

El mito del dominio público imprescriptible

por EDUARDO MERTEHIKIAN
2012

Libro A.A.V.V., Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires pág. 591

Ediciones RAP S.A.

Id SAIJ: DACF130251

I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES Habrá que advertir, como primera medida, que nada de lo que se señale seguidamente cuenta con una dosis, siquiera mínima, de originalidad, de modo tal que las reflexiones que siguen solo tienen por finalidad compartir con el auditorio de estas Jornadas algunas dudas que son propias y que probablemente a esta altura no conciten ya ninguna inquietud en el resto y si se quiere son más bien surgidas de reflexiones de orden práctico, porque -en definitiva- la motivación íntima sobre la que se basa toda la formulación del dominio público responde a la necesidad de que cumpla el propósito para el que se lo ha concebido.

Cabría añadir aquello de que si el derecho tiene algún propósito, no es convertirse en un instrumento de opresión, sino de transformación de la realidad de las personas, de modo que si nos proponemos reflexionar sobre un tema semejante, es para establecer, lo más aproximadamente que nos sea posible, si lo que se predica como una de las características inherentes al denominado demanio es actualmente útil a los fines de la dogmática construida a su alrededor o si impide -precisamente- cumplir con los propósitos para los cuales esa dogmática se ha ido construyendo a lo largo del tiempo.

Tampoco soy original si comienzo diciendo que -al menos- desde una perspectiva pura del derecho civil, la expresión dominio público no sería en sí misma suficientemente comprensiva de todo el universo que abarca la denominada propiedad pública, y, al mismo tiempo -como ha señalado alguna doctrina-, encerraría una contradicción, ya que si una de las cualidades inherentes que posee el derecho de dominio, como derecho real, es su carácter exclusivo porque confiere a su titular un señorío que impide que otros ejerzan iguales derechos sobre la cosa en la cual recae, habrá que admitir que esa denominación no explica cómo una "misma cosa" puede al mismo tiempo ser de alguien (Estado) y de todos (el pueblo o la colectividad). De otro lado, y siempre mirando el fenómeno desde esa perspectiva, tampoco puede omitirse que, como todos los derechos reales, el dominio únicamente puede recaer sobre una "cosa" en los términos así definidos por el [Artículo 2311 del Código Civil](#), con lo cual (dicho con el mayor de los respetos) la denominación tampoco explica suficientemente el régimen jurídico al que quedan sometidos todos los demás "bienes" que no sean "cosas" y cuya titularidad se reconoce al Estado.

Cabe también observar que nuestro codificador civil -según él mismo lo dejó así expuesto (ver: [2342, C. Civil](#))- siguió las opiniones de Proudhon y su obra, Dominio Público, y ellas han sido su fuente de inspiración directa (1) y dicho autor -para la época un notable y confeso antipropietarista-, para explicar la "propiedad pública", como relación jurídica existente entre la Administración y sus bienes, era defensor de la tesis de la existencia de una soberanía o poder de administración y no de una verdadera propiedad, ya que la idea de "dominio" -como dijimos- descansa sobre la "exclusividad" del título jurídico, sobre la cual esos poderes debían ser otorgados a un sujeto de derecho, siendo insusceptible tal calificación de sujeto con personalidad moral en cabeza de la colectividad.

Así las cosas, si en lo sucesivo de esta exposición empleamos la expresión "dominio público" sin otras

aclaraciones, lo hacemos como una simple convención, o -parafraseando a Marienhoff- por comodidad de lenguaje y no porque estemos plenamente convencidos de que desde la perspectiva del derecho público, sin forzar la interpretación de los textos legales, la expresión técnicamente sea suficientemente adecuada.

Dicho lo anterior conviene señalar también -sin que quepa tampoco a ese respecto una pizca de originalidad- que toda esta temática está íntimamente ligada a la necesidad de procurar la "movilización u obtención de la mayor utilidad" de los bienes en cuestión o, dicho de otro modo, evitar que la exageración de los caracteres que se predicán respecto de los bienes públicos, en particular su inalienabilidad, impidan el propósito para el que han sido concebidos, es decir, proveer el mejor uso y aprovechamiento al público. II. ANÁLISIS DE ALGUNAS EVIDENCIAS OBTENIDAS Y DE LAS POSIBLES CONTRADICCIONES QUE DE ESAS EVIDENCIAS SURGEN EN TORNO A LA TEMÁTICA DEL DOMINIO PÚBLICO, CON REFERENCIA ESPECÍFICA A SU CARÁCTER IMPRESCRIPTIBLE Que esta institución posee -como muchas otras del derecho público- un lastre histórico que en ocasiones le impide superar los escollos jurídicos que esa historia le provoca, es un aspecto que se pone en evidencia a partir del análisis de los serios estudios realizados por calificada doctrina, que hace ya más de sesenta años ha explicado que "[...] la imprescriptibilidad es siempre una garantía de permanencia de una cosa o de un derecho respecto de una situación principal a cuyo servicio están respectivamente ordenados [...]", y, sin ánimo de ser fastidioso, digamos también que la imprescriptibilidad -como característica de la demanialidad- nos viene impuesta por las necesidades surgidas en el derecho antiguo (especialmente referidas a las cosas eclesiásticas, luego tomada respecto de las cosas del Rey, regalías), pues la "imprescriptibilidad de las cosas eclesiásticas ya se encuentra en el Fuero Juzgo" (Ley 5ta., Tit. I, Lib. V) y que, también, según García de Enterría, en el texto latino es la Ley 6ta., capítulo XXIX, de la Partida 3ª, que dispone "Sagrada o Sancta Religiosa cosa non se puede ganar con tiempo"(2). Una segunda evidencia surgida de la investigación histórica es que hoy en día ya se sabe -sin lugar a dudas- que en el derecho romano la concesión para construcción sobre suelo público urbano es el instituto jurídico que precede al derecho real de superficie (3) del derecho civil y no a la inversa; lo cual denota -dicho sea- el grado de evolución de las instituciones jurídicas en el ámbito de las relaciones entre la organización administrativa romana (la expresión Estado no existe en la época) y -diríamos en una terminología más actual- los administrados.

En efecto, contra la creencia general (mito), la armonización del principio de indisponibilidad del suelo público, con la posibilidad del goce de las construcciones hechas por los particulares, deroga la regla de que "lo construido cede al suelo" (superficies solo cedit)(4) que nuestro Código Civil adopta, pues niega expresamente la posibilidad de que existan propiedades separadas o de la constitución del derecho real de superficie (ver nota al [Art. 2503](#)), circunstancia que ha debido variar -merced a la necesidad práctica y económica- con relación al derecho de superficie forestal ([Ley N° 25.509](#)) y su agregado como inciso 8º al citado Artículo 2503 del Código Civil y que -incluso- ya el anterior Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial (1998) recogió y amplió a todo "lo construido" (ver Art. 2018 del mencionado Proyecto). Pero hay otra evidencia normativa entre nosotros que deja en claro que tal principio (superficies solo cedit) es relativo, pues en el Código de Minería ([Ley N° 1.919, del año 1886](#)), su Artículo 11 deja establecido: "[...] las minas forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran; pero se rigen por los mismos principios que la propiedad común, salvo las disposiciones especiales de este Código" y de allí que, como ha sido expuesto por calificada doctrina nacional, los criterios incluidos en el Código Civil revisten carácter relativo (5) y no son los que en esta disciplina aportan todas las soluciones.

Hay también otros criterios que utilizan no ya la condición del titular, como dato de relevancia, sino el uso o la funcionalidad asignada a ese bien y con independencia de la condición del titular; tal como sucede con el [Artículo 25 del Código Aeronáutico](#) argentino que clasifica a los aeródromos como públicos o privados, según el destino que se les asigne (uso público o privado), señalando expresamente: "[...] las condiciones del propietario del inmueble no califica a un aeródromo como público o privado"; también ocurre en nuestro derecho con el

espectro radioeléctrico, calificado como "bien público" sin ningún aditamento por la [Ley N° 26.522](#) y sujeto a la "administración" del Poder Ejecutivo Nacional y un tercer caso lo configura el régimen de los puertos regulado por la [Ley N° 24.093](#) de Puertos que, como elocuentemente se ha señalado (6), distingue entre puertos públicos y privados con relación a su uso (Art. 7º, inciso 2º). Todo lo anterior se corrobora sin entrar en colisión, tan pronto se advierta que ya el [Artículo 2348 del Código Civil](#) argentino dispuso: "[...] los puentes y caminos, y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos".

Basta para confirmar la relatividad de las categorías incluidas en el Código Civil, la circunstancia de que la caracterización que el Artículo 1º de la [Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064](#) realiza de la obra pública por ella regida (refiriéndose al objeto concluido), no coincide con la que efectúa el [Artículo 2340, inciso 7º, del Código Civil](#), pues el criterio que la LOP emplea es el del origen de los fondos con los que se financia la obra, de suerte tal que en el contexto de esta legislación, tanto serán obras públicas regidas por la Ley N° 13.064, las obras construidas con destino a la utilidad o comodidad común, cuanto las que integren sus bienes privados (Art. 2342, inciso 4º, C. Civil), siempre que el origen de los fondos con que se costee el contrato provengan del Tesoro Nacional.

Aún cuando es conocido, lo que también debe mencionarse, es que nuestro sistema legal no cuenta con una disposición que expresamente establezca que los bienes sometidos al régimen de dominio público son imprescriptibles y toda la construcción en nuestro medio está basada en la interpretación de otros textos incluidos en el propio Código Civil y, fundamentalmente, en la idea de que no es susceptible de ser adquirido por prescripción, lo que no es susceptible de ser poseído con ánimo de adquirir.

Sin embargo, es paradójico que al tiempo que se niegue la posibilidad de poseer para adquirir, se admita -no obstante- que el paso del tiempo constituye un modo de adquirir el uso especial de esos mismos bienes, siendo -incluso- tal cuestión susceptible de ser regulada por las legislaciones locales, de tal manera que la imprescriptibilidad respecto de la adquisición de la titularidad del dominio no impediría la adquisición por prescripción del uso y goce especial del bien y más aún, que la fijación de dicho término o plazo en nuestro sistema jurídico es materia que las provincias se han reservado y no han delegado al gobierno federal (7), aspecto que sería regulable perfectamente a través de la teoría de los denominados derechos reales administrativos (tesis expuesta -como se sabe- inicialmente por Hauriou y sistematizada luego por su discípulo, Rigaud).

III. RECAPITULANDO Ahora bien, de sobra sabemos que el del "dominio público" es en rigor un régimen jurídico propio o correspondiente a un conjunto de "bienes" que, para ser tales, necesitan a un mismo tiempo la reunión de cuatro elementos esenciales: subjetivo, normativo, objetivo, teleológico o finalista y que sobre este último (destino) no hay pleno consenso en si deben estar "afectados" a un uso directo, o si también ingresan en la categoría los que estén "afectados" a un uso indirecto, tales como los destinados a un servicio público.

Lo anterior (finalidad) se comprende y examina a través del acto de "afectación" y en tanto este no exista, los bienes (cosas) no quedan sujetos a este "régimen jurídico especial" y en mérito a ello hay que tener sumo cuidado en que una exageración de la cualidad o destino a "utilidad o comodidad común" que viene dispuesta por el Artículo 2340, inciso 7º, del Código Civil, podría dejar inaplicada la norma también incluida en el Artículo 2342, inciso 4º, que señala como bienes del dominio privado del Estado los "muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título".

Esa exageración impediría, lisa y llanamente, que la disposición tenga cabida, lo cual a más de ser incongruente

con una interpretación sistemática del propio Código Civil, no traería otra consecuencia que restringir las posibilidades de que el Estado acudiera a otros mecanismos de financiación de los bienes o cosas destinadas al uso colectivo o por la comunidad -que no sea la financiación por el presupuesto público-, confiriendo derechos a los particulares que aportan la financiación para la consecución de esos bienes (8).

Si bien se mira, todo el problema podría quedar resumido de la siguiente forma: si es posible la desafectación tácita de un bien (desafectación por hechos), por los mismos medios que podría ser afectado tácitamente (afectación por hechos)(9) y el particular continúa esa posesión por el término que se fije legalmente (el que se desee), si este hecho puede implicar la adquisición del dominio por prescripción y -aún más- si ella podría implicar en sí misma una desafectación tácita del dominio público (desafectación abusiva).

Antes de responder, anotemos también que el propio Marienhoff señala como uno de los supuestos de desafectación tácita "el abandono muy prolongado", agravado por la total ausencia de los más elementales trabajos de mantenimiento requeridos esencialmente por el uso público a que la cosa está destinada, al extremo de que dicho uso público no se efectúa o es de muy difícil realización; podría interpretarse como desafectación tácita de la cosa (ver p. 1753, especialmente p. 243). A renglón seguido, señala que ello debe merecer inexcusablemente el asentimiento indubitable -expreso o virtual- de las autoridades.

Retomando el hilo, la pregunta que se ha formulado la doctrina es la siguiente: ¿es posible que la posesión abusiva provoque la desafectación tácita de un bien?, y allí las opiniones están divididas, pues mientras -por ejemplo- García de Enterría responde afirmativamente, Marienhoff lo señala negativamente.

Pero preguntémosnos también, parafraseando a García de Enterría, ¿cómo serían posibles de escindir los dos momentos, es decir, el de la posesión "abusiva" con efectos de desafectación tácita, y el de la posesión con propósitos de adquirir el dominio por usucapión? y no se omita antes de responder que se acepta que el no uso inmemorial es un supuesto de desafectación tácita del bien (10).

IV. LA AFECTACIÓN AL USO PÚBLICO DEBE IMPLICAR UNA CONSAGRACIÓN REAL Y EFECTIVA AL USO PÚBLICO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Ahora, llega el turno de atender a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación, con el estricto fin de establecer cuándo puede hablarse de "afectación" que hace nacer el régimen jurídico especial del que nos estamos ocupando.

La Corte tiene dicho desde antiguo (ver Fallos: 263:437, 10-12-1965, "Provincia de Misiones c/. Nación Argentina): "Que según jurisprudencia firme de esta Corte la afectación de un bien al dominio público requiere, además de la norma que la imponga, su consagración efectiva al uso o servicios general o común (Fallos: 249:383, 436: 242: 168, entre otros), debiendo, asimismo, ser susceptible de tal uso o destino (Fallos: 141:307; 146:304). Son así insuficientes las nudas declaraciones legales (Fallos: 249:436)" (ver Considerando 7º).

Más modernamente ha reiterado ese criterio, pero con algunas variantes interesantes (ver Fallos: 328:3590; "Ministerio del Interior - Prefectura Naval Argentina c/ Buenos Aires, Provincia", 27-9-2005), diciendo que para considerar integrante del dominio público es necesaria "una consagración real y efectiva al uso o servicio público (Fallos: 194:210; 242:168) aun cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio (Fallos: 242:168; 263:437)" (el destacado es mío).

Luego, puede extraerse como conclusión que no basta la declaración formal de afectación, sino que es necesaria una utilización real y efectiva del bien a tal uso, de suerte tal que un bien declarado formalmente integrante del dominio público, y aún más, afectado formalmente al uso general o al servicio público, puede ser adquirido por usucapión, en tanto y a pesar de esas declaraciones formales, "no exista una consagración real y efectiva al uso o al servicio público" (Fallos: 328:3590) y siempre que el bien "sea susceptible de tal uso o

destino" (Fallos: 263:437).

V. COMENTARIOS FINALES La cuestión de la existencia de un "dominio público por naturaleza" es un aspecto también muy debatido y hay que retener que ya Gastón Jéze hizo ver la inconveniencia de esta afirmación con la simple mención (cuando escribió su obra) de que en Inglaterra esas cosas podían comprarse, afirmando ya por entonces que no existía bien que no pudiese ser objeto de apropiación por el hombre y que en todo caso, no era el supuesto de los caminos y las aguas que en Francia existían cauces y vías privadas (11).

Uno de los argumentos centrales que se han empleado para explicar que la "imprescriptibilidad" es una cualidad inherente ha sido que se trata de "cosas" que están fuera del comercio y que por lo tanto -basándose en el [Art. 4019, inciso 1º, del C. Civil](#)- la acción para reivindicar la propiedad del dominio sobre ellas es imprescriptible.

Siempre basándonos en nuestro sistema legal, a este argumento podrían oponerse otros argumentos, tales como los que seguidamente expongo:

a) Que para que una "cosa" esté fuera del comercio, su enajenación debe estar expresamente prohibida o tiene que ser dependiente de una autorización pública ([Art. 2336, C. Civil](#)). Más aún, las "cosas" están fuera del comercio en forma relativa o absoluta ([Art. 2337, C. Civil](#)) y de nuevo para que sean "absolutamente" inalienables hace falta una expresa prohibición de la ley (inciso 1º, Art. 2337) o una prohibición por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad autorizadas por el propio Código Civil (inciso 2º, Art. 2337).

Están fuera del comercio en forma "relativa" las que necesiten de una autorización previa ([Art. 2338, C. Civil](#)). Luego, sin disposición expresa, no hay inalienabilidad, ni absoluta, ni relativa.

b) Que no son reivindicables los bienes que no sean "cosas", ni las "cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador, o cosas fungibles" ([Art. 2762, C. Civil](#)), por lo cual cobra importancia lo dicho respecto del elemento "objetivo" sobre el que recaiga la propiedad pública.

c) Por último, que la "acción de reivindicación" supone, en sí misma, que el propietario ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica contra el que se encuentra en posesión de ella ([Art. 2758, C. Civil](#)), de modo que tiene que demostrar ante el juez su condición de "verdadero titular del dominio del bien" o que la "posesión del sujeto contra quien se dirige es abusiva, o sin justo título", con lo cual cobra relevancia, de nuevo, el elemento finalista ("afectación") del bien, en el caso en concreto.

VI. APRENDIZAJE PERSONAL Que "el uso público" por parte de la comunidad de los bienes que tienen ese destino constituye una "necesidad de orden práctico" pero que no configura un fin en sí mismo, sino que es "instrumental" al ejercicio de otros derechos de orden individual y colectivo.

Que si en verdad predicamos que el derecho es una "ciencia" necesita, como toda ciencia, de un método para comprender la realidad que observa y cuando sea necesario modificarla, no como instrumento de opresión o de supresión de las libertades, sino para posibilitar que el individuo y la comunidad se realicen. El que personalmente he adoptado -al menos en este estudio- es el de la necesidad de contar con evidencias, empíricamente comprobables a partir de un relato histórico que no se quede en la superficie de las "cosas".

Finalmente, rindiendo homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, vaya también mi homenaje a todos aquellos que no han abandonado la noble empresa de estas Jornadas, y en lo que a mí respecta, espero que si alguna vez me encuentro nuevamente con él, al menos no tenga que reprocharme no haber hecho mis máximos esfuerzos para estar a la altura de las circunstancias y de su prematura partida.

Notas al pie:

* A) Retengamos inicialmente que la palabra mito (que proviene del griego) significa: "fábula, ficción alegórica, especialmente en materia religiosa. 2. Relato o noticia que desfigura lo que realmente es una cosa y le da la apariencia de ser más valiosa o más atractiva. 3. Persona o cosa rodeada de extraordinaria estima" (ver Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición).

B) Por otro lado, el título de mi conferencia no tiene originalidad, pues es una suerte de compuesto entre dos proposiciones vertidas oportunamente por la doctrina. Una, "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción administrativa" (Tawil); otra, el "dogma de la reversión de concesiones" (García de Enterría) en la obra del autor, Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo, cuya primera edición es de 1955 y ha merecido respuestas, al menos las por mí conocidas, de los profesores Díez y Marienhoff.

**El presente trabajo ha sido publicado por el Dr. Eduardo Mertehikian en el libro: AA.VV., Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap s.a., 2012, pp. 591-598.

1) Ver también la opinión de Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. V, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 1694.

2) García de Enterría, Eduardo, "El dogma de la reversión de las concesiones", en Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo, 4ª edición ampliada, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 38 y 41 y en esta última, ver, especialmente, nota 23.

3) Castán Pérez-Gómez, Santiago, Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano, Madrid, Dykinson, 1996, Capítulo V, ver especialmente lo expuesto en la p. 152.

4) Pérez-Gómez, op. y lug. citados.

5) Cassagne, Juan Carlos, "Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales", en Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Dominio Público, AbeledoPerrot (2010-III, Fascículo 13), p. 21.

6) Cassagne, Juan Carlos, ob. y lug. citados.

7) Por todos, ver Marienhoff, Miguel S., op. cit., p. 1848 a p. 1852.

8) El derecho comparado (en especial el francés) demuestra que esa exageración de las notas típicas, en lugar de ser puestas en crisis, ha obligado a la fabricación de otros artilugios, tales como el de la "afectación diferida" y en tal sentido recomendamos la lectura de Ruiz Ojeda, Alberto, Dominio Público y Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamientos. (Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española), Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 1999. 9) Ver, por todos, Marienhoff, op. cit., p. 1752 y sigs.

10) Marienhoff, op. cit., pp. 1755, 245, especialmente 246; ver también p. 243 respecto del abandono prolongado y en p. 239 señala que la desafectación tácita de bienes artificiales debe provenir de autoridad competente, pero no requiere formas sacramentales.

11) Bóbes Sánchez, María José, La teoría del dominio público y el derecho de carreteras, 1ª edición, Madrid, lustel, 2007, p. 53 y nota 37.