

## Informe en Derecho

### VARIACION DEL ESTATUTO DEL DOMINIO SOBRE CONCESIONES DE RADIODIFUSION TELEVISIVA

*José Luis Cea Egaña*

Profesor de Derecho Político y Constitucional

#### INTRODUCCIÓN

Se me ha solicitado dilucidar, en un Informe en Derecho, determinados aspectos del proyecto que modifica la ley sobre Consejo Nacional de Televisión, en actual trámite legislativo.

Las interrogantes dicen relación con el concepto, naturaleza jurídica y alcances de las concesiones de radiodifusión televisiva y pueden ser formuladas en los términos siguientes: ¿Cuáles son las características jurídicas de la concesión?; ¿Qué diferencias tiene ella con el derecho de propiedad?; ¿Es posible su expropiación; y ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de una ley que limita la duración indefinida de una concesión ya otorgada y vigente?

Para responder aquellas interrogantes describiré el actual estatuto constitucional y legislativo de las concesiones de radiodifusión televisiva; en seguida, expondré la forma en que el proyecto modifica tal estatuto; luego, responderé las consultas planteadas. Cerraré el dictamen con las conclusiones de rigor.

#### PRIMERA PARTE:

##### NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El esclarecimiento de la constitucionalidad material del proyecto en relación con el contenido y alcance de las concesiones a que él se refiere exige, con antelación, exponer el marco jurídico dentro del cual es permitido obrar al Poder Legislativo y con subordinación al que debe dictarse la ley para que sea tal y surta sus efectos propios.

##### I. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Las *Bases de la Institucionalidad* contienen los principios y normas fundamentales que rigen la actuación del Estado, trazando el ámbito legítimo de las potestades públicas en su competencia, restricciones y prohibiciones.

Así, y desde luego, debe consignarse el artículo 5º inciso 2º de la Constitución, al tenor del cual:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Debe ser recordado, también, lo señalado en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, en cuanto consagran el principio de supremacía constitucional y la regla cardinal de nuestro Derecho Público, en virtud de la cual los Organos del Estado pueden hacer sólo aquello que expresa y previamente autoriza la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella. Insubsanablemente nulo es el acto de aquellos órganos que vulnere el principio y regla mencionados.

En lo concerniente a los *derechos públicos subjetivos* afectados por el proyecto, el artículo 19 de la Constitución "asegura a todas las personas", en sus numerales 12º, 21º, 24º y 26º.

12º "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión (...) una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo".

23º "La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

24º "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificado por el legislador. El expropiado (...) tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado (...).

26º "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

El mandato constitucional contenido en el artículo 19 Nº 12º incisos 1º y 6º, en punto a la necesidad de regular los asuntos que allí se indican a través de una ley de quórum calificado, debe conjugarse con el artículo 63 inciso 3º y con la quinta disposición transitoria de la Constitución.

En fin, en cuanto a la eventual impugnación constitucional del proyecto como tal, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 82 inciso 1º Nº 2 e incisos 4º a 6º del Código Político, y en la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada el 3 de diciembre de 1990.

## II. NORMAS LEGALES

La ley Nº 18.838<sup>1</sup>, que creó el Consejo Nacional de Televisión, es el estatuto vigente sobre concesiones de radiodifusión televisiva y servicios limitados de

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1989.

televisión. Siendo uno de los objetos principales del proyecto en análisis modificar el rubro nombrado, forzoso es referirse a lo que dicha ley establece en relación a tales concesiones.

En su artículo 12 letra e), la ley señala que “El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

Otorgar y modificar las concesiones de radiodifusión televisiva y de servicios limitados de televisión, y declarar el término de estas concesiones en conformidad a las normas establecidas en esta ley”.

El Título III Párrafo 1º de la ley, denominado “De las concesiones”, se refiere a la materia, preceptuando en su artículo 15 lo siguiente:

“Las concesiones se otorgarán a personas naturales o jurídicas, de acuerdo con las disposiciones de esta ley y serán de duración indefinida”.

Por otra parte, léase en el artículo 16 que:

“Las concesiones serán transferibles y transmisibles.

Serán transferibles, por acto entre vivos, a cualquier título, siempre que el adquirente cumpla con las exigencias legales para tener la calidad de concesionario. Con tal objeto, se requerirá la autorización previa del Consejo Nacional de Televisión. Igual autorización y con el mismo fin será necesaria para que el concesionario entregue en arrendamiento o a cualquier otro título la concesión a terceros.

En caso de transmisión por causa de muerte, los herederos, cesionarios y causahabientes deberán, para hacer uso de la concesión, cumplir igualmente con los requisitos legales para ser concesionarios. Con esta finalidad, cualquiera de ellos podrá solicitar la autorización del Consejo (...)

Los artículos 17 y 18 de tal ley contemplan los requisitos para optar a una concesión, precisando el artículo 21 que “Las concesiones de radiodifusión televisiva y de servicios limitados de televisión terminarán:

1º Por renuncia del concesionario, aceptada por el Consejo Nacional de Televisión, la que sólo procederá en caso de que no constituyere un medio para evitar la aplicación de una sanción por parte del mismo.

2º Por caducidad declarada por el Consejo en la forma señalada en el artículo 36”.

Efectivamente, este último precepto enumera con cualidad taxativa los casos en que el Consejo “podrá aplicar la sanción de caducidad de la concesión”, ninguno de los cuales versa sobre el cumplimiento de un plazo, porque el artículo 15 ya transcrito declara que “Las concesiones (...) serán de duración indefinida”.

Es igualmente importante el artículo 43, pues a los bienes sobre que recaen estas concesiones les otorga la calidad de predio dominante, en materia de servidumbres, al mandar:

“Los concesionarios de servicios de televisión tendrán derecho a las servidumbres que sean necesarias para operar y mantener sus estaciones. El establecimiento de las servidumbres, el ejercicio de ellas, la tramitación de las solicitudes y la indemnización a que den lugar, se regirán por el artículo 18 de la ley N° 18.168”<sup>2</sup>.

Ha de ser considerado, asimismo, el inciso 1° del artículo 4° transitorio, aplicable también a la situación prevista en el artículo 5° transitorio:

“Las instituciones autorizadas por el artículo 2° de la ley N° 17.377 para establecer; operar y explotar estaciones de radiodifusión televisiva, continuarán prestando servicios y se considerará que han obtenido sus respectivas concesiones, cumpliendo con los requisitos de esta ley, quedando sometidas a ella para todos sus efectos”<sup>3</sup>.

En fin, la referencia que la disposición transcrita hace al artículo 2° de la ley N° 17.377, torna necesario incluir aquí su texto:

“Artículo 2°.- Sólo podrán establecer, operar y explotar Canales de Televisión en el territorio nacional las siguientes instituciones:

- a) La empresa denominada “Televisión Nacional de Chile” (...);
- b) La Universidad de Chile y la Universidad Católica de Chile; y
- c) La Universidad Católica de Valparaíso, dentro del radio de cubrimiento (...)

No puede olvidarse, al cerrar esta Parte del presente Informe, que las instituciones nombradas “tendrán derecho a las servidumbres que sean necesarias para el aprovechamiento de sus autorizaciones y concesiones”, de conformidad con lo previsto en el artículo 4° inciso 1° de la ley glosada, así como tampoco puede dejar de ser considerado que “La caducidad y extinción de las autorizaciones para mantener, operar y explotar Canales de Televisión será, en cada caso, materia de ley”, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5° del mismo cuerpo normativo.

#### SEGUNDA PARTE:

##### MODIFICACIONES DEL PROYECTO

Por mensaje fechado el 20 de noviembre de 1990, el Presidente de la República inició la tramitación del proyecto que modifica la ley N° 18.838. En ese texto, el Jefe del Estado expuso lo siguiente:

<sup>2</sup> La ley N° 18.168, publicada en el Diario Oficial el 2 de octubre de 1982 y sus reformas, aprobó la *Ley General de Telecomunicaciones*. Util es agregar que, a las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y de radiodifusión sonora, en virtud del artículo 47 de la ley 18.838, se les confirió también el carácter de duración indefinida.

<sup>3</sup> La ley N° 17.377, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1970 y sus reformas, reguló la televisión chilena, creó el Consejo Nacional de Televisión y la empresa estatal Televisión Nacional de Chile. Dicha ley fue derogada por el artículo 50° de la ley N° 18.838, con excepción de su Título IV, concerniente a la empresa nombrada, y de sus artículos transitorios.

“El proyecto busca restablecer el carácter de bien nacional de uso público que deben tener las frecuencias de televisión, limitando el plazo de vigencia de las concesiones a un período determinado. De esta manera, la sociedad, a través de un Consejo Nacional de Televisión amplio, pluralista y representativo, podrá evaluar el desempeño del concesionario en función de los propósitos tenidos en cuenta al entregar las concesiones.

Valoramos positivamente la incorporación de nuevos concesionarios al sistema de televisión. Sin embargo, igualmente consideramos que sería irresponsable extender sin límites el otorgamiento de nuevas concesiones, dadas las complejidades que tiene el mercado televisivo; tal como puede observarse en la experiencia internacional sobre la materia, incluso en países de mayor desarrollo relativo que el nuestro. Para este efecto, no basta con la simple existencia de una frecuencia disponible en el espacio radioeléctrico para que ello sea exigible por un candidato a concesionario. Al contrario, corresponderá al propio Consejo, teniendo en cuenta la experiencia existente, el llamado concurso público cada vez que sea necesario.

El proyecto (...) hace obligatorio que los concesionarios de canales de televisión sean personas jurídicas de cualquier tipo, excluyendo las sociedades de personas. Con esto se busca la pluralidad de concesionarios (privados y públicos, con o sin fines de lucro), junto con un alto grado de responsabilidad para las empresas que obtengan la licencia sobre la importante función social que deben cumplir”.

Del texto transcrito debe ser realizada la afirmación del Jefe del Estado, en cuanto a que “El proyecto busca restablecer el carácter de bien nacional de uso público” para las frecuencias de televisión. Ello debe interpretarse armónicamente con lo preceptuado en el artículo 589 del Código Civil y en el artículo 19 N° 23 inciso 1° de la Carta Fundamental. Ha de observarse, además, la terminología empleada, pues el mensaje alude a la *licencia* como sinónimo de concesión.

En el artículo único permanente, el proyecto reemplaza la atribución del Consejo prevista en el artículo 12 letra e) de la ley, por la siguiente:

“e) Otorgar, *renovar* y modificar las concesiones de radiodifusión televisiva y de servicios limitados de televisión y declarar el término de estas concesiones de conformidad con las disposiciones establecidas en esta ley”<sup>4</sup>.

Consecuente con la disposición antes reproducida, el proyecto sustituye el actual artículo 15 por el siguiente:

“Las concesiones se otorgarán a personas jurídicas que no sean sociedades de personas, de acuerdo con las disposiciones de esta ley y tendrán una duración de diez años, prorrogables por períodos iguales de diez años cada uno.

Cada vez que el Consejo Nacional de Televisión decida otorgar una concesión, o con sesenta días de anticipación al vencimiento de una existente, llamará a concurso público, cuyas bases deberán publicarse, por lo menos tres veces en días distintos, en el Diario Oficial.

La concesión será asignada al postulante cuyo proyecto, ajustándose a las

<sup>4</sup> Enfasis agregado para indicar el cambio sustancial proyectado.

bases del respectivo concurso, reúna las mejores condiciones técnicas y de programación, conforme a criterios de equidad. Tendrán preferencia respecto de otros postulantes, quienes solicitan la renovación de su concesión, siempre que en su ejercicio hayan cumplido fielmente con las disposiciones de la presente ley, a juicio exclusivo del Consejo Nacional de Televisión. No podrán postular a una concesión quienes tengan interés o participación en otra concesión ubicada en la misma zona geográfica”<sup>5</sup>.

El proyecto deroga el inciso 2º del artículo 16, el artículo 17 y el artículo 20, a la vez que reemplaza el artículo 18, sobre requisitos de los concesionarios.

En consonancia con el nuevo artículo 15, se agrega al artículo 21 la siguiente causal de término de las concesiones: “3º Por vencimiento del plazo”.

Todos los artículos relativos al procedimiento de otorgamiento de las concesiones, esto es, los artículos 22 al 31, con excepción del 29 y del 31, son modificados o reemplazados, regulando los concursos públicos a través de los cuales se otorgarán las concesiones, de acuerdo al artículo 15 inciso 2º del proyecto.

En fin, el artículo tercero transitorio declara que “Todas las concesiones existentes a la fecha de vigencia de la presente ley, se entenderán otorgadas en conformidad con sus disposiciones, y por un plazo de diez años contados desde esta misma fecha”<sup>6</sup>.

### TERCERA PARTE:

#### LA TÉCNICA CONCESIONAL

La concesión es una especie de acto administrativo, una modalidad precaria de la cual la constituye el *permiso*<sup>7</sup>. La teoría de la concesión se sitúa, por ende, en el tema más general de la doctrina del acto administrativo. A su respecto, empero, necesario es trazar una clara distinción entre el *acto de la Administración* que otorga la concesión y el *título* en que consta tanto ella como el *derecho* en sí mismo.

#### III. LA CONCESIÓN COMO ACTO

La concesión es, primera y esencialmente, un acto administrativo. Como tal, se trata de una declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la homónima reglamentaria.<sup>8</sup> Así, uno de los modos de ser del acto administrativo<sup>9</sup> es precisamente la concesión, o si se prefiere, la concesión es una especie del género

<sup>5</sup> Id. nota 4.

<sup>6</sup> Id. nota 4.

<sup>7</sup> En dictamen Nº 22.675 de 10 de junio de 1980, la Contraloría General de la República afirmó que la “la precariedad constituye un elemento esencial del principio que rige la ocupación de un bien nacional de uso público y se funda en el hecho de que el dominio de tales bienes, es decir, el uso privativo, se encuentra supeditado al interés público”.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: I Curso de Derecho Administrativo (Madrid, Ed. Civitas, 1987) p. 504.

<sup>9</sup> Esta es la opinión de GARCÍA-TREVIJANO Y FOS, José Antonio: *Los Actos Administrativos* (Madrid, Ed. Civitas, 1986) p. 240.

acto administrativo. La idea enunciada es hoy mayoritaria en la doctrina nacional<sup>10</sup> y extranjera<sup>11</sup>.

Concretamente, dentro del procedimiento administrativo, la concesión es el acto terminal de una serie de actos-trámite originados por la solicitud, generalmente de un particular, y a través del cual la Administración manifiesta su voluntad, otorgándola. La concesión contiene, entonces, una declaración de voluntad emanada de la autoridad, declaración que, tras celebrarse el contrato administrativo originado en la reducción a escritura pública del decreto de concesión, amplía la esfera jurídica de quienes la obtienen<sup>12</sup>.

En su sentido natural y obvio, la palabra concesión<sup>13</sup> indica que la Administración otorga alguna facultad, derecho o poder al beneficiario. Por lo tanto, en virtud de la concesión el concesionario adquiere, *ex novo* o por primera vez, un derecho que antes no tenía ni formaba parte de su patrimonio.

Tal es, asimismo, el entendimiento de ese concepto por nuestra jurisprudencia, pues la concesión "crea en favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo o transfiere al particular un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía totalmente (...). Las segundas son (...) las concesiones de servicios públicos, las obras públicas y las de bienes públicos, en las cuales desde el punto de vista del concesionario, es evidente la obtención de un derecho o de un poder"<sup>14</sup>.

La justificación de la técnica concesional está vinculada con el sistema de intervenciones administrativas sobre las situaciones jurídicas privadas. Esta intervención es susceptible de alcanzar grados intensos, pudiendo llegar —si la Constitución lo permite— a la eliminación de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional<sup>15</sup>.

Lo normal es que la Administración no encuentre en la técnica concesional situaciones jurídicas ya adquiridas, desde que es ella la que las crea, caracteriza y delimita. Pero para que la Administración pueda disponer de tales poderes

<sup>10</sup> AYLWIN AZÓCAR, Patricio y SILVA CIMMA, Enrique: *III Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Universitaria, 1963) p. 100; REYES RIVEROS, Jorge: *Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre bienes nacionales de uso público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960) p. 222; RETAMAL PINO, Manuel: *Las concesiones de bienes y su procedimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962) p. 108; GONZÁLEZ VERGARA, Ariel: *La concesión, acto administrativo creador de derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965) p. 23.

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, op. cit., p. 532; GARCÍA-TREVUJANO, op. cit., p. 233; José Luis Villar Palasí: "Concesiones Administrativas" en *IV Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Francisco Seix Editor, 1952) p. 687.

<sup>12</sup> Según la clasificación doctrinaria de García-Trevijano, op. cit., p. 233.

<sup>13</sup> El *I Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1987) p. 352, define la concesión como "Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local".

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Suprema pronunciada el 22 de julio de 1966 (considerando 6º), publicada en *LXIII Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2º ps. 1º p. 277.

<sup>15</sup> Es el caso actual de las minas, cuya titularidad inicial y previa es del Estado, conforme al artículo 19 Nº 24º inciso 6º de la Constitución. También es el caso de las aguas, en virtud del artículo 5º del Código de Aguas, pues éstas constituyen bienes nacionales de uso público. Como

configuradores de derechos privados ha de apoyarse en una habilitación constitucional y legal previa y, a partir de dicha titularidad, fundar un régimen concesional de actuación privada en el sector determinado respectivo. La titularidad previa es, habitualmente, el servicio público o el dominio público, cuyos bienes que se trata de explotar son nacionales de uso público o del Estado, es decir, fiscales<sup>16</sup>.

#### IV. CONCESIÓN Y AUTORIZACIÓN

Frente al sistema concesional se encuentra la técnica autorizatoria, conceptos que el legislador suele confundir a pesar que son diferentes.

Fue en el siglo pasado cuando se construyó el concepto jurídico de *autorización*, con el objeto de englobar en él toda suerte de intervenciones de la Administración para *alzar impedimentos al ejercicio de derechos de que es ya titular el administrado*.

Según Mayer<sup>17</sup>, la autorización se articula como un acto que remueve un obstáculo previo: la "prohibición de policía con reserva de permiso". No se trata, por ende, de la creación de nuevos derechos a favor de los administrados, sino de la comprobación por la autoridad que el ejercicio de ellos no produzca ninguna perturbación en la cosa pública<sup>18</sup>. Ranelletti, a su vez, tipifica la autorización como un acto destinado a remover límites de policía administrativa que pesan sobre la práctica de derechos y facultades que ya el particular poseía con anterioridad. Así, ella supone en el sujeto autorizado la preexistencia de un derecho verdadero y propio, de manera que la autorización consistiría nada más que en permitir su ejercicio<sup>19</sup>.

Entre la autorización y la concesión, consiguientemente, median ciertas notas diferenciales, las más importantes de las cuales pueden ser resumidas así: De un lado, la autorización se limita a la remoción por la Administración de un obstáculo para el libre ejercicio de un derecho preexistente; por otro lado, la concesión crea *ex novo* un derecho que antes no existía en la esfera de su titular.

Pero la realidad ha demostrado ser más compleja, de tal modo que la distinción de una y otra categoría jurídica no es simple y permite hablar, con la incorporación de nuevas y más complicadas figuras de la intervención administrativa, de dispersión normativa y falta de rigor técnico del legislador<sup>20</sup>.

analizaré más adelante, las frecuencias de televisión tienen este carácter, pero en ellas hay un derecho subjetivo público respecto de los titulares de las concesiones ya otorgadas, reconocido en el artículo 19 N° 12° inciso 5° y 19 N° 24° inciso 1° de la Constitución y, por tanto, existente en el patrimonio del concesionario.

<sup>16</sup> Código Civil, artículo 589.

<sup>17</sup> MAYER, Otto: *II Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950) p. 59.

<sup>18</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro: "Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras", XVI *Revista Chilena de Derecho* N° 3 (1989) p. 793.

<sup>19</sup> Oreste Ranelletti: "Concetto e natura della autorizzazioni e concessioni amministrative", IV *Giurisprudenza Italiana* (1894), col. 55. Del mismo autor, véase su "Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative", XVII *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* (1894), p. 6 y 327.

<sup>20</sup> Lo que ocurre no sólo en Chile sino en España. Ver GARCÍA-TREVUJANO, op. cit., p. 240; García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 121; Villar Palasí, op. cit., p. 696.

Efectivamente, hay aspectos que acercan las concesiones y las autorizaciones, creando figuras híbridas, porque comparten elementos de ambas técnicas. Tales aproximaciones son las dos siguientes<sup>21</sup>. Primero, la característica del derecho preexistente en la autorización ya no es posible seguir sosteniéndola siempre o en todos los casos, pues hay ocasiones en que, efectivamente, la Administración crea un derecho en ese ámbito, y segundo, con la irrupción de las autorizaciones en el campo económico —que la legislación denomina, casi siempre, “concesiones” de servicio eléctrico, pesqueras, de telefonía, radiodifusión televisiva, etc. tampoco se puede seguir hablando de un desentendimiento posterior de la Administración en relación con la actividad autorizada pues, a menudo, se manifiesta una relación estrecha y permanente típica del campo concesional.

Claro lo anterior y ya con incidencia precisa en los asuntos consultados, procede *distinguir tres situaciones* respecto de las concesiones de frecuencias televisivas en nuestro sistema jurídico:

Desde luego, las situaciones en que falta el supuesto esencial para hablar propiamente de concesión, cual es, que la *Administración* habilitada por la ley cree un derecho que antes no existía para el administrado. Tal es el caso de las instituciones taxativamente mencionadas en el artículo 2º de la ley N°17.377 y que pervive por el artículo 4º transitorio de la ley N° 18.838. Si el derecho existe previamente, pues ya ha sido reconocido y garantizado por la Constitución misma y por la ley complementaria de aquella, cual sucede con el derecho subjetivo público de dichas instituciones a establecer, operar y mantener estaciones televisivas, con sujeción al artículo 19 N° 12º inciso 5º de la Carta Fundamental, entonces no cabe hablar de concesión administrativa o en sentido genuino, sino de autorización o, en todo evento, de concesión dada directamente por la Constitución y corroborada por la ley.

En seguida, encuéntrase las concesiones ya otorgadas con sujeción a la ley N° 18.838, dictada en cumplimiento del precepto constitucional recién citado. En este caso se está frente a concesiones cabales, porque la Administración —a través del Consejo Nacional de Televisión— ejecutó la Constitución y la ley creando, configurando y reconociendo a sus titulares los derechos correspondientes, sin perjuicio de la potestad fiscalizadora y de las caducidades previstas, al momento de su otorgamiento, en el título respectivo.

Por último surgen las concesiones que sean otorgadas según la reforma en trámite una vez convertida en ley, las cuales serán también genuinas, pero distintas de las antes explicadas por las razones ya expuestas.

#### V. LA CONCESIÓN COMO TÍTULO Y DERECHO

Es claro que el acto concesional crea, delimita y ampara un derecho subjetivo del concesionario, porque a partir de él surge el derecho, queda configurado y debe serle reconocido. El acto de concesión, en tal sentido, representa el *título* a partir del cual nace, se delimita y es asegurado el derecho subjetivo público del titular respectivo. Esto concuerda con la naturaleza jurídica de la concesión, o sea, un acto administrativo con cualidad de instrumento, resultado de un procedimiento técnicamente sustanciado, el cual no puede ser confundido con el derecho que en su virtud se crea *ex novo*, se delimita y reconoce contractualmente, como he dicho.

<sup>21</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro, op. cit., p. 794.

Así, la concesión es *título* constitutivo, delimitativo y garantizador de un derecho y, también, es el *derecho* que surge a partir de aquel título. Pero en la realidad se confunde, frecuentemente, el título con el derecho que surge, se delimita y reconoce por aquél, siendo correcto advertir que tanto la legislación como la doctrina suelen denominar, sin rigor, “concesión” a ambas situaciones.

## VI. CONTENIDO PATRIMONIAL

El derecho que surge de la concesión o ésta en sentido patrimonial, constituye un bien incorporal, sobre el que existe dominio o propiedad y al que le es aplicable, en plenitud, el régimen y las garantías que para tal institución asegura la Constitución, especialmente en su artículo 19 N° 24° incisos 1° a 5°.

La afirmación precedente se funda, como se demostrará a continuación, en el texto, contexto, espíritu e historia fidedigna de nuestra Carta Fundamental y ha sido corroborada por la jurisprudencia.

### 2. JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional y la Judicatura Ordinaria coinciden en el sentido y alcance de lo expuesto.

Efectivamente, el *Tribunal Constitucional* ha esclarecido la vinculación estrecha entre la locución bienes “corporales e incorporales”, utilizada en el artículo 19 N° 24° inciso 1° de la Constitución, con los artículos 582 y 583 del Código Civil, sosteniendo lo siguiente:

“Que el precepto transcrito precedentemente contempla, en su inciso primero, el principio esencial de que la Constitución asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales (...)

El inciso citado guarda íntima relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil, el primero de los cuales define el dominio (que se llama también propiedad) como el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno; y el segundo dispone que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”<sup>25</sup>.

Nuestra *Corte Suprema*, por su parte, ha resuelto que:

“... la Constitución Política del Estado, al asegurar el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales, está garantizando el derecho mismo incorporal sobre cosas incorporales, o como dice el artículo 593 del Código Civil, que versa sobre meros derechos”<sup>26</sup>.

La misma Corte, en sentencia muy reciente y que resuelve gran parte de las consultas formuladas, precisó:<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Sentencia de 16 de julio de 1982, recaída en el proyecto de ley que interpreta la garantía constitucional sobre derecho de propiedad, Rol N° 12 (considerando 11°). En idéntico sentido puede consultarse la sentencia pronunciada el 3 de diciembre de 1990. Rol N° 115 (considerando 23°).

<sup>26</sup> Sentencia de 14 de enero de 1983 (considerando 11°), reproducida, en *Gaceta Jurídica* N° 33 (1983) p. 20.

<sup>27</sup> 29 de enero de 1991 (rol N° 14.992, apelación de protección).

“(...) la situación fáctica en la cual se funda la autoridad para haber decretado la caducidad objetada por medio de este recurso (...) resulta que se habría producido en el año 1983, es decir muchos años antes de la dictación del DFL. N° 1 de 1987 y, por ende, el artículo 4° transitorio antes citado, que se introdujo a la ley N° 18.168, no tiene aplicación respecto de situaciones que acaecieron con considerable anterioridad a esa fecha. Decidir lo contrario importaría atribuirle a esa disposición efecto retroactivo que la propia ley no le asigna y, lo que es peor, se vulneraría la normativa legal y constitucional que consagra el principio jurídico de que las sanciones –y la caducidad cuestionada lo es, sólo es posible imponerlas o decretarlas cuando estuvieren descritas o contempladas expresamente por una ley promulgada con anterioridad a los hechos que configuran a la sanción (...).

Que las concesiones de servicio público, como lo son las de telefonía de que acá se viene tratando, se constituyen por actos que tienen un doble carácter: En primer lugar, por el acto de la autoridad administrativa que, facultada legalmente, otorga la concesión del servicio público correspondiente mediante la dictación del decreto respectivo; y luego, por la relación contractual que surge entre el Estado y el beneficiario, como consecuencia de la celebración del contrato administrativo que se origina de la reducción a escritura pública del decreto de concesión. De todo lo cual es que se derivan las obligaciones y derechos que la ley establece en favor del concesionario, adquiriendo éste, en tal virtud el derecho a desarrollar, operar y explotar la concesión.

Tales derechos son de carácter personal, de aquellos que define el artículo 578 del Código Civil, y respecto de los cuales, por tratarse de cosas incorpóreas, existe también una especie de propiedad, al decir y conforme lo que preceptúa el artículo 583 del citado Código.

Que de lo establecido en los fundamentos de esta sentencia, aparece que la Sociedad recurrente en relación con la concesión del servicio público telefónico, incorporó a su patrimonio y adquirió la propiedad para operar, desarrollar y comercializar 10.000 líneas, de suerte que la recurrida al resolver la extinción de la concesión de 5.000 de ellas (...) ha irrogado a la Compañía (...) privación ilegal y arbitraria del legítimo ejercicio que le asiste sobre los derechos emanados de esa concesión, vulnerando así la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental.”

Relevante es también consignar el pronunciamiento siguiente: “La concesión de un bien nacional de uso público otorgada por Decreto alcaldicio, se encuentra amparada por la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución”<sup>28</sup>.

## VII. SÍNTESIS

En virtud de los antecedentes de texto, contexto, anales fidedignos de la Constitución, doctrina y jurisprudencia citadas, recapitulando el informante afirma que:

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones “Pedro Aguirre Cerda” de 21 de enero de 1987, confirmada por la Corte Suprema el 4 de marzo de 1987, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 81, p. 23. Véase en semejante sentido, además, la sentencia de la Corte Suprema de 26 de julio de 1981, publicada en *LXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1981) s. 2ª, p. 5ª p. 141.

1º. La concesión constituye un *derecho* subjetivo público que, una vez nacido, configurado y reconocido como tal, en virtud del *acto administrativo* de concesión, expedido en virtud de la ley habilitante respectiva, pasa a tener un *status* patrimonial indudable, el que debe ser mantenido y garantizado de acuerdo al régimen jurídico vigente a la época de su nacimiento como tal. En consecuencia, cualquiera alteración unilateral ulterior de los efectos propios de aquel derecho vulnera su esencia, pues significa desnaturalizar el núcleo insuprimible e irretroactivamente inafectable que el ordenamiento jurídico le proporciona desde su inicio, como cualquier propiedad sobre bienes incorporales;

2º. El derecho de propiedad está caracterizado y asegurado en su contenido esencial por la Constitución. Tal derecho puede recaer sobre bienes corporales o incorporales. Consiguientemente, si la propiedad adquirida existe sobre un bien incorporal, como lo es una concesión en cuanto derecho, esto es, sobre el *derecho de concesión*, ella tiene la misma efectividad y estatuto de seguridad y garantía o amparo constitucional que cualquiera otra especie de dominio.

3º. Ni el legislador ni órgano constituido alguno del Estado puede desconocer los atributos y facultades esenciales del dominio sobre el derecho de concesión ya incorporado al patrimonio del titular. Entre aquellos atributos está su duración o permanencia en el tiempo, de acuerdo a su estatuto de origen o de reconocimiento, de manera que si la concesión es indefinida, no puede la ley ni la Administración fijarle después un plazo de duración determinado, porque sería privar de su esencia a dicho atributo y a las facultades de usar, gozar, administrar y disponer de la concesión indefinidamente.

4º. Finalmente, cualquiera variación unilateralmente decidida y que sea esencial, posterior y retroactiva ha aquel ordenamiento es en sustancia inconstitucional, a menos que tal variación sea realizada —si procede, en atención a cualquiera de las dos causales previstas en la Carta Fundamental— por expropiación, previo el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios por el daño patrimonial efectivamente causado al titular afectado.

#### CUARTA PARTE:

##### CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO

Indispensable es, desde el comienzo, dejar por entero clara la necesidad de conjugar el núcleo insuprimible de los derechos públicos subjetivo-económicos asegurados por la Constitución, de una parte, con la competencia que ella confiere al legislador para regular su libre y ordenado ejercicio, de otra. De la solución que, en cada caso y en su contexto entrega la Constitución a la natural tensión entre esos dos principios, fluirá la adecuación o no a ella de los preceptos legales en gestación.

El análisis comprenderá, sucesivamente, una breve observación en punto a los requisitos que deberá cumplirse en el proceso formativo de la ley, con preferencia, los aspectos sustantivos de la Carta Fundamental y del proyecto en los rubros que me han sido consultados.

## VIII. LEGISLACIÓN DE QUÓRUM CALIFICADO

En las materias reguladas por el proyecto no sólo cabe considerar la reserva legal, sino la necesidad que sus disposiciones sean aprobadas con quórum calificado.

En efecto, de acuerdo al artículo 19 N° 12° inciso 6° de la Constitución, la organización y demás funciones y atribuciones del Consejo Nacional de Televisión sólo pueden ser reguladas por una ley de la jerarquía nombrada. A la luz del precepto constitucional mencionado, queda claro que todas las normas del proyecto –permanentes y transitorias– deben reunir, para su aprobación como ley, el voto favorable de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, exigencia que rige en cada trámite constitucional de la iniciativa, incluyendo el de comisión mixta, como ha sido puntualizado recientemente por la sala y comisiones del Senado y la Cámara de Diputados.

## IX. TITULARIDAD RESTRINGIDA

Con sujeción al artículo 19 23° inciso 1° de la Constitución y al artículo 2° de la ley N° 18.168 y sus modificaciones, debe tenerse presente que el *espectro radioeléctrico* es un bien nacional de uso público o bien público, cuyo dominio pertenece a la Nación toda y cuyo uso incumbe a todos los habitantes de ella<sup>29</sup>. Por ende y en principio, cualquier persona natural o jurídica que sea miembro de nuestra Nación o a quien se aplique el ordenamiento jurídico de ésta, tiene el derecho general de uso indicado. Empero, y tratándose de las frecuencias de televisión que integran dicho espectro, el artículo 19 N° 12° inciso 5° de la Carta Fundamental contiene una norma excepcional, de aplicación preferente y que restringe aquel derecho nada más que al Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine.

Consiguientemente, en punto al acceso a tales frecuencias *no rige el principio de libre apropiabilidad* de toda clase de bienes, consagrado en el artículo 19 N° 23° inciso 1° de la Constitución, precisamente porque es un bien que pertenece a la Nación toda. Con idéntico énfasis agrego que *tampoco rige el principio de libre e igualitario acceso de todas las personas a las concesiones de frecuencias televisivas*, pues el artículo 19 N° 12° inciso 5° y N° 23° inciso 1° contemplan, como lo he destacado, una excepción que excluye dicho principio<sup>30</sup>.

En armonía con los preceptos fundamentales citados, menester resulta *distinguir tres situaciones* acerca de la titularidad restringida y la variación del estatuto jurídico de las concesiones respectivas.

Efectivamente y en primer lugar, el Estado y las universidades mencionadas en el artículo 2° de la ley N° 17.377 obtuvieron el derecho especial y preferente de uso correspondiente, primero a través de la autorización, concesión o permiso administrativo,<sup>31</sup> después por la ley<sup>32</sup> y, por último, directamente de la

<sup>29</sup> Código Civil, artículo 589. Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, artículo 2°.

<sup>30</sup> CEA EGAÑA, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988), pp. 186, 187 y 235 a 247.

<sup>31</sup> Al amparo del D.F.L. N° 4, *Ley General de Servicios Eléctricos*, publicado en el Diario Oficial el 24 de julio de 1959.

<sup>32</sup> Ley N° 17.377 de 1970 y sus reformas, artículos 2° y 5°.

Constitución de 1925, del Acta Constitucional N° 3° de 1976 y de la Carta Fundamental de 1980<sup>33</sup>. Con rigor, entonces, son los textos Fundamentales de 1925, de 1976 y de 1980 los que han otorgado a la empresa estatal Televisión Nacional de Chile y a tales universidades las autorizaciones, concesiones y permisos para usar –especial y preferentemente– el espectro radioeléctrico con fines televisivos<sup>34</sup>. Coincide con esta recta interpretación la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada el 9 de agosto de 1988 (rol N° 56) de la cual extraigo los acápites siguientes, con énfasis agregado:

Un análisis de las normas constitucionales y legales que han regido el derecho a operar canales de televisión en Chile demuestra, con claridad, que nuestro ordenamiento jurídico ha sido extremadamente exigente y cauteloso en la regulación de este medio de comunicación social, *restringiendo la titularidad* del derecho sólo a determinadas instituciones.

Basta recordar que la Constitución de 1925, complementada por el artículo 2° de la Ley 17.377 de 1970, sólo permitió establecer canales de televisión a la empresa denominada “Televisión Nacional de Chile”, a la Universidad de Chile, a la Universidad Católica de Chile y a la Universidad Católica de Valparaíso, todas ellas corporaciones de derecho público.

El Constituyente de 1980 aborda el problema de los canales de televisión con igual profundidad y cautela.

La Constitución de 1980 establece para la televisión un régimen de titularidad “restringido o selectivo”, ya que sólo el Estado y aquellas universidades y personas o entidades que la ley señale o fije podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”<sup>35</sup>.

La segunda de las situaciones aludidas dice relación con los titulares de concesiones de frecuencias televisivas, otorgadas con duración indefinida de acuerdo a la Constitución de 1980 y a la ley N° 18.838. Tales titulares forman parte de “las demás personas o entidades que la ley determine”, al tenor del artículo 19 N° 12° inciso 5° del Código Político. A su respecto, existe derecho de propiedad sobre tales concesiones indefinidas, el cual no puede ser retroactivamente limitado a un plazo determinado, porque lesionaría la esencia del atributo y facultades respectivas.

Finalmente, hállanse las concesiones que se otorguen con arreglo a la legislación hoy en trámite, referente a las cuales se aplica la regla de titularidad restringida, sin que pueda objetarse la constitucionalidad material de las normas que les fijen un plazo de duración definida.

#### X. REPAROS SUSTANTIVOS

Como se reconoce en el mensaje, es objeto del proyecto restablecer el carácter de bien nacional de uso público de las frecuencias de televisión, a cuyo efecto limita el acceso a ellas, el cual es básico para “establecer, operar y

<sup>33</sup> Constitución de 1925, artículo 10 N° 3° inciso 6°, según el texto introducido por la reforma constitucional contenida en la ley N° 17.398 de 1971. Decreto Ley N° 1.552, publicado en el Diario Oficial y el 13 de septiembre de 1976, *Acta Constitucional N° 3*, artículo 1°, N° 12°, inciso 8°, *Constitución de 1980*, artículo 19°, N° 12°, inciso 5°.

<sup>34</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín: *Estatuto jurídico de la televisión chilena* (Valparaíso, Edeval, 1974) pp. 50-51.

<sup>35</sup> Énfasis agregado.

mantener” estaciones de esa índole. Asimismo, el proyecto reduce retroactivamente y sin excepciones la duración de las concesiones vigentes, fijándoles el plazo definido y prorrogable que indica.

Sobre el particular, el dictaminante plantea las siguientes objeciones de constitucionalidad sustantiva de la iniciativa en trámite.

### 3. NO PUEDE SER AFECTADO EL DERECHO DEL ESTADO NI DE LAS UNIVERSIDADES

Con relación al artículo único N° 9º, que introduce un nuevo artículo 15 a la ley N° 18.838, y al artículo tercero transitorio del proyecto, cabe advertir que en ellos se desconoce el derecho asegurado en el artículo 19 N° 12º inciso 5º de la Carta Fundamental al Estado y a determinadas universidades para establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Con sujeción a lo ya demostrado en este Informe, ese derecho —que involucra las concesiones del espacio radioeléctrico inherentes a su ejercicio— fue directamente reconocido a las instituciones aludidas por la reforma constitucional de enero de 1971, mantenido en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 y confirmado por la Carta Fundamental de 1980. Consecuentemente, la ley N° 17.377 y la ley N° 18.838 sólo ratificaron lo que se encontraba ya dispuesto por los textos fundamentales citados.

Existe en la especie, por ende, un derecho subjetivo público adquirido de origen constitucional, esto es, declarado, asegurado y protegido por el cuerpo jurídico de mayor rango de nuestro ordenamiento normativo. Ese derecho faculta a sus titulares para “establecer, operar y mantener estaciones de televisión”. Esto involucra, sin margen de duda, el derecho a las concesiones o autorizaciones respectivas y la libertad de usar las frecuencias de televisión, sin más limitaciones que las que imponga la legislación y la Administración dentro de sus facultades constitucionales y legales expresamente conferidas<sup>36</sup>. Tal derecho, imperativo es puntualizarlo, no obedece a una discriminación o diferencia arbitraria, fruto del caprichoso e infundado favoritismo, porque las convincentes razones para otorgarlo constan en los anales oficiales respectivos y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 1988 ya transcrita.

En síntesis, la infracción referida se configura respecto de las concesiones actualmente vigentes en favor del Estado y ciertas universidades, a cuyo respecto la ley no ha hecho más que complementar y regular el derecho que les reconoce la Constitución. Por ello, tales concesiones de plazo indefinido no pueden ser objeto de una limitación letal posterior en cuanto a su duración, la que tendría efecto retroactivo. Por lo mismo, el cambio de régimen que en la especie contempla el proyecto lesiona en su esencia el derecho de propiedad reconocido por el Código Político a las instituciones aludidas.

### 4. SE PRIVA DEL DOMINIO SIN EXPROPIACIÓN NI INDEMNIZACIÓN

Se ha demostrado en este Informe que los actuales concesionarios tienen sobre su concesión un pleno derecho de propiedad, pues se trata de un bien incorporal cuyo dominio está garantizado por la Carta Fundamental.

<sup>36</sup> Consúltese la ley N° 18.575 de 1986 y sus reformas, *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, artículos 2º, 3º, 4º, 9º y 10, principalmente.

Es evidente que el artículo tercero transitorio del proyecto, al pretender modificar con efecto retroactivo el estatuto propietario de los actuales concesionarios, está privando a éstos de atributos y facultades esenciales de su dominio, cual es, el régimen indefinido con que nació y fue reconocido por la autoridad administrativa, con sujeción a la ley entonces vigente y que así consta en el título respectivo.

Esa alteración de los términos con que la concesión fue otorgada no es constitucionalmente sostenible. Además, resulta improcedente aducir a su respecto las exigencias de la *función social*, o sea, invocar los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional y, menos todavía, la utilidad o salubridad públicas o la conservación del patrimonio ambiental, ya que a su respecto *hay privación y no mera imposición de limitaciones u obligaciones* derivadas de tal función. Por lo tanto, el establecimiento de un plazo definido a concesiones que fueron válidamente otorgados con duración indefinida, lesiona la esencia de las facultades y atributos del dominio adquirido por sus titulares, al fijarles retroactivamente un término determinado.

Para modificar el estatuto vigente de las concesiones de radiodifusión televisiva, otorgadas a sujetos *distintos* de los mencionados en el artículo 2º de la ley Nº 17.377, por otro de duración limitada, la Constitución señala el siguiente camino: Privar al titular de su dominio sobre los derechos reconocidos en dicho acto administrativo, mediante expropiación autorizada y calificada por ley, pagando la indemnización por el daño patrimonial que ello efectivamente le ocasiona.

Sin embargo, en opinión del informante lo anterior no es aplicable a las concesiones y autorizaciones otorgadas a los sujetos *taxativamente* nombrados en aquel artículo, pues como tantas veces ya lo he afirmado y aquí lo repito, tratándose de ellos la Ley Suprema fue la que les confirió, sin mediación del legislador, los derechos respectivos. De lo anterior se sigue que el Estado y las universidades nombradas en el artículo 2º de la ley Nº 17.377 no pueden ser privados, total ni parcialmente, retroactivamente o no, de los derechos que ellos tienen sobre las autorizaciones, concesiones y permisos de frecuencias televisivas.

#### CONCLUSIONES

La concesión es un *acto administrativo* que adopta, además, el carácter de un *derecho patrimonial* genuino, el cual, como bien incorporal, es susceptible de propiedad. Tal derecho de concesión está garantizado sustantivamente por la Constitución, otorgándole al titular idéntica seguridad y garantías que a la propiedad en general, pues la concesión constituye una especie de dominio. Por ende, todo derecho de concesión otorga al concesionario la propiedad plena respectiva, con las implicancias correlativas.

El legislador no puede afectar la esencia del derecho de propiedad sobre la concesión, del mismo modo que tampoco puede atentar contra los atributos y facultades esenciales del dominio. Para privar de éste a su titular o afectar la esencia de ese derecho, o sea, sus atributos y facultades características, debe obrarse mediante expropiación y pagando la consiguiente indemnización.

La Constitución faculta al legislador para cambiar el régimen jurídico de la intervención administrativa, por ejemplo, si varían los supuestos sobre que se

otorgan las concesiones, alterar entonces su plazo o establecer que no sea indefinido. Empero, la potestad descrita no rige en lo relativo a las instituciones mencionadas en el artículo 2º de la ley Nº 17.377 y, con sentido más general, carece de alcance retroactivo y no puede ser aplicable sino a los nuevos concesionarios. Respecto de los que hayan adquirido su derecho con anterioridad y de acuerdo a un régimen legal que se los otorgó con duración indefinida, ello no puede ser alterado después, porque significa modificar los atributos y facultades esenciales de su *status* de propietario, para lo cual es imperativo la expropiación, con las consecuencias indemnizatorias intrínsecas a esta última.

Santiago, 1º de marzo de 1991

### CORRIGENDA

Por un lamentable error, se omitió el texto que sigue, el cual debe ir en la página 488, después del Párrafo VI:

#### 1. HISTORIA FIDEDIGNA

A) Sobre la *propiedad de los derechos* o de los bienes incorporales, discurió el debate de la Comisión de Estudio de la Constitución durante la sesión 166ª, celebrada el 13 de noviembre de 1975. De aquellos anales oficiales extraigo los siguientes textos significativos:<sup>22</sup>

“El señor OVALLE señala que el señor Guzmán tiene razón, ya que protegida la propiedad en sus diversas especies, es evidente que está protegida la propiedad sobre los derechos, que no es sino una forma de propiedad.

El señor SILVA BASCUÑAN considera (...) que cuando se asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, se lo está haciendo en toda su amplitud, de manera que abarque toda clase de beneficios patrimoniales, reales o personales, muebles o inmuebles, corporales o incorporales.

El señor EVANS advierte que la expresión ‘en sus diversas especies’ no se puede tomar en el sentido restrictivo de que se refiere sólo a bienes corporales o incorporales. Se refiere, también, a las diversas concepciones que del dominio pueden desarrollarse en un momento dado en la sociedad.

El señor ORTUZAR (Presidente) señala que la frase el derecho de propiedad de las cosas corporales e incorporales en sus diversas formas, precisamente, cubre la inquietud del señor Evans. De manera que se mantiene el concepto de que se protegen las diversas especies o las diversas formas que puede adquirir el derecho de propiedad, refiriéndose específicamente la garantía a las cosas corporales e incorporales a fin de que no haya ninguna duda sobre esta materia.

A continuación, pregunta él por qué parece claro que la garantía en estudio comprende los derechos incorporales, y se responde invocando el artículo

<sup>22</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (Santiago, Imp. Gendarchile, 1975) sesión 166ª, pp. 4, 5, 12, 13 y 14.

583 del Código Civil que ha dispuesto que sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad, lo que es casi una ficción legal porque, definido el derecho de propiedad como un derecho real, es evidente que no podría haber sobre las cosas incorpóreas un derecho de propiedad. De manera que el único argumento jurídico para sostener que la garantía del derecho de propiedad cubre propiamente los derechos, sean reales o personales, es la disposición del Código Civil. Suprimida dicha norma —lo que está en manos del legislador hacerlo—, el día de mañana se podría sostener que la garantía constitucional está referida sólo a las distintas formas de propiedad; como por ejemplo, a la propiedad agraria, la minera, la intelectual, y otras formas que pueden surgir en el futuro.

De manera que si esa es la interpretación que se le da al precepto, y tal interpretación está sujeta a la eventualidad de que su fundamento pueda desaparecer por ser modificada la disposición del Código Civil, ¿por qué no decir claramente que la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre las cosas corporales e incorpóreas en sus diversas formas, con lo cual se facilitaría la interpretación del precepto?

El señor ORTUZAR (Presidente) propone aprobar la siguiente redacción para iniciar la disposición del inciso primero relativo a la garantía en debate: 'El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales e incorpóreas'".

A mayor abundamiento, en los antecedentes extractados hay un pasaje que se refiere específicamente a la concesión como objeto de propiedad, cuyo texto es el siguiente:

"El señor ORTUZAR (Presidente) manifiesta que (...), en principio, no ve inconveniente para que a este derecho del minero, a esta concesión, se le pueda dar el carácter de un derecho de propiedad. Si se ha dicho que sobre las cosas corporales e incorporables hay una especie de derecho de propiedad, y así se expresaría en la Constitución inclusive (...)"<sup>23</sup>.

B) Con relación al *atributo de perpetuidad del dominio y a la caducidad de éste* cuando el derecho es, por excepción, sólo temporal, en los anales oficiales de la Constitución en vigor consta lo siguiente y que es exactamente aplicable a la solución de las interrogantes que me han sido formuladas:<sup>24</sup>

"El señor RODRIGUEZ sostuvo que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, la norma general es que la propiedad es perpetua, no caducable, y que de ella sólo puede privarse en virtud de ley que autorice la expropiación; pero que, sin embargo, es posible establecer legalmente la cualidad de caducable respecto de determinada especie.

<sup>23</sup> Id. sesión 171<sup>a</sup>, p. 12

No sólo la Constitución sino también la ley así lo han reconocido, tomándose plausible sostener que es un principio general de nuestro sistema jurídico el reconocimiento, para el titular, del dominio que él tiene sobre los derechos que emanan de una concesión vigente. Véase al respecto la Ley N° 18.097 de 1982 y sus reformas, Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, especialmente artículos 2°, 5° y 9°.

<sup>24</sup> Id. sesión 148<sup>a</sup> (Anexo de Documentos), pp 33-35. Énfasis agregado.

Aclaro que el planteamiento del Sr. Pedro J. Rodríguez, y que he transcrito, fue acogido por la Comisión en su sesión 149<sup>a</sup>, pp. 9 ff.

Precisando, afirmó que *en la 'extinción' del dominio debe distinguirse entre caducidad y 'privación' propiamente tal, según que la causa de la extinción sea congénita o sobreviniente.*

Si la causa es congénita, si el derecho nace con una modalidad –condición, plazo o modo–, vale decir, si la modalidad está prevista expresamente en el título o incorporada a él por las leyes vigentes al tiempo de constituirse el derecho, la verificación posterior de esa modalidad produce el término o 'caducidad' del dominio.

En cambio, si la causa es *sobreviniente*, es decir, si el derecho nace puro y simple y la modalidad se incorpora por ley después de constituido el derecho, el cumplimiento posterior de esa modalidad produce la 'privación' del dominio, como ocurre en el caso típico de la expropiación.

En el primer caso, esto es cuando la extinción ha operado por caducidad, dado que se ha cumplido una causal prevista al tiempo de constituirse el derecho, no habrá lugar a compensación o indemnización alguna, precisamente en razón de haberse adquirido tal derecho con esa modalidad.

Por el contrario, si la ley que establece una causal de extinción de determinado derecho no se encuentra vigente al tiempo en que éste se constituyó, sino que se establece *con posterioridad*, la extinción fundada en el cumplimiento de la modalidad establecida en esa nueva ley constituye una disminución patrimonial, esto es, una 'privación' del dominio que origina la obligación de compensar los perjuicios conforme a la regla general de que nadie puede ser privado de su dominio sin pago de indemnización.

Por otra parte, manifestó que al concepto de caducidad debe asignársele una extensión mayor a la expuesta –sólo se la ha circunscrito a las causales de extinción de carácter sancionatorio o penal–, *porque también hay lugar a ella por motivos que pueden no ser de índole penal o sancionatoria*, como ocurre con la propiedad intelectual que es temporal.

A su juicio, el problema se origina en el uso de los términos, puesto que entiende que la caducidad es una especie de sinónimo de extinción del dominio por causas incorporadas al título adquisitivo, esto es, por causas originarias. Así, cuando el derecho es temporal, su título se agota y desaparece a la llegada del plazo.

Señaló que si bien puede extinguirse el derecho debido a que el sujeto incurrió en actos o hechos suficientes para ponerle término, es necesario dilucidar si el efecto de tales actos o hechos está previsto en el título o por ley *sobreviniente*. En el primer caso, es decir, si estuvieran incorporados al título, se está en presencia de la caducidad que, por estar dentro de las reglas del juego previamente conocidas, no da lugar a ninguna clase de indemnización. La situación es distinta si la causal de extinción es *sobreviniente* a la constitución del dominio, *como ocurriría si la ley transformase un derecho perpetuo en temporal* –lo que constituiría una privación–; o bien cuando *se acorta el plazo o se modifican las condiciones*, como en el caso del amparo minero. En tales casos, agregó, se trata de privación y no de caducidad”.