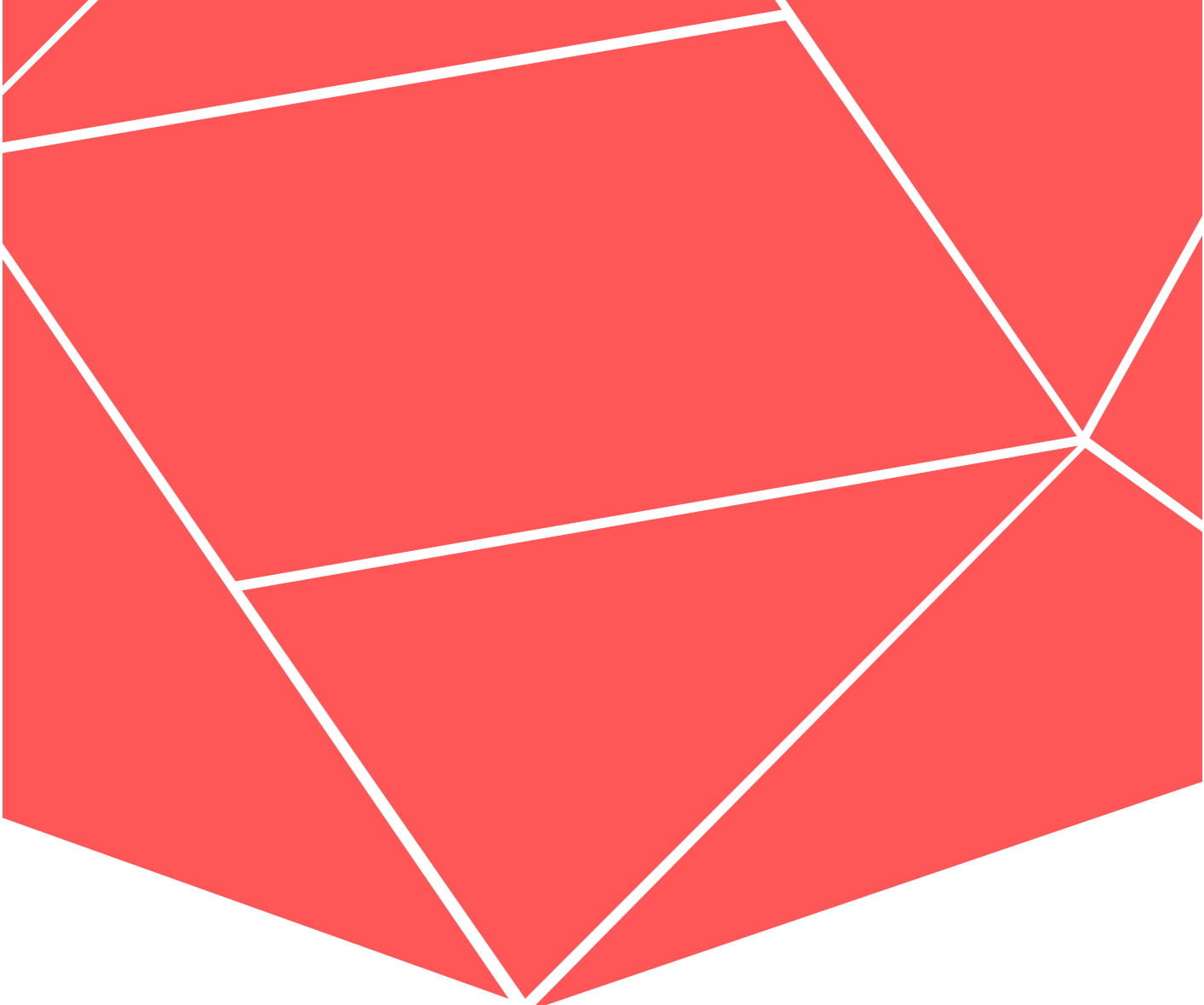




DERECHO ADMINISTRATIVO

LOS BIENES ESTATALES

**FRAGMENTOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**



LOS BIENES ESTATALES

Sumario: Introducción. El dominio público. Concepto. El dominio público como propiedad pública del Estado. Elementos. Caracteres. Clasificaciones. Creación y extinción del dominio público. Afectación. Desafectación. Los bienes que integran el dominio público. La regulación legislativa. El dominio privado del Estado. Otras situaciones. Dominio y jurisdicción. El dominio público y el dominio privado en la práctica.

INTRODUCCIÓN.

La función administrativa se desarrolla no sólo a través de actividades administrativas sino también mediante bienes determinados situados en una relación de pertenencia respecto al Estado y que son los que constituyen los bienes estatales que vamos a examinar en esta clase. Al estar destinados al ejercicio de la función administrativa estos bienes presentan la peculiaridad de un régimen jurídico que se diferencia más o menos sensiblemente, según las distintas categorías, del régimen de los bienes pertenecientes a los sujetos privados.

Los bienes del Estado están sometidos a un régimen jurídico especial.

Con otras palabras, la Administración Pública para el cumplimiento de sus funciones cuenta con una organización, dispone de personal y requiere, también, de bienes. Estos bienes que son afectados a dichas funciones están sometidos a un régimen jurídico especial que, en los aspectos básicos, explicaremos aquí.

En esta tarea, es necesaria una primera aclaración a la luz del derecho positivo vigente: los bienes del Estado no están sometidos a un único régimen y es posible distinguir entre los bienes del *dominio público* y los bienes del *dominio privado* del Estado. Esta clasificación –criticable, según veremos más adelante- viene impuesta por el Código Civil y Comercial (arts. 235 y 236) que reitera el sistema del histórico Código Civil de Vélez Sarfield.

EL DOMINIO PÚBLICO.

Concepto. El dominio público es objeto de estudio tanto en el ámbito del derecho civil -corresponde a la asignatura Derechos Reales- y del derecho administrativo como se efectuará en este curso. El Código Civil y Comercial no suministra ninguna definición. A falta, entonces, de una definición legal, emplearemos una muy difundida que expresa que el dominio público es un conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes (Marienhoff).

El Código Civil y Comercial no ofrece ninguna definición.

El dominio público como propiedad pública del Estado. Uno de los problemas que inicialmente se planteó fue determinar la *naturaleza* del derecho del Estado sobre los bienes (Alessi). Las distintas opiniones distan de ser unánimes.

Una primera teoría, influenciada por el derecho romano, considera que el derecho del Estado sobre los bienes está ligado al derecho de soberanía, en razón al cual el Estado se había constituido en administrador de los bienes que, en cuanto a la propiedad, debían considerarse como *res nullius*. Una segunda teoría señala que se trata de un puro y simple *derecho de propiedad* con *especiales limitaciones de carácter público* tanto en lo que concierne a la facultad de goce, como en los que se refiere a la facultad de disposición. Una última, considera que el Estado tiene sobre los bienes un derecho real de naturaleza pública, un verdadero *derecho de propiedad pública*, institución paralela al derecho de propiedad del derecho privado, pero regulada por normas de carácter público.

Entre nosotros algunos autores (Bielsa) han sostenido que “sobre los bienes del dominio público no hay derecho de propiedad”, “no se concibe un derecho de propiedad donde el Estado no tiene el *usus* (que pertenece a la colectividad) ni el *fructus* (porque son gratuitos) ni el *abusus* (porque debe conservarlo)”. Otros que han prevalecido se han inclinado por considerar el dominio público como una propiedad pública del Estado (Diez, Fiorini, Comadira). En fin “el derecho de las cosas públicas es una materia de derecho público con sello propio. No constituye ni una repetición ni un complemento del derecho civil” (Forsthoff).

Elementos. La noción de dominio público que hemos enunciado supone cuatro elementos, que fueron planteados originariamente por un autor español (Ballbé) y tomados y desarrollados en nuestro país por otro (Marienhoff) que ha ejercido una perdurable influencia en el tema. Tales elementos son los siguientes:

1. Subjetivo: *quién* es el titular del dominio público. El punto no tiene una respuesta pacífica. Tradicionalmente hay dos posturas. Algunos autores consideran que el titular del dominio público es *el pueblo*. “En concepto nuestro, el dominio público no se atribuye al Estado sino al pueblo (o población en el sentido de elemento constitutivo), si bien representado en el Estado” (Bielsa, Marienhoff). Otros, entienden que el dueño de tales bienes es

el Estado (Villegas Basavilbaso, Diez). Esta última posición es la que ha predominado.

Los bienes que integran el dominio público no son *res nullius*, sino que pertenecen al Estado, es decir, según nuestro diseño constitucional, a la Nación, a las provincias, a los municipios, y a las entidades autárquicas tanto territoriales como institucionales. Los titulares de tales bienes deben ser personas jurídicas públicas estatales, que formen parte de la Administración Pública, centralizada o descentralizada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación –desde antiguo “Fallos” 146:304 (1926)- ha sostenido que el titular de los bienes del dominio público es el Estado al expresar que para la afectación eficaz de una cosa al dominio público se requiere que ésta se halle actualmente en el patrimonio del *poder público*.

Los titulares de tales bienes deben ser personas jurídicas públicas estatales, que formen parte de la Administración Pública.

Hay situaciones que pueden generar dudas y que es conveniente aclarar.

a) Tal como expresa Marienhoff cualquiera sea la tesis que se siga acerca del titular del dominio público -Estado o pueblo- sólo pueden ser titulares del dominio público los *organismos estatales*. En otras palabras: no pueden ser titulares de bienes del dominio público las personas jurídicas *públicas no estatales*. Así, por ejemplo, las cajas y colegios profesionales (de abogados, arquitectos, ingenieros, médicos, etc.) tienen esa condición y, por tanto, sus bienes no pertenecen al dominio público.

La Iglesia Católica. Inexistencia del dominio público eclesiástico.

b) Otro tanto ocurre con la Iglesia Católica Apostólica Romana. El art. 146 inciso “c” del Código Civil y Comercial dispone que se trata de una *persona jurídica pública*. Ésta, entonces, no puede, pues, ser titular de bienes del dominio público porque no es una entidad estatal. En nuestro derecho no existe el denominado *dominio público eclesiástico*. Pero pese a que los bienes de la Iglesia Católica no pertenecen al dominio público si cuentan, según la jurisprudencia, con una condición especial: son inembargables. La Corte Suprema ha resuelto que revisten esta condición los bienes que están afectados directamente al culto (“Fallos” 314:1324). El Código Civil y Comercial – sancionado con posterioridad a este precedente- establece ahora claramente que están excluidos de la garantía común de los acreedores “los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado”, disposición que comprende a la Iglesia Católica.

c) Los bienes de los concesionarios de servicios públicos, afectados a la prestación de éstos, tampoco integran el dominio público, siendo bienes privados de tales concesionarios, cualquiera que sea la época o la forma de su adquisición. Sin embargo, debe tenerse presente que el art. 243 del Código Civil y Comercial dispone que tratándose “de los bienes de los particulares

El régimen especial de los bienes de los concesionarios.

afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”. Por tanto, *no hay que confundir dominio público con servicio público*. Los bienes de los particulares –concesionarios, etc.- que prestan estos últimos no pertenecen al dominio público aunque tienen una regulación especial en protección de la regularidad de la actividad que despliegan.

2. Objetivo: *cuáles* son los bienes del dominio público. Puede tratarse de inmuebles (por ejemplo, las plazas, las calles, edificios, los parques nacionales, etc.); muebles, registrables o no (por ejemplo, los automóviles, los helicópteros, los libros de una biblioteca, los cuadros de un museo, etc.); semovientes (por ejemplo, los caballos de las fuerzas armadas, los perros de la policía, etc.) y los derechos y los bienes inmateriales (por ejemplo, las servidumbres administrativas constituidas para beneficio de la comunidad como la de electroducto; la fuerza hidráulica de un curso de agua pública, etc.). En el desarrollo histórico de la disciplina siempre se aceptó que los bienes inmuebles podían integrar el dominio público. La cuestión ha sido distinta con los bienes muebles pues hay quienes niegan esta posibilidad. Uno de sus expositores –Mayer- considera que las cosas muebles no revisten para la Administración un interés suficiente como para justificar la energía extraordinaria con que se tutelan las cosas del dominio público. Este criterio no ha prosperado y, contemporáneamente, se admiten que los bienes muebles lo integren aunque se exige –en palabras de Marienhoff- que “los bienes o cosas que lo integran, físicamente presenten o tengan un relativo *carácter permanente e irremplazable*: de no ser así, no se justificaría ese excepcional y severo régimen legal. Por eso las cosas *consumibles* y las *fungibles* no pueden revestir carácter dominial”. O dicho mediante un ejemplo: “entre los muebles de las dependencias públicas no revestirán carácter dominial los lápices comunes, las plumas que se usan en las lapiceras, etcétera”.

Históricamente se aceptó que los bienes inmuebles podían integrar el dominio público.

Los bienes muebles.

Ahora bien, no sólo las cosas inmuebles o las muebles, aislada o separadamente consideradas, pueden integrar el dominio público, sino también consideradas en su conjunto, formando un todo, siempre que ese complejo de cosas pertenezca a un mismo sujeto y se halle destinado a un fin único. Es el caso de la llamada *universalidad pública*. Como ejemplos de universalidades públicas pueden mencionarse: las bibliotecas públicas, los museos públicos, los archivos públicos, los zoológicos, etc. Las universalidades públicas pueden hallarse constituidas exclusivamente por muebles, o por muebles e inmuebles. A veces la universalidad comprende únicamente

Las universalidades públicas

muebles, como ocurriría en el caso de una biblioteca pública instalada en el edificio de un particular, alquilado por el Estado. Otras veces la universalidad se compone de inmuebles y de muebles, como ocurriría en el supuesto de una biblioteca pública instalada en un edificio perteneciente al Estado, en cuya hipótesis la condición de dominio público abarca al conjunto: los libros y el edificio. Los jardines zoológicos públicos también constituyen universalidades de muebles e inmuebles (Marienhoff).

No sólo las cosas sino también los objetos inmateriales y los derechos pueden integrar el dominio público.

En cuanto a los objetos inmateriales, por ejemplo, la fuerza hidráulica de un curso de agua pública integra el dominio público. Tal como se ha señalado (Marienhoff), la fuerza motriz o energía hidráulica participa de la condición legal del curso de agua de que procede según el difundido principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*). Si el curso de agua es *público*, la respectiva fuerza o energía hidráulica tendrá también ese carácter. Por el contrario, si el curso de agua fuere *privado*, la fuerza o energía hidráulica pertinente será también privada.

Dominio
público
hidráulico

En cuanto a los derechos que integran el dominio público, siempre se ha reconocido que forman parte de aquél *las servidumbres públicas*, que, entre otras –como veremos en próximas clases– incluyen las de sirga, la de acueducto en favor de un pueblo para servicio de sus habitantes, la de protección de zonas de fronteras, la de monumentos y lugares históricos, la de electroducto, etc. También los derechos intelectuales sobre las obras científicas, literarias y artísticas, una vez vencidos los términos por los que la ley le acuerde al autor o a sus causahabientes la titularidad de tales derechos, forman parte del dominio público.

Derechos
integran
dominio
público
que
el

3. Normativo: en virtud de qué *normas* están incorporados al dominio público. Según una reiterada expresión, no hay bienes públicos por naturaleza; solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien integre el dominio público. El régimen jurídico especial de los bienes que integran el dominio público deriva de la ley. En nuestro sistema es el art. 235 del Código Civil y Comercial que establece cuáles son los bienes pertenecientes al dominio público y el art. 236 cuáles pertenecen al dominio privado del Estado. El artículo 237 establece cuáles son los caracteres de aquéllos. Efectuaremos un análisis más detenido de estas normas, más adelante en esta clase.

No hay bienes
públicos por
naturaleza.

Debe tenerse presente que es el Congreso de la Nación el que legisla en la materia. La determinación de la condición jurídica de las cosas es una

Competencia de
la Nación y de
las provincias.
Supuestos.

competencia que corresponde al gobierno nacional que fue delegada por las provincias. Los ríos por mandato del Código Civil y Comercial forman parte del dominio público y ninguna de las provincias puede desconocer esa condición. Insistimos: en nuestro país, la facultad de establecer o determinar cuáles cosas son públicas y cuáles privadas es exclusivamente nacional, porque es a la Nación a quien le corresponde la facultad constitucional de dictar los códigos substantivos, el Código Civil y Comercial en el caso. Pero de aquí no se sigue que las provincias no tengan ninguna competencia en la materia pues en nuestro ordenamiento jurídico, todo lo atinente a la *regulación del uso* de los bienes del dominio público es materia de legislación *local*, es decir, cada provincia tiene facultad constitucional para legislar al respecto dentro de su jurisdicción. Por ejemplo, las playas constituyen bienes del dominio público – lo establece el citado art. 235 inciso “b” como ya veremos- y esta condición no puede ser desconocida por las provincias; sin embargo éstas pueden dictar una regulación local reglamentando el uso de las playas. Por ejemplo, encontramos en dicho ámbito disposiciones que reglamentan la instalación de carpas y sombrillas, la extracción de arena, el uso de cuatriciclos, etc.

4. Teleológico: a qué *fin* están destinados los bienes del dominio público. Los bienes que lo constituyen están afectados al uso *directo* o *indirecto* de la comunidad. En palabras de la ley: “cualquier obra pública construida *para utilidad o comodidad común*” (art. 235, inciso “f” del Código Civil y Comercial). Respecto de esta expresión –Diez ha señalado- que se puede sostener que cuando “emplea la palabra utilidad o comodidad común, el contenido es más amplio que el del servicio público, vale decir que la idea del servicio público está contenido en esa disposición de nuestro Código”.

Este aspecto del dominio público tampoco ha permanecido libre de controversias. Básicamente la cuestión discutida es si es exigible un uso directo o indirecto. Bielsa –uno de los autores clásicos en nuestra disciplina- afirmaba que “lo que caracteriza el dominio público no es la sola utilidad pública, sino el *uso público directo* de las cosas que lo constituyen”. Su opinión no ha prevalecido y la generalidad de los autores considera que la cuestión ha quedado resuelta en el ordenamiento jurídico argentino en el sentido de que el uso público puede ser no sólo el *directo* o *inmediato*, sino también el *indirecto* o *mediato*. La circunstancia –que se acaba de señalar- de que el Código Civil y Comercial incluya en el dominio público a cualquier obra pública construida para *utilidad o comodidad común*, “revela claramente que dicha norma no sólo comprende el uso directo, sino también el *indirecto*. La *utilidad* o

Uso directo e indirecto.

comodidad común excede del mero uso *directo*. La expresión de nuestra ley es *genérica*: no sólo abarca el uso directo, sino también el indirecto” (Marienhoff).

Caracteres. El art. 237 del Código Civil y Comercial expresa que “los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles”. La mnemotecnia permite acuñar *la regla de las tres “i”*.

La regla de las tres “i”.

1. *Inenajenables.* La expresión corriente hasta la reforma del Código Civil y Comercial era *inalienable* que debe considerarse equivalente a la actual, *inenajenable*. Por tal se entiende que el bien está fuera del comercio jurídico *pero no de un modo absoluto* pues se admiten que sobre ellos se constituyan concesiones o se otorguen permisos especiales de uso. La inalienabilidad es, en definitiva, un medio jurídico a través del cual se tiende a hacer efectiva la protección de estos bienes, a los efectos de que cumplan el fin para el cual han sido afectados. En virtud de esta característica, por ejemplo, los bienes integrantes del dominio público no pueden ser objeto de compraventa, ni de otros actos jurídicos que impliquen transferencia de dominio. Como concluye Marienhoff, el acto administrativo que dispusiere la *venta directa* de una cosa dominical -es decir, *sin su previa desafectación*-, sería un acto ilegítimo.

Inenajenables. No pueden ser, por ejemplo, objeto de compraventa, hipoteca, etc.

Esta característica, como dijimos, no sustrae absolutamente del comercio jurídico a los bienes del dominio público. Sólo es incompatible el comercio jurídico de derecho privado pero no el de derecho público. Las cosas del dominio público, mientras permanezcan tales -dejarían de serlo, por ejemplo según veremos, si son desafectadas- si bien no pueden ser vendidas ni hipotecadas, por ejemplo, pueden en cambio ser objeto de otros actos jurídicos compatibles con el régimen que las disciplina y con el fin que motiva su afectación; así, verbigracia, pueden ser objeto de derechos especiales de *uso*, otorgados o adquiridos mediante los medios o formas reconocidos por el derecho administrativo; pueden igualmente ser expropiadas, ya que la expropiación constituye un negocio jurídico de derecho público, etc. (Marienhoff).

2. *Imprescriptibles.* La *imprescriptibilidad* constituye un instrumento frente a las eventuales usurpaciones de los particulares que con el transcurso del tiempo terminarían por imponerse. Este principio tiene por objeto conservar el dominio público en su integridad. Se trata de que el dominio público quede y sea en todo momento y en todas partes dedicado al uso directo o indirecto de la comunidad (Diez).

Imprescriptibles.

Pese a su clara consagración legal algunos autores (García de Enterría) hablan del *dogma de la imprescriptibilidad* y consideran que debe ceder en los casos de una prescripción larga (sesenta, setenta o más años). Dicho autor en un difundido ensayo sobre el tema invita a examinar el tema mediante el siguiente ejemplo: “Imaginemos un propietario de un terreno a quien un día cualquiera la Administración cita para demostrarle cumplidamente, en virtud de viejos títulos indubitables, que el terreno en cuestión no le pertenece por la razón de ser una parcela integrante del dominio público, parte —sigue la hipótesis— de una red de caminos hace quinientos años; ha habido, pues, una usurpación inicial, cuya nulidad de origen le impide convalidarse con el tiempo, y, a la vez, este tiempo tampoco ha podido sanar el defecto de justo título, pues cualquier excepción de prescripción ordinaria o extraordinaria quedaría radicalmente enervada por virtud del dogma de la imprescriptibilidad. Añadamos que los datos de que se dispone no dejan lugar a dudas: la prueba de la titularidad y de la misma usurpación inicial es perfecta. El propietario, naturalmente, no acepta la pretensión de la Administración, y la discrepancia queda planteada. Yo invito a cuantos creen en la eficacia de formales declaraciones de imprescriptibilidad que intenten justificar, en el orden práctico, la posición de la Administración y, más difícil aún, que eviten su condenación ineluctable ante cualquier jurisdicción que hubiera de conocer del caso. Si aceptan, como es forzoso, que el propietario del ejemplo lleva todas las de ganar, el experimento puede continuar de esta forma: reduzcamos paulatinamente ese tiempo de antigüedad de la usurpación originaria, y vayamos analizando, como en un laboratorio, los sucesivos resultados: 450 años, 400, 300, 275, 250, 200, 150., 125, 100 años. ¿Sigue siendo invencible todavía la posición del propietario? Bien, pasemos ahora el cabo mágico de los cien años: 99, 90, 85, 50, 25 años... ¿En qué límite deja tal propietario de serlo efectivamente? ¿Desde qué momento—pues tiene que haber uno—la Administración recobra su titularidad irresistible? ¿No denuncia este experimento, en cuanto juega de tal manera el tiempo, que alguna suerte de prescripción es esgrimible frente a las dependencias del dominio público?”

Estas reflexiones, sin embargo, chocan tanto en España —desde donde escribe García de Enterría— como en la Argentina, con la clara letra de la ley que consagra el principio de imprescriptibilidad.

3. *Inembargables*. Los bienes del dominio público son *inembargables* y ello deriva de la noción de embargo. Éste constituye una medida de seguridad que procura evitar que el titular pueda disponer de la cosa enajenándola, proceder

que el titular del bien no puede efectuar en virtud del recordado carácter inenajenable.

Clasificaciones. Éstas –según el criterio que adoptamos desde la teoría general- tienen generalmente un valor relativo. En ocasiones tienen algunas consecuencias jurídicas; en otras, una finalidad didáctica. Éste es el caso por lo que se dirá más adelante.

En razón de sus *titulares* se clasifican en nacionales, provinciales, municipales y de entes descentralizados. En razón de su formación, en *naturales* y *artificiales* (el río, el dique sobre el río). En razón de la jurisdicción –y en virtud de nuestra organización constitucional- en nacionales, provinciales y municipales. En razón de la materialidad del bien, en inmuebles, muebles, objetos inmateriales y derechos.

Bienes
dominio
natural
y
del
dominio
público
del
público

También se emplean, con fines expositivos, otras clasificaciones: a) dominio público terrestre; b) dominio público aéreo y c) dominio público hídrico que admite tres subclases: c') dominio público marítimo, c'') dominio público fluvial y c''') dominio público lacustre.

Una de las clasificaciones más relevantes es la que tiene que ver con la formación de los bienes públicos y que permite distinguir –como dijimos- entre el dominio público natural y artificial. Los primeros lo integran sin necesidad de obra alguna: los ríos lo son por el sólo hecho de serlos. Los artificiales –como una calle, plaza camino, puente, etc.- exigen la intervención humana mediante obras.

Creación y extinción del dominio público. Afectación y desafectación. Al comienzo rescatamos una definición de la doctrina sobre el dominio público. En este punto, emplearemos la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dice así: "Los bienes del dominio público, del Estado general, de los Estados particulares y de los municipios, son los de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa *afectación o destino*".

1. La palabra afectación aplicada al dominio público ha sido tomada de la voz francesa *affectation*. Quizás, con mayor apego al diccionario de la lengua, la palabra más precisa es *consagración*.

Al margen de esta disquisición lingüística, la afectación –dice Marienhoff- es el *hecho* o la *manifestación de voluntad* del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad. En otros términos, puede consagrarse tanto por actos como por hechos.

La
incorporación
al uso y goce de
la comunidad.

Expresábamos que algunas de las clasificaciones tenían su relevancia. Aquí puede apreciarse. En efecto, los bienes *naturales* determinados en la ley pertenecen al dominio público desde su propia inclusión en el Código Civil. Los bienes *artificiales*, en cambio, hasta que no se produce la efectiva consagración al uso común, se hallan en el patrimonio estatal pero en la condición de bienes del dominio privado del Estado.

Con otras palabras, cuando se trata de bienes del dominio público *natural* –volvemos aquí al ejemplo del río– la afectación se produce con la sanción de una ley, surge de la propia norma que establece la condición de dominio público del bien. Más claro aún, ocurre desde la sanción del Código Civil. “Se trata de una afectación *ministerio legis*, que se produce *simultáneamente* con la declaración del carácter público del bien” (Marienhoff).

Pero cuando se trata de bienes del dominio público *artificial* la cuestión es distinta. La afectación de éstos se realiza mediante la *creación* del respectivo bien (v.gr. se construye una calle, una plaza, un cementerio, etc.). La facultad de crear tales bienes es, por regla, local; pertenece a las facultades no delegadas por las provincias a la Nación y consecuentemente, la *afectación* de dichos bienes es, también por regla, una facultad local. Las plazas constituyen dominio público porque así lo establece el Código Civil y Comercial, esto es, el legislador nacional. Pero son los municipios los que construyen dichas plazas y los que las afectan al uso público. Excepcionalmente es el Estado Nacional el que lo hace. Así, por ejemplo, si compra un terreno para la construcción de una delegación de la AFIP en una provincia o para la instalación de tribunales federales. En estos casos, creación y afectación, emanan de un órgano nacional.

La afectación puede derivar de una *ley*, de un *acto administrativo* o de *hechos*. Como se desprende de lo que hemos dicho los bienes públicos naturales sólo pueden afectarse por ley. En cambio los bienes públicos artificiales pueden también afectarse por actos administrativos o por hechos. En todos los casos la afectación debe ser *efectiva* y *actual*, lo cual excluye que sea futura o potencial. El bien debe estar de hecho afectado al uso o servicio público. La mera adquisición de un inmueble y la declaración de que allí se realizará la obra no implica afectación al uso público (Diez). La Corte Suprema así lo decidió en un lejano precedente de 1910 (“Fallos” 113:158, “Kenny, Santiago c. Provincia de Santa Fe”). Allí el tribunal expresó que “el inmueble embargado no era asiento de la jefatura política de la ciudad de Rosario en las fechas del embargo” ni tampoco “se ha manifestado que lo fuera posteriormente, pues *sólo existe un proyecto desde años atrás*, de construir en él un edificio para tal fin, *sin que se*

La afectación debe ser efectiva y actual.

haya dado principio a las obras; lo que vale decir, que con el embargo y venta no se perturba o impide el funcionamiento actual de ninguna institución administrativa”. Por estas razones mantuvo el embargo trabado.

Se advierte que la cuestión no tiene precisión aritmética. No existe –si se nos tolera el neologismo- un *afectómetro*. Como se ha observado, el caso de las *obras terminadas* y el de las *obras no comenzadas*, representan aquí los supuestos extremos; entre ellos quedarán colocados ciertos supuestos intermedios: el de las obras paralizadas, el de las que están en curso de construcción y el de las que están a punto de ser terminadas (Marienhoff).

La afectación mediante hechos puede generar algunas dudas respecto a sus alcances. Los autores (Marienhoff, Diez) suelen señalar una serie de ejemplos que permiten formar una idea sobre la cuestión. Aquí se transcriben algunos: a) dejar expedita la cosa (calle, puente, monumento, etc.) al uso público; b) inaugurar una obra, dejándola abierta al uso público, inauguración que “incluso puede consistir en el simple hecho de descorrer el lienzo que cubría el monumento, en cortar la cinta que atravesaba la calle” (Marienhoff); c) retirar los avisos u obstáculos que prohibían o impedían el acceso al público; d) reemplazar un camino, o un tramo del mismo, que está en malas condiciones, por un camino o tramo nuevos que se encuentran en buenas condiciones; e) incorporar cosas a un museo a fin de que el público las *contemple* o *admire*, etc.

La afectación
mediante
hechos.

Por último, diremos que mediante la *prescripción* y el *uso inmemorial* no sólo puede se puede alcanzar la adquisición de un bien determinado –perteneciente a un particular- a favor del Estado, sino que son mecanismos idóneos de afectación al uso público sea directo o indirecto.

2. La *desafectación* significa sustraer al bien de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los particulares. Aquí vale lo afirmado para la afectación, esto es, que podrá instrumentarse mediante un acto administrativo o un hecho.

La desafectación
significa
sustraer al bien
de su destino al
uso público.

En general la desafectación no implica un cambio en la titularidad del bien ya que éste puede seguir perteneciendo a su anterior propietario –el Estado Nacional, provincial o municipal- pero, claro está, bajo otro régimen jurídico. Dos son los requisitos esenciales para la validez y eficacia de la desafectación: a) el asentimiento inequívoco de las autoridades y b) que, tanto al manifestar su asentimiento como al emitir el respectivo acto, las autoridades actúen en ejercicio legítimo de su competencia Para explicar mejor algunas cuestiones que se presentan, echaremos mano nuevamente a la distinción entre bienes

públicos naturales y artificiales y –como lo hicimos con la afectación- entre desafectación formal (por actos administrativos) e informal (por hechos).

Los bienes públicos naturales pueden ser desafectados mediante ley: el único órgano competente para modificar la condición jurídica de estos bienes es el legislador nacional. Pero también los hechos de la naturaleza pueden provocar dicha desafectación: es el caso del cambio de lecho de un río.

Los bienes artificiales –se reitera- también pueden ser desafectados formal o informalmente. En el primer caso, debemos tener presente el conocido principio del paralelismo de las formas y de las competencias. Por regla, si el bien fue afectado mediante un decreto deberá ser desafectado por otro nacional, provincial o municipal según corresponda. En el segundo caso, los hechos pueden ser la fuente de una desafectación. Valgan estos ejemplos: el traslado de un cementerio a otro lugar, con lo cual el inmueble del primitivo cementerio que se desocupa queda desafectado; el cierre definitivo de un camino al tránsito; el cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo es sustraído al uso público; etcétera (Marienhoff).

La desafectación mediante hechos.

Finalmente –como lo explicamos con la afectación- la desafectación puede producirse por el *no uso inmemorial*. La desafectación por no uso inmemorial sólo procede respecto a bienes del llamado dominio público *artificial*, no así respecto a los bienes del llamado dominio público *natural*. Ello es así porque el *no uso inmemorial* importa una desafectación *tácita* por *hechos humanos* y como antes dijimos sólo los bienes públicos artificiales pueden ser desafectados por esa vía. Los bienes públicos naturales –tolérese aquí nuevamente el ejemplo del río- no pueden ser desafectados por no uso inmemorial, porque el modo de desafectación es formal, a través de una ley.

Los bienes que integran el dominio público.

1. La regulación legislativa. El Código Civil y Comercial estableció, como en otros tantos aspectos, modificaciones en las instituciones que reglaban separadamente los antiguos códigos civil y de comercio. Ahora los artículos 235 y siguientes regulan la institución bajo el título "Bienes con relación a las personas". El art. 235 establece cuáles son los bienes pertenecientes al dominio público y el art. 236 cuáles pertenecen al dominio privado del Estado. El artículo 237 establece cuáles son los caracteres de aquéllos.

Los bienes que integran el dominio público.

El art. 235 sin formular, como se dijo, una definición, realiza una *enumeración* de los bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

- a) *el mar territorial* hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;
- b) *las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas*; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;
- c) *los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua* que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las *aguas subterráneas*, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;
- d) *las islas formadas o que se formen* en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;
- e) *el espacio aéreo suprayacente* al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;
- f) *las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*;
- g) los documentos oficiales del Estado;
- h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

2. Examen en particular de los bienes que integran el dominio público.

Los autores generalmente clasifican el dominio público desde distintos puntos de vista. Algo ya hemos anticipado en la clase pero volvemos ahora nuevamente porque auxilia para explicar mejor el tema.

Decíamos que podía distinguirse: a) dominio público terrestre; b) dominio público aéreo y c) dominio público hídrico que admite tres subclases: c') dominio público marítimo, c'') dominio público fluvial y c''') dominio público lacustre.

La enunciación del art. 235 contiene expresiones de cada uno de ellos. El dominio público terrestre cuando se refiere a *las calles, plazas, caminos, puentes* (inciso “f”). El dominio público marítimo cuando menciona al *mar territorial* (inciso “a”). El dominio público fluvial cuando incluye a *los ríos* (inciso “c”) y el dominio público lacustre cuando lo hace con *los lagos y lagunas* (inciso “c”). El dominio público aéreo cuando incorpora al dominio público el *espacio aéreo suprayacente* al territorio y a las aguas jurisdiccionales (inciso “e”).

Dominio público terrestre, marítimo, fluvial, lacustre, aéreo.

El denominado dominio público artificial tiene una clara consagración cuando incluye a “las calles, plazas, caminos, canales, puentes y *cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*” (inciso “f”). Añadimos que esta disposición es la que permite incluir como pertenecientes al dominio público, por ejemplo, la Casa de Gobierno, el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales, los ministerios, los tribunales de justicia, las escuelas, colegios y universidades, las comisarías de policía, las prisiones, los hospitales, los asilos y hospicios, los monumentos y los lugares declarados históricos, los edificios, construcciones y demás cosas que están destinados a la defensa nacional, como fortalezas, arsenales, cuarteles, aeródromos y bases navales o militares, etc

Cualquier obra pública construida para utilidad o comodidad común.

Señalamos finalmente de manera muy breve -porque volveremos sobre la cuestión en una próxima clase- que las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos cuentan con un régimen específico. Es la ley 25.743 de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico cuyo artículo 9 dispone que: “Los bienes arqueológicos y paleontológicos *son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal*, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9º del Código Civil –hoy derogados pero sustituidos en cuanto a su contenido por el citado art. 235 del Código Civil y Comercial- y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional”.

EL DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO.

Los bienes estatales están sometidos a un *doble régimen jurídico*. Esta situación suele generar algunas confusiones. Pero, además, muchos consideran que se trata de una forzada distinción que resulta anacrónica toda porque se apoya en la superada teoría de su doble personalidad.

El primero –que explicamos hasta aquí- es el del dominio público. El otro, es el del dominio privado. El Estado tiene sobre estos bienes “un verdadero derecho de propiedad. Puede enajenarlos, si bien observando ciertas formas y

El dominio privado del Estado está sujeto a las reglas del dominio de los particulares con excepciones.

condiciones, prescriptas en diversas leyes de carácter administrativo. Estos bienes, por otra parte, están sujetos a la prescripción y pueden ser embargados, salvo disposición expresa de la ley que los exceptúe del embargo” (Salvat). Diremos entonces que los bienes del dominio privado no son inenajenables ni imprescriptibles ni inembargables.

El artículo 236 del Código Civil y Comercial regla el dominio privado del Estado. Dice así: “Pertenece al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

- a) los inmuebles que carecen de dueño;
- b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;
- c) los lagos no navegables que carecen de dueño;
- d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;
- e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título”.

Formularemos algunos comentarios en torno a ciertos supuestos. Por lo pronto habrá de señalarse que el inciso “a” en cuanto declara del dominio privado a los inmuebles que carecen de dueño remite a una cuestión histórica. “Descubierto el continente americano, los reyes de España se atribuyeron el dominio de la totalidad de las tierras, que en parte fueron después distribuyendo sucesivamente entre sus servidores o concediendo a particulares. Declarada la independencia de nuestro país y organizado éste bajo el régimen federal, los derechos de los reyes de España pasaron a la Nación y a las provincias. De este modo, toda la tierra no concedida a los particulares quedaba formando parte del dominio privado del Estado” (Salvat). En virtud de este precepto las denominadas tierras fiscales y las sucesiones vacantes son del dominio privado del Estado.

Tierras
fiscales y
sucesiones
vacantes

Las minas, como es sabido, cuentan con una legislación específica en nuestro derecho. Y en este sentido el inciso “b” guarda armonía con lo establecido por el art. 7 del Código de Minería que dispone que “las minas *son bienes privados* de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”.

El inciso “c” debe analizarse “en conjunto con las otras disposiciones –más puntualmente el art. 235 inc. “c”- lo que supone que tendrán el carácter de bienes del dominio privado aquellos lagos no navegables que no tengan dueño, pero que tampoco tengan la aptitud de satisfacer usos de interés general (pues de otro modo se trataría ‘de toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de

satisfacer usos de interés general’ y resultando, por ello del dominio público del Estado)” (Tobías-Alterini).

El último inciso consagrando *un criterio residual*, dispone que tienen la condición de bienes del dominio privado los adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal bajo cualquier título, salvo que se disponga su afectación al dominio público.

OTRAS SITUACIONES.

Debe tenerse presente, por un lado, que el Código Civil y Comercial establece en el art. 14 dos categorías de derechos: los *individuales* y los de *incidencia colectiva*. Por otra parte, que el art. 243 dispone que tratándose “de los bienes de los particulares *afectados directamente a la prestación de un servicio público*, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”. Por tanto, no hay que confundir dominio público con servicio público. Los bienes de los particulares –concesionarios, etc.- que prestan estos últimos no pertenecen al dominio público aunque tienen una regulación especial en protección de la regularidad de la actividad que despliegan.

Finalmente, deberá repararse en la categoría de los denominados *bienes culturales*. En efecto, la ley 25197 crea un Registro Único de Bienes Culturales y designa a la Secretaría de Cultura de la Nación como autoridad de aplicación. Debe tenerse presente que la ley 25.257 aprueba la *Convención del Unidroit sobre Objetos Culturales Robados o Exportados Ilegalmente* que combate el comercio ilícito de objetos culturales. El artículo 2 dice así: “A los efectos de la presente ley se entiende por *bienes culturales*, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino”.

Bienes culturales

DOMINIO Y JURISDICCIÓN.

Dominio y jurisdicción constituyen conceptos distintos. Pero, en algunas circunstancias, ambas figuras pueden tener aplicación simultánea respecto a una misma cosa y ello provoca ciertas confusiones.

En primer lugar, la situación que no ofrece dudas es aquella en la que el titular del bien del dominio público ejerce sobre éste su jurisdicción (un bien del Estado nacional sobre el que ejerce la jurisdicción federal, la Casa de Gobierno, el Congreso de la Nación). La otra situación se configura en aquellos otros

Dominio y jurisdicción son conceptos distintos.

casos en los que la titularidad del bien y la jurisdicción sobre él les corresponden a *entidades distintas*. Marienhoff lo explica así: “Como ejemplo del primer supuesto puede recordarse un río exclusivamente situado dentro de los límites de una provincia, en cuya hipótesis la titularidad sobre el bien y la jurisdicción le pertenecen a la misma entidad; como ejemplo del segundo supuesto podría mencionarse a un río navegable interprovincial, cuya titularidad les corresponde a las respectivas entidades locales, en tanto que la jurisdicción le pertenece a la autoridad nacional en todo lo atinente a la navegación”. Y continúa: “El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar lo atinente al uso de dicha cosa o bien, potestad que puede comprender todos los usos de que es susceptible ese objeto, como ocurriría con el río exclusivamente situado dentro de una provincia, a cuyo respecto la entidad provincial tiene atribuciones para reglar todo lo relacionado con los usos de que ese río es susceptible, o dicha potestad puede referirse a un determinado uso o a varios usos, como ocurriría con el río navegable interprovincial, a cuyo respecto la facultad para reglar lo relacionado con la navegación le pertenece a la Nación, en tanto que las facultades para reglar todos los restantes usos les pertenecen a las provincias atravesadas o limitadas por ese curso de agua”.

EL DOMINIO PÚBLICO Y EL DOMINIO PRIVADO EN LA PRÁCTICA.

Un caso decidido por la Corte Suprema –“Brondello s Usucapión”, ver el texto más abajo, en la orientación jurisprudencial- muestra en funcionamiento, prácticamente todas las cuestiones que hemos examinado hasta ahora: ¿quién es el titular del bien?, ¿pertenece al dominio público o al dominio privado?, ¿estaba afectado a una finalidad pública?, ¿cómo opera la desafectación?

1. Los hechos, básicamente, son los siguientes: Luis Brondello promovió una demanda de usucapión respecto del inmueble que individualiza como una manzana situada en la localidad de Puerto General San Martín, Departamento San Lorenzo, Provincia de Santa Fe, contra el titular de la inscripción registral y cualquier otro sujeto que invoque derechos sobre ese bien. Relató que dicha fracción está a nombre del Estado Nacional y que su madre fue poseedora de la mentada fracción desde décadas atrás. Indicó que cuando ella falleció siendo único heredero, la sucedió en dicha posesión y desde aquel momento y en adelante la continuó por sí mismo, manteniéndola incluso en la actualidad. En ese doble carácter el actor accionó por usucapión. Manifestó que el 03/08/1946, su madre suscribió con Omino Araya boletos de compraventa por varios lotes y que a partir de entonces y por más de 40 años, su madre,

ejerció la pública, pacífica e ininterrumpida posesión, que luego continuó él, desde el deceso de aquélla, cumpliendo ambos con los actos posesorios establecidos en los artículos 2384 y concordantes del Código Civil. Aclaró, además, que se ha efectuado en el lote una explotación agrícola y que se han conseguido los servicios de agua y luz. Todo ello ocurrió ininterrumpidamente, sin ningún tipo de cuestionamiento. En virtud de ello, su parte puede justificar una posesión por mucho más de veinte años, con los recaudos pertinentes para afirmar su usucapión y accionar legalmente.

2. La demandada se opuso, afirmó que el inmueble mencionado es del dominio público del Estado Nacional y por lo tanto está alcanzado por los elementos de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Indica que en fecha 20/04/1944 por el Decreto N° 10.107/44 se declaró de utilidad pública el uso de todas las instalaciones, cualquiera fuera su naturaleza, utilizadas o susceptibles de utilizarse para la recepción, almacenamiento, acondicionamiento y embarque de granos ubicado en los recintos portuarios o en las inmediaciones de los mismos y se dispuso su arrendamiento o expropiación, encomendándose dicha tarea a la Comisión Nacional de Granos y Elevadores. El 30/03/1946 mediante el Decreto N° 9626/46 se dispuso la conversión en expropiación de dominio de los juicios de expropiación de uso iniciado o a iniciarse por el Decreto N° 10107. En dicha normase hace mención a las instalaciones que serían expropiadas a la firma “La Plata Cereal Co”, entre las cuales se encontraba el Galpón mecanizado con silos denominados “El Litoral” en el Puerto San Martín, Provincia de Santa Fe. Se trata de un complejo de instalaciones portuarias en todas las inmediaciones existentes en Puerto General San Martín que incluye como parte de todo al lote motivo de estas actuaciones. El proceso de expropiación se tramitó en autos “Fisco Nacional c/ La Plata Cereal Co s/ Expropiación”, en el cual en fecha 03/09/1970 se transfirieron los bienes del juicio al Estado Nacional que fueron debidamente inscriptos.

3. La Corte encontró que el Estado Nacional tenía razón. Nada sustituye la lectura de una sentencia ni la síntesis que sigue:

a) los términos empleados en la legislación aplicable no dejan dudas en cuanto a que el predio en cuestión *pertenece al dominio público* del Estado Nacional, toda vez que *forma parte del puerto* y se encuentra *afectado a un servicio público*.

b) los bienes que pertenecen al dominio público del Estado Nacional pueden cambiar su condición jurídica a través de la desafectación. *Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administra*

dos. El principio consiste en que los bienes desafectados ingresan al dominio privado del Estado; la excepción consiste en que dichos bienes ingresen al dominio privado de los administrados.

c) *la propiedad pública termina por la desafectación y tal desafectación produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible, embargable y regido*, no ya por las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado, como consecuencia de aquella.

d) es necesaria una evidencia absoluta de la desafectación y los actos o hechos que la produzcan por parte del Estado Nacional deben ser indudables y manifestarse por constancias inequívocas.

e) a la luz de estas consideraciones no se encuentra controvertida en la causa la inexistencia de un acto de desafectación formal, ni surge de la sentencia la existencia de hechos de los cuales se pueda derivar la desafectación tácita del predio en cuestión. La cámara de apelaciones tuvo por acreditada la desafectación del predio con el solo argumento de que el Estado Nacional habría asentido pacíficamente que en el inmueble funcionara una explotación agropecuaria de la actora, sin valorar las constancias que demostraban que el bien continuó afectado a un servicio público durante el tiempo en que la actora invoca haber adquirido el predio por usucapión.



fragmentosdederechoadministrativo.wordpress.com

© 2018. Fragmentos de Derecho Administrativo. Todos los derechos reservados.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

El texto de la clase constituye una guía para el estudio que requiere necesariamente lecturas complementarias.

El texto clásico en la disciplina es el *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tea, 1960 de Miguel S. Marienhoff. Esta obra, luego fue incorporada como tomo V de su [Tratado de Derecho Administrativo](#), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992 (hay varias reimpresiones posteriores). Antes Manuel María Díez había publicado su *Dominio Público (Teoría general y régimen Jurídico)*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1940. Tras la aparición de la obra de Marienhoff se publicaron numerosos estudios monográficos sobre temas particulares. Recién en 2009 se publica un nuevo texto integral sobre la materia bajo la dirección de Gabriel De Reina Tartiere *Dominio Público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Buenos Aires, Heliasta, 2009.

En el *Tratado de Derecho Administrativo* de Agustín Gordillo se dedica uno de los [capítulos](#) al dominio público.

La regulación básica de la institución está en el Código Civil y Comercial. Los comentarios a los artículos pertinentes se encuentran en este [Codigo Civil y Comercial Comentado](#) dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso.

También se escogen una serie de trabajos de libre acceso en la *web*.

Una síntesis y presentación del tema del dominio público puede verse en Juan Carlos Cassagne e Ignacio M. de la Riva, [Formación trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina](#). Un estudio general del mismo autor es igualmente útil: [La naturaleza jurídica del dominio público](#).

La condición de los bienes de los concesionarios puede verse en el trabajo de Ignacio M. de la Riva [El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público](#).

Sobre la imprescriptibilidad, el texto –a esta altura también un clásico– de Eduardo García de Enterría [Sobre la imprescriptibilidad del dominio público](#).

ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL.

[Imprescriptibilidad del dominio público: el caso “Vila”.](#)

[Afectación al uso público. El caso "Estado Nacional c. Provincia de Buenos Aires"](#)

[Afectación y desafectación según la Corte Suprema](#), la [Procuración General](#) y la [Cámara Federal de Apelaciones](#).

[Distinción entre jurisdicción y competencia en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación](#).