

REGIMEN JURIDICO DE LAS CONCESIONES MARITIMAS

Arturo Navarrete Tarragó

Abogado

PREFACIO

Nuestra tesis está orientada a hallar una conclusión válida que nos permita explicar los conceptos e instituciones jurídicas que rigen el sistema concesional marítimo. Como asimismo realizar propuestas tendentes a fomentar un procedimiento concesional eficiente y eficaz, orientado a conseguir el mejor aprovechamiento de nuestros bienes nacionales, contribuyendo de esta forma a crear las condiciones adecuadas para posibilitar grandes inversiones en esta área.

La concesión marítima es el acto que, a través del Ministerio de Defensa Nacional, crea derechos a favor de un particular sobre determinados bienes nacionales, otorgándole el derecho de uso y goce por un tiempo definido —producto de un procedimiento que se encuentra reglado— para que el concesionario realice en ellos las actividades de acuerdo al objeto de la concesión, sin menoscabo al bien común.

En esta tesis no se analizan las concesiones de acuicultura, ya que en enero de 1992 se publicó la Ley General de Pesca y Acuicultura y posteriormente, en julio de 1993, el Reglamento de Concesiones y Autorizaciones de Acuicultura, estableciendo un procedimiento distinto al de las concesiones marítimas.

El progreso alcanzado por nuestro país en la última década ha hecho necesario diversificar nuestras actividades, concentrándose una de ellas en nuestras costas, mar territorial, ríos y lagos. El masivo interés que ha generado el aprovechamiento de estas áreas, ha suscitado numerosos conflictos tanto entre particulares como de estos contra el fisco e incluso entre distintos entes u órganos, sean gubernamentales o no. A través de los años la legislación ha venido formando en Chile lo que podría llamarse un régimen de concesiones marítimas, régimen que no ha sido uniforme a través de su formación, tanto en sus conceptos e instituciones jurídicas, como en su tramitación.

Al analizar las hipótesis de trabajo que nos hemos fijado se puede apreciar en forma general el objeto de esta tesis y los temas que se tratarán, para intentar explicar el régimen concesional marítimo.

Las siguientes serán nuestras hipótesis de trabajo:

- 1ª. Determinar si se ha cumplido con el objetivo inicial de la normativa de concesiones marítimas. A través de los años, como explicaremos, se ha producido un cambio en cuanto a la importancia y uso de los bienes susceptibles de ser usados por un concesionario, puesto que inicialmente esta normativa tenía por función proteger estos bienes por razones de orden estratégico y, por ende, ejercer un control directo y permanente en nuestro litoral. En razón de ello las concesiones marítimas han estado bajo la tuición del Ministerio de Defensa Nacional.*
- 2ª. Analizar la desviación sufrida por la normativa concesional marítima. Por medio del estudio de la historia legislativa que dice relación con la afectación de los bienes nacionales susceptibles de ser usados por las concesiones marítimas, se ha llegado a concluir el creciente cambio de orientación, cada vez que se ha ido compatibilizando el interés estratégico del Estado con el de los particulares en cuanto al aprovechamiento de esta vasta zona con fines económicos.*

- 3*. La actual reglamentación de las concesiones marítimas y su legislación complementaria están orientadas a permitir un sistema concesional sin trabas que favorezca la inversión en el borde costero. *La legislación actual presenta varias críticas en cuanto a lo precario del derecho obtenido por el titular de una concesión marítima, lo que hace necesario plantear nuevas alternativas que posibiliten la inversión y de esta forma fomentar el desarrollo y mejor aprovechamiento de nuestro extenso litoral.*
- 4*. El actual régimen concesional marítimo permite coordinar el correcto empleo de los bienes nacionales de uso público en beneficio de toda la Nación. *Esta tarea ha de ser permanente en la búsqueda del adecuado equilibrio entre las necesidades de desarrollo económico y social del país, sin descuidar la importancia del nivel estratégico nacional de esta área, tanto desde el punto de vista económico como de la defensa y seguridad nacional, que es el espíritu de la normativa concesional marítima.*

INTRODUCCIÓN

Desde hace ya algunos años se aprecia un importante auge en la explotación de las riquezas existentes en el sector marítimo, fruto de múltiples factores; por un lado desde el punto de vista geopolítico, en cuanto a la importancia económica que ha alcanzado la zona del Asia Pacífico Sur (I); y por otro, el sostenido crecimiento económico del país que ha generado nuevas posibilidades de inversión, dentro de las cuales se encuentra la relacionada con la actividad marítima (II). Todo esto no puede desentenderse del desarrollo histórico de nuestra legislación, por cuanto es determinante para apreciar cuál fue la orientación de la normativa concesional marítima (III).

I. ASPECTOS GEOPOLÍTICOS DEL TERRITORIO MARÍTIMO CHILENO

Desde el descubrimiento de Chile, su condición geográfica ha dejado en evidencia que es un país esencialmente marítimo. La realidad de este concepto es, desde luego, de geografía, de ubicación en el continente, y de su posición privilegiada al tener la llave de los estrechos y pasos marítimos que hacen posible la unión de los océanos Pacífico y Atlántico, en el extremo austral de América. Sin embargo, cuando se habla de país esencialmente marítimo no observamos que el territorio terrestre sobre el cual se asienta su organización política esté ordenada para sacar ventajas de su condición marítima¹.

La geopolítica dice relación con la influencia básica de los factores geográficos en la creación y existencia de los Estados. De la influencia del mar en el ciclo vital del Estado en relación con los campos de su administración, planificación y desarrollo, considerando nuestra posición geográfica, surge la necesidad de

una doctrina oceanopolítica fundada en la influencia y gravitación permanente que ejercen los espacios oceánicos en la formulación de políticas nacionales, en todos los niveles de nuestra sociedad².

Nuestra forma geográfica continental es una larga y angosta faja de tierra, limitada por la cordillera al este y dando frente por el oeste al mayor espacio marítimo que existe entre todos los océanos del mundo, como lo es el Pacífico Sur Occidental. Este espacio marítimo definido como el territorio oceánico de Chile, es la continuidad de nuestros recursos naturales. Considerando además que nuestro transporte marítimo se desarrolla en toda la Cuenca del Pacífico y que se dirige, casi en su totalidad, hacia el espacio que la apreciación oceanopolítica ha denominado como el arco exterior del desarrollo. Tanto es así, que nuestro mayor volumen de exportaciones se está dirigiendo hacia el extremo norte de dicho arco, que está representado principalmente por Japón.

Al concluir la confrontación bipolar y las políticas de bloque y a partir del surgimiento de grandes macrorregiones económicas que se

¹ MARTINEZ BUSCH, Jorge. "El Territorio Oceánico de Chile y el Desarrollo Económico Nacional". Revista de Marina, N° 816, págs. 442-445, 1993.

² MARTINEZ BUSCH, Jorge. "La Geopolítica y la Oceanopolítica". Revista Chilena de Geopolítica, Vol. 5°, N° 3, págs 50 -53, 1989.

extienden de un modo más equilibrado en el planeta, la política internacional se ha desatlantizado³. En un contexto en que los factores internacionales están vinculados a la innovación científica-tecnológica, a la organización financiero-productiva y a la competitividad comercial, el amplio espacio que cubre la Cuenca del Pacífico ha pasado a ser percibido como el área económica más importante del planeta.

Esto debiera tener una incidencia muy grande en la revaloración del potencial marítimo de Chile. Nuestro desafío consiste en dejar de ser un país que vive de espaldas al mar y asumir en forma decidida la condición que nos ofrecen nuestros cuatro mil doscientos kilómetros de costa, que abre un horizonte al porvenir. Debemos aprender a apreciar nuestra condición de ser el país con la mayor extensión marítima del hemisferio en el Océano Pacífico, lo que nos demanda centrar nuestros esfuerzos en integrar nuestro litoral al desarrollo, así como nuestra proyección hacia la Cuenca del Pacífico.

Debemos asimilar el verdadero cambio sufrido por Chile al pasar de ser un país intramuros del Atlántico a país centro del Pacífico, la idea debe involucrar toda el área del espacio territorial, pero esto requiere un cambio de mentalidad. Hemos dejado de ser un país aislado por nuestras fronteras naturales, lo que antes el mar era lo que nos separaba del resto del mundo, hoy es lo que nos acerca. Esto nos exige aprovechar nuestra posición geográfica pasando a ser una eficiente sociedad de servicios, lo que hace necesario actuar antes que los crecimientos relativos de los espacios se acorten. Para lo cual debemos aprovechar nuestra mayor experiencia como Nación, ya que nos hemos ganado un puesto en el mercado internacional.

Además no nos debemos olvidar que los espacios terrestres del este, que representan el interland sudamericano o la zona intermedia de desarrollo, ubicada en el corazón del continente, son el norte de Brasil, Paraguay, Bolivia, Uruguay y el espacio interior argentino. Para estas zonas la manera más eficiente que sus productos salgan y lleguen desde y hacia el mercado Pacífico, es utilizando el territorio

chileno casi en su totalidad. Para lo cual es importante fomentar la construcción de vías que permitan concretar la formación de corredores bioceánicos, lo que debe ir acompañado con la respectiva infraestructura de puertos, servicios de aduanas, red vial, etc.

II. IMPORTANCIA ECONÓMICA

En una época en que el mundo es un gran mercado, la posición geográfica de un país frente a los centros de consumo y de producción es muy importante. Chile por el oeste enfrenta el mayor espacio marítimo que existe entre todos los océanos del mundo. El que debe ser utilizado como espacio natural de crecimiento y desarrollo en el siglo XXI, es un concepto cada día más concreto, sobre todo si se observa el creciente intercambio de bienes y servicios en el Pacífico.

Debemos aprovechar nuestra privilegiada posición y dar una valoración marítima que se impone como un elemento decisivo en nuestra estrategia de desarrollo. Parte de esa estrategia ha sido la apertura e integración a la economía mundial y el creciente proceso de internacionalización.

Nuestro espacio marítimo, que cuadruplica nuestra superficie, se ha impuesto como una fuente de recursos insospechada. Representando, las exportaciones de los productos marinos, una participación superior al 11,6% de las exportaciones nacionales⁴. El empleo en el sector creció alrededor de un 14%, llegando a dar trabajo a más de 122 mil personas. Todo ello ejemplifica la creciente participación del mar en nuestra economía.

Nuestro mar también cobra relieve en el contexto del desafío de la inserción internacional de Chile. Uno de los objetivos principales de nuestra política exterior es integrarse al espacio del Asia-Pacífico, actualmente uno de los focos más dinámicos de la economía mundial. Esta es una nueva frontera para lo cual el mar es el camino natural de comunicación e intercambio. Nuestra posición geográfica privilegiada nos permite también ser un natural puente hacia el Asia-Pacífico para otros países latinoamericanos.

³ BRAVO BRAVO, Luis. "Visión Geopolítica de Chile en el Pacífico". Revista Seguridad Nacional, N° 20, págs. 75 -89, 1981.

⁴ Informe del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Subsecretaría de Pesca. Enero a junio de 1996.

El borde costero constituye la continuidad natural y el vínculo de integración de partes sustantivas del territorio nacional, como son el terrestre y el oceánico, permitiendo la necesaria proyección de uno en el otro y que en el conjunto posibiliten un cabal aprovechamiento de sus potencialidades.

La zona costera del país plantea, asimismo, múltiples desafíos, pues constituye una franja sensible y activa, dados los efectos de la interacción existente entre las actividades marítimas y las terrestres, y viceversa. Ellas incluyen la pesca, la acuicultura, el transporte marítimo, el asentamiento poblacional, la extracción de recursos minerales, el turismo, los deportes náuticos y la recreación.

No podemos olvidar la importancia socio-política que representa la industria pesquera, sea como fuente de trabajo o de orden alimenticio, atendidas las proyecciones políticas y económicas a nivel global de la Nación.

Hoy más del 95% del comercio exterior chileno se transporta por vía marítima y estamos entre los principales países productores de harina de pescado, salmones y otros derivados de los recursos marinos, pero más allá de los proyectos en marcha se debe mirar a lo que no se ha hecho, porque nuestros recursos marinos correctamente aprovechados son fuentes de interesantes oportunidades de inversión.

Es tarea del Estado crear un marco regulatorio que permita un crecimiento dinámico de la actividad empresarial. Entre los avances de este campo están la incorporación del capital privado al desarrollo de la infraestructura, de las telecomunicaciones, de los programas de educación y el impulso al proceso de modernización marítima nacional.

Dicho esfuerzo debiera permitir convertir a Chile en una potencia emergente de características oceánicas, de modo que fundamente su poder y prosperidad en el desarrollo de los intereses propios de este orden bajo un marco marítimo; que proyecte al país en lo político, económico y cultural hacia aquellos Estados de ultramar, satisfaciendo intereses mutuos, siendo la explotación de los recursos marinos, el desarrollo aplicado de las ciencias del mar y la expansión de nuestra capacidad marítima, su base fundamental⁵.

⁵ MARTINEZ BUSCH, Jorge. "Política Oceánica Nacional, sugerencias para una formulación". *Revista de Marina*, N° 820, págs. 229-243, 1994.

III. HISTORIA LEGISLATIVA DE LAS CONCESIONES MARÍTIMAS

1. ANTECEDENTES HISPANOS

Mientras nuestro país formaba parte de las provincias españolas de ultramar, quedó regido en materia marítima por las disposiciones jurídicas de la metrópolis. Chile, al proclamar su independencia, se hallaba sometido a las "Ordenanzas de Grandallana", u Ordenanzas Generales de la Armada del Rey de España, dadas por el monarca Carlos IV, el 8 de marzo de 1793, que establecían en su art. 8° precisas disposiciones regulatorias respecto al "desembarazo de sitios que deben quedar francos para el uso de la artillería de las murallas, castillos y otras fortificaciones", a cargo de los Capitanes de Puerto. Dichas ordenanzas fueron citadas a su vez por la Novísima Recopilación de Indias y por la Real Cédula del mismo monarca, el 18 de septiembre de 1802.

Entraron en vigor en la novel República de Chile por Decreto Supremo Dictatorial, el 27 de julio de 1824, pese a que este decreto no fue promulgado, y por lo mismo, no pudo adquirir la fuerza jurídica que le habría correspondido. Sin embargo, rigió por error de hecho, puesto que en Chile se suponía vigente la Ordenanza de Grandallana, que había sido suspendida en España en 1806⁶.

2. ANTECEDENTES DE LA REPUBLICA

En 1848 se dictó la ley que fijó una organización política y administrativa especial para el territorio marítimo de la República, bajo la dependencia del Ministerio de Marina, comprendiendo toda la costa y mar jurisdiccional nacional en un solo departamento, dividido políticamente en áreas que se denominaron Gobernaciones Marítimas, las que se subdividirían en Subdelegaciones Marítimas, "como más conveniente a la matrícula de la gente de mar, a la mejor defensa de las costas", a la buena policía de los mares de la República "y a la protección de los intereses fiscales".

Posteriormente, en 1887, la Ley de Reorganización de Ministerios dejaba a cargo del

⁶ PASCAL GARCIA-HUIDOBRO, Enrique. "Derecho Internacional Marítimo", tomo II, *Academia de Guerra Naval*, pág. 53, 1986.

Ministerio de Marina "la división del territorio marítimo y la dirección de las oficinas destinadas a su servicio", asignándose idéntica función de la Subsecretaría de Marina, en su respectivo nivel político-administrativo, conforme lo señala el D.S. (M) N° 2.160, de 1892, que aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de ese órgano.

Tanto la división del territorio marítimo, originada en 1848, como la tuición de este cargo del Ministerio de Marina y de su Subsecretaría de Marina, se han mantenido plenamente en vigencia, con las modificaciones pertinentes a las vicencias de cada época, hasta nuestros días.

Con arreglo a la Ordenanza General de la Armada (título 7° del capítulo 5°) corresponde a la Autoridad Marítima todo lo concerniente a la policía, seguridad y limpieza de los puertos, y el art. 1° del Reglamento de 5 de octubre de 1887 atribuye igualmente a dicha Autoridad la policía del mar territorial y de los puertos⁷.

El D.F.L. N° 7.912, de 1927, que modifica la Ley de Ministerios de 1887, dispone en su art. 9°, letra b), que al Ministerio de Marina corresponde "la concesión de varaderos y playas y el permiso para construir obras e instalaciones de este orden", así como "la supervigilancia de las islas no sujetas a jurisdicción administrativa inmediata".

Por su parte, a la Dirección General del Territorio Marítimo (en adelante, D.G.T.M.), creada conforme la Ley N° 1.060, de 1898, se le reglamentaba su quehacer por el D.S. (M) N° 1.377, de 1919, contemplándose en su art. 328 "la tramitación y archivo de los expedientes por establecimiento de chatas, boyas, muelles y demás permisos que se relacionen con las playas del litoral".

3. COMPETENCIA PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES MARITIMAS

En 1931, el D.F.L. N° 210, establece que el Ministerio de Marina tendrá el control de las playas y terrenos de playa para su arrendamiento, reglamentándose sus disposiciones mediante el D.S. (M) N° 1.500, del mismo año.

⁷ Contienda de competencia. Juez de letras de Lautaro con Capitán de Puerto de Coronel. Revista de Derecho y Jurisprudencia, N° 5, segunda parte, págs. 241-245, 1904.

A su vez, en 1935, mediante el D.S. (M) N° 1.686, se aprueba un nuevo Reglamento Orgánico para la D.G.T.M., en el cual se incluye dentro de las funciones de la Sección Capitanías de Puerto "y la atención de las concesiones marítimas".

En 1950, por D.S.(M) N° 1.293, se actualiza el Reglamento General sobre Concesiones Marítimas de 1949, con una amplia pormenorización de sus materias, creándose, además, una Sección de Concesiones Marítimas, dependiente de la D.G.T.M., materia que con ello asume desde entonces una posición orgánica funcional especializada dentro de la Dirección General de ese Servicio.

En 1953 se dicta el D.F.L. N° 292, que fija la funcionalidad y autonomía decisional de la D.G.T.M., disponiéndose que, entre otras materias, corresponde a este Servicio "ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con estas en el mar, ríos y lagos, de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de las islas, cuyo control y fiscalización otorgan las leyes al M.D.N. (M)", ello, sin perjuicio de la jurisdicción que, como órgano del Estado le asigna el art. 6° del referido D.F.L.

La funcionalidad de la D.G.T.M. se renueva con la ley N° 18.011, de 1981, que en su art. 5° reemplaza el art. 3° del D.F.L. N° 292, de 1953, sobre este particular, ratificándola en su casi integralidad, quedando así, además, al amparo de las normas constitucionales de 1980.

En 1960, el D.F.L. N° 340 reemplaza al D.F.L. N° 210, de 1931, recogiendo en este vigente cuerpo legal la experiencia más que centenaria del Estado respecto de las concesiones marítimas, fluviales y lacustres a cargo del M.D.N. (M) en su plano político gubernamental, y de la D.G.T.M. en lo operativo o de ejecución.

Posteriormente, en 1968, se readecua el Reglamento General sobre Concesiones Marítimas, con el D.S. (M) N° 223, lo que igualmente acontece en 1988, a través del D.S. (M) N° 660, disponiéndose con ello de un texto reglamentario vigente y actualizado. En diciembre de 1994 se modifica nuevamente el Reglamento sobre Concesiones Marítimas, por el D.S.(M) N° 476, buscando facilitar el mecanismo de solicitud de concesión y reducir el tiempo de tramitación de las mismas.

4. ACTUAL REGULACION NORMATIVA DE LAS CONCESIONES MARITIMAS

Actualmente las concesiones marítimas están reguladas en el D.F.L. N° 340, sobre Concesiones Marítimas, de 6 de abril de 1960, y su reglamento fijado por Decreto Supremo (M) N° 660, de 14 de junio de 1988, modificado posteriormente por Decreto Supremo (M) N° 476, de 14 de diciembre de 1994.

PRIMERA PARTE

TEORÍA DE LA CONCESIÓN MARÍTIMA

En esta primera parte se hará una exposición de la situación general de las concesiones marítimas en nuestro derecho vigente. Para una mayor comprensión se expondrán previamente los conceptos jurídicos referentes a la teoría del dominio público y el vínculo que tiene el Estado con los bienes nacionales de uso público. Se analizará además la historia legislativa y la legislación actual, lo que permitirá entender de mejor forma el derecho vigente.

CAPÍTULO I

EL DOMINIO PÚBLICO SOBRE LOS BIENES SUSCEPTIBLES DE CONCESIÓN MARÍTIMA

1. Teoría del dominio público y afectación

El vínculo jurídico que tiene el Estado con ciertos bienes es denominado, por parte de la doctrina, dominio público. Cabe señalar que no es tarea de esta tesis analizar esta teoría, por ello solamente nos limitaremos a hacer una breve exposición sobre la relación jurídica entre el Estado con el dominio público en general.

Desde una perspectiva civilista no se pueden explicar las instituciones del derecho administrativo, ni tampoco el vínculo del Estado con los bienes públicos; ya que, para el derecho administrativo, lo importante no dice relación con la titularidad de estos bienes, sino que con las potestades de administración que se tienen sobre ellos.

Por consiguiente, no interesa determinar quién detenta la titularidad de los bienes, sino

la finalidad que cumplen y si es pública le otorgará al bien tal carácter. Estos bienes públicos no son del Estado, siendo este el mero administrador, con las facultades o potestades que se quiera, pero su principal función es entregar su uso a la comunidad⁸. La finalidad pública que justifica su inclusión en tal categoría se logra precisamente a través del otorgamiento de derechos reales administrativos a favor de los particulares, para su uso o aprovechamiento común o particular⁹. Y es así como surge el procedimiento concesional marítimo que se establece para otorgar derechos que dicen relación con el derecho creado, con su naturaleza jurídica, contenidos y efectos.

De esta forma se busca conjugar, armoniosamente, la potestad del Estado con el derecho del particular al uso, porque el Estado no podrá siempre arrogarse el uso exclusivo de los bienes que son, más que del Estado, públicos.

Afectación de los bienes públicos

Los bienes nacionales de uso público, como los bienes fiscales, forman parte de lo que se ha llamado dominio público. El problema de la naturaleza jurídica, de estos bienes, no dice relación con la titularidad, sino con su afectación.

Es la afectación una figura instrumental que opera por los medios normales del derecho y en virtud de la cual se hace integrar un bien dentro de la categoría del dominio público. La afectación debe hacerse de manera expresa, siendo por ello necesaria una ley¹⁰.

La finalidad de la afectación dice relación con las finalidades que ha de cumplir el dominio público siendo estas muy cercanas a las propias de la actividad administrativa que tienen como justificación, en forma amplia, el interés público. Y es este interés el que justifica el otorgamiento de derechos reales de uso a favor de los particulares, a través de la conce-

⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera". Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, págs. 138-139, 1990.

⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Principios y Sistema del Derecho Minero, Estudio Histórico - Dogmático", Editorial Jurídica de Chile, pág. 205, 1992.

¹⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera". Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, pág. 153, 1990.

sión, le autoriza además para que, en uso de sus facultades interventoras, dicte a su respecto medidas tendentes a su protección. Así, se materializa la estrecha relación del dominio público con las funciones de la Administración, especialmente con sus potestades.

Una vez afectado los bienes de dominio público pasan a tener la categoría de bienes inalienables e imprescriptibles, con matizaciones, del mismo modo se trata de un dominio inembargable. El dominio público nunca se traspaasa al particular como tal, sino que continúa siendo, en forma absoluta y exclusiva, administrado por el Estado, en razón del interés público envuelto¹¹.

2. *Legislación chilena en cuanto al vínculo del Estado con los bienes nacionales de uso público llamados "marítimos"*

La naturaleza jurídica del vínculo que existe entre el Estado y los bienes de dominio público está formulada casi como una verdadera propiedad, cuyo titular es precisamente el Estado representado por sus distintos organismos, pero luego se asocia a un interés general. Esta vinculación del Estado con ciertos bienes en los cuales hay envuelto intereses públicos, de donde surgen potestades estatales, son llamados no sólo a ser usados, gozados y dispuestos por él, sino que prioritariamente, aun cuando en forma individual, por los particulares, pero a través de reglas impuestas por el Estado¹².

Este vínculo de índole público con relación a las concesiones marítimas está fundado en las facultades de control, fiscalización y supervigilancia que el D.F.L. N° 340, de 1960, en el art. 3°, otorga a la Subsecretaría de Marina. Desde los comienzos de nuestra vida republicana se han entregado estas facultades al Ministerio de Defensa Nacional (M), dejando bajo su tuición bienes nacionales del territorio acuático.

Tal accionar responde en un principio, exclusivamente, a necesidades estratégicas de la defensa nacional, las que han ido conjugándose en un balanceado equilibrio con las necesi-

dades de desarrollo económico y social del país. La normativa legal y reglamentaria de las concesiones marítimas ha sido permanentemente renovada, adecuándose a los requerimientos de los cambios administrativos, técnicos y operativos, pero sin modificar el espíritu que la inspiró.

Dentro de la historia de las leyes y decretos leyes relativos a la administración de los bienes nacionales, tanto los de uso público como fiscales, se ha observado un renovado y creciente énfasis en orientar las concesiones marítimas a obtener un mayor y mejor aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran relacionados con la actividad marítima, sin descuidar la importancia de nivel estratégico nacional de esta área, tanto del punto de vista económico como de la defensa y seguridad nacional¹³.

El carácter eminentemente evolutivo en lo empresarial y permanente en lo estratégico del frente marítimo nacional es la característica que ha representado, centenariamente, la designación del Ministerio de Defensa (M) para el control, fiscalización y supervigilancia del territorio acuático nacional, y el otorgamiento de concesiones y destinaciones para el uso y goce en cualquier forma de sectores específicos.

A) Bienes nacionales de dominio público

En materia de bienes vinculados al Estado, es el Código Civil el principal cuerpo jurídico, y de sus concepciones han partido los desarrollos de las leyes posteriores, sean de índole administrativa o no¹⁴.

¹³ Arts. 5° y 6° del D.L. N° 1.939, de 1977, con sus posteriores modificaciones: Ley N° 18.225, de 1983 y Ley N° 18.523, de 1986; Ley N° 19.072, de 1991 y Ley N° 19.256, de 1993. En los antecedentes relativos a la historia de la Ley N° 18.225 se señala que tal modificación ha tenido por objeto "Cumplir con las necesidades de que el Estado, por razones de orden estratégico y de seguridad nacional, ejerza un control directo y permanente en nuestro litoral, no sólo hasta donde alcanza el agua en sus más altas mareas, sino que también en los denominados terrenos de playas fiscales, definidos como aquellos comprendidos dentro de una franja de 80 m de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral".

¹⁴ LIRA URQUIETA, Pedro. Nota al Código Civil en "Obras Completas" de Bello, N° 851, 12, en el título III, "De los Bienes Nacionales" señala: "Aquí hay preceptos no únicamente civiles, sino administrativos, y aun de sabor internacional", pág. 413, 1954.

¹¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Principios y Sistema del Derecho Minero, Estudio Histórico - Dogmático", Editorial Jurídica de Chile, pág. 249, 1992.

¹² VERGARA BLANCO, Alejandro. "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera". Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, pág. 152, 1990.

En el Título III del Código Civil, "De los Bienes Nacionales", se han establecido diversos bienes, clasificándose en bienes nacionales de uso público y bienes fiscales. En su art. 589 establece la diferencia entre dichos bienes:

Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público o bienes públicos*.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman *bienes del Estado o bienes fiscales*.

Con respecto a los bienes nacionales de uso público para que sean considerados como tales deben estar necesariamente afectados a un uso público y respecto a los bienes fiscales estos deben estar destinados al uso indirecto de los habitantes, es decir, deben estar afectados a un servicio público en particular.

B) Clasificación de las aguas

Las aguas se dividen en marítimas y terrestres. Las marítimas se subdividen, a su vez, en el *mar territorial de 12 millas*, la *zona contigua de 24 millas* y la *zona económica exclusiva de 200 millas*, todas estas son bienes de dominio público que están bajo la tuición del M.D.N. (M).

Respecto de las aguas terrestres, hay una parcial dominicalización o publicación de ellas, existiendo aguas terrestres de dominio público y otras de dominio privado, lo que hace más difícil su distinción. Las aguas terrestres se subdividen en:

- a) *Aguas*: Son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho real de aprovechamiento que consiste en el uso y goce de ellas en conformidad a las reglas que prescribe el Código de Aguas.
- b) *Lagos*: Legalmente, los lagos se dividen en nacionales de uso público y de propiedad particular. Los primeros son los que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas. Y los que no cumplen este requisito pertenecen a la segunda categoría, y su propiedad, uso y goce pertenecen, como dice el art. 597 del Código Civil, a los propietarios ribereños.

Los lagos situados en terrenos fiscales serán nacionales de uso público si pueden navegarse por buques de más de cien toneladas y serán bienes patrimoniales del Estado si no cumplen con esta condición.

La clasificación en el art. 597 ha tenido por objeto segregar del dominio privado aquellos lagos que por su magnitud y profundidad pueden prestar al público servicios como los de la navegación, pesca y acuicultura, entre otros.

El legislador ha necesitado tomar una base para distinguir los lagos en que pueden prestar utilidad pública y ha creído encontrarla en la susceptibilidad de la navegación por buques de más de cien toneladas, ya que no era posible dejar todos los lagos vinculados al dominio del propietario del suelo.

El Código Civil habla de navegación por buques de más de cien toneladas. Navegar es viajar, recorrer alguna distancia en una embarcación, navegar es más que flotar. No basta que en un lago pueda flotar un buque de más de cien toneladas para que se diga que el depósito de agua es navegable por buques de esa capacidad.

- c) *Ríos*: Los ríos navegables por buques de más de cien toneladas son bienes nacionales de uso público, así como también la extensión de los ríos que no son navegables por buques de dicho tonelaje, en que estén afectados por las mareas.

Los lagos y ríos caen bajo las facultades de la D.G.T.M., puesto que el D.F.L. N° 292 de 25 de julio de 1953, en su art. 3°, letras b), e) y m), entrega a esta dirección "el estudio de la organización y desarrollo del transporte marítimo, fluvial o lacustre"; lo mismo que las funciones de policía "marítima, fluvial y lacustre". Asimismo, la fiscalización y control de las playas "en el mar, ríos y lagos", al igual que las rocas, fondos y porciones de agua "dentro de las bahías, ríos y lagos".

La ley establece que corresponde a todos los particulares, sin excepción alguna, el uso y goce de los bienes nacionales de uso público. Sólo se les puede privar de este derecho, en virtud de una ley que entregue el uso exclusivo de los bienes nacionales de uso público, a un tercero, pero esta concesión debe tener como objeto el interés general de la comunidad, sin afectar derechos ajenos.

3. Marco jurídico de la administración de las concesiones marítimas

A) Breve síntesis histórico-legislativa

Desde los inicios de nuestra vida como país independiente, la administración de los bienes nacionales ha sido una de las principales preocupaciones del Gobierno y Parlamento, lo que se representa con las diversas leyes y decretos supremos que regulan esa materia, de las cuales se citan a continuación las más señeras:

La Ley Orgánica de Ministerios de 1833, en su art. 4º, N° 4, disponía que correspondía al Ministerio de Hacienda "la administración y conservación de los bienes nacionales y mostrencos, y todo lo relativo a baldíos". O sea, los bienes nacionales de uso público y fiscales, los bienes sin dueño conocido que pasan al Estado y los bienes yermos y estériles que no se labran.

Reorganizados los Ministerios por ley del 21 de junio de 1887, en su art. 5º, N° 4, se dispuso que correspondía al despacho del Departamento de Hacienda "lo concerniente a los terrenos baldíos y demás propiedades fiscales cuya administración y conservación no estén especialmente encomendados a otro departamento y el inventario de todos los bienes nacionales de cualquier naturaleza que sean".

El D.F.L. N° 7.912, de 1927, que reorganiza los Ministerios de Estado, asigna en su art. 6º, letra d) al Ministerio de Hacienda todo lo relativo a los bienes nacionales y baldíos que no corresponda expresamente a otro Ministerio; y en su letra e), "la custodia, registro e inventario de los bienes nacionales".

Asimismo, en el art. 9º, letra b) del mismo D.F.L., se asigna al Ministerio de Marina "el estudio, construcción, conservación y explotación comercial de los puertos, muelles, pescantes y demás obras fiscales relacionadas con el embarque y desembarque de mercaderías"; y en su letra c), "la concesión de varaderos y playas y el permiso para construir obras e instalaciones de este orden".

Por D.F.L. N° 243, de 1931, se establecen los Departamentos de Estado a la sazón, incluyendo al Ministerio de Tierras y Colonización, a quien se transfieren las facultades de administración general del Estado pertinentes a la tuición sobre los bienes nacionales. En 1953, mediante el D.F.L. N° 336, se refunden y sistematizan esas facultades y se dispone que

tales funciones serían ejercidas por ese órgano superior "sin perjuicio de las excepciones legales". Dentro de ellas estaban las normas específicas respecto de las concesiones marítimas, asignadas por el D.F.L. N° 210, de 1931, al Ministerio de Marina.

En 1977 se dictó el D.L. N° 1.939, que fija las normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, ratificándose que la facultad del Presidente de la República a este respecto se ejercerá por intermedio del Ministerio de Tierras y Colonización, "sin perjuicio de las excepciones legales".

Por D.L. N° 3.274, del 25 de marzo de 1980, se da una nueva estructura al Ministerio de Tierras y Colonización, que pasa a denominarse "Ministerio de Bienes Nacionales", asignándosele todas las funciones y atribuciones de aquel, lo que se reglamenta mediante el D.S. (BB. NN.) N° 386, del 17 de julio de 1981¹⁵.

B) Bienes nacionales sujetos a la administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina

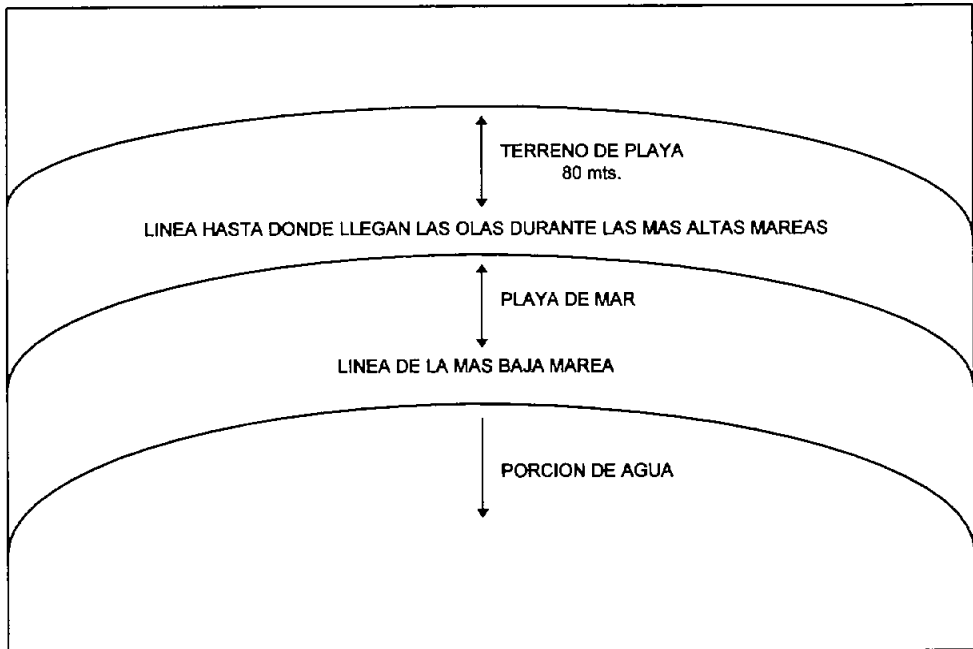
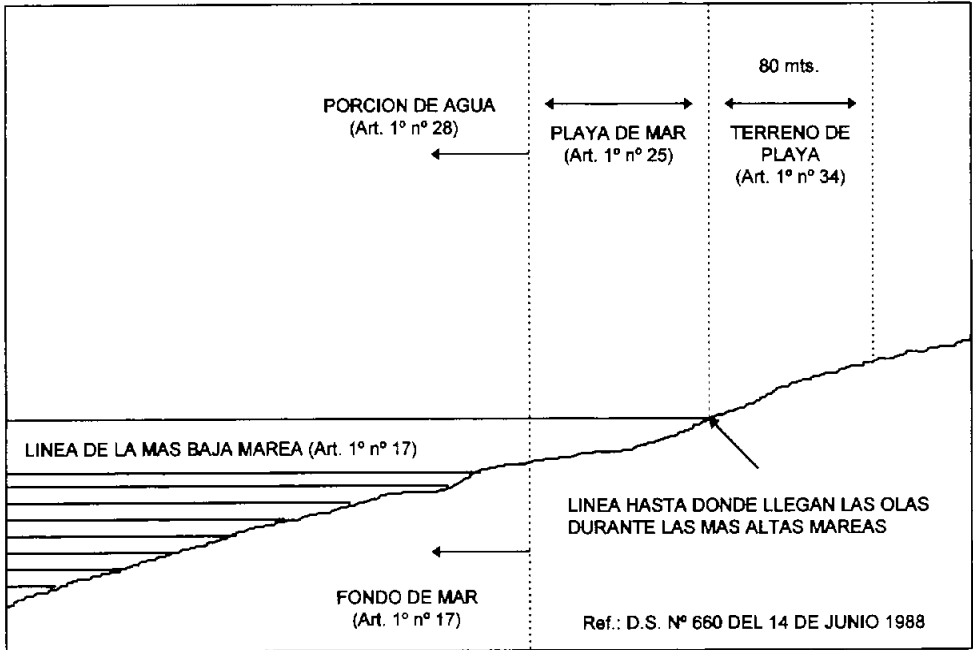
Es facultad privativa del Ministerio de Defensa (M) otorgar el uso particular en cualquier forma de las playas y terrenos de playa, a través de concesiones marítimas, de tal manera que esta prerrogativa ha de entenderse dentro de las excepciones legales que contempla el D.L. N° 1.939, de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposiciones de Bienes del Estado, en su art. 1º: Las facultades de adquisición, administración y disposición sobre los bienes del Estado o fiscales que corresponde al Presidente de la República, las ejercerá por intermedio del Ministerio de Bienes Nacionales, sin perjuicio de las excepciones legales.

El D.F.L. N° 340, de 1960, sobre Concesiones Marítimas, constituye una de las "excepciones legales" a que se refiere el texto legislativo anterior, pues en su art. 1º otorga al Ministerio de Defensa el control, fiscalización

¹⁵ Al respecto, es de sumo interés ver los dictámenes de la Contraloría General de la República N° 010/152, de 5 de marzo de 1980; N° 04/125, de 30 de octubre de 1980; y N° 20.815, de 4 de septiembre de 1985, sobre las potestades de los Ministerios de Bienes Nacionales y de Defensa, en relación a los bienes nacionales bajo sus correspondientes competencias.

ANEXO A

PLAYA DE MAR O LITORAL



y supervigilancia de toda la costa y mar territorial de la República y de los ríos y lagos que son navegables por buques de más de cien toneladas.

Corresponde al M.D.N. (M) la administración de los siguientes bienes de acuerdo a como lo establece el art. 2° del D.F.L. N° 340, de 1960¹⁶:

- a) *Bienes nacionales de uso público*: Playas de mar; fondos de mar; porciones de agua dentro y fuera de la bahía; rocas; respecto de los mismos bienes señalados anteriormente, en los ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas; o en los ríos que no sean navegables por buques de dicho tonelaje comprenderá sólo sobre la extensión en que estén afectados por las mareas.
- b) *Bienes fiscales*: Terrenos de playa fiscales dentro de una faja de 80 m medidos de la línea de más alta marea de la costa del litoral; terrenos fiscales riberaños de ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas; o en los que no siéndolos en la extensión en que estén afectados por las mareas, hasta la distancia de 80 m medidos desde donde comienza la ribera; y mejoras fiscales.

La administración se materializa mediante el ejercicio de la facultad privativa que le entrega la ley para conceder el uso particular de tales bienes. Los bienes nacionales de uso público antes indicados, por su naturaleza, no son susceptibles de dominio privado.

Por su parte, respecto de los terrenos de playa fiscales, ubicados dentro de la franja de 80 m medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral, el art. 6° del D.L. N° 1.939, de 1977, prohíbe su enajenación a cualquier título, señalándose que estos sólo son susceptibles de actos de administración por el M.D.N. (M)¹⁷.

Excepcionalmente los terrenos de playa fiscales pueden ser transferidos, previo informe favorable de la Comandancia en Jefe de la Armada, en los siguientes casos:

- a) Los situados en la X y XI regiones, a personas naturales chilenas, en las condiciones señaladas por el art. 6° mencionado; y

- b) A personas jurídicas chilenas, sin fines de lucro, cuyo objeto sea el cultivo o propagación de las letras o de las artes, quedando las entidades beneficiadas impedidas de enajenarlos o gravarlos.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO CONCESIONAL MARITIMO. SU ESTRUCTURA

1. Teoría de la concesión

La concesión es, antes que nada, dentro del procedimiento, un acto de la Administración, en virtud del cual se crean derechos a favor del particular, que surge producto de un procedimiento administrativo que se encuentra reglado, cuya tramitación consiste en una serie de actos-trámites, los cuales, necesariamente, deben llevar un acto final denegatorio u otorgatorio de la concesión respectiva¹⁸.

A través de la concesión, la Administración entrega un derecho nuevo al interesado, que emana de leyes mediante las cuales el Estado, en beneficio del interés público y con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas, autoriza a un particular el uso de un bien nacional de uso público o un bien fiscal, por un plazo determinado, fijándose detalladamente las diversas condiciones, modalidades y regulaciones de distinto orden a que debe ajustarse el concesionario y los deberes y derechos del mismo frente a los particulares, y facultándose a la Administración para declarar caducada la concesión en ciertos casos. Esta concesión no puede ser calificada como contrato de derecho privado, porque es un acto de derecho público o administrativo¹⁹. De modo que no pueden serle aplicables las disposiciones del Código Civil sobre contratos, ya que la voluntad del Estado ha sido la única revestida de valor jurídico en la relación creada por la concesión, la voluntad del concesionario aceptó la relación, pero no concurrió a formarla jurídicamente.

¹⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. "La concesión eléctrica, procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Proposiciones concretas de cambios legislativos". Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 3, pág. 495, 1994.

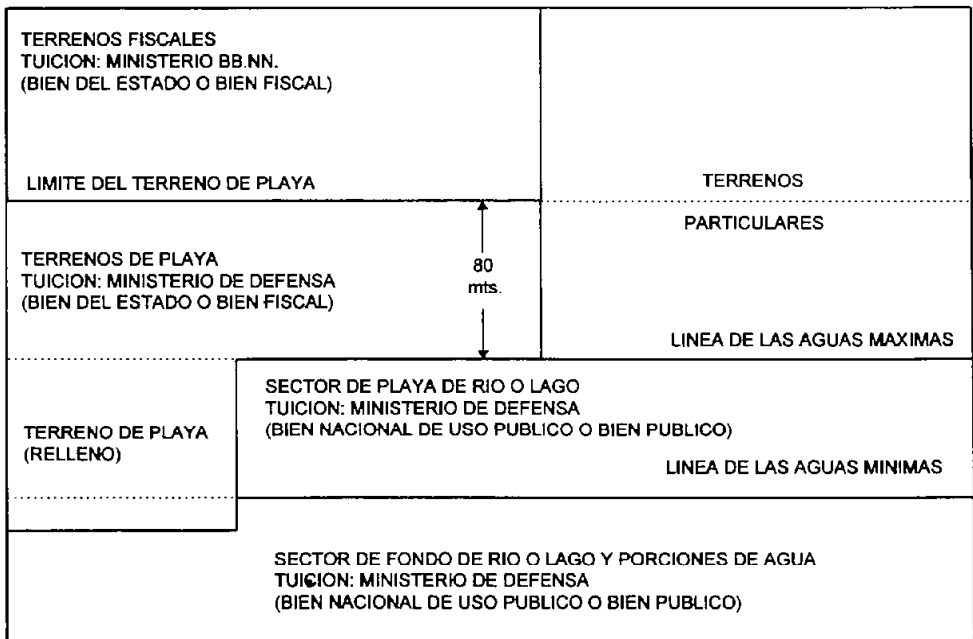
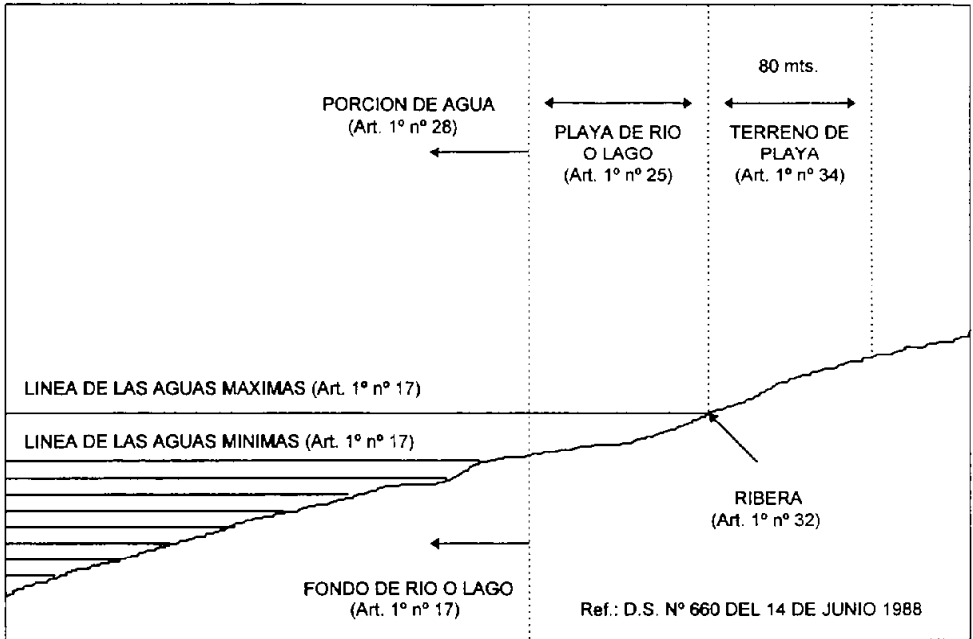
¹⁹ Casación en el fondo. Testart con Fisco. Concesión de aeronavegación comercial. Revista de Derecho y Jurisprudencia, segunda parte, sección primera. págs. 513-538, 1947.

¹⁶ Véanse en esta tesis, los Anexos A y B.

¹⁷ Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.815, de 4 de septiembre de 1985.

ANEXO B

PLAYA DE RIO O LAGO



El Estado sólo consideró el interés público como primordial y determinante, y solamente en forma subsidiaria tomó en cuenta el interés particular favorecido con ella. La actividad administrativa tiene como fin directo el cuidado del interés público, debiendo obrar la Administración como autoridad, según la norma de derecho público; todo esto revela la calidad de acto de imperio del acto de concesión. Si tal acto es de imperio, no es concebible que en su formación participe el privado concesionario.

El concesionario es, en el fondo, un colaborador de la Administración en cuanto a la explotación del dominio público o la gestión de un servicio público, por ejemplo. Así, a través de la institución de la concesión, tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para compatibilizar sus dos intereses propios, el interés del particular de adquirir un derecho de uso, y satisfacer así su deseo de obtener ventajas personales; y el interés del Estado de satisfacer el interés público, permitiendo y promoviendo el uso de los recursos naturales, sin menoscabo del interés común²⁰.

Del acto administrativo "concesión" surgen múltiples derechos subjetivos en favor del concesionario, que este puede hacer valer con respecto al propio Estado y a cualquier persona natural o jurídica, que la concesión confiere. Estos derechos no pueden ser desconocidos, abrogados o violados, sin la correspondiente indemnización en tal evento, lo que significa que frente al acto administrativo "concesión" hay que considerar la relación entre la Administración y el concesionario, que se forma en virtud de las prestaciones de carácter económico que recíproca y obligatoriamente pueden ambas partes establecer, esto último representa una solución de justicia que hace nacer la precariedad del título que adquiere el concesionario por el acto del Estado cedente.

La concesión permite elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga; 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, a la vez, el ejercicio de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, estimándose subentendida la facultad del Estado de poner fin en cualquier momento, mediante la declaración de caducidad, siempre que el interés público superior así lo aconseje. La Administración no puede renunciar en caso alguno a esta facultad, ya que no le sería lícito desprenderse de las atribuciones inherentes a su autoridad.

2. *Las concesiones marítimas y su aplicación general*

La concesión marítima es el acto que, a través del Ministerio de Defensa Nacional, crea derechos a favor de un particular sobre determinados bienes nacionales de uso público o fiscales, otorgándole su uso y goce por un tiempo definido —producto de un procedimiento que se encuentra reglado— para que el concesionario realice en ellos las actividades de acuerdo al objeto de la concesión, sin menoscabo al bien común.

El régimen legal sobre concesiones marítimas de las playas y terrenos de playas se contiene fundamentalmente en el D.F.L. N° 340, de 1960. Según sus arts. 2° y 3° es facultad privativa de la Subsecretaría de Marina conceder el uso particular en cualquiera forma, de las playas y terrenos de playas fiscales y otorgar las demás concesiones marítimas sobre los bienes que se encuentran en estos lugares, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión.

Si estas concesiones son conferidas por un plazo inferior a un año y recaen sobre bienes de escasa importancia y de carácter transitorio, se denominan permisos o autorizaciones y son otorgados directamente por la D.G.T.M.

Las demás concesiones se confieren por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa (M). El art. 4° del D.F.L. N° 340, de 1960, señala que se podrán otorgar concesiones gratuitas a las municipalidades y a otras instituciones; pero si estas se destinan a fines de lucro o se ceden o traspasan a particulares se transforman en onerosas y deberán pagar las rentas que se indiquen. La forma, el procedimiento y las demás condiciones que rigen esta clase de concesiones se encuentran reguladas por el Reglamento sobre Concesiones Marítimas, aprobado por el D.S. N° 660, de 1988, del Ministerio de Defensa.

²⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Principios y Sistema del Derecho Minero, Estudio Histórico - Dogmático", Editorial Jurídica de Chile, pág. 259, 1992.

Corresponde también al Ministerio de Defensa (M) destinar a reparticiones fiscales, a través del respectivo Ministerio, los bienes nacionales de uso público o bienes fiscales, regidos por el D.F.L. N° 340, por el Reglamento de Concesiones Marítimas y en forma complementaria por el art. 6° del D.L. N° 1.939, de 1977, el cual establece que tales bienes fiscales sólo son susceptibles de actos de administración por parte del Ministerio de Defensa (M).

Consecuente con lo expresado, pueden solicitar la destinación de alguno de los bienes de que se trata, las reparticiones u organismos del Estado que lo precisen para el cumplimiento de su función pública, trámite que deben realizar por medio del Ministerio del cual dependan o por el cual se relacionen con el Gobierno. Estas destinaciones, por su naturaleza, son de carácter gratuito.

Corresponde a la D.G.T.M. la fiscalización del uso y empleo que se da a los bienes destinados, debiendo solicitar el Ministerio la derogación del respectivo decreto cuando las circunstancias lo justifiquen, lo que ocurrirá siempre en casos de incumplimiento.

3. *Tramitación de las concesiones marítimas*²¹

En esta materia es menester realizar una aclaración previa. El art. 60 de la Constitución establece que son materias de ley: "las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión". En cuanto a las *concesiones marítimas* no se ha cumplido cabalmente este mandato constitucional, pues en algunas ocasiones se ha entregado a normas de rango legal como el D.F.L. N° 340, de 1960; y en otras ocasiones se ha entregado esta materia a normas de rango inferior al señalado por la Constitución, como el Reglamento sobre Concesiones Marítimas D.S. (M) N° 660, de 1988, y el reciente D.S. N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales.

²¹ Véase en esta tesis, Anexo C. "Proceso de tramitación de una solicitud de otorgamiento de una concesión marítima".

a) De la solicitud

Etapa Capitanía de Puerto

Los interesados, sean personas naturales o jurídicas, que deseen se les otorgue el uso de uno o varios de los bienes de dominio público sometidos al régimen de las concesiones marítimas, por plazos superiores a un año, deben presentar su solicitud, dirigida al M.D.N. (M), en la respectiva Capitanía de Puerto o Gobernación Marítima, indicando en ella, en forma precisa, entre otros aspectos, el o los sectores solicitados, sus dimensiones, superficie y deslindes, el objeto o propósito para el cual la requiere, la inversión proyectada y el plazo, acorde a la inversión; acompañando un plano o croquis visado por la Autoridad Marítima, en sextuplicado.

El interesado deberá gestionar y obtener de los organismos públicos los informes que correspondan al tipo de concesión solicitada, de acuerdo a lo señalado en el art. 26 del reglamento. Sin perjuicio de estos informes, el Ministerio puede solicitar otros cuando lo estime pertinente para resolver la solicitud.

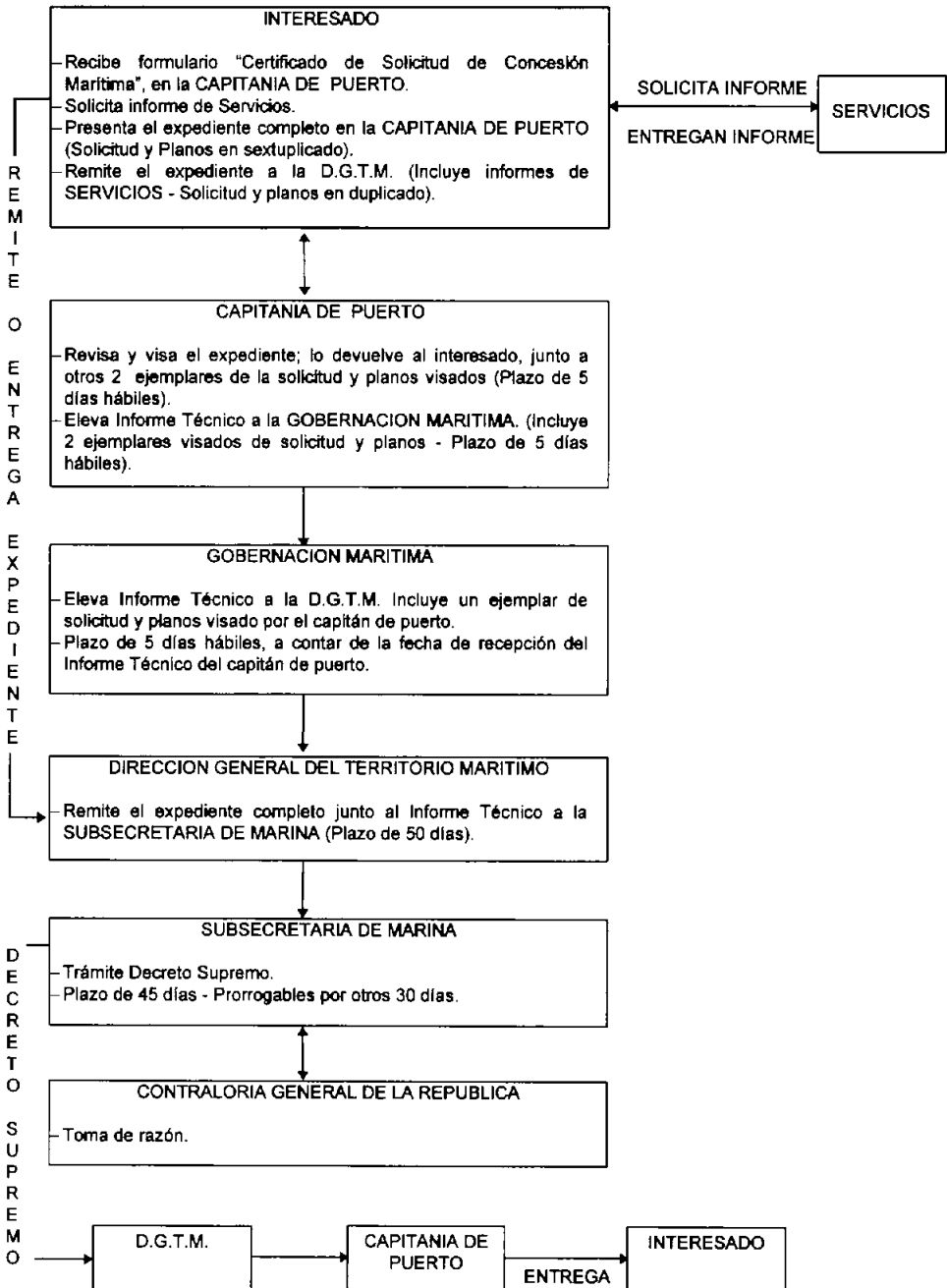
Completo los informes, el peticionario los adjuntará al original de la solicitud más la documentación que señala el reglamento, confeccionando un expediente que debe ser entregado en la oficina de partes de la Capitanía de Puerto, donde se procederá a timbrar, fechar y rubricar el expediente. Trámite importante en caso de presentarse solicitudes sobre un mismo bien o sector, por dos o más peticionarios, que signifiquen beneficios equivalentes, se estará a la fecha de presentación.

El objetivo de los informes, dentro del procedimiento, previo al decreto de otorgamiento, es entregar los fundamentos necesarios para que la Subsecretaría de Marina pueda otorgar o denegar la concesión y sólo deben pronunciarse sobre la solicitud. Sin estos informes la decisión se sitúa en una posición de ilegalidad. Además de oportunos, los informes deben ser procedentes.

Se debe hacer presente que de acuerdo a la naturaleza de las obras, el concesionario debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el reglamento para el control de la contaminación acuática, D.S. N° 1, de 1992 del Ministerio de Defensa, art. 135 y siguientes. Es aconsejable que el concesionario presente una evaluación de impacto ambiental en el medio acuático en forma previa al otorgamiento de la concesión o

ANEXO C

PROCESO DE TRAMITACION DE UNA SOLICITUD DE OTORGAMIENTO DE UNA CONCESION MARITIMA



por lo menos al inicio de las actividades u obras, de acuerdo a su naturaleza.

b) Estudio de los antecedentes

Presentado el expediente con sus respectivos informes al Capitán de Puerto, verificará, en un plazo no superior a 5 días hábiles, que todos los antecedentes e informes reglamentarios estén conformes. En caso que una solicitud esté incompleta o con datos erróneos, el Capitán de Puerto deberá devolverla para su complementación y/o corrección por parte del postulante. Acogido el expediente a tramitación será visado y se devolverá al interesado conjuntamente con dos copias de la solicitud.

Etapas Gobernación Marítima

El Capitán de Puerto emitirá un informe técnico que deberá ser elevado a la Gobernación Marítima dentro del plazo de cinco días hábiles. A su vez esta lo remite a la D.G.T.M., dentro de cinco días hábiles a contar de la fecha de recepción del informe técnico del Capitán de Puerto. Deberán pronunciarse sobre las observaciones que le mereciera la solicitud y demás antecedentes e informes que conforman el expediente, siendo indispensable su opinión sobre las observaciones y/o exigencias que hayan hecho presente los organismos informadores o los vecinos colindantes, pues ello permitirá tenerlos en consideración. Los informes de la Autoridad Marítima serán, en resumen, lo más detallado y preciso que sea posible, de tal forma que el Ministerio de Defensa cuente con los suficientes elementos de juicio para mejor resolver, al poder conocer aquellos detalles difíciles de apreciar sin estar en el terreno.

Etapas Dirección General del Territorio Marítimo

El interesado, por su parte, hará llegar el expediente a la D.G.T.M., quien lo ingresará a trámite y dentro del plazo de 50 días hábiles, contados desde la fecha de recepción del expediente, lo remitirá junto con su informe a la Subsecretaría de Marina.

Etapas Subsecretaría de Marina

A su vez el Ministerio de Defensa, por intermedio de la Subsecretaría de Marina, teniendo a la vista todos los antecedentes corres-

pondientes, resolverá sobre el otorgamiento o denegación de la concesión solicitada, debiendo detallarse las razones que justifiquen su apreciación, en un plazo de 45 días contados de la fecha de recepción del expediente, plazo que podrá ser prorrogado por otros 30 días más. El reglamento establece un plazo máximo para las actuaciones de la Administración. Este plazo tiene por finalidad desburocratizar y agilizar los trámites administrativos, para obligar a la Administración a cumplir con su obligación en forma pronta. El decreto dictado dentro de plazo debiera ser preceptivo para la Administración. La no dictación de este decreto dentro del plazo máximo de 45 días, más su prórroga, establecido en el art. 28 del reglamento, en caso que la dilación sea responsabilidad de la Administración, constituye una omisión ilegítima.

c) Decreto de concesión

Completo el expediente y revisado por la Capitanía de Puerto, Gobernación Marítima y D.G.T.M. y elevado al Ministerio de Defensa, se procederá al otorgamiento de la concesión mediante decreto supremo, suscrito por el Ministro de Defensa, por delegación de facultades del Presidente de la República. En dicho decreto, junto con otorgarse la concesión, se fijan, entre otros, los siguientes aspectos: el sector o sectores concedidos, el objeto para el cual se otorga, el plazo del que dispondrá el titular para ejecutar las obras comprometidas, el plazo en que empieza a regir la concesión y su duración, y la renta o tarifa que debe pagar el concesionario.

Etapas Contraloría General de la República

Dictado el decreto por el Ministerio de Defensa, se envía a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón.

d) Entrega del título de concesión

Terminada la tramitación, culmina el proceso con la reducción a escritura pública del decreto de concesión dentro del plazo de 30 días desde la fecha en que la Autoridad Marítima transcriba oficialmente al interesado el correspondiente decreto. Además debe quedar constancia de la aceptación de las condiciones y obligaciones que imponga el decreto, previo pago de la tarifa o renta correspondiente.

La Autoridad Marítima procede a hacer entrega material del título concesional, la que se hará efectiva por el Capitán de Puerto mediante un acta, una vez cumplidas las exigencias determinadas por el Reglamento de Concesiones Marítimas. El plazo fijado para esta diligencia no podrá ser inferior a 10 días y en ningún caso excederá los 30 días contados desde la expedición de la carta certificada. El momento de la entrega podrá ser postergado por dicha Autoridad, en caso de fuerza mayor debidamente acreditada.

Se concluye que si un peticionario ha cumplido con todas las obligaciones legales, reglamentarias y de procedimiento administrativo para obtener el uso de un bien nacional, no sería dable negársele su derecho, impetrándose circunstancias ajenas al marco constitucional y jurídico que rige los derechos de las personas, y la funcionalidad de los organismos de la Administración del Estado, como se dispone en los artículos 2º, 3º y 5º de la Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

4. Aspectos generales del título concesional

El otorgamiento de una concesión es sin perjuicio de las autorizaciones y permisos que el titular se encuentra obligado a solicitar a los organismos que corresponda para efectuar las obras que proyecte, o bien para desarrollar la actividad o cumplir el objeto que pretende. Por ejemplo, permisos de edificación, patentes municipales, etc.

Si varios interesados solicitan una misma concesión, la preferencia se determinará por la que represente mejor el uso del borde costero, en caso de igualdad tendrá preferencia la solicitud que signifique un mayor beneficio fiscal, seguridad nacional, interés social, generación de empleos o producción de divisas. A igualdad de beneficios la fecha de presentación determinará la preferencia. A igualdad de todos los factores señalados, resuelve el Ministerio de Defensa (M) sin derecho a ulterior recurso. (Art.12 Rglto. de CC.MM.)²².

Las concesiones se otorgan generalmente por un plazo de 5 y 10 años. Podrán conferirse por un plazo mayor según la cuantía de los capitales que se inviertan en las obras o cons-

trucciones, lo que deberá acreditarse fehacientemente, acompañando un presupuesto firmado por un profesional idóneo. Las obras deberán iniciarse dentro de los 60 días siguientes de la fecha de entrega de la concesión y deberán estar terminadas en el plazo que indique el decreto que otorgó la concesión. Terminadas estas obras, el concesionario entregará a la Autoridad Marítima un informe, con el avalúo comercial de las obras, realizado por el Servicio de Impuestos Internos. Con el mérito de estos antecedentes, se podrá aumentar o disminuir, según corresponda, el plazo primitivamente otorgado. (Arts. 10 y 11 Rglto. de CC. MM.).

El art. 19 del Reglamento sobre Concesiones Marítimas D.S. N° 660, de 1988, establece que es posible modificar, prorrogar, renovar o ampliar, previo decreto o resolución de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 5º y con las formalidades, condiciones y requisitos que para su otorgamiento fija el reglamento, en lo que fueren aplicables. La solicitud de renovación podrá ser preferida a petición de nuevo postulante, siempre que se hubiere presentado antes de su vencimiento, y siempre que no exista otra solicitud que represente un mejor uso del borde costero²³.

CAPÍTULO III

DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS TITULARES DE UNA CONCESION MARITIMA

1. De los derechos otorgados por las concesiones en general

La teoría de los derechos reales administrativos permite establecer la naturaleza jurídica del derecho que sobre el dominio público nace a favor de un particular a través de una concesión administrativa, por lo tanto, se puede concluir que se trata de derechos reales que se ejercen sobre una cosa y de naturaleza administrativa, pues se hallan regulados por principios del derecho administrativo²⁴.

²³ Véase en esta tesis, el capítulo IV, N° 3 "Con respecto a los intereses de los particulares", letra B) "Condiciones para el otorgamiento de una concesión marítima".

²⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Principios y Sistema del Derecho Minero, Estudio Histórico - Dogmático", Editorial Jurídica de Chile, pág. 325, 1992.

²² Véase en esta tesis, el capítulo V, N° 1 "En cuanto al amparo del derecho adquirido", letra A) "Frente a conflictos con la Administración".

La concesión es un acto administrativo que sirve de título, de instrumento, y a partir del cual se crea un derecho real. Por lo tanto, es posible diferenciar claramente ambos conceptos: concesión y derecho real, no obstante que los dos forman parte de la relación jurídico-administrativa²⁵.

Así, por un lado, la concesión es un mero instrumento, es un acto, es puro procedimiento, a partir del cual se crean derechos. Por otro lado, el derecho real es lo que nace de la concesión y, por ende, es una categoría de la naturaleza jurídica totalmente diferente a la concesión, con un contenido diverso, y con la cual, si bien cabe conexión de causa a efecto, no es posible en ningún caso confundirla.

En Chile, si bien hay cierto grado de conocimiento de esta especie de derechos reales, no ha tenido mayor desarrollo por la doctrina, ni menos algún reconocimiento legislativo, pero sí de parte de la jurisprudencia, que lo ha considerado en reiterados fallos, dándole fundamento a este planteamiento respecto de las concesiones marítimas²⁶.

El derecho de uso de que aquí se trata es real porque recae sobre una cosa y se ejerce sin respecto a determinada persona, ya que mientras el concesionario cumpla con las normas legales no puede ser privado del dominio de su derecho, sino que por los medios expresamente contemplados por los reglamentos respectivos.

El principal derecho otorgado por la concesión marítima dice relación con la posibilidad de usar el bien concedido, los que siempre tendrán que tener una relación con la finalidad que justifica su otorgamiento, los demás dere-

chos serán accesorios. Así como su principal obligación, dice relación con el uso de los bienes nacionales de uso público y que este sea armónico con el interés público, pues de otro modo no habría tenido sentido alguno el otorgamiento de dicha concesión, por tanto, si no la utiliza o utiliza mal, se puede hacer caducar la concesión. Es por eso que este derecho está compuesto, por un lado, de facultades, pero por otro, también está compuesto de obligaciones. Es lo que se llama un derecho-deber.

2. *Derechos otorgados por las concesiones marítimas*

Según se expresó anteriormente, lo que caracteriza al acto administrativo que otorga una concesión de bienes públicos en general, y en especial a la marítima, es la circunstancia de conceder el uso particular, en cualquiera forma, de sectores determinados de alguno o de varios de los bienes nacionales de uso público o bienes fiscales sometidos a la tuición del Ministerio de Defensa (M) a quienes les haya sido concedidos o destinados. Quedando todos regidos por las disposiciones del D.F.L. N° 340, de 1960, y del Reglamento sobre Concesiones Marítimas D.S. N° 660, de 1988, y por las normas que se establezcan en los respectivos decretos y resoluciones. (Art. 7° Rglto. de CC.MM.).

Son titulares de concesiones los terceros que cuentan con decreto de concesión totalmente tramitado, toda vez que los actos administrativos sólo producen válidamente sus efectos luego que han cumplido con los trámites previstos en el ordenamiento jurídico vigente y, en consecuencia, tratándose de medidas de carácter particular, como es el caso de las concesiones marítimas, el derecho del concesionario nace luego que el acto administrativo ha sido tomado razón y comunicado al interesado, oportunidad en la que se hacen exigibles los derechos y obligaciones propios de una medida de tal naturaleza²⁷.

Sin embargo, no podrá otorgarse concesión o deberá dejarse sin efecto, cuando terceros acrediten derechos adquiridos a cualquier título legítimo, siempre que sea incompatible con el libre ejercicio de tal derecho. Podrá denegarse toda solicitud cuando terceros aleguen

²⁵ VERGARA BLANCO. Alejandro. "Principios y Sistema del Derecho Minero, Estudio Histórico - Dogmático", Editorial Jurídica de Chile, pág. 330, 1992.

²⁶ Se cita Jurisprudencia al respecto:

- Casación en el fondo. Cía. de Salitres de Antofagasta con Fisco. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 22, N° 9, segunda parte, sección primera, págs. 563-567, 1925.
- Casación en el fondo y en la forma. Pacific Steam Navegation Company con Fisco. Revista de Derecho y Jurisprudencia, segunda parte, sección primera, págs. 506-514, 1931.
- Apelación Corte de Santiago. Cía de Maestranza y Galvanización con Fisco. Revista de Derecho y Jurisprudencia, segunda parte, sección segunda, págs. 51-53, 1935.

²⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 13.310, de 2 de junio de 1992.

que ella le irrogará perjuicios. Esta oposición será calificada por el Ministerio de Defensa (M) y su resolución es inapelable²⁸.

a) Derecho de propiedad sobre el derecho

Antes de dictarse el decreto de concesión, el uso de los bienes, materia de la concesión, pertenecía a todos los habitantes de la Nación y era, por lo mismo, un bien nacional de uso público, pero a través de la concesión se saca del dominio público el derecho de uso de toda la Nación, sobre el cual se constituyó un derecho real incorporado al patrimonio de los beneficiarios. (Art. 19 N° 24 inc.1° de la Constitución).

Tal concepto tiene plena aplicación respecto de quienes usan una concesión marítima, fluvial o lacustre, otorgada mediante decreto supremo llevado a escritura pública, sobre lo cual el concesionario ejerce un derecho de propiedad. Pero este derecho de propiedad se ejerce sobre el derecho otorgado por la concesión, que es el derecho real de uso, ya que el titular de la concesión no podría tener derechos sobre la propiedad, pues esta es de la Nación toda, y, por lo tanto, es de naturaleza inalienable.

b) Derecho de uso exclusivo sobre bienes nacionales

El derecho de uso respecto de una parte determinada, concedido por un decreto, faculta al concesionario para gozar del terreno y para enajenar ese derecho. La concesión es un derecho excepcional, creado por el respectivo decreto y regulado por este y su reglamento, y que, por consiguiente, no está sujeto en su extensión y modalidades al régimen ordinario o común del impuesto por el derecho civil.

El concesionario, al obtener el derecho de uso entregado por la concesión, priva a la comunidad de su uso, por lo tanto este debe darle un uso adecuado al bien común o que por lo menos no afecte derechos de terceros. El concesionario es propietario del derecho de uso y, por lo tanto, está amparado por la ley en la protección de ese derecho y a la vez puede ejercer todas las facultades que la ley le otorga mientras no sea contrario a derecho ajeno.

(Art. 19 N° 24 inc. 2° de la Constitución y arts. 2° y 3° del D.F.L. N° 340, sobre Concesiones Marítimas, de 1960).

c) Derecho a exigir la entrega de los bienes en posesión

Cumplida con toda la tramitación surge el derecho de exigir a la Administración que se realice la entrega física del terreno. Teniendo presente que el derecho de uso obtenido por el concesionario dice relación solamente con el sector o sectores concedidos en el decreto, como también sólo se podrán realizar las actividades para la cual fue solicitada la concesión, es decir, de acuerdo al objeto de la concesión. (Art. 35 Rglto. de CC.MM.).

d) Derecho a ser indemnizado

Tiene también el concesionario derecho de indemnización de perjuicios que surge cuando se pone término a la concesión por parte del Estado, en caso de no otorgar un plazo de gracia²⁹ (Art. 10° del D.F.L. N° 340 y art. 55 del Rglto. de CC.MM.).

e) Transferencia del derecho de concesión.

La titularidad que emana de la concesión marítima es transferible y en general, es susceptible de negocio jurídico. En efecto, el concesionario tiene el derecho de vender, arrendar, permutar, etc., en todo o parte su derecho de uso, del bien concedido, siempre y cuando lo haga con aprobación de la autoridad concedente y de acuerdo a las condiciones que establece el reglamento. El concesionario siempre estará sujeto a las limitaciones que establezca la ley y particularmente a lo que señale el decreto de concesión. (Arts. 38 a 43 Rglto. de CC.MM.).

3. Extinción y causales de caducidad

A) Extinción

El Reglamento sobre Concesiones Marítimas en su título VIII, "De la terminación de las concesiones" establece las causales de ter-

²⁸ Véase en esta tesis, el capítulo V, N° 1 "En cuanto al amparo del derecho adquirido", letra A) "Frente a conflictos con la Administración".

²⁹ Véase en esta tesis, el capítulo V, N° 2 "En cuanto a la revocación de la concesión por el Estado y su indemnización", letra B) "De la expropiación y su indemnización".

minación, que deberían llamarse causales de extinción, ya que es un concepto más preciso, toda vez que una de las causales de extinción puede ser la terminación, según lo señala la letra h) del art. 53 del reglamento³⁰.

Son causales de extinción de las concesiones marítimas las siguientes:

- a) *Muerte del concesionario*: Sólo se produce la extinción de la concesión si la sucesión o el cónyuge sobreviviente, en su caso, no solicitan a la Autoridad, dentro del plazo que establece el reglamento, la continuación del uso de la concesión por el período que resta. Por lo tanto no es una causal de extinción propiamente tal, mientras exista la posibilidad de continuar con la concesión.
- b) *Vencimiento del plazo*: Al ser un derecho temporal el otorgado por la concesión, entrega al concesionario el uso exclusivo del bien por un período de tiempo, vencido este plazo se extingue la concesión; en todo caso existe la posibilidad que solicite su renovación antes del vencimiento de la concesión respectiva.
- c) *Término del objeto para el cual se otorgó*: Esta causal de extinción dice relación con la finalidad para la cual se entregó la concesión, y si este objeto ya no existe tampoco tiene razón de ser la concesión.
- d) *Destrucción de las mejoras fiscales entregadas en concesión*: Puede ser considerada causal de extinción como sanción por la destrucción de las mejoras imputables al concesionario o por falta de las condiciones físicas de la cosa entregada en concesión.
- e) *Traspaso o cesión efectuado con consentimiento del Estado*: No siempre se produce la extinción de la concesión, tal es el caso de la fusión de una sociedad anónima, donde no se requiere transferir las concesiones marítimas, ya que queda incorporado y radicado todo el patrimonio de la sociedad absorbida en la sociedad absorbente, pasando a ser esta última la continuadora le-

gal con todos sus derechos y obligaciones, de acuerdo a la Ley N° 18.046 art. 99, sobre Sociedades Anónimas. Por lo tanto, no procede transferir las concesiones marítimas, pues para ello se requiere la existencia legal de dos sujetos de derechos con patrimonios propios, supuesto que no se configura, ya que la sociedad absorbida se disolvió a la fecha de la materialización de la fusión, en definitiva, sólo corresponde que se declare titular de la concesión marítima a la sociedad absorbente.

- f) *Acuerdo mutuo del Estado y el concesionario*: Las partes que forman la relación jurídica-administrativa acuerdan extinguir la concesión, es decir dejarla sin efecto.
- g) *El desahucio dado por el Estado al concesionario*.
- h) *La terminación de la concesión declarada por el Estado*.

Las causales contempladas en las letras g) y h) se encuentran estrechamente relacionadas con los art. 54 y 55 del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, y serán analizadas en el capítulo V, N° 2 de la tesis: "En cuanto a la revocación de la concesión por el Estado y su indemnización".

B) Caducidad

La concesión emana de un acto de autoridad de derecho público, pero tal acto no sólo establece derechos para el concesionario sino también deberes. Así, el concesionario tiene la obligación de cumplir todas las prestaciones impuestas por el concedente establecidas tanto en el Reglamento sobre Concesiones Marítimas como en el decreto de concesión.

La caducidad es la extinción del acto administrativo por incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones que genera el propio acto³¹. El derecho a declarar la caducidad por parte de la Administración procede, ya que constituye una sanción sólo contra el que infringe una prohibición conocida por este.

En este respecto cabe señalar que las causales de caducidad proceden una vez que se ha reducido a escritura pública el decreto de

³⁰ Se concuerda plenamente con lo señalado por Saavedra, que la palabra extinción referida se ajusta de mejor manera a lo pretendido señalar en el reglamento. SAAVEDRA ESPINOSA, Tito. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 77, 1981.

³¹ CUBILLOS SIGALL, Felipe. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 124, 1989.

concesión, ya que si se comete una infracción antes de verificar estos trámites se produce la derogación del decreto de concesión y no de la concesión misma, pues esta aún no existe. La derogación dice relación con todos los actos anteriores a la entrega de las concesiones, contemplados en los arts. 29 a 34 del Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

La caducidad la dispondrá la Autoridad que otorgó la concesión, es decir puede decretarla el Ministerio de Defensa o la D.G.T.M., según se trate de concesiones propiamente tales o de autorizaciones respectivamente.

Las siguientes son las causales de caducidad de las concesiones marítimas:

- a) El atraso en el pago de la renta de concesión correspondiente a un período anual o a dos períodos semestrales.
- b) La infracción de cualquier disposición del D.F.L. N° 340, de 1960 sobre Concesiones Marítimas o de su reglamento.
- c) El incumplimiento de algunas de las obligaciones establecidas en el decreto o resolución que otorgó la concesión.

Constituyen también causal de caducidad las infracciones graves cuya comisión determina la caducidad, como por ejemplo el hecho de negarse el concesionario a pagar la multa que le hubiere impuesto la autoridad, o si transcurridos 15 días del pago de esta, aún no hubiere corregido la infracción que la motivó.

Para que proceda declarar la caducidad de una concesión marítima se deben dar los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que exista incumplimiento de alguna de las obligaciones que pesan sobre el concesionario.
- b) Que este incumplimiento sea imputable al concesionario.
- c) Que la transgresión sea de aquellas que el reglamento contempla como las causales taxativamente señaladas.

El procedimiento que declara la caducidad de una concesión se encuentra establecido en el Reglamento de Concesiones Marítimas. Antes de disponerse la caducidad se deberá comprobar la infracción que la motiva. Los afectados podrán solicitar la reconsideración de la sanción de caducidad dentro del plazo de 30 días, contados desde la fecha en que la Autoridad Marítima notifique por carta certificada el

decreto de resolución correspondiente, ante el Ministro de Defensa, que fallará en conciencia, sin forma de juicio, el cual no podrá ser objeto de recurso alguno. Pasando el Ministerio de Defensa a ser Juez en su propia causa³².

La concesión marítima termina válidamente por los casos de caducidad contemplados en el reglamento, tal forma simplemente reglamentaria no puede ir en contra de la ley. Ya que si no concurre ninguna de las causales contempladas estaríamos frente a un acto arbitrario e ilegal de la Autoridad.

Una vez declarada la caducidad, impide que el concesionario siga ejercitando el derecho otorgado, pasando a tener el carácter de ocupante ilegal, pierde las rentas y/o tarifas ya pagadas y no podrá obtener concesión marítima alguna dentro del plazo de tres años. En relación a la caducidad el concesionario tiene derecho a la indemnización por las obras que este haya realizado, pues la sanción del incumplimiento sólo se refiere a la privación del uso y no al despojo de las obras o construcciones.

SEGUNDA PARTE

LA CONCESIÓN MARÍTIMA COMO MEDIO PARA POSIBILITAR LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS BIENES "MARÍTIMOS"

El uso económico del sistema concesional marítimo, basado en una estrategia de desarrollo nacional, requiere del resguardo que otorga el orden público económico, situación que es de sumo interés no sólo para el Estado, sino que también para los particulares que aspiran invertir en esta área, bajo un marco institucional que proteja sus derechos, sin perder de vista el fin del Estado, que es propender al bien común.

CAPÍTULO IV

OBJETIVOS DE LAS CONCESIONES MARITIMAS

1. Orden público económico

Son numerosos los principios y normas constitucionales, de las cuales surge el orden

³² Véase en esta tesis, el capítulo V, N° 1 "En cuanto al amparo del derecho adquirido", letra A) "Frente a conflictos con la Administración".

público económico, que fijan un marco que trata de conciliar las garantías constitucionales que giran en torno a la actividad económica, y las limitaciones que imponen las potestades públicas y la actividad legislativa.

Como se señaló anteriormente, el orden público económico está determinado por normas constitucionales, hecho que es importante destacar frente a las leyes que otorgan poderes discrecionales a la Administración, pues este orden está orientado precisamente para resistir la inestabilidad de la legislación.

A) Garantías constitucionales

- a) *La libre iniciativa para desarrollar cualquier actividad económica y la igualdad de trato.* El art. 19 de la Constitución en el N° 21 asegura a todas las personas la posibilidad de desarrollar cualquier actividad económica; y en el N° 22, que en tal actividad económica no serán discriminadas arbitrariamente. El objetivo de esta garantía es dar seguridad y protección a la actividad económica desarrollada.
- b) *El derecho a la propiedad y el derecho de propiedad.* La primera de estas garantías dice relación con el derecho para adquirir el dominio de toda clase de bienes, consagrada en el art. 19 N° 23 de la Constitución; y la segunda, plantea que una vez adquiridos dichos bienes, se asegura la tutela del derecho de propiedad sobre ellos de acuerdo al N° 24 de dicho artículo.

La propia Constitución fija excepciones a la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes: a) respecto de aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los que no son susceptibles de dominio alguno, de acuerdo al art. 585 del C. Civil; b) los bienes que deben pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así, según lo señala el art. 589 del C. Civil; y por último, c) los bienes que la Constitución consagra su afectación expresamente. Estos bienes forman el dominio público, tal carácter no dice relación con la imposibilidad de los privados de acceder a su aprovechamiento, sino que con el fin para el cual son afectados, que es el bien común, pues a través de las concesiones se puede obtener el uso y goce de dichos bienes.

En cuanto al derecho de propiedad, la Constitución consagra en el art. 19 N° 24 la posibilidad de adquirir, usar, gozar y disponer

de los bienes, con las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social, que comprende los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

B) Limitaciones para el legislador y para el ejercicio de las potestades públicas

- a) *Reserva legal.* La potestad legislativa también tiene limitaciones, pues esta no se puede ejercer en cualquier ámbito, sino sólo en aquellas materias que la Constitución expresamente lo permite. En otras palabras, no puede afectar la esencia de las garantías públicas, ni puede imponer restricciones que impidan su libre ejercicio, como tampoco extralimitar el contenido de su mandato constitucional, según lo consagran los arts. 6°, 7°, 19 N° 23, y 60 en sus números 1, 2 y 63 de la Constitución.
- b) *La esencia de los derechos y su libre ejercicio.* El art. 19 N° 26 de la Constitución establece que no se pueden afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En caso que se invada ilegítimamente el ámbito constitucional garantizado por este precepto, sería inconstitucional, pues se desconocerían normas sustantivas de la Carta Fundamental³³.

2. Con respecto a los intereses nacionales

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permita a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece. Para cumplir con este objetivo, la autoridad debe tomar permanentemente decisiones que muchas veces significan limitaciones a la libertad de los individuos en beneficio del bien común. Pero esta autoridad tiene una limitación que es, a la vez, "el respeto de los derechos y situa-

³³ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Fuentes del Derecho Minero, Estatuto Garantístico de la Industria Minera". Elementos de Derecho Minero, pág. 6, 1996.

ciones jurídicas que han sido creados o reconocidos por la ley o por la propia Administración, en provecho de los individuos e incorporados en sus estatutos jurídicos personales”³⁴.

Dentro del ordenamiento administrativo estatal, el Estado tiene la facultad del otorgamiento de concesiones en general, las que están supeditadas a la conveniencia del bien común, entre cuyos factores deben equilibrarse tanto las necesidades socioeconómicas, como las de la defensa de la Nación.

Los intereses marítimos deben ser de carácter político y económico y se deben materializar en las comunicaciones marítimas, terminales marítimos, puertos, construcción naval, pesca, turismo, deportes náuticos, etc.

A) Defensa nacional

Es función del Estado, a través del Ministerio de Defensa Nacional, velar por las necesidades de orden estratégico y de seguridad, gestión que por su importancia no puede ser compartida o derivada a otros organismos de la Administración del Estado. Situación que no debe impedir que exista un armónico y correcto empleo de los recursos naturales del país.

La existencia de materias clasificadas inherentes a la defensa nacional, para la cual el control, fiscalización y supervigilancia de los deslindes marítimos es vital, como el profundo conocimiento técnico marítimo que requiere el manejo administrativo especializado del territorio acuático y alledaño nacional, han sido las razones que justifican el otorgamiento de concesiones marítimas por intermedio del M.D.N. (M)^{35, 36}.

³⁴ SOTO KLOSS, Eduardo. “Los derechos adquiridos en el Derecho Público chileno”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, N° 1, primera parte, sección derecho, pág. 18, 1984.

³⁵ OLIVA BRICEÑO, Jorge. “Administración estatal superior de los bienes nacionales marítimos”. Subsecretaría de Marina. pág. 18, 1991.

³⁶ Arts. 5° y 6° del D.L. N° 1.939, de 1977, con sus posteriores modificaciones: Ley N° 18.225, de 1983 y Ley N° 18.523, de 1986; Ley N° 19.072, de 1991 y Ley N° 19.256, de 1993. En los antecedentes relativos a la historia de la Ley N° 18.225 se señala que tal modificación ha tenido por objeto “Cumplir con las necesidades de que el Estado, por razones de orden estratégico y de seguridad nacional, ejerza un control directo y permanente en nuestro litoral, no

B) Integración nacional

Es de vital importancia para el país lograr un desarrollo armónico del territorio, procurando el mejor uso de sus potencialidades y recursos. Esto requiere, por parte del Estado, una mayor preocupación en integrar al desarrollo nacional el territorio insular, incluyendo la Isla de Pascua y la Antártida chilena, zonas aisladas que sólo por la vía marítima se pueden unir. A esto debemos agregar que el extremo norte está virtualmente aislado, ya que sólo está unido a la zona central por una carretera en toda su extensión y por un ferrocarril en forma parcial, ambos extremadamente vulnerables. Aparece así, el mar, como la única vía capaz de vincular con seguridad las zonas geográficamente aisladas del centro del país, como así también las zonas continentales.

Los espacios marítimos constituyen la continuidad natural y el vínculo de integración de partes sustantivas del territorio nacional. El Estado ha adquirido el compromiso de propender a un adecuado uso del borde costero del litoral, con la reciente formulación de la política nacional del uso del borde costero, cuyo objetivo es posibilitar un cabal aprovechamiento de sus potencialidades, pero esto requiere definir un mejor empleo a fin de procurar un aprovechamiento integral y coherente de los recursos, riquezas y posibilidades que ellos contienen y generan.

C) Política nacional de uso del borde costero

El Ministerio de Defensa Nacional, a través del D.S. N° 475, del 14 de diciembre de 1994, estableció una comisión para estudiar una reformulación de la política del borde costero que tiene por finalidad entregar un proyecto de zonificación que permita conocer con exactitud los lugares precisos donde puedan construirse desde puertos con sus instalaciones complementarias, astilleros y asentamientos humanos en dichas áreas, hasta complejos turísticos e inmobiliarios. Asimismo, busca fijar zonas de pesca artesanal e industrial y de desarrollo de la acuicultura.

sólo hasta donde alcanza el agua en sus más altas mareas, sino que también en los denominados terrenos de playas fiscales, definidos como aquellos comprendidos dentro de una franja de 80 m de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral”.

En dicha perspectiva, propender a un adecuado y racional uso del borde costero del litoral constituye un deber ineludible del Estado, toda vez que es un recurso limitado, que permite múltiples usos, en algunos casos exclusivos y excluyentes, y, en otros, compatibles entre sí, surgiendo conflictos de intereses que resulta necesario conciliar convenientemente para el progreso y mejor desarrollo del país, procurando un aprovechamiento integral y coherente de los recursos, riquezas y posibilidades que en ellos se contienen o se generan de su adecuada explotación³⁷.

Es necesario el establecimiento de un criterio objetivo para el otorgamiento de concesiones marítimas. El actual está basado en la política nacional del uso del borde costero, lo que significa un gran avance en este sentido, pero no constituye un criterio objetivo definitivo para determinar la aprobación o rechazo de una solicitud de concesión. Ya que igualmente se presta para posibles arbitrariedades por su amplia discrecionalidad, porque si bien se señala una escala de zonificación del borde costero, la objetividad debe centrarse en el mayor beneficio y no en el uso de acuerdo a la preferencia establecida.

La consideración de tan compleja realidad tiene particular importancia, tanto en la legislación aplicable como, en particular, en lo que respecta a los trabajos, asesorías y acciones destinadas a elevar nuevos cuerpos legales de carácter especializado sobre materias técnico-marítimas, o modificar las existentes. Se debe pretender, en definitiva, lograr la concordancia entre el interés social y el necesario desarrollo de proyectos privados en el litoral, para obtener de este modo el más adecuado y racional uso de los sectores costeros.

Sobre la base de los fundamentos expuestos, se debe establecer un marco orgánico que permita el mejor aprovechamiento del borde costero junto con la necesaria coordinación entre los diversos ministerios y servicios.

D) Importancia económica

El importante auge de los intereses marítimos a nivel nacional e internacional durante la

última década ha superado con creces las previsiones y capacidad de la Administración para dar cauce a los proyectos de inversión que los particulares y el propio Estado han efectuado o bien pretenden realizar en estos territorios. Ya que no sólo basta la capacidad de llevar a cabo los proyectos relativos a las múltiples actividades de variada índole, propia del medio marítimo, sino también la de ir creando las condiciones para que ellas se desarrollen.

Es necesario fijar para ello las condiciones indispensables que posibiliten un desarrollo armónico e integral del sector, en el cual, respetándose los derechos de los particulares y sus intereses, se concilien estos con las necesidades de la comunidad y del país. La solución radica en permitir la evolución legal y administrativa del control, fiscalización y supervigilancia de los espacios marítimos, enfatizando el rol de las concesiones marítimas, para el desarrollo económico y social del país, para lo cual se debe dotar de un procedimiento concesional que no entorpezca su aplicación tratando de coordinar y delimitar claramente los distintos ámbitos de competencia e intereses que convergen en los bienes susceptibles de concesión marítima.

Se trata, en el fondo, de traspasar a los particulares un verdadero servicio público o de utilidad pública, que no cambia su carácter de tal por el hecho de ser objeto de una concesión, por lo que continúa primando el interés público sobre el particular, como puede apreciarse si se tiene presente que el Estado, en cualquier momento y aun sin expresión de causa, puede poner término a una concesión. Lo que no excluye que durante su vigencia el concesionario goce, en exclusividad, de los derechos que la concesión le confiere.

3. *Con respecto a los intereses de los particulares*

La creciente actividad económica del país ha generado una demanda por la ocupación y uso de los bienes susceptibles de concesiones marítimas, lo que en muchos casos ha provocado disputas entre los intereses de los particulares y ha puesto en dificultades el sistema legal que rige las concesiones marítimas. Estos bienes son requeridos por los más diversos agentes económicos, desde empresarios que aspiran a invertir en nuevos puertos hasta quienes tienen interés en la pesca y en el negocio turístico.

³⁷ Considerando e), Decreto Supremo (M.D.N.) N° 475, que establece Política Nacional de uso del Borde Costero del litoral de la República, y crea Comisión Nacional que se indica. Santiago, 14 de diciembre de 1994.

A) Seguridad para invertir en las concesiones marítimas

Los proyectos que pueden desarrollarse por los particulares son requeridos en forma urgente por la significación estratégica que está definiendo para nuestro país la globalización del comercio en torno al Océano Pacífico. Por otra parte, la legislación sobre concesiones marítimas, para la creación de una nueva infraestructura, otorga derechos muy precarios si se considera la magnitud de los montos que tales proyectos requieren, no dando la seguridad necesaria para hacer atractiva la inversión en esta área.

Uno de los principales problemas de las concesiones marítimas es que el Estado puede pedir la restitución o dejar sin efecto una concesión, sin responsabilidad alguna para él, desincentivando de esta manera la inversión de los particulares, y por lo tanto estos operan con el mínimo de capital y por consiguiente con una eficiencia menor.

El concesionario debe estar amparado por un sistema legal que le dé garantías para poder invertir dentro de un nivel de riesgo aceptable, donde por lo menos tenga la posibilidad de recuperar su inversión y además obtenga utilidades razonables, ya que el Estado no puede garantizarle estas utilidades, por lo menos se le deben dar las condiciones mínimas para que a través de una gestión adecuada sea rentable el esfuerzo, produciendo además beneficios a la comunidad.

Al hablar de inversión tenemos que pensar en que será el empresario quien, corriendo un riesgo medianamente aceptable y calculado, use sus recursos monetarios para explotar alguna actividad relacionada con el medio marítimo. Este empresario necesita tener un marco legal y reglamentario que a lo menos le permita competir en igualdad de condiciones con otro que, radicado en un Estado de mayor desarrollo, quiera acceder a nuestro mercado. De esta forma se echarán a correr las bases para que los privados inviertan en las distintas áreas de la actividad marítima.

No es posible planificar actividades de tal magnitud que significan las relacionadas a la actividad marítima con un sistema concesional como el actual. Se hace necesario garantizar a todos aquellos empresarios que arriesgan grandes capitales una tramitación eficiente, rápida y objetiva en el otorgamiento de las concesiones, en atención a que se han suscitado diver-

sos inconvenientes que redundan en un desincentivo para las iniciativas de la naturaleza que nos preocupa.

B) Condiciones para el otorgamiento de una concesión marítima

Atendido el interés comprometido en este tipo de concesiones y teniendo presente, además, que ella constituye indirectamente, en mayor o menor medida, dependiendo de la naturaleza de la misma, un beneficio a la generalidad de los ciudadanos, parece indispensable precisar algunas condiciones que se deben tener en cuenta, por la autoridad, al momento de su otorgamiento:

a) *Licitación pública*: Es aconsejable que las concesiones puedan ser objeto de una licitación pública, sin embargo se deben limitar a aquellas concesiones marítimas que se refieran a playas o balnearios u otras que se soliciten para ejercer una actividad industrial o comercial. Para esto es necesaria una adecuada coordinación de la Administración con la Autoridad Marítima con el objeto de promover la libre competencia, creando un sistema de licitación para optar a las concesiones y a las patentes comerciales, licitación que debe ser pública y a la que todos los interesados puedan presentar sus ofertas³⁸.

Ni el Ministerio de Defensa ni las demás autoridades marítimas otorgan autorizaciones o patentes de comercio, por no corresponderles, ya que en conformidad con el art. 14 del D.S. (M) N° 660, de 1988, las concesiones marítimas se otorgan sin perjuicio de las autorizaciones que los concesionarios deban pedir a los organismos fiscales y municipalidades para la ejecución de ciertas obras, de acuerdo con las leyes o reglamentos vigentes. En consecuencia, una cosa es la concesión marítima o el permiso que se confiere sobre un determinado sector o terreno de playa y otra cosa distinta es la patente o autorización municipal para ejercer en el lugar una actividad comercial o realizar una obra. La primera es otorgada por el Ministerio de Defensa y la segunda por la

³⁸ Véase Resolución N° 196, de 20 de agosto de 1985. Comisión resolutive. Revista de Derecho y Jurisprudencia, segunda parte, sección sexta, págs. 149-151.

Municipalidad respectiva. De hecho, se estima beneficiosa una sana coordinación entre estos organismos para evitar incongruencias como la que el concesionario no pueda, por ejemplo, explotar la concesión que está autorizado, porque la Municipalidad no le otorga la patente necesaria. Si no hay una adecuada coordinación entre los distintos organismos, se presentan incongruencias que constituyen un freno para el desarrollo marítimo.

Un sistema de licitación de concesiones estructurado por las Autoridades Marítimas y los demás entes de la Administración promoverá la libre competencia, estimulando un limpio juego de la oferta y la demanda, y dará oportunidad a los licitantes para ofrecer mejores y más eficientes inversiones y servicios, en beneficio de la comunidad.

La licitación es el mejor medio, desde el punto de vista económico, pues procura que se le adjudique la concesión a quien otorgue mayores beneficios a la comunidad. Cabe considerar que no es conveniente llevar a cabo el sistema de licitación en aquellos sectores donde no existe un gran interés para invertir en ellos o que es muy difícil hacerlo.

b) *Superficie para desarrollar el objeto de la concesión*: La concesión debe otorgarse sobre una superficie suficiente para desarrollar la actividad para la cual fue concedida, considerando además la posibilidad de ampliarse.

c) *Plazo de las concesiones*: El plazo de las concesiones, de acuerdo a su objeto, debe ser de carácter indefinido o en su defecto lo más extenso posible, que pueda renovarse automáticamente, y que el derecho sea transferible y objeto de negociación.

Como se ha dicho, el D.S. N° 660, de 1988, del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, establece como norma general que las concesiones se otorgan por un plazo de cinco años, con la posibilidad de que se otorguen por plazos mayores de hasta 50 años, dependiendo de la cuantía de los capitales. Sería conveniente que el plazo fuera indefinido o al menos más largo, y por cierto renovable en forma automática, de manera que existiese permanentemente, por parte del concesionario, el incentivo a invertir en una ampliación y mantención de su infraestructura. Desde un punto de vista de eficiencia económica se deben preferir las concesiones por tiempo indefinido por sobre las concesiones cedidas por períodos de largo plazo, toda vez que por largo que dichos pla-

zos sean, el incentivo para realizar inversiones se verá mermado mientras más se acerque el plazo de vencimiento de la concesión.

d) *Rentas o tarifas de las concesiones*: Al establecer valores de cobro por las concesiones marítimas estos deben ser prudentes, ya que si son excesivos no estimulan el desenvolvimiento de estos proyectos y el incremento de esta actividad económica, que interesa de sobremañera fomentar. Importante es resaltar que una concesión marítima, lejos de perseguir para el Estado una fuente de ingresos por concepto de derechos como tarifas y/o rentas, es inductora de progreso, de mano de obra, generación de divisas e impuestos a la renta por el ejercicio de una actividad económica atractiva a nacionales y extranjeros interesados en invertir en el territorio marítimo nacional.

En aquellas concesiones nuevas que se establezcan, en las que se requiere de grandes inversiones, es conveniente considerar un período de gracia de al menos un año a objeto de facilitar y estimular su instalación.

La fijación de un orden institucional y legal apropiado, dentro del cual se incluyan medidas de fomento e incentivo tributario a las empresas nacionales, dará un marco adicional de seguridad para atraer las inversiones que sean necesarias.

CAPÍTULO V

IMPEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS A LOS PRINCIPIOS DE CERTEZA JURIDICA Y AL DEBIDO PROCEDIMIENTO

1. *En cuanto al amparo del derecho adquirido*

El derecho real de uso emana de la concesión y reconociendo que tal derecho ha sido atribuido exclusivamente para que lo goce el concesionario con exclusión de otros, implica que puede ejercerse respecto de todas las personas y puede defenderse también respecto de cualquiera que lo lesione.

A) Frente a conflictos con la Administración

El procedimiento concesional marítimo no consideró la vía contenciosa administrativa, ya que la instancia de reconsideración fue fijada sin ulterior recurso y se encuentra radicada en la Autoridad administrativa superior

concedente, que es el Ministro de Defensa³⁹. Debe entenderse en lo referente al recurso que este es de carácter administrativo, ya que obviamente proceden las acciones judiciales que sean pertinentes, pues no se puede dejar sin recurso que ejecutar ante el Poder Judicial a un concesionario, ante un acto meramente administrativo de efectos esencialmente precarios y sujetos en todo momento al solo arbitrio de la voluntad de la Administración⁴⁰.

Este sistema se aplica en nuestro país por determinadas autoridades administrativas que reúnen en sus manos la calidad de juez y parte en casos que la ley le ha entregado su conocimiento. Atentando en forma abierta al debido proceso, dándole inseguridad al inversionista a aventurarse en este tipo de proyectos donde existe la posibilidad que no pueda defender su derecho frente a la arbitrariedad de la Administración.

No parece aconsejable mantener esta situación, que tan serio menoscabo significa al Estado de Derecho, pues toda contención sobre bienes y derechos es por esencia un asunto judicial, propio del conocimiento y decisión de los Tribunales de Justicia, únicos habilitados por la Constitución para dirimir contiendas entre partes, cualquiera sean estas, incluso el propio Estado o la Administración.

Por las actividades que realiza el Estado, se producen desviaciones en su persecución del bien común, ya sea por elevar a nivel de derecho uno que no lo es, como de rebajar otro que sí tiene tal calidad. Por eso este debe idear eficientes mecanismos jurídicos a fin de que, sin menoscabar la primacía del bien común, pueda al mismo tiempo tutelar debidamente los derechos de las personas. El mecanismo más perfeccionado ha sido, ciertamente, la posibilidad de que el ciudadano, frente a un agra-

vio o lesión que le origine el actuar de la Administración, recurra ante los Tribunales de Justicia que, dotados de verdadera independencia e imparcialidad, fija el derecho o impone su decisión, cualquiera sea la naturaleza de la contienda o la calidad de las personas que en ella intervengan, aunque se trate de la propia Administración.

Por consiguiente, en el caso de declarar la Administración la caducidad de una concesión, cuando no existe acuerdo entre las partes, exige el examen y resolución previa de todas las cuestiones de hecho y de derecho promovidas por las mismas como fundamento de sus acciones y defensas, y esta resolución previa, por su naturaleza, incumbe exclusivamente a los tribunales.

Por lo tanto, si la caducidad de la concesión otorgada por la autoridad no ha sido declarada judicialmente, el concesionario no puede ser obligado a aceptar la caducidad declarada, tanto más si se considera que su derecho se encuentra amparado por la inviolabilidad de la propiedad, derecho del cual sólo puede ser privado por sentencia judicial o por expropiación por causa de utilidad pública⁴¹.

En un Estado de Derecho la verdadera garantía de los derechos de los ciudadanos es la existencia de tribunales cuya independencia e imparcialidad aseguren el imperio del derecho y las libertades fundamentales de las personas⁴².

Es cosa que en nuestro derecho no se discute, que entre tanto no se establezcan por la ley los tribunales administrativos para conocer de las reclamaciones a que dieran lugar los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas, no puede perseguirse judicialmente y por vía directa la ilegalidad o ineficacia legal de un decreto.

En el supuesto que la Administración ejerza apremios ilegítimos sobre el concesionario, turbándole el goce del derecho concedido, mediante amonestaciones que carezcan de fundamento, para llegar a producir una futura caducidad, o de alguna manera sea embarazado el ejercicio de su derecho, el concesionario puede

³⁹ Según se indica en el art. 9º inc. 3º, art. 12 inc. 2º, art. 46 inc. 1º y art. 52 inc. 2º, del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, fijado por Decreto Supremo (M) N° 660, de 1988.

⁴⁰ El art. 2º de la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, señala: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

⁴¹ Véase en este capítulo, el N° 2 "En cuanto a la revocación de la concesión por el Estado y su indemnización".

⁴² SAAVEDRA ESPINOSA, Tito. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 87, 1981.

utilizar los recursos de la vía administrativa, siendo la más recomendable el recurso administrativo jerárquico. Así podrá dirigirse directamente a su superior administrativo, mediante solicitud escrita o documentada, a fin de que este ordene instruir la investigación correspondiente y haga cesar el presunto atropello⁴³.

B) Decreto Supremo N° 1 Bienes Nacionales, de 1996

El 6 de agosto de 1996 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, que reglamenta la aplicación del art. 13 del D.L. N° 1.939, de 1977, que tiene por objeto asegurar que las playas de mar, ríos o lagos puedan ser usadas por todos los chilenos. Esto cambiará la situación de las playas que, de una u otra forma, se utilizan privadamente.

Este reglamento considera el establecimiento gratuito de corredores de acceso a través de la propiedad colindante con las playas de mar, ríos o lagos, en caso de no existir otras vías de acceso o caminos públicos al efecto, siempre y cuando sea con fines turísticos y de pesca. Y para su debido cumplimiento otorga al Intendente la facultad de fijar, prudencialmente, las correspondientes vías de acceso a través del procedimiento que señala⁴⁴.

Si bien es cierto, en Chile no existen legalmente playas que puedan ser calificadas de privadas, sin embargo, esto no es razón para que se obligue a los propietarios ribereños a permitir el paso por su propiedad, pues se estaría vulnerando el derecho de propiedad en su esencia.

El derecho de propiedad no puede limitarse por simples cambios de reglamentación de algunos organismos fiscales. El citado reglamento restringe este derecho al obligar a los propietarios a ceder o autorizar el paso por sus terrenos. Este es un tema que debería examinarse en el plano legislativo, en el entendido de que la Constitución reconoce el derecho de propiedad en su concepto más amplio. El problema de fondo parece estar en la incompre-

sión de la importancia del derecho de propiedad para la preservación de la libertad y otros derechos humanos, así como para la buena utilización de los recursos escasos, su adecuada mantención y el desarrollo productivo del país.

Los Estados generalmente están más interesados en conceder más derechos relativos a sus gobiernos, vulnerando de esta manera el derecho de propiedad. Es así como en 1922 el juez estadounidense Oliver Wendell Holmes decretó: "que la regulación del gobierno no viola los derechos de propiedad a no ser que este fuera demasiado lejos". Fue justamente esta impresión lo que hizo posible que posteriormente los gobiernos fueran demasiado lejos⁴⁵.

Dentro del derecho de propiedad se consideran las facultades de uso, goce y disposición. Lógicamente cada confiscación parcial del derecho debe estar sujeta a una indemnización, en este caso el propietario tiene derecho, sin duda, a una compensación por la pérdida de su derecho al ver limitada su facultad de disponer libremente de bienes de su propiedad, lo que violaría el principio de propiedad⁴⁶.

Con el objeto de resguardar el derecho de propiedad de los particulares que cuentan con terrenos ribereños que constituyen la más cercana vía de acceso a las playas, se debería considerar, como único mecanismo, la expropiación de dichos corredores por el Ministerio de Bienes Nacionales, señalándose expresamente que esto debe realizarse en conformidad a las disposiciones de la Constitución y la Ley Orgánica sobre expropiaciones. La propiedad privada es un derecho que la ley debiera preservar inequívocamente. Más aún, en una verdadera democracia la Constitución y la Ley deben orientarse sólo a la protección de los individuos frente al poder estatal y no como ocurre en Chile donde, a veces por la vía de

⁴⁵ Diario "El Mercurio", cuerpo B "Economía y Negocios", "The Economist: Derechos de propiedad en las playas", Santiago, 14 de marzo de 1992.

⁴⁶ "Tampoco la propiedad privada será confiscada para uso público, sin la justa compensación". Concepto que deriva de John Locke, conocido como la "cláusula de las confiscaciones". Diario "El Mercurio", cuerpo B "Economía y Negocios", "The Economist: Derechos de propiedad en las playas", Santiago, 14 de marzo de 1992.

⁴³ SAAVEDRA ESPINOSA, Tito. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 70, 1981.

⁴⁴ Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.162, de 16 de febrero de 1996.

reglamentos, se violan derechos personales elementales⁴⁷.

C) Respetto del derecho real de uso

La propiedad o dominio, en sentido estricto, es un vínculo real entre una persona y una cosa corporal con el fin de usar, gozar y disponer libremente de ella, y está definida en tal sentido en el art. 582 del C. Civil. Constitucionalmente se le protege en el art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental, disposición que permite limitarla e imponerle obligaciones derivadas de su función social, pero que prohíbe privar de ella, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio sin la correspondiente indemnización.

Este vínculo de la propiedad ha sido, igualmente, en el ámbito privado, extendido a los "derechos", pues según el art. 583 del C. Civil, también sobre los bienes incorpóreos —como lo son los derechos según el art. 565 del mismo Código—, existe "una especie de propiedad". La Constitución, a su vez, protege la propiedad sobre los bienes incorpóreos en el art. 19 N° 24, inciso primero, al expresar que asegura "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales como incorpóreos" y la somete a las mismas normas que las que garantizan el dominio sobre las cosas corporales. Además, el N° 23 del mismo art. 19 asegura a todas las personas, como regla general, "La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes"⁴⁸.

⁴⁷ Con fecha 5 de septiembre de 1996, miembros del Senado y de la Cámara de Diputados presentaron, ante el Tribunal Constitucional, requerimientos por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, siendo estos proveídos con fecha posterior a la entrega de esta tesis. Estos requerimientos concuerdan plenamente con lo expuesto en el desarrollo de la tesis, corroborando que este Decreto Supremo atenta contra el derecho de propiedad de aquellas personas que cuentan con terrenos ribereños.

⁴⁸ BERTELSEN REPETTO, Raúl. Informe en Derecho. "Facultades de CONAF y Contaminación de Aguas en un Lago". Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 N° 3, págs. 555-556, 1992.

⁴⁹ Recurso de protección. Corte de Apelaciones de La Serena. Martínez Soto, Patricia con Copatta Chambelland, Michel. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, N° 2, segunda parte, sección quinta, págs. 75-78, 1992.

No obstante, la extensión con que se protege en Chile constitucionalmente la propiedad, ella no se extiende sobre toda clase de derechos, sino únicamente sobre los que tienen un contenido patrimonial. El concesionario no explota la concesión en virtud de un acto de mera tolerancia de la autoridad, sino en razón de un derecho que le otorga la concesión, que se incorpora a su patrimonio y del cual no puede ser privado en virtud de un acto administrativo arbitrario, pues tal derecho se encuentra protegido por la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad.

El art. 19 N° 24 de la Constitución, al garantizar a todas las personas el derecho de propiedad. "en sus diversas especies", naturalmente ha incluido en ellos el que se tiene sobre los bienes nacionales de uso público, para usar de ellos con arreglo a las leyes vigentes; y el art. 948 del C. Civil otorga acción popular para amparar estos bienes. En consecuencia, es procedente amparar su uso, por medio del recurso de protección, ante cualquier acto ilegal o arbitrario que impida, perturbe o amenace dicho derecho⁴⁹.

A su vez el concesionario está amparado, frente a actos de terceros, por la Administración concedente de acuerdo a los arts. 56 y 57 del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, que permite requerir el auxilio de la fuerza pública para el desalojo de ocupantes ilegales, sin perjuicio de seguir las acciones judiciales que correspondan en caso de proceder una indemnización⁵⁰.

a) Acciones posesorias

Siendo real este derecho de uso, el particular que lo goza puede ejercitar acción posesoria para conservar la posesión de su derecho, aun contra el Fisco mismo si este trata de perturbársela mediante un decreto que declara caduca la concesión sin la concurrencia de alguna de las circunstancias expresamente previstas en el Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

La querrela de amparo tiene por objeto conservar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos. En relación a las concesiones marítimas esta acción tiene la

⁵⁰ SAAVEDRA ESPINOSA, Tito. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 71, 1981.

finalidad de conservar la posesión del derecho real de uso consagrado en el acto administrativo. En consecuencia, no infringe ninguna disposición legal la sentencia que acepta la quejella de amparo deducida por el particular en contra de la Administración que por sí y ante sí declaró caducada la concesión.

El art. 916 del C. Civil, junto con expresar el objeto de las acciones posesorias, establece el principio de que la posesión de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos se encuentra protegida por diversas acciones; y el art. 922 del mismo Código prescribe que el usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de los respectivos derechos, aun contra el propietario mismo.

b) Prescripción

El derecho real que detenta el particular o la persona jurídica que lo goza, puede transferirlo, lo mismo que los demás de su especie, a otra persona, y aun adquirirlo por prescripción sin que esto altere o modifique el derecho real de dominio que tiene el Estado sobre el bien nacional en que está radicado, porque lo que es imprescriptible es este último y no el primero. Lo expuesto basta para demostrar que no se ha infringido ninguna de las disposiciones del Código Civil, porque todas ellas descansan en el principio jurídico de que los bienes nacionales son imprescriptibles, y aquí no se trata del dominio de un bien raíz nacional, sino de un derecho real constituido sobre una parte de un determinado bien⁵¹.

Sin embargo, se debe considerar que el suelo que abarcan los bienes nacionales de uso público es de naturaleza opuesta a la de todos aquellos otros bienes susceptibles de ser adquiridos en posesión y dominio por los particulares. En relación a esto, no procede acoger la prescripción fundada en la posesión de los terrenos porque esta se contrapone a la naturaleza y condiciones de los bienes nacionales de uso público y si bien sobre ellos pueden las autoridades competentes conceder a particula-

res o comunidades el uso y goce para determinados aprovechamientos, en ningún caso tales concesiones confieren derecho de propiedad ni posesión y sólo otorgan una tenencia muy diversa de la tenencia con ánimo de señor y dueño, única que habilita para adquirir las cosas por prescripción⁵².

2. *En cuanto a la revocación de la concesión por el Estado y su indemnización*

De acuerdo al Reglamento sobre Concesiones Marítimas fijado por Decreto Supremo N° 660, de 1988, en su art. 54 establece que: "El Estado se reserva el derecho de poner término a cualquiera concesión que se otorgue de acuerdo a este Reglamento, sin responsabilidad alguna para él". Sin perjuicio de esto se otorgará un plazo de gracia mínimo equivalente a la décima parte del plazo por el cual se otorgó la concesión y, comenzará a contarse desde la fecha en que se transcriba al concesionario el correspondiente decreto en que se adopte la resolución, mediante carta certificada.

El Estado se reserva además, según el art. 55 del mencionado reglamento, el derecho de poner término a cualquiera concesión, sin necesidad de expresar causa alguna y sin estar obligado a otorgar plazo de gracia. Estas resoluciones se adoptarán por decreto del Ministerio de Defensa Nacional (M). En este caso los concesionarios afectados tendrán derecho a la indemnización de perjuicios correspondientes.

Estos dos artículos serán analizados conjuntamente por cuanto dicen relación con la facultad que otorga el citado Reglamento sobre Concesiones Marítimas, al Ministro de Defensa, para poner término a las concesiones cedidas por él. Cabe señalar que el acto por el cual se pone término a dichas concesiones constituye un acto revocatorio de la autoridad, por el hecho de volver sobre su propio acto.

A) El acto revocatorio

La autoridad facultada para dictar la revocación de una concesión marítima es la misma que dicta el decreto a través del cual se conce-

⁵¹ Corte Suprema. Casación en el fondo. Cía. de Salitres de Antofagasta con Fisco. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 22, N° 9, segunda parte, sección primera, págs. 563-567, 1926.

⁵² Corte Suprema. Casación en el fondo. Fisco con Barnett y Cía. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 21, segunda parte, sección primera, págs. 276-278, 1921.

de el derecho de uso sobre el bien de dominio público. Una vez declarada la revocación, cesa el derecho del concesionario de seguir ejerciendo la concesión, y, además, surge el derecho a solicitar la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se deberá fijar de común acuerdo o por sentencia dictada conforme a derecho por los Tribunales de Justicia.

En las concesiones debe estimarse subentendida la facultad del Estado de revocar en cualquier momento, siempre que así lo aconseje el bien común que fundamenta este tipo de acción, de acuerdo a como lo exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional y la utilidad pública, sin que pueda renunciar en caso alguno a su facultad, porque es inalienable al poder reglamentario del Estado y porque este no puede desprenderse de las atribuciones inherentes a su autoridad. La facultad revocatoria está radicada en el poder-deber del Estado de satisfacer el interés público.

Decir interés público es lo mismo que decir necesidades públicas o colectivas, lo que lleva a hacer similar el fundamento de la revocación al fundamento de la expropiación por utilidad pública. De ahí entonces que se puede revocar un derecho de concesión o bien se puede expropiar ese mismo derecho⁵³.

La revocación es un acto unilateral del Estado, que no aludiendo razones de ilegalidad o de incumplimiento por parte del concesionario, sino que por razones de interés general, es decir, bien común, llevan a la autoridad a decretar la extinción del acto. No siendo necesario, para que opere, el consentimiento del concesionario por ser un acto eminentemente discrecional de la Administración⁵⁴.

⁵³ MARIENHOFF S., Miguel, estima que el derecho emergente sobre una concesión de uso sobre el dominio público constituye una propiedad del concesionario, en el sentido constitucional del término, y que el fundamento de la facultad revocatoria de la Autoridad es análoga al de la expropiación por utilidad pública. En base a este fundamento surge el derecho del concesionario a ser indemnizado, ya que dicha indemnización se impone como garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Tratado de Derecho Administrativo, tomo III, pág. 411. Buenos Aires, 1960.

⁵⁴ SAAVEDRA ESPINOSA, Tito. "Concesiones Marítimas". Memoria de Prueba, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, pág. 93, 1981.

Al establecer la posibilidad de revocación de las concesiones marítimas por la sola voluntad del Estado significa que el régimen concesional ha considerado la terminación unilateral, o lo que es lo mismo, contempla la posibilidad de modificar el acto administrativo dictado conforme a derecho. Si no existiera esta norma, le sería imposible a la autoridad volver sobre sus actos, la cual debe tener por finalidad darle un mejor uso al dominio público no perdiendo la finalidad de los actos administrativos que es propender al bien común. Por consiguiente, sólo se pueden modificar sus actos si la ley lo permite, siempre que esto signifique una mayor contribución al bien común, pero esta finalidad no puede dañar al particular en la medida que afecte derechos ingresados a su patrimonio⁵⁵.

Dictado por la autoridad el acto concesional en favor de una persona, la Administración, que dictó dicho acto, debería carecer de las potestades revocatorias para dejarlo sin efecto o modificarlo, pues habiendo conferido derechos al beneficiario desde el momento de ser notificado y habiéndose incorporado a su patrimonio, ellos se encuentran reconocidos por la propia Constitución⁵⁶.

Se la ha entregado a una norma del rango inferior, como son los decretos supremos, la facultad de invadir el campo de los derechos protegidos constitucionalmente. Por esta razón es que frente a los actos de la Administración que pretenden ir contra derechos adquiridos de terceros, no debe proceder nunca la revocación sino que debiera procederse a la expropiación,

⁵⁵ Si no existen antecedentes que justifiquen la necesidad para revocar un acto administrativo precedente, la decisión administrativa que lo deja sin efecto aparece desprovista de fundamentación y junto con ser arbitraria, su autor ha incurrido en desconocimiento de la normativa legal que lo obliga a mantener el acto primitivo no habiéndose modificado la situación que originó su dictación. Recurso de Protección. Corte Suprema. Unidad Vecinal N° 13 de la Comuna de San José de Maipo y otra, contra Intendente de la Región Metropolitana. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 80, N° 2, segunda parte, sección quinta, págs. 175-185, 1983.

⁵⁶ Recurso de Protección. Corte de Apelaciones de Santiago. Fantuzzi Alliende, Mario y otro contra Director Ejecutivo del Servicio Agrícola y Ganadero, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 82, N° 2, segunda parte, sección quinta, págs. 283-288, 1985.

acto elaborado no por la Administración sino que por el legislador⁵⁷.

Si la Administración, al volver sobre sus actos y en su actuar daña los derechos adquiridos por los particulares, aun en procura del bien común, estaríamos ante una organización social que no da seguridad a los privados, al no otorgar los medios idóneos para defender sus derechos adquiridos frente a la autoridad, ya que esta podría libremente decretar a su arbitrio la revocación de los actos administrativos, debiendo el particular sufrir el costo de satisfacer el bien común⁵⁸.

B) De la expropiación y su indemnización

La expropiación deberá ejercerse en casos de imprescindible necesidad, y mediante decreto supremo fundado, el que expresará con exactitud las razones que justifiquen la expropiación. Esta se someterá a las disposiciones y procedimientos constitucionales y legales pertinentes. Lo que se expropia no es el bien de dominio público que se otorgó al concesionario, pues sobre ellos el particular no tiene derecho de propiedad, sino lo que se expropia es el derecho de uso que tiene el concesionario sobre un lugar específico.

Asimismo, será procedente la expropiación siempre que el Estado ponga a disposición de la Administración un derecho privado o público, de tal manera que priva a un tercero de disfrutar de su derecho anteriormente adquirido. En tanto el Estado debe compensar mediante la correspondiente indemnización la privación sufrida por este particular.

La indemnización consiste en la reparación del daño, y esta opera bajo la existencia de dos presupuestos: uno, que la revocación sea por causas expresamente establecidas en la ley, lo que lleva implícito que será siempre el bien común, y el otro, es que el Estado no está obligado a otorgar plazo de gracia.

El derecho que emerge de una concesión de uso de dominio público constituye una propiedad del concesionario, en tanto que la revocación de la concesión por la Administración, es análoga a la expropiación por utilidad públi-

ca. Siendo la Constitución la que garantiza la inviolabilidad de la propiedad, es a través de la indemnización como se protege la privación de un derecho.

Si el Estado altera discrecionalmente un derecho adquirido cumpliendo con los requisitos que establece la ley, produce un perjuicio y es responsable de este, pesando sobre él la obligación de repararlo a través de una indemnización. En cuanto a la procedencia de la indemnización, es necesario determinar si los efectos del acto administrativo han pasado a formar parte del patrimonio del concesionario. Si esto ha ocurrido, el titular de la concesión está protegido en su derecho adquirido por la garantía constitucional del art. 19 N° 24, y en caso de haber lesión de los derechos adquiridos no procede la revocación sino que la expropiación con arreglo al inc. 3° del referido artículo.

Los derechos subjetivos que la concesión confiere al particular no pueden ser desconocidos, abrogados o violados, sin la correspondiente indemnización. En tal evento, el beneficiario de la concesión, lesionado en sus intereses patrimoniales, está plenamente autorizado para exigir la indemnización de los perjuicios que le hubieren sido irrogados.

CAPÍTULO VI

USO ECONOMICO DEL SISTEMA DE CONCESIONES MARITIMAS

1. Como polo de inversión atractiva para la empresa privada

El uso económico del sistema de concesiones de bienes de dominio público debe ser una herramienta apta para incentivar la inversión de los particulares en estos bienes para su explotación en base a buenos proyectos económicos y transformarse en un polo de desarrollo zonal o regional de importancia⁵⁹.

Presentado un proyecto y analizada su factibilidad, la Administración debe facilitar el camino para la obtención de la concesión, ya

⁵⁷ SOTO KLOSS, Eduardo, "La extinción de los actos administrativos y la potestad revocatoria de la administración" (algunas nociones elementales), apuntes de clases de Derecho Administrativo, 1983.

⁵⁸ CUBILLOS SIGALL, Felipe. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 119, 1989.

⁵⁹ SAAVEDRA ESPINOSA, Tito. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 50, 1981.

que no se debe olvidar el objeto de los actos de la Administración que es el propender al bien común. Con la concreción de estas iniciativas se lograrán beneficios integrales en relación a nuevas fuentes de trabajo y un mejor aprovechamiento de nuestros recursos naturales, entre otros.

Dichos proyectos dicen relación con diversas actividades, como la construcción de puertos, muelles o embarcaderos de pequeñas embarcaciones turísticas, el fomento de la pesca industrial, artesanal o de afición, complejos turísticos, etc. Dentro de las líneas que se visualizan con buenas perspectivas de desarrollo en estas actividades, en sus más variadas formas, es de gran importancia propiciar todas las proposiciones que en este orden de ideas se formulen a lo largo del territorio.

a) Puertos

Actualmente el sistema de concesiones presenta deficiencias significativas en el marco regulatorio, lo que dificulta el desarrollo de un sistema portuario competitivo y eficiente. Nuestros puertos son de tamaño reducido y se encuentran localizados en áreas urbanas que limitan su expansión. Los puertos son principalmente estatales, lo que hace necesario que se abra a la inversión privada el desarrollo de nuevos frentes de ataque en los actuales puertos de la Empresa Portuaria de Chile, lo que sólo será posible con la creación de un marco regulatorio que permita un crecimiento dinámico de la actividad empresarial y de esta forma se incorpore masivamente el capital privado al desarrollo de la infraestructura portuaria.

En esta materia, cabe estudiar soluciones a los distintos problemas que se han suscitado en relación a los puertos estatales, planteándose algunas consideraciones como tener una estructura que permita la inversión privada en los puertos, establecer reglas que garanticen una competencia leal entre puertos privados y estatales y permitir al sector privado el acceso a la construcción de nuevos puertos.

A la Administración le interesa que se invierta en infraestructura y que la operación de los puertos sea eficiente en cuanto a que ayude al comercio internacional. En este sentido, debiera estar consciente que en la medida que las economías de escala y las condiciones naturales lo permitan, un régimen de puertos competitivos sería conveniente para el país como un

todo. Esto significa que la Autoridad debiera velar por crear las condiciones para que al sector privado le interese participar, y al mismo tiempo que ello ocurra en un ambiente donde pueda desarrollarse algún grado de competencia, tanto entre puertos como al interior de ellos.

Otro factor que atenta contra la inversión privada dice relación con las tarifas que cobra Emporchi en algunos de sus puertos, ya que no responden a un criterio económico y la razón fundamental para ello es que la empresa no se ve forzada a obtener una rentabilidad positiva por el capital invertido, como tendría que hacerlo un privado que invirtiera en puertos. Esto es grave si uno considera las grandes inversiones que deben hacerse para construir un puerto⁶⁰.

b) Obras complementarias

Para fortalecer el esquema de inversión privada en los puertos, con el objeto de ofrecer un corredor expedito hacia los mercados del Asia y hacer de Chile un corredor bioceánico, se hace necesario crear vías de acceso a los puertos, ampliar sus carreteras, ferrocarriles, lugares de espera para la carga y descarga, aumentar el turismo, etc. Construir obras complementarias de infraestructura en áreas suburbanas y próximas a los puertos, que hagan posible el estacionamiento de camiones para fines de inspección, depósito de contenedores vacíos, etc.

Se debe tener presente que la demora en efectuar inversiones para el desarrollo de esta clase de obras complementarias conducirá, irremediablemente, en el futuro, a que las grandes empresas desestimen el empleo de un determinado puerto como punto de transferencia de carga, optando por otros terminales marítimos, sean estos nacionales o extranjeros.

c) Pesca

La capacidad pesquera de nuestro país y el porvenir de su industria son auspiciosos, tanto por una demanda siempre creciente en el mercado internacional, como para satisfacer

⁶⁰ Libertad y Desarrollo y TASC, Trabajo de Asesoría para el Congreso. "El sector portuario chileno, descripción, análisis y propuestas". Congreso Nacional, pág. 17, 1993.

nuestras propias demandas. El mar, fuente inagotable de recursos, es el escenario donde se desarrolla la industria pesquera, considerando que esta actividad equivale al 11,6%, en relación a las exportaciones totales nacionales. Todavía queda mucho por hacer, como por ejemplo, incorporarse en forma organizada a la pesca de alta mar, más allá de nuestra zona económica exclusiva, la construcción de grandes terminales pesqueros y de puertos en zonas insulares como Isla de Pascua, entre otras. Lo expuesto hace aconsejable instar al desarrollo de la industria pesquera nacional.

d) Acuicultura

En igual sentido, la zona costera cobra particular importancia respecto de las instalaciones necesarias para el desarrollo de la acuicultura, en todas sus expresiones, como ya puede advertirse en la zona de Chiloé. Sin embargo, nuestra capacidad potencial es mucho mayor, particularmente en la zona de los canales patagónicos y fueguinos. Por eso que las acciones que al respecto sean realizadas permitirían establecer una presencia más efectiva, mediante centros poblados que intensifiquen la permanencia y actividad marítima de nuestro litoral.

e) Minería

A este respecto, la explotación de minerales en la zona costera constituye otro factor de interés, dada la existencia potencial en sus aguas aldedañas de arena, grava, diamantes, estaño, minerales titánicos, sedimentos auríferos, fosforita, bauxita y gas. De aquí que nuestro reto específicamente consiste en aprovechar estos recursos y, de este modo, intensificar nuestra presencia en el litoral.

f) Centrales hidroeléctricas

Otra actividad que habría que asumir en esta zona es la evaluación y aplicación de las posibilidades futuras destinadas a obtener energía eléctrica de la diferencia de mareas que se producen en la zona oriental de la isla de Chiloé, así como en la zona del estrecho de Magallanes que está ubicada al oriente de la Primera Angostura. En aquel sentido conviene tener presente que la Normandía francesa cuenta, desde hace ya varios años, con una planta de este orden.

g) Turismo

El mar, como medio de recreación, parece a simple vista ser una utilización secundaria, algo así como un subproducto de esta enorme fuente de recursos de todo orden que recién comenzamos a entender. Sin embargo, es también importante, pues en ella se basa el turismo que, en los países desarrollados, es una industria próspera y productora de grandes entradas, a tal extremo que en algunos llega a ser la fuente principal de ingresos del Estado.

Tenemos mucho que ofrecer al turista, pero nos falta aún desarrollar una infraestructura que tomará tiempo en ser implementada y requerirá de inversiones iniciales fuertes. Pero sobre todo, nos falta una mentalidad de país turístico, sacando provecho a nuestro mar.

El turismo plantea, a su vez, conflictos de carácter urbano que pueden ser solucionados mediante la coordinación de una política nacional y los planos reguladores intercomunales. Los conflictos generados en el borde costero de Viña del Mar por la demanda inmobiliaria se repiten con menor intensidad en las ciudades como La Serena, donde los habitantes ven perjudicados sus accesos al mar y su vista por la preferencia que se le otorga al visitante. En el plano internacional, el desarrollo de modernos complejos turísticos con gran capacidad hotelera tiende a emplazarse en zonas aisladas, alejadas de los centros urbanos, evitando el modelo de edificios altos y continuos que se levantan como murallones en el límite costero. Hay una preocupación del sector turístico, donde se estima que es urgente legislar por el futuro del borde costero a lo largo del país, para evitar que se autorice construir allí en forma anacrónica.

h) Deportes náuticos

Se debe incentivar el otorgamiento de facilidades a las empresas proveedoras de equipos para la práctica deportiva marítima y la recreación náutica, en especial a los astilleros que construyen diferentes clases de veleros, lanchas, botes y su equipamiento. También se requiere desarrollar una infraestructura costera destinada a apoyar el desarrollo de estas prácticas. Dentro de ello cabe mencionar la construcción de atracaderos de yates y lanchas—denominadas marinas— además de la formación de escuelas náuticas, incluidas las edificaciones necesarias.

i) Construcción naval

Ante el incremento del comercio mundial y el mayor intercambio de productos, la construcción naval tiende naturalmente a crecer y a reemplazar sus unidades a más antiguas. Esta industria posee un amplio efecto multiplicador de sus propias actividades y de otras fuentes de producción nacionales que participan, sean como contratistas, subcontratistas o proveedores de equipos, piezas y partes, tanto en la reparación como en la modernización de naves. Lo anterior ha inducido a las naciones industrializadas a subvencionar sus astilleros, pues estos constituyen una industria de síntesis, que incluye todo un universo de actividades, bienes y servicios.

2. Como estrategia de desarrollo nacional

A) Política oceánica

Debido a la estrecha relación que existe entre los objetivos nacionales y los objetivos de la política oceánica, resulta indispensable establecer primeramente aquellos y luego los propios de esta última. Hecho lo anterior es preciso compatibilizar los unos con los otros, en términos que los segundos resulten coherentes con los primeros.

La política oceánica debe estar vinculada a los avances tecnológicos y a los nuevos logros en materia de investigación y educación propios de las ciencias del mar. Asimismo, es preciso tener presente que debe existir necesariamente una eficiente coordinación entre los organismos y servicios públicos y privados que intervienen en la ejecución de la política oceánica chilena, lo que plantea la necesidad de considerar un mecanismo de integración nacional de todos los sectores intervinientes en ella.

El problema debe ser planteado en torno a la forma de organizar la Administración de este Estado marítimo. A lo menos pueden ser identificados dos criterios para buscar esta organización. Uno, conocido por nuestra opinión pública, centrado en torno a un ente especial, independiente, que coordine con mayor o menor amplitud el accionar de los diferentes ministerios y servicios públicos sobre uno o más aspectos de los intereses marítimos. Esto puede tener la forma de un Ministerio del Mar o de un Consejo Administrador. Así podemos estimar como válida esta idea en la línea del

criterio de buscar la solución en la modificación de la organización estatal. Sobre este particular, en el mundo hay Estados que han seguido este camino con un grado relativo de eficiencia para la Administración de estos espacios, camino que aún no es visualizado como realmente eficiente. El otro criterio para resolver la mejor forma de administrar un Estado marítimo se aparta de la modificación organizacional, para centrarse en la operatividad e interrelación de todas las personas y entes que cubren la conducción y la Administración del Estado, haciendo concurrir estos esfuerzos en una integración a los procesos de desarrollo que ejecutan los entes estatales y particulares. Para esto, el requisito básico es el establecimiento de un amplio grado de libertad para todos los actores de este proceso. Es este criterio funcional el que se está tratando de buscar cuando se plantea la necesidad de impulsar la conciencia marítima y realizar los esfuerzos para incrementarla. Aquí se trata de que todo el sistema organizacional del Estado sea marítimo y no sólo una parte de él. Para lo anterior se requiere establecer la coordinación entre los diferentes elementos que en ella intervienen, por la vía de la visión de conjunto que tienen que contener las leyes, los reglamentos y normas de relación que establezca ese mismo Estado⁶¹.

Los objetivos oceanopolíticos chilenos debieran orientarse a ampliar el intercambio y cooperación económica transpacífica, intensificando las relaciones comerciales, las inversiones y la transferencia de tecnología, para así acrecentar nuestra participación en el tráfico marítimo consiguientemente y en los proyectos relacionados con el comercio y los recursos marinos. Tal ampliación e intensificación correspondería efectuarlas con la participación de todos los sectores nacionales involucrados, en particular con aquellos más vinculados directamente a los intereses oceánicos nacionales. Del mismo modo, y en un plano regional, sería del caso apoyar para estos efectos la importante participación de los países del Pacífico Sureste en su contribución al desarrollo oceanopolítico, como también a la armonización de los asuntos internacionales y a la cooperación transpacífica.

⁶¹ MARTINEZ BUSCH, Jorge. "El territorio oceánico de Chile y el desarrollo económico nacional". Revista de Marina, N° 816, pág. 444, 1993.

Para hacer realidad este proyecto se requiere realizar un trabajo tendente a generar orientaciones destinadas a definir las relaciones internacionales en función del desarrollo marítimo nacional, estableciendo un conjunto de medidas económicas cuyo objeto sea incentivar la inversión y la ocupación del territorio oceánico. Todo esto no podrá ser realizado con éxito si no se incorpora al quehacer nacional un plan educacional destinado a preparar y enseñar a la juventud que vea en el mar el futuro de Chile.

Lo anterior obliga a concebir, asimismo, una adecuada y equilibrada planificación entre su utilización económica y la necesidad de evitar la degradación de los ecosistemas y hábitat marino y costero.

B) Política de desarrollo socioeconómico

La aparición de un Chile como Estado marítimo para el siglo XXI será una necesaria y quizá una ineludible formulación, entonces el problema girará en determinar de qué forma deben ser administrados los recursos que se originen de este desarrollo marítimo y cómo, a su vez, hacer posible mantener este desarrollo.

El comercio internacional, que constituye un elemento fundamental en la estrategia de desarrollo del país, es movilizado mayoritariamente a través de los puertos marítimos, llegando a representar actualmente alrededor de un 60% del P.G.B. En tanto, que el buen funcionamiento del sistema portuario tiene vital importancia para mantener la fluidez del comercio internacional y así no entorpecer el crecimiento del país⁶². En este contexto, un aumento en la capacidad de la transferencia de mercadería de los puertos públicos depende fundamentalmente de un aumento de la infraestructura, que se dificulta por la restricción presupuestaria fiscal. Para solucionar esto, debería profundizarse la participación del sector privado en las nuevas inversiones.

Se requiere una mejor planificación estratégica del desarrollo nacional, lo cual nos lleva a seguir las tendencias modernas de globalización de la economía y el acelerado cambio tecnológico que hacen que la competitividad

internacional se sustente en la continua incorporación de procesos técnicos, cuyos requisitos son el aumento de la inversión productiva e infraestructura, así como el mejoramiento de los sistemas de gestión y organización.

Necesitamos la creación de un sistema portuario moderno que permita mejorar nuestra competitividad como país, al mismo tiempo, constituya el principal elemento que facilita el ingreso al país de los bienes necesarios para el consumo y la productividad interna, lo cual contribuirá a apoyar y facilitar el desarrollo exportador. Este esfuerzo involucra no sólo el desarrollo portuario, sino que también el de diversas actividades que presentan articulaciones productivas y de servicios vinculados al mismo, como por ejemplo, comunicaciones, infraestructura vial, transporte, servicios financieros y seguros, turismo, etc.

Se debe incentivar la creación de puertos privados, la subdivisión en empresas independientes y autónomas de los puertos pertenecientes al Estado con un sistema normativo general que cautele principalmente al empresario nacional, estableciendo procedimientos claros y transparentes para la inserción en el sistema de inversionistas extranjeros.

Es evidente que el país tiene que modernizar tanto su infraestructura física como sus entes y esquemas administrativos, lo que hace necesario acelerar el proceso de modernización de la Administración pública, particularmente en lo relativo a las concesiones marítimas, disminuyendo la excesiva tramitación e intervención de los servicios, generando un factor de costo asociado.

Debe existir una política nacional de desarrollo socioeconómico que no sólo persiga elevar la calidad de vida de quienes habitan y/o trabajan en los centros urbanos; sino que también, entre otros fines, procurar crear las condiciones adecuadas para impulsar el desarrollo del país. Ambos objetivos dependen en gran medida que existan adecuadas vías de circulación, servicios sanitarios y energéticos, equipamientos, comunicaciones, etc.

Los diversos Servicios Públicos que conforman la Administración del Estado deben actuar en forma coherente y coordinada, en atención a que todos persiguen la misma finalidad, cual es el bien común.

Todo esto debe concluir en la determinación de políticas macroeconómicas estables y realistas en la materia que posibiliten la creación de un marco institucional y legal apropiada-

⁶² Libertad y Desarrollo y TASC, Trabajo de asesoría para el Congreso, "El sector portuario chileno: descripción, análisis y propuestas". Congreso Nacional, pág. 4, 1993.

do que dé seguridad para atraer las inversiones que sean necesarias, se deben incluir también medidas de fomento e incentivo tributario a las empresas que inviertan en esta área.

CONCLUSIONES

1ª. La naturaleza jurídica del vínculo que existe entre el Estado y los bienes de dominio público no dice relación con su titularidad, sino con su afectación, que está fundada en la finalidad de utilidad pública, de donde surgen potestades estatales. Este vínculo de índole público con respecto a las concesiones marítimas se ha entregado al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, dejando bajo su tuición los bienes nacionales susceptibles de concesión marítima. Tal accionar responde en un principio exclusivamente a necesidades estratégicas de la defensa nacional, situación que ha ido variando a través de los años, adquiriendo gran importancia el uso económico de estos bienes, pero sin modificar el espíritu que las inspiró.

2ª. La concesión, como acto de la Administración destinado a crear derechos a favor de los particulares y como medio para conceder el uso exclusivo de los bienes de dominio público en general, y en especial los susceptibles de concesiones marítimas, permite compatibilizar el interés del concesionario, para que realice en ellos las actividades de acuerdo al objeto de la concesión, y satisfacer el interés público, posibilitando un adecuado aprovechamiento de los recursos naturales, sin menoscabo al bien común. Así, a través de la concesión tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para armonizar sus intereses. El acto concesional surge producto de un procedimiento reglado y regulado por las normas del derecho administrativo.

3ª. La teoría de los derechos reales permite establecer la naturaleza jurídica que sobre el dominio público nace a favor de un particular a través de la concesión, por lo tanto, se puede concluir que se trata de derechos reales que se ejercen sobre una cosa y de naturaleza administrativa, pues se hallan regulados por principios del derecho administrativo. En virtud de esta naturaleza, la Administración no sólo otorga derechos, sino que también impone deberes que debe cumplir el concesionario, en virtud de la finalidad de la afectación de los bienes de dominio público que es el interés

general de la comunidad. El principal derecho otorgado por la concesión marítima dice relación con la posibilidad de usar el bien concedido, lo que siempre tendrá que tener una relación con la finalidad que justifica su otorgamiento, los demás derechos serán accesorios. Así como la principal obligación dice relación con que el uso de los bienes nacionales sea armónico con el interés público, pues de otro modo no habría tenido sentido alguno el otorgamiento de dicha concesión, por lo tanto, debe considerarse subentendida la facultad del Estado de poner fin a la concesión en cualquier momento cuando no se cumpla con las obligaciones que genera el propio acto.

4ª. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe dar seguridad y protección a los derechos y actividades económicas que desarrollan los particulares. Esto se logra a través del orden público económico que fija un marco que trata de conciliar las garantías constitucionales que giran en torno a la actividad económica y las limitaciones que imponen las potestades públicas y la actividad legislativa. Dentro del ordenamiento administrativo estatal, el Estado tiene la facultad del otorgamiento de concesiones en general, y en particular las marítimas, las que deben estar supeditadas a la conveniencia del bien común, entre cuyos factores deben equilibrarse las necesidades socioeconómicas como las de la defensa nacional, hecho que no debe impedir un armónico y correcto empleo de los recursos naturales del país, pues es un deber ineludible del Estado incentivar un adecuado y racional uso de los recursos naturales, para lo cual se deben crear las condiciones necesarias para posibilitar la inversión en esta área, dando seguridad y amparando al concesionario a través de un sistema legal que garantice los derechos de los particulares y sus intereses, conciliados estos con las necesidades de la comunidad.

5ª. El derecho de uso emana de la concesión y reconociendo que tal derecho ha sido atribuido exclusivamente para que lo goce el concesionario con exclusión de otros, implica que puede ejercerse respecto de todas las personas y puede defenderse también respecto de cualquiera que lo lesione. El procedimiento concesional marítimo al establecer una instancia de reconsideración ante la misma autoridad concedente y sin ulterior recurso, atenta abiertamente al debido procedimiento, dándole inseguridad al inversionista a aventurarse en este

tipo de proyectos donde existe la posibilidad que no pueda defender su derecho frente a actos arbitrarios de la Administración. El derecho que emerge de una concesión, constituye una propiedad del concesionario, en tanto que la revocación de la concesión por la Administración es análoga a la expropiación por utilidad pública. Siendo la Constitución la que garantiza la inviolabilidad de la propiedad no se puede entregar a una norma de rango inferior, como son los decretos supremos, la facultad de invadir el campo de los derechos protegidos constitucionalmente. Sin embargo, debe estimarse subentendida la facultad del Estado de expropiar el derecho, siempre que así lo aconseje el bien común que fundamenta este tipo de acción, compensando al particular mediante la correspondiente indemnización por la privación de su derecho.

6ª. Debido a la importancia de las concesiones marítimas en el desarrollo económico y social del país es necesario primero determinar los objetivos nacionales para luego fijar los objetivos de la política oceánica, de manera de organizar la Administración, para que el uso económico del sistema de concesiones de bienes de dominio público sea una herramienta apta para incentivar la inversión de los privados en ellos, transformándolos en un polo de desarrollo. Por lo tanto, los bienes del Estado deben ser manejados en forma tal que, sin descuidar lo relativo a la seguridad nacional, su control no entorpezca la aplicación oportuna de ellos. Asimismo, la Administración con todas sus facultades debe facilitar el camino para la obtención de la concesión, a través de la creación de un marco regulatorio que permita un crecimiento dinámico de la actividad marítima, y de esta forma incorporar masivamente el capital privado a este desarrollo, para lo cual es necesaria una eficiente coordinación entre los organismos y servicios públicos y privados que intervienen en esta área. Todo esto debe concluir con el establecimiento de un conjunto de medidas económicas cuyo objeto sea incentivar la ocupación y desarrollo del territorio oceánico, sobre la base de la fijación de un marco institucional y legal apropiado que dé seguridad a los futuros inversionistas.

BIBLIOGRAFÍA

- BERTELSEN REPETTO, Raúl. "Facultades de CONAF y contaminación de aguas en un lago". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 3, págs. 549-573, 1992.
- BRAVO BRAVO, Luis. "Visión Geopolítica de Chile en el Pacífico". *Revista Seguridad Nacional*, N° 20, págs. 75-89, 1981.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.
- Dictamen N° 010/152, de 5 de marzo de 1980.
 - Dictamen N° 20.815, de 4 de septiembre de 1985.
 - Dictamen N° 13.310, de 2 de julio de 1992.
 - Dictamen N° 6.162, de 16 de febrero de 1996.
- CUBILLOS SIGALL, Felipe. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1989.
- DIRECCION GENERAL DEL TERRITORIO MARITIMO. "Instrucciones para postular al otorgamiento de concesiones marítimas", D.G.T.M., 1980.
- DÖRR ZEGERS, Juan Carlos. *Derecho Civil I, "Derecho de los Bienes"*, apuntes de clases. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992.
- EL MERCURIO. "The Economist: Derechos de propiedad en las playas", cuerpo B, "Economía y Negocios", de 14 de marzo de 1992.
- LIBERTAD Y DESARROLLO Y TASC, TRABAJOS DE ASESORIA PARA EL CONGRESO. "El sector portuario chileno, descripción, análisis y propuestas", Congreso Nacional, 1993.
- LIRA URQUIETA, Pedro. Nota al Código Civil, en "Obras Completas", de Bello, 1954.
- MARIENHOFF S., Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo", tomo III, Buenos Aires, 1960.
- MARTINEZ BUSCH, Jorge. "La Geopolítica y la Oceanopolítica". *Revista Chilena de Geopolítica*, Vol. 5, N° 3, págs. 50-53, 1989.
- MARTINEZ BUSCH, Jorge. "El Territorio Oceánico de Chile y el Desarrollo Económico Nacional". *Revista de Marina*, N° 816, págs. 442-445, 1993.
- MARTINEZ BUSCH, Jorge. "Política Oceánica Nacional, sugerencias para una formulación". *Revista de Marina*, N° 820, págs. 229-243, 1994.
- OLIVA BRICEÑO, Jorge. "Administración estatal superior de los bienes nacionales marítimos". Subsecretaría de Marina, 1991.
- PASCAL GARCIA-HUIDOBRO, Enrique. "Derecho Internacional Marítimo", tomo II, Academia de Guerra Naval, 1986.
- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA.
- Contienda de competencia. Juez de letras de Lautaro con Capitán de Puerto de Coronel. Segunda parte, págs. 241-245, 1904.
 - Corte Suprema. Casación en el fondo. Fisco con Barnett y Cía. Segunda parte, sección primera, págs. 276-278, 1921.
 - Casación en el fondo. Cía. de Salitres de Antofagasta con Fisco. Segunda parte, sección primera, págs. 563-567, 1925.

- Casación en el fondo y en la forma. Pacific Steam Navegation Company con Fisco. Segunda parte, sección primera, págs. 506-514, 1931.
 - Apelación Corte de Santiago. Cía de Maestranza y Galvanización con Fisco. Segunda parte, sección segunda, págs. 51-53, 1935.
 - Casación en el fondo. Testart con Fisco. Concesión de aeronavegación comercial. Segunda parte, sección primera, págs. 513-538, 1947.
 - Recurso de Protección. Corte Suprema. Unidad vecinal N° 13 de la comuna de San José de Maipo y otra, contra Intendente de la Región Metropolitana. Segunda parte, sección quinta, págs. 175-185, 1983.
 - Comisión resolutive. Resolución N° 196. Segunda parte, sección sexta, págs. 149-151, 1985.
 - Recurso de protección. Corte de Apelaciones de Santiago. Fantuzzi Alliende, Mario y otro contra Director Ejecutivo del Servicio Agrícola y Ganadero. Segunda parte, sección quinta, págs. 283-288, 1985.
 - Recurso de protección. Corte de Apelaciones de La Serena. Martínez Soto, Patricia con Copatta Chambelland, Michel. Segunda parte, sección quinta, págs. 75-78, 1992.
- SAAVEDRA ESPINOSA, Tito Arturo. "Concesiones Marítimas", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1981.
- SERVICIO HIDROGRAFICO Y OCEANOGRAFICO DE LA ARMADA DE CHILE. "Instrucciones para la determinación de la playa y terreno de playa en la costa del litoral y en la ribera de lagos y ríos", 1ª edición, 1994.
- SOTO KLOSS, Eduardo. "Los derechos adquiridos en el Derecho Público chileno". Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, N° 1, primera parte, sección derecho, págs. 13-23, 1984.
- SOTO KLOSS, Eduardo. Apuntes de clases de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera". Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, págs.135-159, 1990.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. "Principios y Sistema del Derecho Minero, Estudio Histórico-Dogmático", Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. "La Concesión Eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Proposiciones concretas de cambios legislativos". Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 3, págs. 463-508, 1994.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. "Fuentes del Derecho Minero. Estatuto Garantístico de la Industria Minera". Elementos de Derecho Minero, págs. 1-7, 1996.