez, *Derecho Administrativo*, T. III (5ª ed., 1993), p. 82.