



Permisos y concesiones sobre bienes municipales: precisiones conceptuales y consecuencias prácticas

Josué Arturo BOGANTES CARVAJAL ¹
David Gerardo SALAZAR MORALES ²

Resumen

El presente artículo analiza dos figuras utilizadas en el Derecho administrativo costarricense: la concesión y, por otro lado, el permiso sobre bienes de dominio público, con una particular atención en cuanto a su aplicación a nivel local, buscando los orígenes doctrinarios con la intención de sistematizar la conceptualización de estos derechos reales administrativos para una guía en la solución de necesidades y problemas que suscitan en la vida cotidiana, comprendiendo sus alcances y limitaciones entre una figura y otra.

Palabras clave: permiso, concesión, Derecho real administrativo, precariedad, dominio público, municipalidad.

Abstract:

This article analyzes two figures used in Costa Rican Administrative Law, the concession and, on the other hand, the permission on public domain assets, with particular attention to its application at the local level, seeking for doctrinal origins with the intention of systematizing the conceptualization of these administrative real rights for a guide for solving needs and problems that arise in daily life, understanding their scope and limitations between one figure to another.

Key Words: Permission on public assets – Concession rights – Real right – Non-freehold estates – Public domain – City Hall.

¹ Licenciado en Derecho por la UCR, con énfasis en Telecomunicaciones, Comercio Electrónico y Tecnología. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante, socio de la firma BSA Consultores SRL.

² Licenciado en Derecho por la UCR, con énfasis en Derechos Humanos. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Magíster en Dirección y Gestión Pública Local por la Unión Iberoamericana de Municipalistas, homologada por la Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Internacional Meléndez Pelayo. Socio de la firma BSA Consultores SRL. Ha sido profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Hispanoamericana de Costa Rica.

1. Introducción

La experiencia que suscita de la práctica del Derecho administrativo lleva constantemente a las instituciones públicas a enfrentarse, resolver y gestionar situaciones vinculadas a bienes clásicamente catalogados como “dominio público”; en lo particular, aquellas relacionadas con las concesiones y permisos. El presente artículo busca brindar algunas aproximaciones sobre el contenido de tales conceptos, su naturaleza, características, formas de constitución, extinción y distinciones; pero, fundamentalmente, ello se contrapondrá a situaciones acontecidas en la práctica jurídica donde este tipo de figuras se aplican sobre bienes de dominio público de titularidad municipal.

2. Bienes de dominio público: su uso común y uso privativo

De previo a establecer alguna referencia sobre las figuras de la concesión y el permiso de uso, corresponde establecer que, sobre aquellos bienes catalogados como parte del dominio público, su concepción deriva normativamente de los artículos 261 y 262 del Código Civil, así como respecto del artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política.

Este tipo de bienes se encuentran afectos a una técnica especial de protección, que les brinda las características de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables; siendo relevante la finalidad como elemento definidor acerca de qué inmuebles están afectos al demanio o, por el contrario, serían bienes fiscales de la Administración –regidos por el Derecho civil–.

En el caso de los bienes de dominio público, su utilización se rige bajo dos criterios: un uso común –que es imperante– y un uso especial, en ocasiones referenciado también como uso privativo. En principio, el uso de los bienes de dominio público corresponde a la generalidad

de la comunidad sin requerir de título habilitante para ello; por el contrario, el uso privativo suscita cuando se consolida alguno de los mecanismos arbitrados por el ordenamiento jurídico –como lo es la concesión o el permiso– (Marienhoff, 1960, 319-321).

Sobre este aspecto se debe llamar la atención, en el tanto, González Pérez precisa que existen bienes de dominio público que, por su carácter, serían incompatibles con el uso privativo (1957,103). Esto es relevante, pues, para considerar otorgar sobre bienes afectos al demanio usos especiales, deberá valorarse que dichos usos sean compatibles con un uso distinto del común y que, con ello, no se llegue a vaciar de contenido el elemento teleológico que justifica la afectación al demanio. Autores como Fernández (1994, 31-35) desarrollan esta idea para los permisos dados en precario, pero tampoco deberá dejarse de lado respecto de la formulación de concesiones, en atención al principio de hermenéutica del ordenamiento jurídico, en resguardo de la vocación de cada bien afecto a la demanialidad (Romero, 1997, 69).

3. Concesión y permiso sobre bienes de dominio público: punto de salida a nivel conceptual

Como punto de partida, es menester contar con algunos insumos preliminares para esta discusión. De la doctrina, como ya se ha indicado *ut supra*, al menos se pueden identificar tres tipos de utilización de los bienes de dominio público: el uso común general, el aprovechamiento especial y el uso privativo del dominio público (González, 2015, 144-145). El presente artículo se enfoca en la última categorización. Además, el mismo autor apunta que, para el uso privativo del dominio público, debe existir título habilitante (González, 2015,149).

Sobre las concesiones, se puede precisar que otorgan a su titular un derecho real administrativo

sobre el bien y las obras que sobre el mismo se edifiquen, por un tiempo determinado, oponible *erga omnes* y con la posibilidad de que pueda ser transmitido *inter vivos* o *mortis causa*, con la autorización respectiva de la Administración Pública, y que debe formalizarse mediante contrato (González, 2015, 156-157). Por otro lado, los permisos sobre bienes de dominio público consisten en derechos reales administrativos en precario –que pueden extinguirse de forma unilateral, sin que la Administración deba indemnizar al permisionario– (González, 2015, 159).

4. Concesiones y permisos, ¿derechos reales administrativos?

Los derechos reales se diferencian de aquellos llamados personales, en el tanto, comprenden la posibilidad de los sujetos que lo detentan, de contar con un poder jurídico vinculado a una cosa. Esta distinción diáfananamente se puede localizar en el artículo 259 del Código Civil que, además, agrega que los derechos reales pueden darse contra una cosa sin relación a determinada persona. Tómese en consideración, a partir de esa misma distinción normativa, que todo derecho real implica el dominio o poder sobre alguno o algunos de los derechos que este comprende, tal como lo dispone el numeral antes referenciado.

En concreto, sobre este tipo de derechos, se prepondera la oponibilidad del derecho obtenido con un carácter universal; para el caso de los derechos reales administrativos, que se consolidan sobre bienes afectos al demanio público, se considera la relación que se genera a partir de un bien cuya titularidad es mantenida por una Administración Pública, condición bajo la cual procede examinar, sobre un derecho inmaterial y real, los elementos subjetivos –activo y pasivo; quien lo ejerce y frente a quiénes lo puede oponer–, objetivo –el bien sobre el que se concede el derecho– y contenido de tal tipo de

derechos.

Actualmente, no se encuentra mayor discusión en torno a si la concesión es un derecho real administrativo³, admitiéndose inclusive que, quien cuenta con una concesión, puede oponer su contenido y prerrogativas frente a terceros e inclusive frente a la Administración concedente. González Pérez ya hablaba del amplio margen de utilidad a sus titulares, respecto de la posibilidad de revocar una concesión (1957, 101).

Sin embargo, ¿qué pasa con los denominados permisos sobre los bienes de dominio público? Para Marienhoff, este tipo de permisos “de uso” no son *derechos subjetivos* y, más bien, los llega a identificar como un *interés legítimo*, tomando partida sobre las posiciones sostenidas por Otto Mayer o García Oviedo (1960, 332)⁴. Posteriormente, el mismo Marienhoff variaría ligeramente su tesis, para llamar al permiso una *mera tolerancia* o un *derecho imperfecto* (1988, 152-153). Ha sido constante la reiteración acerca de que el otorgamiento de permisos sobre los bienes de dominio público no comporta siquiera un derecho, vinculando dicho aspecto a la precariedad del título o a la improcedencia de indemnización en caso de retirarse el permiso.

Por otro lado, autores como Álvarez Hernández sostienen que el permiso es un modo bajo el cual nace un derecho real administrativo (2011, 80). El mismo Marienhoff reconoce que autores como Jansse, Spota o Juan Francisco Linares sostuvieron que este tipo de permisos son derechos reales administrativos, independientemente de su revocabilidad (1960, 333). Aunado a esto, la Sala Constitucional, en resolución 893-1993 de las 9:33 horas del 20 de febrero de 1993, examinaba aspectos relacionados

³ Así lo reconocen Hernández (2008, 322), Álvarez (2011, 80) y Marienhoff (1960, 362).

⁴ Esta misma idea es retomada por Comadira y otros (2012, 1690).

con un denominado *arrendamiento* de puestos en los mercados municipales; determinando el colegiado que la explotación de un puesto en un mercado en el cantón de Cartago no era una simple relación de alquiler, habiendo de por medio un uso y aprovechamiento privativo de una cosa pública, y conforme al texto del artículo 263 del Código Civil ⁵. Con mayor concreción, el voto 5789-1994 del 5 de octubre de 1994 del mismo Tribunal Constitucional se refirió a un asunto similar en la Municipalidad de Liberia, donde plasmó lo siguiente:

“El dominio público, entendido como una suma de bienes, sujeto a un régimen jurídico especial en razón de la afectación de esos bienes a un fin de utilidad pública, impone reglas distintas a las que regulan la propiedad privada, puesto que queda sujeto al Derecho Administrativo, según se afirma en la más calificada doctrina al respecto, y como sobre estos bienes se pueden realizar válidamente negocios jurídicos, entonces se trata de los llamados «Derechos Reales Administrativos». En virtud de esta figura jurídica, el particular se vincula con la Administración titular del derecho por la vía del simple permiso o la concesión” (El resaltado no es del original).

Teniendo en cuenta las posiciones descritas de manera sucinta, se comparte el argumento bajo el cual no se encontraría sustento suficiente para diferenciar a los permisos dados sobre bienes de dominio público de las concesiones, denegándose la condición de derecho a los permisos. Si bien es cierto, la oponibilidad de los permisos sobre bienes del demanio público se encuentra mayormente debilitada frente a la Administración en razón de la precariedad, no se

observa que ello demerite que, igualmente, existe un contenido dentro de este tipo de permisos que confieren un poder jurídico a las personas a las que se les otorga; poder jurídico oponible frente a terceros en relación con el contenido del permiso definido por la Administración y que inclusive podrá ser oponible al ente público que lo ha conferido cuando se busque revocarlo fuera de su prerrogativa legal.

Es importante señalar que, dentro de la visión de mundo de un Estado de Derecho, no sería posible extinguir un permiso, a pesar de su condición de precariedad, sin que no se motive diligentemente las razones de oportunidad o conveniencia que fundamenten su revocación; porque, de lo contrario, se estaría habilitando a la Administración Pública que de forma arbitraria saque estos derechos –que, aunque debilitados o limitados, sí constituyen un poder jurídico– de la esfera de los permisionarios, que a la postre podría generar vicios en el elemento motivo del acto administrativo.

Valga acotar, además, que, inclusive la decisión de revocar un permiso/derecho conferido en precario –dispuesta por el Concejo Municipal en el medio nacional, en el ámbito cantonal–, podría ser recurrida por quien figure como persona interesada; siendo la apelación admisible por razones de legalidad, pero, inclusive, admitiendo tal conducta recurso de revocatoria, inclusive contra aspectos de oportunidad y conveniencia –artículo 165 del Código Municipal–. Esto se enuncia en virtud de que, en ocasiones, ha sido invocada en la doctrina, la imposibilidad de contar con recursos por parte de la persona permisionaria, para impugnar la revocación del permiso.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de revocar el permiso otorgado en precario, siempre que se busque una mejor realización de la finalidad que persigue el bien que debe satisfacer las necesidades locales, el criterio del presente

⁵ Norma que hace referencia a los reglamentos administrativos como forma de regular el uso de las cosas públicas. Romero Pérez referencia que dicho concepto se empleaba para referirse al Derecho administrativo (1997, 72).

artículo se posiciona en que ni siquiera es necesario activar un procedimiento o audiencia de previo a revocar el permiso, porque el despliegue de la Administración de recuperar su bien dado al permisionario no se realiza en el marco de la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración y que ostentar un derecho en precario no faculta reclamo de algún otro derecho o indemnización.

Aunado a lo anterior, deberá observarse que el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, norma que por antonomasia reconoce este tipo de permisos sobre bienes de dominio público, no solo refiere a la posibilidad de otorgar permisos de uso sobre el dominio público, sino que también establece la posibilidad a la Administración Pública, de que gire actos que reconozcan a un administrado un derecho en precario; mientras que se haga expresamente referencia a la condición precaria. La inclusión de tales términos en el texto del canon 154 antes mencionado implica que se debe arribar a tres conclusiones:

- a) Los permisos dados en precario son derechos reales administrativos –poderes jurídicos sobre una cosa que se mantiene bajo titularidad de la Administración–.
- b) Los permisos dados en precario no se limitan únicamente a conferir al administrado el mero uso de un bien de dominio público, sino que puede incluir como parte del contenido del derecho, otros poderes jurídicos siempre que se confieran en precario.
- c) Los permisos sobre bienes afectos al demanio se pueden oponer frente a terceros, encontrándose esa característica debilitada frente a la Administración concedente cuando decida revocarlo por motivos de oportunidad y conveniencia, sin indemnización alguna; pero oponible igualmente frente a esta, en caso de que el permiso se buscare extinguir

fuera de un plazo razonable o de manera intempestiva o por falta de motivación.

5. Concesiones y permisos: características y particularidades

Tanto a nivel nacional como internacional, se encuentran muy diversas indicaciones acerca de los elementos característicos de los permisos y de las concesiones sobre bienes de dominio público como expresión de su uso especial. En el presente apartado, se presentan las principales características que se han apuntado como distintivas entre ambas figuras, a fin de construir, a su vez, una consideración crítica sobre dichos elementos:

a. Precariedad: primeramente, se ha llegado a defender que una diferencia sustancial entre la concesión y el permiso se relaciona con la precariedad y los efectos que esta conlleva sobre uno u otro instituto. Algunos autores para defender que el permiso de uso no es un derecho –sino un interés, una mera tolerancia⁶ – o para referir que es un derecho con un contenido débil (Álvarez, 2011, 81).

En ese sentido, también se puede revisar las ideas esgrimidas por el maestro Ortiz Ortiz, quien, al referirse sobre la condición de precariedad, se liga a la inestabilidad del derecho otorgado porque puede ser revocado por la Administración Pública, sin que se deba indemnizar al sujeto, y que incluso la visión de mundo que acompaña a este tipo de derechos debe verse como una excepción, porque en otros supuestos en los que la Administración Pública otorgue un derecho, el mismo se consolida y, en caso de que se deba revocar, ese derecho se suprime y cabe indemnización a favor del sujeto quien fuese titular del derecho extinguido (Quirós, 1996, 254)⁷.

⁶ Ver *ut supra*, nota al pie número 4.

⁷ En igual sentido, puede consultarse la resolución de la

Al respecto, se observa que la precariedad sí es un elemento distintivo entre la concesión y el permiso, pues su presencia define de manera relevante los efectos jurídicos de ambos institutos, así como la dimensión del contenido de los derechos que confieren; si bien se comprende que el término “precario” viene del latín *precarius*, que es de poca duración, y que típicamente se ha asociado tal concepto a un derecho que se tiene sin título o por mera tolerancia, que se obtiene a modo de ruego o súplica –como ya lo retrataba la Procuraduría General de la República en dictamen C-80-1976 del 10 de noviembre de 1976–, lo cierto del caso es que no podría darse el mismo tratamiento a quien pretende ocupar, utilizar o gozar de un bien del dominio público sin permiso alguno, de quien ha pedido y se le ha otorgado un permiso a través de la configuración de una conducta de la Administración.

b. Plazo: también se ha establecido como nota distintiva entre ambas figuras que las concesiones suelen ostentar plazos definidos concretos o que pueden llegar a ser conferidas a perpetuidad; en el caso de los permisos de uso, se sostiene que, por la precariedad, no se define plazo de duración (Marienhoff, 1988, 158).

Sin embargo, autores como Comadira y otros señalan que el plazo de duración fijado para este tipo de institutos no determina el tipo de instituto que se aplica y que se deberá examinar cada figura, respecto de las condiciones en que se reconocen derechos (2012, 1692-1693). Desde la práctica jurídica en el medio nacional, se comparte esta última postura, en el tanto, suelen generarse permisos con base en el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, regidos por el carácter de precariedad; pero inclusive definiendo períodos de tiempo o días específicos dentro de los cuales se confiere el permiso. Por otro lado, la concesión suele constituirse considerando

un plazo de duración en el país.

c. Voluntad(es): otro aspecto que se ha referenciado como diferencia entre figuras es su carácter unilateral o bilateral, siendo típico que se defienda la primera condición para los permisos de uso y la segunda para el caso de las concesiones.

De hecho, ello parece respaldarse en el caso concreto de los permisos, a través de la mención del término “actos” en el numeral 154 de la Ley General de la Administración Pública; de hecho, en el dictamen C-343-2015 del 9 de diciembre de 2015, la Procuraduría General de la República defendió que, cuando lo que se haya otorgado sea un permiso en precario, lo que procedería sería la emisión de un acto administrativo unilateral. Bajo esta tesis, se sostendría la premisa de que, en aquellos casos donde hubiere concesión, se denota dentro del procedimiento administrativo la unilateralidad a través de la adjudicación que reconoce la administración como primer momento –y que es un acto administrativo–, pero se perfecciona la concesión a través de la concurrencia de voluntades mediante un contrato entre la Administración y el concesionario.

Ahora bien, para Marienhoff (1960, 328-329) esta característica no es un elemento diferenciador entre el permiso y la concesión, pues, aunque sostiene que el contrato no es factible para el caso de permisos dados en precario, por lo volátil de lo allí concedido, sí reconoce que suscita en tales casos la concurrencia de voluntades, como se da, por ejemplo, con la fijación de un canon o la fijación de responsabilidades recíprocas. Esta posición se considera más ajustada a la pragmática dentro del ámbito nacional, pues, típicamente, los permisos dados en precario, según el tipo de bien y contenido del permiso, terminan echando mano de lo indicado en el canon 71 del Código Municipal respecto del resguardo de condiciones de disposición sobre los bienes del ente local a través de la figura del convenio –revestido

Sala Constitucional número 5649-2002 de las 14:58 horas del 12 de junio de 2002.

de la condición de precariedad, de manera transversal—⁸; así como en consideración de los términos externados por la Contraloría General de la República en oficio DJ-0263-2012 del 16 de marzo de 2012, verificando sobre los permisos se indicará:

1. Que cualquier reparación, arreglo o restauración que se hiciere sobre el bien se reputa en favor de la Administración propietaria, dada la precariedad del derecho concedido.
2. Que se consigne la posibilidad de revocar el permiso dentro de un plazo razonable y no arbitrario, sin responsabilidad alguna para la Administración.
3. Que los bienes objeto del permiso de uso deben utilizarse para cumplir con los cometidos propios de la institución pública titular del bien⁹.
4. Que se designe un órgano fiscalizador por el uso del bien conforme a los fines pactados —relevante, pues, al hablarse de “pacto”, se reconoce bilateralidad—.
5. Que quien sea depositario del bien se comprometa a cubrir los gastos de mantenimiento y conservación, y se haga responsable por los daños y perjuicios causados a la Administración propietaria como a terceros por su uso incorrecto¹⁰.

⁸ Figura introducida por el Código Municipal de 1998, que permite concertar voluntades entre las partes debido a sus intereses y, muchas veces, en atención a la coincidencia de intereses o fines públicos, y que es distinta de la figura del contrato.

⁹ Se discrepa de tal aspecto, en el tanto, lo que se debe verificar es que el uso especial, aun siendo privativo, no llegue a ser incompatible con el tipo de bien sobre el que se otorga el permiso y el fin público que sobre tal pesa.

¹⁰ En el mismo sentido, se expresan Comadira y otros, al apuntar que, con los permisos de uso, es procedente que se impongan condiciones inherentes a la conservación del dominio público afectado (2012, 1692).

Precisamente, cuando se tiene en cuenta el otorgamiento de permisos bajo ejemplos clásicos como la venta de sombrillas en la playa, el realce de aspectos como los apuntados por el órgano contralor pasan desapercibidos. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que, en Costa Rica, la regla del canon 154 de la Ley General de la Administración Pública, en variadas ocasiones confluyendo bajo la figura del Código Municipal del convenio —como mecanismo de concurrencia de voluntades distinto al contrato—, así como la consideración de diversos sujetos —desde asociaciones de desarrollo¹¹, hasta otras instituciones públicas— y contenidos del derecho en precario que se otorga, ha requerido no solo contar con un acto administrativo de disposición unilateral, haciéndose necesaria la concurrencia de voluntades, a fin de que la parte permisionaria acepte condiciones como las apuntadas en el criterio del órgano contralor; volviéndose en ocasiones el convenio, el medio a través del cual las partes plasman, en bilateralidad, su concurrencia de voluntades, y los compromisos que adquiere la persona permisionaria —de previo a que se disponga la procedencia del permiso en precario y autorizada la firma del convenio—.

En el caso de las concesiones, se observa que, en el medio nacional, la configuración de tal tipo de derecho se perfecciona con la concurrencia de voluntades, a través de un contrato entre la Administración y el concesionario. Contrato que obedece a la solidez del derecho reconocido, que permite fijar bajo contrato aspectos a modo de contraprestación, y donde la fijación de plazos no se encuentra sujeta a los efectos de la precariedad que sí afectan a los permisos.

¹¹ Los sujetos privados que, aunque cuenten con alguna coincidencia con los intereses públicos, pretendan ostentar algún beneficio patrimonial —de cualquier tipo y no solo dinerario—, deben contar con una debida comprobación de su idoneidad, acorde con los parámetros señalados por el órgano contralor y que no son objeto del presente artículo.

d. Discrecionalidad/conducta reglada: también se ha llegado a establecer que es propio de la figura de la concesión encontrarse previamente reglada y, a partir del cumplimiento de determinados requisitos, correspondería a la Administración conferir la respectiva concesión.

En el caso del permiso, el halo de discrecionalidad es mayor, por lo que no estaría la Administración Pública obligada a conferir un permiso que fuere requerido¹², sin demérito de que, estableciéndose determinados requisitos para este tipo de permisos por parte de una Administración como lo sería un ente local, se deje de lado la preponderancia de examinar elementos propios de discrecionalidad administrativa, incluyendo elementos de oportunidad y conveniencia –que no deberán traducirse en arbitrariedad–. Al respecto, se comparte que la Administración Pública Local se encuentra habilitada para conferir permisos de uso sobre bienes de dominio público a tenor de lo consignado en el canon 154 de la Ley General de la Administración Pública; así como a conferir las concesiones que correspondan con base en la ley que así lo habilite. Sin embargo, en el primer caso, dado que la precariedad permite la revocación por razones de oportunidad o conveniencia institucional, esa misma discrecionalidad se mantiene como aspecto de orden casuístico para la figura de los permisos que, si bien pueden ser objeto de regulación, la supresión de estos elementos de discrecionalidad –que no arbitrariedad– podría devenir en una incongruencia con el instituto jurídico.

e. Intensidad de la utilización del bien: existe un sector de la doctrina que establece como un elemento que diferencia a los permisos sobre el dominio público de manera privativa, que estos se efectúen con instalaciones desmontables o bienes muebles, mientras que si el uso privativo determina que sea con obras o instalaciones fijas

(González, 2015, 149).

En relación con lo anterior, es coincidente criterio de la Procuraduría General de la República, en dictamen C-026-2001 del 7 de febrero de 2001, donde se indicó que los permisos implican actividades que no requieren típicamente construcciones u obras fijas, siendo que la dimensión de estructuras e inversión sobre el bien de dominio público sobre el que se pretende un uso privativo es mayor en el caso de las concesiones¹³.

Se debe destacar que, incluso en el Reino de España, mediante la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 101, se comprende que, refiriéndose a las obras fijas construidas por el concesionario, al momento de extinguirse la concesión, no debe este asumir los gastos relacionados con su demolición o las obras constructivas son adquiridas por la Administración gratuitamente y libres de gravámenes.

f. Canon: para el caso de ambas figuras, suele reconocerse la posibilidad de fijar el pago de un emolumento en favor de la Administración, usualmente denominado canon; aunque en el permiso su implementación es casuística y facultativa. Al respecto, en Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República, OJ-144-2001 del 2 de octubre de 2001, se apuntó que el canon implicaba una suerte de contraprestación pecuniaria dada por el administrado por el "uso y disfrute de un bien demanial y la ventaja diferencial" obtenida. Esta posición inclusive debió llevar a considerar que tanto las concesiones como los permisos, en su confluencia de voluntades se encuentran ubicados dentro de una dimensión bilateral, cuando se fija un monto por cancelar –

¹² En tal sentido, se pronuncia Marienhoff (1960, 349,334), Comadira y otros (2012, 1691).

¹³ Este criterio de diferenciación se ha empleado en el medio nacional, también por la Procuraduría General de la República en dictámenes C-100-1995 y C-026-2001 del 7 de febrero de 2001.

que debe ser razonable y proporcional¹⁴ —.

g. Surgimiento: sobre la forma en que se constituyen ambos institutos, se reconoce que tales figuras surgen a la vida jurídica a través de disposición legal, por el dictado de una conducta de la Administración, o bien por prescripción —esta última que, en el país, no es admisible— (Álvarez, 2011, 80). Precisamente, sobre este tipo de bienes, únicamente se pueden conferir concesiones en los términos expresados por la ley, o bien, derechos o permisos a título precario, conforme a los términos del canon 154 de la Ley General de la Administración Pública. En una línea similar, habría externado el Tribunal Contencioso Administrativo en su condición de contralor no jerárquico de legalidad —Sección III, mediante resolución 264-2010 del 29 de enero de 2010— en relación con un convenio signado con un tercero sobre un bien de dominio público sobre el cual se dispuso del uso de un inmueble municipal:

*“Ahora bien, por la naturaleza del bien sobre el que se conceden, este tipo de actos únicamente otorgan derechos a título precario, que son en esencia revocables, si llegara a darse una divergencia entre los efectos de éste y el interés público. Esa es la doctrina que deriva del numeral 154 de la Ley General de la Administración Pública... Se establece allí, la potestad irrenunciable de la Municipalidad, para recuperar esos terrenos, en beneficio de la colectividad que representa y conforme a las reglas que ese precepto impone...”*¹⁵

¹⁴ ¿Cómo se calcularía un canon de un permiso de uso, en el caso de que se admitiera su emisión sin un plazo de referencia? Ello es parte de las afrentas de las figuras de uso privativo del demanio público.

¹⁵ Convenio de permiso de uso de terreno municipal en Residencial Santander en San Roque de Barva, donde se confirieron en permiso, áreas de recreo dentro de la urbanización.

Esto se deberá tomar en cuenta, en el tanto, sobre bienes parte del demanio público no sujetos a concesión, suscita frente a terceros la posibilidad de conferir permisos de uso o derechos a título precario.

h. Transmisibilidad / Cesión: cuando los permisos o concesiones son conferidas *intuitu personae*, se tiene que lo concedido puede ser factible de ser cedido, con la limitación correspondiente a que, para su transmisión, se requeriría de autorización expresa de parte de la Administración Pública concedente, siempre y cuando no susciten condiciones que extingan la concesión o el permiso generado.

Como se ha expuesto en las primeras líneas de este artículo, un sector de la doctrina, haciendo una remisión a lo establecido en algunas normas de alcance legal, ha sostenido que los permisos para un uso privativo sobre bienes de dominio público no permiten que puedan ser cedidos o trasladados a otro titular; mientras que, si se acude al ordenamiento jurídico costarricense, no se ubica alguna prohibición en ese sentido —que debería valorarse, particularmente, para los permisos—.

Por el contrario, algunas normas como la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, para el caso de las concesiones, permiten la transmisión o cesión de la titularidad de la concesión *inter vivos* o *mortis causa*, pero condicionada a la autorización del ente local. Sobre la transmisión, en la práctica, sí se divisa una oportunidad de mejora, en cuanto a la necesidad de que, para aquellos casos de las concesiones que requieran inscripción en el Registro Nacional, exista coordinación entre el Registro Nacional y las municipalidades, a fin de que la transmisión de este tipo de derechos no se efectúe si no se cuenta con el acuerdo municipal correspondiente; aspecto que no se termina de consolidar a pesar de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 21756-MP-J-TUR (González, 2015,

157).

i. Extinción / Terminación: en cuanto a sus formas de terminación, dada la precariedad sobre los permisos, se sostiene por antonomasia la aplicación sobre estos de la revocación, sin que traiga aparejada una indemnización. En el caso de las concesiones, la revocación sería factible, igualmente, bajo parámetros debidamente motivados, procediendo indemnización; aunque respecto de las concesiones, suele destacarse, además, el establecimiento de causales de incumplimiento –que en alguna doctrina se identifica con el término “caducidad”¹⁶–, aunque también se referencia la renuncia. Así mismo, se ha llegado a admitir como causal de extinción, la muerte o desaparición de la persona a quien se hubiere conferido la concesión o permiso¹⁷, según se disponga o no en el ordenamiento jurídico aplicable y la condición *intuitu personae* o *intuitu rei*.

También se reconoce afectación cuando el bien al que está vinculada la concesión o permiso desaparece, se vence el plazo por el que se confirió el derecho o cuando el bien sobre el que se confirió concesión o permiso pasa a ser desafectado. También se encuentra coincidencia en que, tanto permiso como concesión, pueden ser sujetas a examen de nulidad por vicios en sus elementos –ya sea a nivel constitutivo o sobreveniente–¹⁸. Sobre este tópico, se ha desarrollado también como causal de finalización, cuando se genera de forma sobrevenida la extinción de la persona jurídica, y que incluso podría entenderse en aquellos casos

en que se genera una fusión de sociedades, como causal para la cancelación del título (González, 2015, 155).

Atendiendo a los aspectos antes descritos, se observa que, entre la concesión y el permiso, la principal característica diferencial entre ambos institutos pasa por la precariedad remarcada en el permiso, que incide sobre la estabilidad del derecho otorgado, así como sobre la posibilidad de pactar condiciones por períodos concretos, certeros en el tiempo y que incide sobre la oponibilidad frente a la Administración.

De ello se demarca al menos que, en las concesiones, se perfeccione la bilateralidad a través de un contrato entre la Administración y la persona concesionada; en el caso de los permisos, atendiendo al tipo de inmueble sobre el cual se ligará el derecho. A nivel nacional se ha defendido la posición de que tales conductas se bastan de la emisión de un acto unilateral, aunque, como se ha referido, suelen suscitar una serie de condiciones asumidas por el permisionario, que suele expresarse echando mano de la figura del convenio, en los términos del Código Municipal.

Otro aspecto que desde el ámbito nacional se ha tenido en cuenta es la intensidad de las actividades por desarrollar en cada caso concreto; pues, en atención a la permanencia propia de la infraestructura requerida; otra característica propia del permiso suscita en la amplia discrecionalidad que debería mantenerse para su adopción, manteniendo el análisis de criterios de oportunidad y conveniencia del lado de la Administración y donde también podrá examinarse que no sea incompatible el uso de la figura en relación con el contenido del permiso por girar y el tipo de inmueble a vincular.

También deberá atenderse a que, en principio, sobre aquellos bienes donde no se haya dispuesto por ley un uso especial del dominio público,

¹⁶ Así lo reseña Marienhoff (1988, 160, 185), o González Pérez (1957, 110), por ejemplo.

¹⁷ Álvarez (2011, 83) sostiene que la quiebra de una persona jurídica lleva aparejada la extinción del derecho real administrativo sobre bienes de dominio público.

¹⁸ Sobre tal temática, se refiere Álvarez (2011, 82-83), así como Marienhoff (1960, 338-351) y González Pérez (1957, 109-113), quien distingue las formas de terminación debido a las que se encuentran vinculadas al titular del derecho, a la Administración, al objeto y al título.

lo único que se podría valorar conceder de parte de cada ente local, en el tanto no sea ello incompatible, corresponde a permisos en precario, sobre los cuales podrían plantearse compromisos y alcances del contenido del permiso diversos, pero siempre en precario. Inclusive, plasmándose desde el origen del acto administrativo que da origen al permiso, en caso de que no se lleguen a cumplir los compromisos por parte del permisionario, ese derecho otorgado sobre el bien público es contrario a la finalidad del mismo, y que ello implicaría la extinción del permiso, dado que será responsabilidad de la Administración Pública darle el mejor uso a dicho bien para un mayor alcance del propósito de su demanio.

6. Concesiones y permisos: su utilización en la cotidianeidad del ente local

Teniendo en cuenta las particularidades y criterios externados sobre las figuras de uso especial del dominio público, en el presente apartado se desarrollan algunos aspectos que, desde la práctica propia del Derecho municipal, se suelen encontrar en la cotidianidad, y sobre los cuales se plasman algunas consideraciones que se externan de seguido.

a) Administración de cementerios: ¿concesiones, arrendamientos, permisos?

A pesar de que se ha referenciado que el Derecho debe responder a la realidad, en variadas ocasiones, la imprecisión conceptual genera situaciones que complican el examen de los problemas afrontados en el quehacer municipal. Un ejemplo para comprender lo anterior es la prestación que se brinda a los munícipes en cuanto al servicio de los cementerios municipales. Algunos autores como Marienhoff (1988,165) y González Pérez (1957, 96) han señalado que el derecho de usar un determinado espacio de un cementerio para dar sepultura a una persona es una dinámica que se acerca más a la figura de la

concesión que del permiso.

A pesar de que los terrenos que son parte de los cementerios municipales no se establecen de forma expresa que deban ser dados mediante concesión a los particulares, en algunas ocasiones, sin la precisión que se busca, ya la jurisdicción ha comprendido la posibilidad de que se pueda considerar a quienes ejercen este derecho, condición de concesionarios, como se estableció en el voto 144-1999 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo.

Respecto al funcionamiento de los cementerios municipales, en concordancia con las ideas esbozadas en el presente documento, a pesar de que no existe expresamente norma legal que defina la existencia de una concesión sobre los espacios que utilizan los particulares para colocar difuntos en un cementerio municipal, ello *per se* no se constituye en una limitante para que se reflexione que, sobre ese espacio de tierra, se está generando un uso privativo del bien, y constituyendo un derecho real administrativo que, indefectiblemente, guarda relación con una vocación de interés público que tienen los cementerios municipales, y que por ello el uso privativo del espacio que corresponde a la parcela fúnebre ¹⁹ puede verse a través de la figura de la concesión que, inclusive por razones de sanidad y la infraestructura requerida, sería incompatible con el otorgamiento de un permiso de uso. Incluso, la doctrina explica que el derecho real de superficie es posible de ser utilizado sobre el bien, en el espacio aéreo o debajo de la tierra (Alberdi Imas, 2019, 122); ámbito que aplicaría para el uso de las parcelas fúnebres, en las que es posible colocar cadáveres ya sea sobre o bajo tierra –haciéndose uso del subsuelo–.

¹⁹ Podemos definir la parcela fúnebre como una porción de terreno del cementerio municipal sobre la cual se puede construir bóvedas, con sus respectivos nichos, destinada para el depósito de cadáveres o restos humanos.

El uso de esa parcela fúnebre no puede intempestivamente ser revocado, porque en este caso incluso convergen aspectos de salud pública que, como se entiende del Reglamento General de Cementerios, cinco años es un período en el que usualmente el cadáver ha llegado a un estado de descomposición que permite su manipulación. Así las cosas, en la forma en que se comporta la dinámica del uso de las parcelas fúnebres en los cementerios, con algunos insumos que se han plasmado en este documento, se podría concluir que es plausible redireccionar la relación entre los sujetos usuarios del mismo y la Administración Pública Local, mediante la figura de las concesiones, estableciéndose plazos para el otorgamiento de los mismos, con la suscripción de contratos para el perfeccionamiento de estas, y así se le brindaría estabilidad a los derechos otorgados a los usuarios de los cementerios municipales. No está de más señalar que, en el ámbito municipal, se plantean regulaciones donde se otorga arrendamiento de espacios del cementerio a los munícipes cuando la actual figura del arrendamiento no es congruente con los bienes propios del dominio público, sino que es procedente la concesión o el otorgamiento de permisos en precario.

b) Locales en mercados municipales: ¿arrendamientos, concesiones?

En el caso de los locales existentes sobre los mercados municipales, el uso del concepto *arrendamiento* se deriva de la legislación relacionada con la Ley 180 del 21 de agosto de 1929 y que se trasladó a la Ley 2428 de 1959, y que es la Ley sobre Arrendamientos de Locales Municipales.

En dicha ley, se establece una serie de medidas sobre la relación de los administrados que ocupan puestos o tramos en mercados municipales, definiendo una forma para definir una remuneración por el uso de esos espacios

—denominada tarifa—, y establece la existencia de contratos entre la Administración y quienes *arriendan*. Desde resoluciones como la 893-1993 de la Sala Constitucional, se reconoció en el ordenamiento jurídico costarricense que los mercados municipales son un bien de dominio público y que la relación entre quien arrienda y la Administración es compatible con la concesión.

El ordenamiento jurídico, sin embargo, no ha optado por dar sistemática a los conceptos mismos empleados por el Derecho administrativo, lo que da asistemática y pie para generar malos entendidos, donde este tipo de denominados *arrendamientos* puedan ser examinados a través de normativa fuera del marco del Derecho público. Por ejemplo, la Procuraduría General de la República, en dictamen C-160-2015 del 23 de junio de 2015, se decanta por establecer que, en el caso de los locales de los mercados municipales, lo que hay es un “régimen especial de arriendo”. Al respecto, se comparte lo externado por Marienhoff en el tanto en la Francia de 1938, se admitía que los bienes de dominio público podían ser dados en arrendamiento, figura que fue evolucionando (1998, 111), para remarcar el régimen normativo público y sus principios. Sin embargo, el uso del vocablo *arrendamiento* no cambiaría que, en esencia, se esté en presencia de derechos reales sobre bienes afectos al dominio público, entregados bajo un uso especial. Correspondería, más bien, que este tipo de normativa sea actualizada.

c) Concesión de instalaciones públicas y arrendamiento de inmuebles

Se aprovecha el presente estudio, además, para hacer notar que, típicamente respecto de instalaciones deportivas o recreativas en titularidad de los entes locales, con una inminente vocación pública, se suele caer en la premisa de que dichos bienes pueden ser sujetos a contratos de arrendamiento, que se terminen rigiendo bajo las reglas propias del Derecho privado y cual si

estas fueran bienes fiscales de la Administración Pública.

Sobre ello deberá tenerse especial cuidado, en el tanto, la vigente Ley General de Contratación Pública define el procedimiento para otorgar en concesión instalaciones públicas; llama la atención que el canon 83 de la ley en materia de compras públicas es preciso en distanciarse de las relaciones de inquilinato, y donde confluye la satisfacción de un interés público para que se brinden servicios complementarios. Bajo tal figura, se concede parte de un bien de dominio público, para que sea empleado en un uso privativo por el cual corresponderá pagar un canon. La misma normativa dispone la posibilidad de revocación de la concesión, con un aviso previo de, al menos, un mes, pero reconociendo la procedencia de indemnización. En el caso de que la Administración pretenda arrendar un inmueble o arrendar un bien fiscal de su propiedad, podrá hacerlo considerando la normativa legal en materia de contratación, pero observando la regulación propia del arriendo de bienes parte del comercio de los hombres.

d) ¿Qué pasa con los salones comunales y espacios recreativos?

Finalmente, deberá tenerse en cuenta que los entes locales que cuentan con gran cantidad de activos municipales suelen terminar pactando con personas jurídicas como lo son las Asociaciones de Desarrollo Comunal u otras organizaciones sin fines de lucro para que puedan usar bienes notoriamente parte del dominio público, como lo son salones comunales o espacios recreativos; inclusive, más allá del uso de tales inmuebles, los entes locales requieren colaboración con la organización o mantenimiento de ese tipo de bienes.

Este tipo de beneficios de orden patrimonial sobre sujetos privados –y que debería encontrarse

respaldada en la demostración de idoneidad previamente– suelen ir más allá del mero permiso de uso en precario, aunque reconocen en su contenido, otras prerrogativas y compromisos de parte de este tipo de sujetos, vinculando los derechos ahí reconocidos a una condición de precariedad; para ello, aparte del otorgamiento del permiso en precario, las instituciones suelen formular una serie de compromisos como los enunciados por la Contraloría General de la República, vinculados al mantenimiento y conservación de esos inmuebles, así como a la expresión de diversos intereses compartidos entre el sujeto que conviene y la Administración Pública local.

Al respecto, se denota que el uso clásico dado al permiso en precario, para usos limitados en el tiempo y típicamente vinculado a usos privativos y goce de los mismos, ha ido evolucionando en razón de la necesidad de las municipalidades de atender particularidades que suscitan en las comunidades; en tales casos, se sostiene que a nivel local, este tipo de acciones se consolida bajo una concurrencia de voluntades que se plasman en un convenio, admitido por el Código Municipal, sin demérito de que, con ello, a su vez, se confieren beneficios a particulares –no necesariamente con lucro– y que se confieren a título precario; en razón de que el ente local se reserva la posibilidad de contemplar la disposición, uso, goce o administración de tales bienes con finalidades distintas, teniendo como norte el interés público o criterios de oportunidad y conveniencia.

En razón de lo anterior, se divisa una necesidad de que, ya sea que las municipalidades acudan o no a la suscripción de convenios para otorgar derechos en precario sobre un salón comunal, sí se debería implementar el análisis previo de idoneidad del permisionario, así que quede claro ya sea en el acto administrativo que otorgue el título habilitante o en el convenio, pero que los derechos sobre el salón comunal no se limitan a

su uso, sino al goce y disfrute en aras de que el bien cumpla de forma simultánea la satisfacción de intereses locales-comunales, y que los recursos que eventualmente puedan generarse a través de dicho bien sean exclusivamente utilizados para el mantenimiento del mismo. Además, que cualquier acción que pueda colocar en detrimento la persecución del fin público ocasionaría la revocación del derecho otorgado.

7. Conclusiones

Tanto las concesiones como los permisos son derechos reales administrativos con contenido distinto y que, dependiendo de las condiciones del bien, se desplegaría ya sea el régimen jurídico asociado a las concesiones, si se trata de un derecho subjetivo estable o el régimen jurídico de los permisos, si se tratase de un derecho en precario, siendo que estos últimos pueden darse tanto para el uso como para el goce y disfrute del bien. Entre ambas figuras, la precariedad, la intensidad de la actividad por desarrollar, así como la discrecionalidad en su otorgamiento y la forma de surgimiento, se destacan como aspectos diferenciales entre ambas figuras, donde la concurrencia de voluntades se aprecia ser un elemento coincidente. Las Administraciones Públicas locales deben tener en cuenta que, si bien es cierto ambos títulos habilitantes pueden extinguirse por revocación, solo en cuanto a las concesiones cabría indemnización a favor del sujeto beneficiado. Finalmente, se invita a través del análisis conceptual y características de tales institutos, a analizar la casuística que se presenta sobre tales figuras en el ámbito local, así como la búsqueda de sistemática y congruencia entre institutos jurídicos.

Bibliografía

I- Libros

Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor;

Comadira, Julio Pablo. 2012. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

González García, Julio. 2015. *Derecho de los Bienes Públicos*: Editorial Tirant Lo Blanch.

Hernández Valle, Rubén. 2008. *Constitución Política de Costa Rica, actualizada, comentada, anotada y con citas de jurisprudencia*. San José: Editorial Juricentro.

Quirós Coronado, Roberto. 1996. *Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitución*. San José: Editorial Aselex.

Marienhoff, Miguel. 1960. *Tratado del Dominio Público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Marienhoff, Miguel. 1988. *Tratado de Derecho Administrativo. Dominio Público*, Tomo V. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

II- Revistas

Alberdi Imas, Luana. 2019. “Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*: Universidad Nacional de La Plata, N° 49-2019: 118-138.

Álvarez Hernández, Frank. 2011. “Derechos Reales Administrativos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°126: 66-87.

González Pérez, Jesús. 1957. “Los derechos reales administrativos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*: Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo VII, N°25-26: 79-114.

Romero Pérez, Jorge Enrique. 1997. “Dominio Público, algunas notas”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°85: 63-83.

III- Tesis de graduación

Fernández Fernández, Edgar. 1994. *Los permisos de ocupación en la Zona Marítimo Terrestre*. Tesis de grado para optar por la Licenciatura en Derecho: Universidad de Costa Rica.

IV- Votos de la Sala Constitucional

Resolución 893-1993 de las 9:33 horas del 20 de febrero de 1993.

Resolución 5789-1994 de las 15:24 horas del 5 de octubre de 1994.

Resolución 5649-2002 de las 14:58 horas del 12 de junio de 2002.

V- Votos del Tribunal Contencioso Administrativo

Resolución 144-1999 de las 9:40 horas del 22 de abril de 1999.

Resolución 264-2010-III de las 10:25 horas del 29 de enero de 2010.

VI- Procuraduría General de la República

Dictamen C-80-1976 del 10 de noviembre de 1976.

Dictamen C-100-1995 del 10 de mayo de 1995.

Dictamen C-026-2001 del 7 de febrero del 2001.

Opinión Jurídica OJ-144-2001 del 2 de octubre de 2001.

Dictamen C-160-2015 del 23 de junio de 2015.

Dictamen C-343-2015 del 9 de diciembre de 2015.

VII- Contraloría General de la República

Oficio DJ-0263-2012 del 16 de marzo de 2012.